JOSÉ HURTADO POZO

MANUAL DE
DERECHO PENAL
PARTE GENERAL I

3ª edición

Pontificia Universidad
Católica del Perú

GRIJLEY

Universidad de Friburgo Suiza

Tercera edición: 2005

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

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

© 2005, José Hurtado Pozo

© 2005, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Composición e Impresión *Laser Graf Alvarado*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2005-1389

ISBN 9972-04-047-X

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

LIMA
Jr. Lampa 1221 - Cercado de Lima
Tlf: (51-1) 427 3147
Telefax: (51-1) 427 6038
grijley@terra.com.pe

Jr. Azángaro 1077 - Cercado de Lima
Tlf: 321 0258
libreria_grijley@speedy.com.pe

TRUJILLO
Jr. Pizarro 540
Telefax: 471640 / Celular: (044)929 1831
grijley_trujillo@speedy.com.pe

CHICLAYO
Tlf.: 204146
San José 1067

AREQUIPA
Santa Martha 304 - Of. 103
Tlf.: 288 379 / Celular: (054) 929 6700

A Luisa Mercedes y Luis Ángel

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

Ai-je réussi à rendre plausible ma thèse initiale, selon laquelle le vrai et le juste sont des grandeurs de même rang, même si dans un deuxième mouvement elles s'impliquent mutuellement? Mais une démonstration reste inachevée aussi longtemps que je n'ai pas montré que la vérité, à son tour, grandeur autonome dans son ordre, n'achève le parcours constitutif de son sens qu'avec le secours de la justice.

PAUL RICŒUR, *Le Juste*

El Estado liberal frente al multiculturalismo adoptó en un primer momento la estrategia de la tolerancia, entendida como "no criminalización" de las actuaciones de los miembros de minorías, en tanto no atentaran contra la cultura mayoritaria y cumplieran sus obligaciones legales. En un segundo momento evolucionó hacia la afirmación de un "derecho fundamental individual" a no ser discriminado en razón de nacionalidad, raza, religión, género u orientación sexual. Este reconocimiento supera ampliamente el escaso marco de tolerancia y ha evitado actitudes excluyentes por parte de quienes componen la sociedad o la cultura mayoritaria. En ambas estrategias se partió del presupuesto de una cultura mayoritaria hegemónica y superior sin considerar fundamentadas las pretensiones de los derechos colectivos. Ha sido en el contexto del Estado constitucional, donde se ha abierto paso la verdadera afirmación del multiculturalismo y su reconocimiento en clave de derechos colectivos.

PEDRO A. TALAVERA, en JESÚS CONILL (coordinador), *Glosario para una sociedad intercultural*

PRÓLOGO

Según afirmación muy difundida, los escritores no hacen sino escribir uno y el mismo libro. Este puede ser nuestro caso, en la medida en que la presente obra tiene su origen lejano en la tesis que redactamos para optar el grado de doctor por la Universidad de Neuchâtel (Suiza) en 1971. La misma que fue, en parte vertida al español, en un artículo bastante extenso sobre la teoría del delito (1975). Trabajo que sirvió de base para la primera edición del *Manual de derecho penal* (1978). La segunda edición (1987) fue realizada con la finalidad de actualizar el texto y también para tener en cuenta los proyectos de reforma del Código penal peruano de 1924.

La presente versión constituye una revisión a fondo de la última edición. El largo lapso transcurrido se explica por diferentes motivos. Entre éstos, cabe señalar, en primer lugar, el hecho de nuestra ausencia del país y, por tanto, la tarea de estudiar, enseñar, explicar el derecho penal de Suiza, país en el que ejercemos la docencia desde 1982. Segundo, la convicción, por un lado, de que los jóvenes estudiosos nacionales del derecho penal, muchos con formación en el extranjero, escribirían un nuevo y actualizado Manual sobre la parte general del Código penal y, por el otro, de que ellos se encontraban en mejor situación para hacerlo, por estar más al corriente tanto de las modificaciones legislativas, como de la evolución de la jurisprudencia y de las publicaciones nacionales.

En segundo lugar, merece indicarse la circunstancia, en principio desalentadora para un autor, de que la segunda edición, de un tiraje poco elevado, no se agotara aún después de casi veinte años de su aparición. Este suceso poco frecuente sólo se explica por el suceso "real maravilloso" de la multiplicación natural de los ejemplares. Sin embargo, es también una muestra del poder de creación de los lecto-

res, atentos y de buena voluntad, que han seguido haciendo útil una obra, basada en un código derogado.

Ante la necesidad de completar nuestra imperfecta obra, decidimos rehacer nuestro Manual de derecho penal en base al Código penal de 1991 y dentro del marco de la Constitución de 1993, así como de las numerosas modificaciones de la legislación penal y de la referente a las otras ramas jurídicas con la que está estrechamente vinculada. Sin embargo, salvo cuando la ley se refiere a ellas, no nos ocupamos de las categorías referentes al sistema diverso de derecho de las comunidades campesinas y nativas, mencionado y limitado por el respeto de los derechos fundamentales en el art. 149 de la Constitución de 1993. Dichas categorías requieren un tratamiento particular.

La tarea ha sido facilitada por las diversas investigaciones y publicaciones que, durante las dos últimas décadas, hemos efectuado en relación con el derecho penal nacional y, sobre todo, con el derecho penal suizo. Una influencia particular ha tenido la elaboración y publicación de dos volúmenes sobre la parte general del Código penal helvético (la segunda edición del primero data de 1999 y la primera del segundo, de 2003). Esta influencia se manifiesta en nuestro afán de buscar el equilibrio entre la reflexión teórica y el interés práctico en el análisis de los conceptos dogmáticos, así como de plantear soluciones efectivas a los problemas de interpretación y aplicación de las disposiciones legales.

Desde esta perspectiva, debe comprenderse nuestra actitud dirigida a asimilar las teorías innovadoras del pensamiento penal con la finalidad de comprender mejor el sistema normativo; pero reacia a seguir las nuevas concepciones por la simple razón de su novedad en nuestro contexto. Así, en la época del predominio de la concepción finalista preferimos no adoptarla de manera integral, sino más bien aprovechar sus aspectos más positivos. De esta manera, tratamos de establecer un puente entre las concepciones neoclásicas dominantes en nuestro país y las nuevas ideas. Tampoco ahora nos embarcamos en la interesante corriente del funcionalismo; pero, por supuesto, sin dejar de asimilar las innovaciones que aporta a la sistemática y a los conceptos penales. Somos conscientes de las dificultades y riesgos de la tarea, pero nos parece que es la vía adecuada para establecer un enlace entre el finalismo, no asimilado ni profundizado en nuestro medio, y los planteamientos funcionalistas que son importados con

brillo e ímpetu en nuestra doctrina. Con esto esperamos que la recepción selectiva de las nuevas corrientes dogmáticas sea efectuada luego de haberlas adecuado a nuestra realidad normativa y a las exigencias sociales concretas.

Si bien nos hemos inspirado en una amplia bibliografía foránea, en especial germana, hemos tratado de ajustarla al sistema legislativo vigente en nuestro país, para lo cual hemos partido del texto legal para interpretarlo a la luz de las concepciones dogmáticas. Así, pensamos haber evitado el error, bastante frecuente, de analizar en primer lugar las teorías dogmáticas y, sólo después, constatar si la ley es conforme a dichas concepciones. Éstas deben ser siempre estudiadas considerando el marco, aún impreciso, establecido por el texto legal y sin desnaturalizar su posible sentido para hacerlo coincidir con la teoría considerada como única verdadera. Además, sin olvidar que no hay idea por más complicada que sea que no pueda ser expuesta con claridad.

Aun cuando podamos haber incurrido en falta, debido a las dificultades de información, hemos consultado los libros y artículos de los autores nacionales, única manera de ir construyendo un bagaje doctrinario adecuado a nuestra legislación. En esta misma perspectiva, hemos leído y comentado diversas sentencias, con la finalidad, por un lado, de tratar de deducir algunos criterios de jurisprudencia referentes a las categorías penales. Esta labor, indispensable para conocer la real manera de aplicar la ley, resulta muy difícil de efectuar por el simple hecho de que no se publican, oficial y periódicamente, ni siquiera las sentencias de la Corte Suprema.

De este modo, esperamos contribuir, aunque modestamente, al desarrollo de los estudios penales en nuestro país y, en particular, a la mejor comprensión y aplicación de nuestras leyes, con la finalidad tanto de reforzar nuestro endeble Estado de derecho como de avanzar en el logro de una efectiva justicia social.

Como es costumbre y justo, no podemos terminar este prólogo sin agradecer a las personas e instituciones que nos han ayudado. Sin embargo, sería muy larga la lista y correríamos el riesgo de omitir injustamente a alguna. En cuanto a las segundas, nos limitamos a mencionar, entre las segundas, a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, donde recibimos nuestra formación inicial y enseña-

mos durante muchos años; a la Université de Neuchâtel, Suiza, en la que obtuvimos el grado de doctor; al Max-Planck-Institut de Freiburg im Breisgau, en el que, gracias a una beca de la Humboldt-Stiftung, logramos familiarizarnos con las concepciones alemanas; y, por último, a la Université de Fribourg, donde ejercemos aún la docencia.

Respecto a las personas, indicaremos aquellas que nos han ayudado, en momentos diferentes y a estados diversos, a elaborar el presente libro. Se trata, en orden cronológico, de Aldo Figueroa Navarro, Iván Meini Méndez y José Antonio Caro John, jóvenes y logrados penalistas peruanos; así como Diego E. Suárez Nino, jurista colombiano. Ellos, como asistentes de nuestro Séminaire de droit pénal de la Université de Fribourg, han contribuido a corregir errores y completar lagunas doctrinarias, enmendar deficiencias de redacción y elaborar los índices de materia y jurisprudencia. Sin su valiosa colaboración no hubiéramos logrado el resultado que ahora presentamos. Las deficiencias que subsisten son, claro está, de nuestra sola responsabilidad. Manual Cerpa Cerpa, amigo y colega, ha supervisado, con especial cuidado, la presente edición. A todos y a cada uno de ellos, nuestro más sincero reconocimiento.

También debemos resaltar el incentivo moral que nos han brindado la Universidad Nacional de Trujillo, al otorgarnos el grado de doctor honoris causa, diversas Universidades, al incorporarnos como profesores honorarios y varias promociones de estudiantes de varias Facultades de Derecho y de Maestrías de Derecho que han dado nuestro nombre a sus promociones. En alguna manera, todas ellas deben considerar la presente publicación como una manifestación de reconocimiento a su generosidad por habernos honrado de esa manera.

Elaborar una obra como la presente, además de las que debemos producir como carga académica, supone sacrificar horas de vida personal en detrimento de familiares cercanos. Este hecho inevitable ha podido ser superado por la comprensión de Emperatriz, Myrtha y Claudia, aunque con frecuencia conflictiva a causa, por un lado, de la computadora siempre activa e impertinente y, por otro, del desborde de incesante de libros.

Por último, no nos queda sino expresar nuestra complacencia por que esta publicación se efectúa en el marco del Convenio suscrito

por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Université de Fribourg; así como por la disponibilidad de la Editora Jurídica Grijley a hacerla realidad.

JOSÉ HURTADO POZO

Marly/Fribourg, 6 de enero de 2005.

INDICE

Prólogo ix
Abreviaturas xxxv

PRIMERA PARTE 1

§ 1 NOCIONES FUNDAMENTALES 3
I. Derecho penal 5
1. Terminología 5
2. Derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo 6
3. Derecho penal y poder 8
4. Derecho penal material, derecho penal formal y derecho de ejecución penal 10
5. Derecho penal general y derecho penal especial 11
II. Infracción 13
1. Infracción en sentido formal e infracción en sentido material 13
2. Violación de un bien jurídico y violación de un deber de actuar según el orden jurídico 14
a. Introducción 14
b. Noción positivista de bien jurídico 15
c. Bien jurídico como fin de la norma y como categoría sistemática 16
d. Noción de bien jurídico y moral 17
e. Abandono de la noción de bien jurídico 19
f. Bien jurídico y marco constitucional 23
g. Necesidad de la noción de bien jurídico 24
3. Infracción penal y moral 28
4. Desvalor de la acción y desvalor del resultado 33

III. Sanción 34
1. Teorías absolutas 34
2. Teorías relativas 36
3. Teorías mixtas 38
4. Medidas de seguridad 43
IV. Límites del derecho penal 46
1. Carácter fragmentario y secundario del derecho penal 46
2. Relación entre el derecho penal, derecho administrativo y derecho disciplinario 49
a. Derecho penal administrativo 50
b. Derecho disciplinario 53

§ 2 POLÍTICA CRIMINAL, DOGMÁTICA PENAL Y CRIMINOLOGÍA 57
I. Política criminal 59
II. Dogmática penal 62
III. Criminología 67
1. Biología criminal 68
2. Sociología criminal 70
3. Psicología criminal 72
4. Concepciones mixtas 73
5. Teoría de la estigmatización 74
IV. Política criminal y realidad social 76

§ 3 EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL PERUANO 83
I. Introducción 85
II. Conflicto cultural y conquista española 87
III. Imposición del derecho español 89
IV. Recepción del derecho foráneo en la República 90
V. Pluralismo 93
VI. Evolución de las concepciones legislativas 96
VII. Pluralismo y legislación penal 99
VIII. Evolución de la legislación penal en el Perú 101
1. Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre 101
2. Código Penal de Santa Cruz en el Estado Sud-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana 102
3. Código Penal peruano de 1863 103
4. Marco doctrinario y legislativo de la reforma penal del siglo XX 105

5. Código Penal de 1924 106
a. Fuentes legales 106
b. Factores de la recepción del derecho penal foráneo en el Perú 109
c. Enjuiciamiento de la obra del legislador de 1924 y asimilación del derecho importado 112
d. Concepción de política criminal en el Código penal de 1924 115
6. Legislación penal de 1924 a 1979 117
7. Código Penal de 1991 124
a. Presupuestos de la reforma 124
b. Antecedentes de la reforma 126
c. Necesidad de la reforma 127
d. Legislación penal desde 1991 129

SEGUNDA PARTE 135

§ 4 LEY PENAL: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD 137
I. Introducción 139
II. Orígenes 140
III. Evolución legislativa 142
1. A nivel constitucional e internacional 142
2. A nivel de leyes 145
IV. Fundamentos del principio de legalidad 148
V. No hay delito, no hay pena sin ley escrita 150
1. La ley como fuente del derecho penal 150
a. Noción de ley 150
a.1. Decretos legislativos 153
a.2. Gobiernos autocráticos y Decreto leyes 154
a.3. Decretos supremos y reglamentos 158
b. Noción de delito 160
VI. No hay delito, no hay pena sin ley cierta 162
1. Noción de certeza 163
2. Incertidumbres en que incurre el legislador 165
a. No descripción del delito 165
b. Empleo de cláusulas generales 165
c. Uso de términos vagos 167
d. Defectos de técnica legislativa 169
3. Certeza en la determinación de la pena y de las medidas de seguridad 172

a. Penas 172
b. Medidas de seguridad 174
VII. El principio de legalidad en la jurisprudencia 179

§ 5 INTERPRETACIÓN DE LA LEY 183
I. Vinculación del juez a la ley 185
II. El derecho como lenguaje 187
III. Noción de interpretación 188
IV. Necesidad de interpretar 191
V. Metas de la interpretación 197
1. Concepción subjetiva 197
2. Concepción objetiva 199
3. Criterio mixto 200
4. Doctrina y jurisprudencia 202
VI. Métodos de la interpretación 203
1. Método literal o gramatical 204
2. Método sistemático 211
3. Método histórico 215
4. Método teleológico 216
5. Jerarquía de los métodos 219
VII. Interpretación declarativa, restrictiva o extensiva 220
VIII. Límites de la interpretación 223
1. Analogía 224
2. Reducción teleológica 230

§ 6 APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO 231
I. Derecho penal internacional 233
1. Introducción 233
2. Función 233
3. Poder represivo, jurisdicción, competencia 236
4. Derecho penal material y derecho procesal penal 236
5. Principios del derecho penal internacional 237
6. Legislación nacional 239
II. Principio de territorialidad 241
1. Fuentes y límites 241
2. Territorio 243
3. Lugar de comisión de la infracción 246
a. Las diferentes teorías 247
b. La solución legal y su interpretación 248
c. Misiones diplomáticas 250

d. Principio de matrícula o del pabellón 251
e. Actos de participación 256
III. Principio de la competencia real 258
IV. Principio de la personalidad activa 262
1. Noción y justificación 262
2. Agente nacional 265
3. Identidad de normas 266
4. Entrar en la República 268
5. Factibilidad de extradición 268
V. Principio de la personalidad pasiva 269
VI. Principio de la competencia universal, de la competencia de reemplazo o de sustitución 270
VII. Principio de la administración de justicia por representación 272
VIII. Extradición 274
IX. Aplicación de leyes penales extranjeras 278
X. Aplicación de sentencias extranjeras 280
XI. Caso de funcionario o empleado nacional que delinque en el extranjero 283
XII. Excepciones estatuidas en el art. 4 284

§ 7 APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO 287
I. La ley y el tiempo 289
II. Derogación y desuso de la ley penal 290
III. Regulación legal 291
IV. *Tempus regit actum* 292
V. Irretroactividad de la ley penal 293
1. Nociones fundamentales 295
2. La ley penal y su modificación 295
3. Leyes interpretativas y leyes correctoras 297
4. Leyes procesales y leyes de ejecución penal 299
VI. Retroactividad de la ley penal más favorable al momento de sentenciar 299
1. Fundamentos 299
2. Ley penal más favorable 300
3. Abrogación de una disposición que reprime un hecho 302
4. Combinación de leyes penales 302
5. Momento de realización de la infracción 305

6. Modificación de la ley durante la ejecución del delito 308
VII. Modificación de la ley penal y cosa juzgada 311
1. Introducción 311
2. Aplicación de la ley más favorable 313
3. Alcances de la modificación de la sentencia 314
4. Circunstancias en que se da la modificación 315
VIII. Medidas de seguridad y modificación de la ley 317
1. Regulación 317
2. Debate sobre la retroactividad de las medidas de seguridad 318
IX. Modificación de la ley referente a la ejecución de penas y medidas de seguridad 320
X. Leyes temporales y leyes excepcionales 323
XI. Leyes intermedias 324
XII. Leyes procesales 324
XIII. Modificación de la ley y prescripción de la acción penal y de la pena 329
XIV. Retroactividad y cambio de jurisprudencia 332
XV. Concurso real 334

§ 8 APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS 335
I. Principio de la igualdad 337
II. Privilegios penales establecidos en el derecho público interno 339
1. Congresistas: inviolabilidad, inmunidad y antejuicio 340
2. Presidente de la República: inmunidad y antejuicio 341
3. Ministros de Estado 342
4. Vocales de la Corte Suprema de la República 342
5. Fiscal de la Nación y Fiscales Supremos 342
6. Magistrados del Tribunal Constitucional 343
7. Defensor del Pueblo 343
8. Contralor General 344
III. Privilegios penales establecidos en el derecho internacional 344
1. Jefes de Estado extranjeros 344
2. Embajadores y Ministros Plenipotenciarios 345
3. Fuerzas armadas extranjeras 346
IV. Derecho penal de menores 346
V. Justicia militar 349

1. Marco constitucional y evolución de la legislación militar 349
2. Criterios de aplicación de la ley penal militar 354
a. Criterio personal 354
b. Criterio material 355
c. Criterio del lugar de comisión 356
3. Noción de delito en la parte general del Código de Justicia Militar 356
4. Catálogo de delitos en la parte especial del Código de Justicia Militar 358

TERCERA PARTE 363

§ 9 TEORÍA DE LA INFRACCIÓN 365
I. Noción de teoría 367
II. Origen y evolución 368
1. Concepción clásica 368
2. Concepción neoclásica 370
3. Concepción finalista 372
4. Concepción funcionalista 373
III. Concepción francesa 376
IV. Influencias doctrinarias 379

§ 10 ACCIÓN 381
I. Introducción 383
II. Teorías 384
1. Noción causal o natural de acción 384
2. Noción finalista de acción 385
3. Noción social de acción 389
4. Noción personal de acción 391
5. Noción negativa de acción 392
6. Noción funcional de acción 393
7. Situación actual 394
III. Legislación nacional 397
IV. Ausencia de acción 398

§ 11 TIPICIDAD 401
I. Tipo legal 403
II. Tipo legal, bien jurídico y norma 405
III. Tipicidad y antijuricidad 405

1. *Ratio congnoscendi* y *ratio essendi* de la antijuricidad 405
2. Elementos negativos del tipo legal 407
IV. Tipo legal objetivo 409
1. Introducción 409
2. Elementos descriptivos 410
3. Elementos normativos 411
4. Sujeto activo 412
5. Objeto del delito 413
6. Acción típica 413
7. Relación de causalidad e imputación objetiva 420
a. Introducción 420
b. Teoría de la equivalencia de las condiciones 423
b.1. Descripción 423
b.2. Deficiencias 424
b.3. Criterios limitadores 425
b.4. Fórmula de la condición conforme a las leyes de la naturaleza 427
c. Teoría de la causalidad adecuada 428
d. Teoría de la relevancia 430
e. Teoría de la imputación objetiva 431
e.1. Introducción 431
e.2. Causalidad como base 433
e.3. Creación de riesgo no permitido 436
e.4. El agente responde por crear un peligro 438
e.5. Realización del riesgo no permitido 440
e.6. Riesgo prohibido por la norma 443
e.7. Delitos de peligro e imputación objetiva 444
f. Apreciación global 446
V. Tipo legal subjetivo 447
1. Noción 447
2. Dolo 449
3. Elementos subjetivos 451
4. Consciencia 453
5. Voluntad 457
a. Dolo directo de primer grado 457
b. Dolo directo de segundo grado 459
c. Dolo eventual 460
c.1. Introducción 460
c.2. Prioridad al elemento intelectual 460

c.3. Prioridad al elemento voluntad 462
c.4. Doctrina mayoritaria 464
c.5. Diferencias con culpa consciente 465
c.6. Hipótesis posibles 465
c.7. Formas de dolo en relación con el momento de la decisión 466
VI. Error de tipo 467
1. Generalidades 467
2. Objeto del error 470
3. Error vencible y error invencible 474
4. Consciencia de la relación de causalidad 475
5. *Aberratio ictus* 476
6. *Dolus generalis* 479
7. *Error in obiecto* 480

§ 12 CONSENTIMIENTO (*EXCURSUS*) 483
I. Introducción 485
II. Legislación 485
III. Fundamentos 486
IV. Exclusión de la tipicidad 489
V. Acuerdo y consentimiento 490
VI. Derechos irrenunciables de la persona 493
VII. Requisitos del consentimiento 494
1. Disponibilidad del bien jurídico 494
2. Capacidad para consentir 498
3. Manifestación del consentimiento 500
4. Momento del consentimiento 502
5. Contenido del consentimiento 502
6. Consentimiento libre 505
VIII. Consentimiento presunto 505

§ 13 ANTIJURICIDAD 511
I. Antijuricidad e ilicitud 513
II. Antijuricidad formal y antijuricidad material 514
III. Carácter objetivo de la antijuricidad 516
IV. Causas de justificación 519
V. Elementos subjetivos de las causas de justificación 521
VI. Legítima defensa 523
1. Introducción 523
2. Regulación legislativa 524
3. Agresión 525

a. Carácter ilícito de la agresión 527
b. Agresión inminente, actual o presente 529
c. Bienes jurídicos protegidos 531
4. Defensa 533
a. Necesidad de la defensa 534
b. Racionalidad de la defensa 536
b.1. En general 536
b.2. Sistema alemán 538
b.3. Dos casos particulares 539
b.4. Jurisprudencia 540
5. Falta de provocación suficiente 541
6. Voluntad de defenderse 542
7. Legítima defensa de terceros 543
8. Legítima defensa presunta (*excursus*) 544
VII. Estado de necesidad justificante 546
1. Introducción 546
2. Estado de necesidad y legítima defensa 548
3. Peligro 549
a. Actualidad del peligro 550
b. Imposibilidad de evitar de otra manera el peligro 551
4. Proporcionalidad 552
a. Bienes jurídicos 552
b. Preeminencia del bien salvado 553
5. Estado de necesidad ante situación de peligro creada por el agente 556
6. Deber de soportar un peligro 559
7. Medio adecuado 561
8. Casos particulares 564
9. Elemento subjetivo 565
10. Conflicto de deberes jurídicos 566
11. Estado de necesidad putativo 569
VIII. Otras causas de justificación 570
1. Evolución legislativa 570
2. Disposición de la ley 571
3. Cumplimiento de un deber 573
4. Ejercicio legítimo de un derecho 574
a. Teoría 574
b. Ejemplos 576
5. El cumplimiento de orden obligatoria de autoridad competente 579

a. En el ámbito civil 579
b. En el ámbito militar 583
6. Ejercicio legítimo de un oficio o cargo 587
a. Ejercicio legítimo de un cargo 588
b. Ejercicio legítimo de un oficio 590
7. Autorización de la autoridad competente 592

§ 14 CULPABILIDAD 595
I. Culpabilidad y responsabilidad 597
II. Regulación legislativa 599
III. No hay pena sin culpabilidad 601
IV. Noción de culpabilidad 603
1. Concepción psicológica 603
2. Concepción psicológico-normativa 604
3. Concepción normativa 605
V. Impugnación de la culpabilidad 606
VI. Capacidad de culpabilidad (imputabilidad) 610
1. Generalidades 610
2. Menores de edad 611
a. Introducción 611
b. Evolución legislativa nacional 612
b.1. Código Penal de 1863 612
b.2. Código Penal de 1924 613
b.3. Situación actual 616
c. Límite cronológico de la capacidad penal 619
3. Imputabilidad 621
a. Generalidades 621
b. Técnica legislativa 623
c. Noción de imputabilidad 626
4. Inimputabilidad según el art. 20, inc. 1 628
a. Anomalía psíquica 628
b. Grave alteración de la conciencia 630
c. Alteración de la percepción 632
5. Actio libera in causa 634
6. Duda sobre el estado mental del agente 635
7. Imputabilidad según el art. 15 636
8. Imputabilidad disminuida 643
a. Generalidades 643
b. Técnica legislativa 644
c. Causas 646

9. Jóvenes delincuentes 647
10. Ancianos 649
VII. Error de prohibición 649
1. Introducción 649
2. Evolución legislativa 650
a. La ignorancia de la ley no excusa (error juris nocet) 650
b. Error de hecho y error de derecho 653
c. Error de prohibición 655
c.1. Regulación 655
c.2. Modelo alemán recepcionado 656
3. Art. 14 CP 1991 659
a. Generalidades 659
b. Objeto del error de prohibición 660
c. Formas de error de prohibición 662
c.1. Error de prohibición directo 662
c.2. Error de prohibición indirecto 663
c.3. Error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación 663
c.4. Error de prohibición invencible 667
c.5. Consecuencias penales 669
VIII. Exclusión de la culpabilidad 670
1. Introducción 670
2. Estado de necesidad exculpante 672
a. Evolución legislativa 672
b. Presupuestos del estado de necesidad 674
c. Restricción a la exculpación 676
3. Exceso en la legítima defensa 677
4. Miedo insuperable 679
a. Regulación legislativa 679
b. Índole de la circunstancia 680
c. Presupuestos de la exculpación 681
d. Origen del miedo 682
e. Miedo no superable 682
f. Ponderación de males 682
5. Error sobre las circunstancias materiales de las excusas absolutorias 683

§ 15 RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (*EXCURSUS*) 685
I. Introducción 687

II. Regulación normativa 689
1. Introducción 689
2. Código Penal de 1924 690
3. Código Penal de 1991 691
III. Sistemas de responsabilidad 692
IV. Sistema de las "consecuencias accesorias" aplicables a las personas jurídicas 694
1. La privación de beneficios (art. 104) 694
2. Otras consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas (art. 105) 696
V. Apreciaciones 697

CUARTA PARTE 705

§ 16 DELITOS CULPOSOS 707
I. Introducción 709
II. Evolución legislativa 711
III. Evolución de la doctrina 712
IV. Sistemática de los delitos culposos 716
V. Delitos de comisión culposa 716
1. Tipo legal objetivo 716
a. Autor 717
b. Acción típica 717
c. Peligro no permitido 718
c.1. Criterios para determinar el peligro no permitido 719
c.2. El principio de confianza 722
c.3. Ámbito de protección del tipo legal 725
2. Tipo legal subjetivo 726
a. Introducción 726
b. Individualización de la determinación de la culpa 727
c. Culpa con representación y culpa sin representación 729
3. Ilicitud 731
4. Culpabilidad 732
5. Tipos legales ampliados 734

§ 17 DELITOS DE OMISIÓN DOLOSOS 739
I. Introducción 741
II. Comisión y omisión 742
III. Delitos de omisión propia 746
1. Tipo legal objetivo 746

2. Autor 746
3. Deber de actuar 746
4. Omisión de la acción esperada 747
5. Posibilidad de ejecutar el comportamiento exigido 747
IV. Delitos de omisión impropia 748
1. Introducción 748
2. Tipo legal objetivo 752
3. Causalidad e imputación objetiva 753
4. Deber de garante 755
a. Ley 758
b. Contrato 759
c. Comportamiento peligroso previo 760
d. Situaciones complementarias 763
e. Equivalencia de la omisión a la realización del tipo mediante comisión 765
V. Tipo legal subjetivo 767
VI. Tipos legales ampliados 768
VII. Ilicitud 770
VIII. Culpabilidad 770
IX. Pena 770

§ 18 DELITOS DE PELIGRO 773
I. Introducción 775
II. Noción de peligro 778
III. Clases de delitos de peligro 783
1. Peligro concreto 783
2. Peligro abstracto 785
3. Peligro colectivo: concreto y abstracto 789

QUINTA PARTE 791

§ 19 EL PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO (*ITER CRIMINIS*) 793
I. Nociones preliminares 795
II. Etapas del *iter criminis* 796
III. Actos preparatorios 798
1. Noción 798
2. Fundamentos de la impunidad 799
3. Excepciones a la regla de la impunidad 800
IV. Tentativa 802
1. Fundamentos de la represión de la tentativa 802

a. Criterio objetivo 802
b. Criterio subjetivo 803
c. Criterio mixto 804
d. Desobediencia a la norma 805
e. Apreciación 805
2. Regulación legislativa 806
3. Elementos de la tentativa 807
a. Elemento subjetivo 807
b. Elemento objetivo: comienzo de ejecución 810
b.1. Criterio formal objetivo 811
b.2. Criterio material objetivo 813
b.3. Criterio subjetivo 813
b.4. Criterios mixtos 815
c. No realización de la consumación 816
d. Idoneidad de la acción 818
4. Tentativa y delito agotado 819
5. Jurisprudencia 820
V. Desistirse de ejecutar e impedir la consumación 821
1. Introducción 821
2. Fundamentos de la impunidad 822
3. Voluntariedad 823
4. Tentativa fracasada 826
5. Abandonar la ejecución e impedir el resultado 827
a. Tentativa acabada e inacabada 827
b. Abandono de la ejecución 828
c. Impedir la producción del resultado 830
d. No consumar el delito 831
e. Reparación espontánea del daño y confesión sincera 832
VI. Delito imposible 833
1. Noción 833
2. Aspecto subjetivo 834
3. Aspecto objetivo 834
a. Comienzo de ejecución 834
b. Consumación imposible 835
4. Tentativa irreal o supersticiosa 837
5. Jurisprudencia 838
6. Delito putativo 839
7. Imposibilidad por sujeto activo inapropiado 840
VII. Regulación de la pena en caso de tentativa 843
1. Sistemas legales 843

2. Legislación nacional 844
3. Pena por el delito realmente cometido 846

§ 20 Participación delictiva 849
I. Introducción 851
II. La participación y sus formas 852
III. Maneras de regular la participación 853
IV. Autoría y participación: criterios diferenciadores 856
1. Generalidades 856
2. Criterio objetivo 856
a. Criterio formal objetivo 856
b. Criterio material objetivo 857
3. Criterio subjetivo 857
4. Teoría del dominio del hecho 859
5. Criterio de la violación de deberes 861
V. Autoría 862
1. Introducción 862
2. Autor incapaz de culpabilidad 863
3. Autoría mediata 864
a. Error sobre el dominio del hecho 868
b. Casos especiales de autoría mediata según la naturaleza de la infracción 869
4. Actuar en lugar de otro 871
a. Introducción 871
b. Campo de aplicación 872
c. Actuación de derecho o de hecho 873
d. Realización del tipo legal 874
e. Participación en el actuar en lugar de otro 875
VI. Coautoría 875
1. Introducción 875
2. Decisión común de cometer la infracción 876
3. Común dominio del hecho 877
4. Contribución propia 878
5. Condiciones personales 879
6. Imputación del hecho punible 879
7. Circunstancias particulares 880
8. Autoría causal o accesoria 881
9. Circunstancias materiales y personales 881
10. Jurisprudencia 883
11. Tentativa e instigación en la coautoría 885

VII. Participación *stricto sensu* 885
1. Instigación 889
a. Noción 889
b. Medios utilizados por el instigador 891
c. Intención del instigador 892
d. Instigación de una o más personas 893
e. Casos especiales 893
f. Límites de la responsabilidad del instigador 894
g. Tentativa y consumación en la instigación 894
h. Agente provocador 895
2. Complicidad 896
a. Noción 896
b. Diferencia entre coautores y cómplices 897
c. Hecho punible principal 897
d. Prestar auxilio o asistencia 898
e. Causalidad de la complicidad 899
f. Momento de la intervención del cómplice 900
g. Tentativa de complicidad 903
h. Complicidad por omisión 903
i. Complicidad en delitos especiales 904
j. Intención del cómplice 904
k. Represión de la complicidad: cómplice primario y cómplice secundario 905
l. Fijación de la pena para los cómplices 910
VIII. Técnica legislativa y distinción entre los partícipes 911

§ 21 CONCURSO DE LEYES Y DE DELITOS 915
I. Introducción 917
II. Legislación nacional y sus fuentes 918
III. Unidad y pluralidad de acción 921
1. Terminología y concepto de acción 921
2. Criterios para determinar la unidad de acción 923
a. Acción en sentido natural 923
b. Acción en sentido jurídico 924
3. Unidad de acción en caso de omisión y culpa 927
IV. Concurso ideal de delitos 928
1. Introducción 928
2. Concurso ideal, concurso aparente de leyes y concurso real de delitos 928
3. Unidad de acción y pluralidad de leyes violadas 929

4. Concurso ideal homogéneo 930
5. Fijación de la pena en caso de concurso ideal 931
a. Legislación y doctrina extranjeras 931
b. Legislación nacional 932
V. Concurso real de delitos 934
1. Noción 934
2. Pluralidad de acciones 935
3. Concurso real homogéneo y heterogéneo 936
4. Concurso real retrospectivo 936
5. Fijación de la pena: principio de la absorción, acumulación de las penas, penas accesorias 937
6. Fijación de la pena en caso de juzgamientos sucesivos 940
7. Fijación de la pena en caso de concurso real retrospectivo 941
VI. Delito continuado 943
1. Introducción 943
2. Carácter normativo del delito continuado 944
3. Regulación legislativa 946
4. Elementos del delito continuado: pluralidad de acciones 947
5. Pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de similar naturaleza 948
6. Realización de las acciones en momentos diversos 950
7. Identidad de resolución criminal 953
8. Fijación de la pena 955
VII. Concurso aparente de leyes 957
1. Definición 957
2. Principios para resolver el concurso aparente. Generalidades 959
a. Principio de la identidad 960
b. Principio de la alternatividad 960
c. Principio de la especialidad 963
d. Principio de la subsidiaridad 967
e. Actos anteriores o posteriores impunes 968
f. Principio de la consunción 968
VIII. La jurisprudencia sobre concurso de leyes y de delitos 970

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA 977

ÍNDICE DE MATERIAS 987

BIBLIOGRAFÍA 999

ABREVIATURAS

ADLP	Archivo Digital de la Legislación en el Perú (http://www.congreso.gob.pe/out_of_domain.asp?URL=http%3A//www.leyes.congreso.gob.pe/). Sin referencia contraria los decretos y las leyes son citados utilizando esta fuente de información.
ADP	*Anuario de Derecho Penal* (Perú).
ADPCP	*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (España).
AJ	*Anales Judiciales* (Lima).
AJP	*Aktuelle Juristische Praxis* (Suiza).
AP	*Actualidad Penal* (España).
APC	*Archive de Politique Criminelle* (Francia).
APD	*Archives de Philosophie du Droit* (Francia).
AProy	Anteproyecto.
ARSP	*Archiv für Rechts- und Rechtsphilosophie* (Alemania).
Art. (s).	Artículo (s).
ASDI	*Annuaire Suisse de Droit International* (Suiza).
AT	Allgemeiner Teil.
ATF	Arrêt du Tribunal Fédéral (Suiza).
BC	*Bulletin de Criminologie* (Suiza).
BJ	*Boletín Judicial* (Perú).
BJM	*Basler Juristische Mitteilungen* (Suiza).

CC	Código Civil.
CdePP	Código de Procedimientos Penales.
CDJ	Cuadernos de Derecho judicial. Consejo General del Poder judicial (España).
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos.
CEP	Código de Ejecución Penal.
Cf.	Confróntese.
CJM	Código de Justicia Militar.
Const.	Constitución.
CP	Código Penal.
CPC	*Cuadernos de Política Criminal* (España).
CPP 1991	Código Procesal Penal de 1991.
CPP 2004	Código Procesal Penal de 2004.
CPT	Código Penal Tipo para Latinoamérica.
CSup	Corte Superior.
CSupre	Corte Suprema.
Derecho	Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
DL	Decreto (s) Ley(es) .
DLeg	Decreto (s) Legislativo (s).
DP	*Doctrina Penal* (Argentina).
DS	Decreto Supremo.
ES	Ejecutoria Suprema (sentencia de la Corte Suprema).
Exp.	Expediente.
f.j.	fundamento jurídico.
FJS	Fiches Juridiques Suisses (Suiza).
FS	Festschrift.
GA	*Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (Alemania).

GJ	*Gaceta Jurídica* (Lima).
GJEJ	Gaceta Jurídica. Explorador Jurisprudencial 2000-2002.
inc. (s).	inciso (s).
JdT	*Journal des Tribunaux* (Suiza).
JurBl	*Juristische Blätter* (Austria).
JurProsu	*Jurisprudencia del proceso sumario 1996-1997.* Ejecutorias de la Sexta Sala Corporativa de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. Lima 1999, por Miguel La Rosa Gómez de la Torre.
JuS	*Juristische Schulung* (Alemania).
JZ	*Juristische Zeitung* (Alemania).
LK	*Leipziger Kommentar*.
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MDR	*Monatsschrift für deutsches Recht* (Alemania).
MSchrKrim	*Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (Alemania).
Nº	Número (s).
NEJ	*Nueva Enciclopedia Jurídica* (España).
NFP	*Nuevo Foro Penal* (Colombia).
NJW	*Neue juristische Wochenschrift* (Alemania).
NL	*Normas Legales* (Perú).
NPP	*Nuevo Pensamiento Penal* (Argentina).
NStZ	*Neue Zeitschrift für Strafrecht* (Alemania).
p.	página (s).
PE	Parte Especial.
pf.	párrafo (s).
PG	Parte General.

PJ	*Poder Judicial* (España).
PJA	*Pratique Juridique Actuelle* (Suiza).
Proy	Proyecto.
ProyCPT	Proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano.
RCP	*Revista de Ciencias Penales* (Chile).
RDCP	*Revista de Derecho y Ciencias Políticas* (Perú).
RDPC	*Revista de Derecho Penal y Criminología* (España).
RDPCr	*Revue de Droit Pénal et de Criminologie* (Bélgica).
RDS	*Revue de Droit Suisse* (Suiza).
RF	*Revista del Foro* (Perú).
RFDUC	*Revista Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* (España).
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RICPT	*Revue International de Criminologie et Police Technique* (Suiza).
RIDC	*Revue Internationale de Droit Comparé* (Francia).
RIDP	*Revue Internationale de Droit Pénal* (Francia).
RIDPP	*Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (Italia).
RIFD	*Rivista Italiana di Filosofia del Diritto* (Italia).
RIPC	*Revue Internationale de Politique Criminelle* (Francia).
RJ	*Revista Judicial* (Perú).
RJB	Jurisprudence Administrative Bernoise (Suiza).
RJP	*Revista de Jurisprudencia Peruana* (Perú).
RN	Recurso de nulidad.
RPCCP	*Revista de Política Criminal y Ciencias Penales* (México).
RPCP	*Revista Peruana de Ciencias Penales* (Perú).
RPDP	*Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal* (Francia).
RPJ	*Revista Peruana de Jurisprudencia* (Perú).

RPS	*Revue Pénale Suisse* (Suiza).
RSC	*Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (Francia).
RSJ	*Revue Suisse de Jurisprudente* (Suiza).
RSJB	*Revue de la Société des Juristas Bernois* (Suiza).
RT	*Revista de los Tribunales* (Perú).
SchwZStr	*Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* (Suiza).
SerJur	*Serie Jurisprudencia.* Tendencias jurisprudenciales de las Cortes Superiores. Academia de la Magistratura (Perú).
SJ	*La Semaine Judiciaire* (Suiza).
SJZ	*Schweizerische Juristische Zeitung* (Suiza).
SK	Systematischer Kommentar.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán).
T.	Tomo (s).
Wistra	*Zeitschrift für Wirtschaft Steuer, Strafrecht* (Alemania).
ZStW	*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (Alemania).

Primera parte

§ 1 Nociones fundamentales

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

I. Derecho penal

1. Terminología

La expresión "derecho penal", como la de "derecho" es bastante ambigua. Se la utiliza para designar tanto la materia estudiada como la disciplina que la estudia. Esta última constituye un metalenguaje respecto a la primera, pues habla sobre el conjunto de reglas y principios de orden penal y que son expresados en un lenguaje determinado. Por lo tanto, en las páginas que siguen se explicará y estudiará el sentido y la aplicación de dichas reglas y principios. No se trata, en consecuencia, del estudio del hecho social denominado derecho ni de la realidad de los comportamientos punibles o de la reacción social frente a estos hechos. 1

Las dificultades comienzan con la terminología utilizada. La designación derecho penal (*Strafrecht, diritto penale*) se usa de manera preponderante sólo a partir de inicios del siglo XIX[1]. De esta manera se abandonó la denominación derecho criminal. Sin embargo, esta última ha vuelto a ser empleada de manera esporádica. Esto ha sido condicionado por la concepción adoptada para explicar o justificar la represión penal[2]. En la práctica, se les utiliza como sinónimos, pero ninguna de las dos son satisfactorias[3] porque cada una pone de mani- 2

---

[1] Sobre todo desde la promulgación del CP francés de 1810; PRADEL, 2003, Nº 94 ss.; BUSTOS RAMIREZ, 1989, p. 4 s.; MAURACH/ZIPF, § 1 I Nº 2; JESCHECK/WEIGEND, § 2 I Nº 1.

[2] Cf. p. ej. ENRICO FERRI, uno de los fundadores del positivismo criminológico, quien intituló uno de sus libros *Principi di diritto criminale* (Torino 1928). Prefirió esta denominación porque estimó que colocaba en primer plano al autor del hecho delictuoso.

[3] MERLE/VITU, Nº 146.

fiesto sólo uno de los aspectos fundamentales. Al hablarse de derecho penal, se destaca la pena (del latín *poena* y comprendida, en sus orígenes, en el sentido religioso de expiación) que durante mucho tiempo fue el único medio de reacción contra los delincuentes. De esta manera, no se comprenden las nuevas formas de sanción como las medidas de seguridad. La fórmula derecho criminal se refiere sobre todo al hecho calificado como infracción penal y que genera la reacción social, pero refiriéndose sólo a los casos más graves y no así a los delitos y contravenciones.

3 Si bien podría preferirse la expresión derecho criminal porque también puede ser comprendida como referente a la persona responsable de un comportamiento delictuoso (el criminal, el delincuente), la denominación derecho penal se ha impuesto y no es más entendida ni de manera restrictiva como "derecho de las penas"[4], ni como derecho puramente represivo. Además, tiene la ventaja de evocar en cierta forma la idea de legalidad, en el sentido de regular, como parte del sistema de derecho, la reacción social ante la delincuencia[5].

4 De esta manera, se ponen de manifiesto los tres principales protagonistas del derecho penal: (a) el Estado, la sociedad políticamente organizada; (b) el delincuente, objeto de la reacción del poder del Estado; y (c) la víctima, cuyos intereses son atacados. En el momento de ejercer su poder punitivo, el Estado debe respetar, conforme a la Constitución y a las convenciones internacionales, la dignidad y los derechos fundamentales de las personas concernidas.

2. Derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo

5 Por lo que venimos de afirmar, se revelan parcialmente las dificultades que se presentan para definir el derecho penal. La primera constatación que debe hacerse es que se trata de un problema convencional de cómo designar y, así mismo, qué contenido dar al derecho penal. Para evitar confusiones, hay que tener claro que no se trata de conectar la expresión derecho penal con la realidad delictuosa de una sociedad determinada en una época dada, sino más bien de describir, especificar el significado de dicha denominación en tanto que

---

[4] ROXIN, 1997, § 1 Nº 4.
[5] ANCEL, 1981, p. 18, nota 2.

expresión lingüística. De lo contrario, se caería en el error de tratar de dar una definición real por la que se trataría de vincular las palabras con la realidad; de ahí que sea equivocado cuestionarse sobre la naturaleza del derecho penal (cuestión vinculada al denominado esencialismo jurídico)[6].

El derecho penal como disciplina de estudio será presentado al analizar lo que debe comprenderse por dogmática penal, denominada también ciencia del derecho penal. Por ahora, nos centraremos en la determinación, al menos de manera parcial, de la materia de estudio de esta disciplina. 6

El derecho penal sustantivo puede ser definido, en sentido objetivo, como el conjunto de normas promulgadas por el órgano constitucionalmente competente, que prevén, por un lado, la incriminación de comportamientos calificados de delictuosos y, por otro, las sanciones (penas y medidas de seguridad) previstas en tanto que consecuencias jurídicas de esos comportamientos[7]. Las primeras son normas que prohíben u ordenan la ejecución de comportamientos y las segundas indican a los órganos de justicia la sanción que, cometida una de esas acciones, deben imponer al responsable. Pero es evidente que el derecho penal objetivo no se agota en dichas normas, pues, existen otras que permiten la comisión de algunos actos (por ejemplo, las que prevén causas de justificación) o que ordenan la extinción de la represión (por ejemplo, las que regulan la prescripción de la acción penal o de la ejecución de la pena). Además, desde el reconocimiento constitucional del carácter plural de la sociedad peruana (art. 2, inc. 19 Const.), hay que tener en cuenta las reglas penales que forman parte del derecho consuetudinario de las comunidades campesinas y nativas, las mismas que son aplicadas por sus autoridades tradicionales (art. 149 Const.). 7

Desde otra perspectiva, se habla de derecho penal subjetivo, como el "derecho de castigar" (*ius puniendi*) perteneciente al Estado. En un principio[8], mediante esta expresión se aludía al poder punitivo del Estado (*potestas criminales; staatliche Strafgewalt*) e implícito a su soberanía (*imperium*). Poder que le permite promulgar las leyes penales, 8

---

[6] ATIENZA, 2001, p. 42 ss.

[7] Esta definición retoma la dada por von LISZT, 1905, § 1 Nº I.

[8] Respecto a la evolución de la noción de *ius puniendi*, cf. KLOSE, p. 36 ss.

organizar el sistema judicial y ejecutar las sanciones. Así, el *ius puniendi* era percibido como la fuente del derecho penal objetivo[9].

9 Esta percepción del *ius puniendi* varió bajo la influencia del liberalismo político y del positivismo jurídico. Así, se consideró que más bien el poder punitivo del Estado emana de las normas legales y que en éstas funda su pretensión para reprimir a las personas (*Strafanspruch*). Binding[10], entusiasta defensor de esta concepción, explicó el *ius puniendi* en un sentido positivista y, en su opinión, se trata de un derecho subjetivo que está en la base de la relación entre el Estado y el delincuente. Esta concepción, próxima a la de los derechos subjetivos del derecho privado, no es satisfactoria, en la medida en que el poder punitivo del Estado no puede ser explicado en tanto que prerrogativa derivada del conjunto de las reglas penales promulgadas por el mismo[11].

10 La cuestión tratada bajo la designación de derecho penal subjetivo está en relación con las explicaciones que se dan sobre el origen de la soberanía y con las teorías sobre la justificación de la pena[12], las que no corresponde abordar aquí. Sin embargo, es conveniente afirmar que resulta difícil y, aun, inútil admitir respecto al derecho penal un real derecho subjetivo del Estado. Nada se pierde dejando de lado esta noción. Basta con admitir que uno de los atributos de la soberanía es el poder de castigar y no el derecho de castigar, ya que el Estado monopoliza el uso legítimo de la violencia. En este sentido, hay que tener en cuenta, por un lado, que este poder se manifiesta en el aspecto coercitivo de las normas y, por otro, que es también objeto de la regulación de las mismas. Este es, precisamente, uno de los aspectos del Estado de derecho. De esta manera, el poder se fundamenta y está limitado por la Constitución, especialmente en las disposiciones relativas a la organización del Estado y a los derechos fundamentales.

3. Derecho penal y poder

11 El derecho en general es una forma de regular el comportamiento de las personas. El fin es establecer o conservar las condiciones nece-

---

[9] Cf. MAURACH/ZIPF, § 1 I Nº 3.

[10] BINDING, 1885, p. 168 s., 183, 186, quien admitió la existencia de un deber de obediencia y, por tanto, definía la infracción como una violación de dicho deber.

[11] KLOSE, p. 47.

[12] Cf. especialmente DUGUIT, T. I, p. 551 ss.; JIMÉNEZ de ASÚA, 1964, T. II, p. 73.

sarias para el normal y buen desenvolvimiento de la vida comunitaria[13]. El derecho penal, regulador del poder punitivo del Estado, es el recurso extremo para controlar y orientar los actos de los individuos. La orientación en que ejerza su poder punitivo está determinada por las opciones sociales y políticas que haya adoptado en relación con la organización de la comunidad, en general. Por lo tanto, la política criminal del Estado se halla encuadrada y condicionada por su política social general[14].

Así, el derecho penal es uno de los medios de control social, y este último puede ser comprendido como un conjunto de modelos culturales y de símbolos sociales y también de actos a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados. Con ellos, se tratan de superar las tensiones sociales: generales, de grupo y/o de individuos[15]. Cualquiera que sea el sistema político-económico de una sociedad, el Estado tratará de "desmontar los elementos conflictivos potenciales y de aceitar la maquinaria de la circulación social"[16]. De esta forma garantiza el ejercicio de los derechos y libertades, condición indispensable para que las personas puedan realizar sus programas individuales de vida. El ejercicio del poder punitivo no es, en consecuencia, un fin en sí mismo. 12

De modo que el derecho penal, como todo el derecho, se encuentra integrado en el sistema y, por tanto, vinculado con los otros medios de regulación social. En esta perspectiva, la contribución del derecho no se limita a reducir la complejidad social por la que se buscaría, sobre todo, el orden y la seguridad. De esta manera las decisiones judiciales, por ejemplo, no sólo deben ser tomadas teniendo en cuenta la validez formal de las normas legales, sino también considerando tanto sus consecuencias sociales, como si son o no justas. 13

Mediante el derecho penal, se determinan y definen ciertos comportamientos, los cuales no deben ser realizados (art. 106: no matar) o, queridos o no, deben ser ejecutados (art. 127: "socorrer"). Con el fin de conseguir que los miembros de la comunidad omitan o ejecuten, según el caso, tales actos, se recurre a la amenaza con una sanción. El 14

---

[13] HART, p. 51.
[14] Cf. *infra* Nº 131 ss.
[15] KÖNIG, p. 280.
[16] MAIHOFER, p. 28.

Estado espera, en primer lugar, orientar los comportamientos de los individuos, motivándolos para actuar de cierta manera y así lograr que acepten "ciertos esquemas de vida social"[17]. Sólo cuando no alcanza este objetivo por otros medios, se debe recurrir a la sanción penal. En esto, precisamente, radica el peculiar carácter del derecho penal "como medio de control social"[18].

15 El ejercicio de la actividad punitiva por parte del Estado conlleva una grave afectación de los derechos fundamentales de la persona. Las penas comportan la privación o la restricción de la libertad, de derechos o del patrimonio (art. 28). En razón de la gravedad de la intervención penal, siempre ha existido la preocupación por establecer límites al poder estatal. Este esfuerzo se ha orientado hacia la búsqueda de la justificación de la pena y a la determinación de un criterio suficientemente claro para discernir las acciones que deben ser prohibidas; fijar las condiciones cuya preexistencia permita la imposición de la sanción y la especificación de los casos en que la actividad punitiva es oportuna, necesaria y positiva.

16 Esta compleja problemática, que afecta los mismos fundamentos del derecho penal, se ha tratado de resolver mediante el estudio del fin y naturaleza de la pena. No es otra la finalidad de las denominadas teorías absoluta, relativa y mixta. Podemos afirmar que una mirada a la literatura especializada nos convencerá, de inmediato, que lo que se discute no es otra cosa que los principios fundamentales reguladores del sistema penal[19].

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

17 En su acepción corriente y restringida la expresión derecho penal comprende sobre todo las reglas relativas a las infracciones (tipos legales y condiciones substanciales de la represión) y las sanciones. Se habla entonces de derecho penal material o derecho penal de fondo (*materielles Strafrecht*). Al contrario, cuando se emplea en senti-

---

[17] ROSS, 1970, p. 65.
[18] HART, p. 49.
[19] ROSS, 1970, p. 65.

do amplio, se hace referencia al conjunto de reglas establecidas en todo el ámbito penal. Estas reglas se refieren, por lo tanto, no sólo al derecho penal material, sino también al derecho penal formal y al derecho de ejecución penal[20].

El derecho penal formal o de procedimientos penales (*formelles Strafrecht, Strafprozessrecht*) "constituye la puesta en ejecución del derecho penal"[21] material. Su contenido es doble: por un lado, comprende las normas que regulan el establecimiento de los órganos judiciales en materia penal, sus competencias y su funcionamiento (organización judicial); por otro, las que prescriben la manera como debe investigarse y juzgarse un asunto penal (procedimiento en sentido estricto) [22]. En oposición al derecho penal de fondo, más bien estático, el derecho procesal penal se caracteriza por su aspecto dinámico[23]. 18

En cuanto al derecho de ejecución penal (*Strafvollzugsrecht, Strafvollstreckungsrecht*), éste comprende todas las reglas relativas a la puesta en práctica de las decisiones judiciales tomadas por las autoridades penales. Se trata, primero, de las reglas de ejecución[24] que estatuyen la manera cómo se ejecutan las sanciones (derecho de ejecución en sentido material); segundo, las que prevén los establecimientos, las autoridades de ejecución y las que regulan las modalidades de aplicación de las sanciones (derecho de ejecución en sentido formal). 19

5. Derecho penal general y derecho penal especial

Tradicionalmente, el derecho penal material se subdivide en general y en especial. El derecho penal general fija los ámbitos de aplicación de la ley penal, define las condiciones necesarias para castigar y determina los tipos y los límites de las sanciones penales. En cuanto al derecho penal especial, enuncia y describe los actos punibles, indicando cuál es la pena aplicable al autor según la gravedad del acto 20

---

[20] GRAVEN/STRÄULI, p. 12.
[21] PIQUEREZ, Nº 7; HASSEMER, 1990b, vor § 1 Nº 338 y 340.
[22] BOUZAT/PINATEL, I, p. 8; PIQUEREZ Nº 15.
[23] TIEDEMANN, 1989, p. 133.
[24] SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 37.

cometido. El estudio de la parte general está muy desarrollado en la doctrina. La teoría de la infracción constituye el ejemplo más claro del grado de refinamiento dogmático logrado por los juristas. Por el contrario, cabe lamentar la falta de análisis sistemático de la parte especial, sea para integrar o complementar la parte general, sea con la finalidad de superar la interpretación singular de los tipos legales y elaborar así principios o criterios generales[25]. En nuestro medio, como en otros, más son los trabajos dedicados a los delitos en particular que a las instituciones de la parte general.

21 Esta distinción, que se explica esencialmente por razones de orden práctico y de técnica legislativa, caracteriza la estructura de los códigos penales. El Libro Primero de nuestro código se intitula "Parte General" y el Libro Segundo, "Parte Especial – Delitos". El primero, dedicado a las "disposiciones generales", trata esencialmente del campo de aplicación de la ley penal, de las condiciones generales de la represión, de las sanciones en un sentido amplio. Así, allí se regulan, por ejemplo, el carácter ilícito de los actos típicos, la responsabilidad, las diversas penas y medidas y sus límites. El segundo está consagrado a las "disposiciones especiales" y constituye un catálogo de infracciones sistematizadas según el bien jurídico dañado o puesto en peligro.

22 Sin embargo, las disposiciones generales y las disposiciones especiales están muy relacionadas, tanto en el plano teórico como en su aplicación concreta. La índole de este vínculo puede ser ilustrada mediante el art. 12, pf. 1. Según esta disposición, "las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa". Esta regla acarrea dos consecuencias, una para el legislador y otra para el juez. En virtud de esta disposición, el legislador no está obligado a mencionar de manera expresa el dolo en el texto legal como una condición para imponer la pena al responsable. El juez, para imponer una pena con base en una disposición de la parte especial, debe tener en cuenta lo dispuesto en el art. 12.

---

[25] PISAPIA, p. 9; por su parte, STRATENWERTH/JENNY, Einleitung Nº 5, considera que esta falta de sistemática y de principios directores no implica de ninguna manera que el derecho penal especial pueda ser concebido como un conjunto de casos particulares desordenados

II. Infracción

1. Infracción en sentido formal e infracción en sentido material

Si bien en el Código Penal no se ha definido el delito de manera expresa, de sus disposiciones es factible deducir una noción formal. Así, con fundamento en las disposiciones que regulan las "bases de la punibilidad", la infracción puede ser definida como un comportamiento típico, ilícito y culpable. Se trata de "acciones u omisiones" humanas (art. 11), descritas en un tipo legal contenido en la disposición penal (art. II del Título Preliminar) y contrarias al orden jurídico (art. 20, inc. 3 y 4), cometidas por un sujeto imputable y culpable (art. VII del Título Preliminar, art. 20, inc. 1 y 5). Esta definición es llamada dogmática porque se deduce de las normas jurídicas consideradas como si fueran dogmas[26]. 23

Esta noción formal de infracción se limita a precisar cuáles son los elementos comunes a los actos incriminados en la parte especial del código o en otras leyes penales. Por lo tanto, no constituye un medio eficaz para saber por qué el Estado debe o no reprimir un acto determinado; o por qué debe calificarlo de comportamiento delictuoso. Cuando se aplica la ley, se determina, por ejemplo, que el hecho de provocar un aborto es reprimible, pero no se sabe por qué ha sido incriminado. 24

Debido a esto, se han realizado numerosos esfuerzos para delimitar la infracción en un sentido material[27]. 25

Los partidarios del positivismo criminológico, en particular Garofalo, distinguieron las infracciones naturales de las infracciones convencionales. Definieron las primeras como comportamientos que violan los sentimientos de piedad, honestidad y probidad, que están en la base de toda sociedad. Concibieron a las segundas como violaciones a los sentimientos evolutivos y variables, relativos a las condiciones particulares de una nación[28]. 26

---

[26] La ley es, de esta manera, considerada como la base sobre la que se erige la teoría del delito. Cf. GERMANN, 1942, p. 21; JESCHECK/WEIGEND, § 21 II Nº 1; HASSEMER, 1990b, vor § 1 Nº 236 ss.

[27] Este criterio es considerado útil para orientar al legislador; cf. ROXIN, 1997 § 2 I Nº 1.

[28] Cf. GAROFALO, p. 5 ss., y en especial, p. 30.

27 En criminología, aun cuando se tiene en cuenta la noción legal de delito, se recurre a una noción más amplia, elaborada sin referencia a las normas jurídicas. Con una perspectiva sociológica, la expresión "comportamiento desviado" (*abweichendes Verhalten*) es utilizada para señalar los comportamientos que se separan de los modelos de conducta reconocidos y que no respetan las expectativas sociales. Así, los comportamientos delictuosos constituyen una clase de comportamiento desviado[29].

28 Esos esfuerzos han sido vanos; en efecto, las nociones propuestas son muy generales y vagas. En consecuencia, ineficaces para orientar al legislador en su tarea e inapropiadas para desarrollar y sistematizar las nociones de derecho penal[30].

29 En cambio, los resultados obtenidos en dogmática penal son relativamente mejores en la medida en que la noción material de infracción ha sido elaborada en relación con el concepto de bien jurídico: la infracción es así concebida como un comportamiento que viola o pone en peligro un bien jurídico.

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

a. Introducción

30 Dentro del marco de las concepciones filosóficas del Siglo de las Luces y en especial de las referentes al Contrato Social[31], se consideró, en oposición a las ideas predominantes en el derecho penal de los regímenes absolutistas, que "la verdadera medida de los delitos es el daño que el delincuente causa a la sociedad"[32]. En esta perspectiva, el art. 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) prevé que "la ley no debe prohibir más que las acciones perju-

---

[29] Cf. HASSEMER, 1990b, vor § 1 Nº 114 ss.

[30] MARINUCCI/DOLCINI, p. 416.

[31] Cf. BECCARIA, 1979, p. 49 ss.; CARRARA, p. 106; cf.; POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 563 ss.

[32] BECCARIA, 1979, p. 113. En Alemania, se llegó a la misma conclusión en el marco de las concepciones de GROCIO y PUFENDORFF sobre el derecho natural como derecho racional, cf. LARENZ, 1980.

diciales para la sociedad". Así que siendo la persona el centro del derecho, dichas acciones constituían "la violación de un derecho subjetivo" y, por tanto, "el equivalente colectivo de lo que puede dañar a otro a nivel individual"[33]. La función del derecho penal fue circunscrita así al hecho de evitar verdaderos perjuicios sociales, como el elemento específico del delito, el mismo que fue concebido entonces como una acción contraria a los derechos de otro y prohibida por la ley penal[34].

31 En la época moderna, los juristas alemanes han desarrollado la noción de bien jurídico. Birnbaum[35], sin recurrir a la misma terminología, introdujo la idea de bien jurídico y, por un lado, estimó que constituía un contrasentido afirmar que los derechos pueden ser dañados o puestos en peligro y, por otro, señaló que mediante la idea de la violación de los derechos subjetivos no se comprendía la represión de ciertos comportamientos que atacaban intereses sociales importantes, considerados como bienes jurídicos colectivos (por ejemplo, la moralidad pública o el sentimiento religioso). De esta manera, el rigor del criterio establecido conforme a las ideas de la Ilustración fue disminuido para justificar la ampliación de la intervención penal para reprimir delitos como el incesto (buenas costumbres) o el perjurio (falta de respeto a Dios)[36].

b. Noción positivista de bien jurídico

32 Sobre la base del positivismo jurídico, Binding[37] sostuvo que el bien jurídico es todo valor que, según el legislador, constituye una condición necesaria para la vida comunitaria normal; es decir, los bienes jurídicos son una creación del legislador. El objetivo de éste no es la defensa de intereses jurídicos individuales sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad. Binding definió el bien jurídico como todo lo que,

---

[33] GAUCHET, p. 134.
[34] CARRARA, p. 106; FEUERBACH, p. 21 ss.
[35] BIRNBAUM, p. 149 ss. Cf. HAFT, p. 71; PARODI GIUSINO, p. 11 s.; RUDOLPHI, 1970, p. 151 ss.
[36] MIR PUIG, 1982, p. 767; POLAINO NAVARRETE, 1974, p. 100 ss; HORMAZÁBAL, p. 28 ss.
[37] BINDING, 1890, I, p. 340.

aun no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente[38], por lo que consideró que es el interés de la comunidad conservarlo íntegro, protegiéndolo mediante normas jurídicas.

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

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

34 La búsqueda de un criterio material se hizo con ayuda de los progresos alcanzados por las ciencias sociales. Las funciones del bien jurídico como vínculo del derecho penal con la realidad y de límite del poder punitivo del Estado fueron preconizadas por Franz von Liszt[39]. Este autor negó que los bienes jurídicos constituyan una creación del legislador y afirmó que más bien eran intereses vitales, personales o colectivos, que tenían su origen en hechos y circunstancias sociales anteriores a las normas jurídicas. De acuerdo con la idea del fin de Jhering[40], consideró que el derecho es un medio para satisfacer las necesidades sociales que se imponen como factores preexistentes y que condicionan, en consecuencia, la actividad legislativa y la jurisprudencia. Esta manera de concebir los bienes jurídicos se complementa con la concepción liberal de considerar el derecho como un sistema de garantías para las personas. Sin embargo, en la medida en que no se establecen los criterios para seleccionar los intereses "preexistentes" y, por lo tanto, no se fija el contenido del bien jurídico, no se logran establecer los tan proclamados límites del poder del Estado.

---

[38] Binding, 1890, I, p. 353 s.
[39] Liszt, 1888, p. 138 ss.; 1905, p. 140.
[40] Liszt, 1905, p. 1 ss.

En oposición a esta manera de determinar el bien jurídico, se consideró que era preferible tener en cuenta, en lugar de la función político-criminal del mismo, su función dogmática y sistemática. En este sentido, el bien jurídico no es más considerado como un hecho real preexistente a la norma, sino sólo una expresión abreviada para referirse al fin de la norma penal[41], el cual es precisado mediante la interpretación de la norma jurídica. De esta manera, sólo desde el específico punto de vista jurídico se puede fijar, mediante la noción de bien jurídico (categoría de síntesis), el fin y el sentido de cada norma. Así, se identifica el bien jurídico con la *ratio legis* de la norma, lo que prácticamente significa la eliminación de la noción de bien jurídico[42]. Esta concepción metodológica no sólo neutraliza la función crítica del concepto de bien jurídico, sino que tampoco da, por lo difícil que es determinar el fin de la norma, indicaciones precisas sobre el objeto de la protección penal. Esta revisión formal positivista del concepto de bien jurídico constituye la manifestación de una corriente de pensamiento contraria a la tradición liberal. 35

La manifestación extrema de la concepción antiliberal tuvo lugar en el período de los regímenes totalitarios como el nacionalsocialista alemán. Bajo la influencia de la nueva manera de concebir la primacía del Estado sobre la persona, se consideró, por un lado, el delito como la violación del deber de fidelidad al Estado y, por otro, se definió su carácter dañino como la discrepancia con criterios éticos (por ejemplo con el denominado "sano sentimiento del pueblo"). Se agrupa a los propugnadores de estas ideas bajo la designación de Escuela de Kiel[43]. 36

d. Noción de bien jurídico y moral

Con la derrota de los regímenes nazis y fascistas en Europa, comenzaron a ganar de nuevo terreno las concepciones liberales del bien jurídico en tanto que categoría necesaria para limitar el poder punitivo del Estado y como instrumento de crítica en el ámbito de la política 37

---

[41] GRÜNHUT, p. 1 ss.; HONIG, 1919.
[42] COBO/VIVES, p. 320 s.
[43] DAHM, p. 225 ss; SCHAFFSTEIN, 1937, p. 335 ss.; LUZÓN PEÑA, 1996, p. 82.

criminal. Estas circunstancias intensificaron el debate sobre los criterios de legitimación de la intervención penal, sobre todo en dominios en los que se habían creado nuevos espacios de libertad. Uno de los incentivos de este cuestionamiento fue el esfuerzo realizado para excluir la influencia de la moral admitida por la mayoría o defendida por la minoría dominante. Esta influencia era, por ejemplo, muy clara en el Proyecto alemán de 1962. En su exposición de motivos, se afirmaba con relación a la represión de la homosexualidad que si, en la mayor parte, de los casos "las normas penales sirven para proteger bienes jurídicos, pero no excluye criminalizar determinados casos de un comportamiento especialmente reprobable, desde el punto de vista ético, y vergonzoso según la convicción general, aunque con el hecho concreto no se lesione ningún bien jurídico inmediato"[44].

38 En oposición a este criterio y en el contexto de la discusión sobre la reforma de la regulación de los delitos sexuales[45], se reforzó la idea de que sólo era legítimo elevar a la categoría de bienes jurídicos penalmente protegidos aquellas entidades dotadas de un substrato real y que pudieran ser perjudicadas materialmente. Por lo tanto, no debían, por ejemplo, reprimirse comportamientos por el simple hecho de ser calificados de inmorales. Si bien respecto a este último postulado los criterios propuestos no fueron del todo correctos, el cuestionamiento de la concepción tradicional fue positivo en la medida en que actualizó y propugnó que se precisara mejor la noción de bien jurídico. Sin embargo, debe reconocerse que la referencia a entidades reales, posibles de ser perjudicadas materialmente, no constituye el medio adecuado para tratar de limitar el poder del legislador para determinar el objeto de la protección penal.

39 En las últimas décadas, a raíz de la incorporación en los sistemas penales de un gran número de nuevos tipos legales referentes a comportamientos contrarios a los denominados bienes jurídicos universales, se planteó un criterio restrictivo de bien jurídico. Según esta orientación, estrictamente individualista, sólo debe ser considerado bien jurídico todo interés humano que necesita protección penal. Por esto se ha denominado esta noción de bien jurídico, "teoría del bien jurídico personal". Así, los bienes protegidos en primer plano

---

[44] GIMBERNAT, 1969, p. 415.
[45] PARODI GIUSINO, p. 77 s.

son los individuales; mientras que los bienes jurídicos colectivos o universales sólo lo serían en la medida en que también sean afectados intereses individuales. En otras palabras, estos bienes deben ser considerados en la perspectiva de la protección de los bienes jurídicos individuales. De esta manera, ellos serán delimitados conforme a la indicada función restrictiva del derecho penal[46]. Una de las consecuencias es, por ejemplo, que el derecho penal no sea considerado como el medio adecuado para la protección de bienes como el medio ambiente. Afirmación que es poco compatible con la necesidad de estatuir una política criminal eficaz para proteger bienes colectivos fundamentales. Sin embargo, hay que reconocer el carácter positivo parcial de la perspectiva adoptada por los defensores de la noción personal de bien jurídico, en la crítica expresada contra el recurso excesivo a los denominados delitos de peligro abstracto.

e. Abandono de la noción de bien jurídico

Algunos autores, sin proponer el abandono completo de la categoría 40
de bien jurídico, no consideran como fin principal del derecho penal la protección de bienes jurídicos. Desde su particular punto de vista, Welzel[47] opinó que dicho fin consiste en la formación de las actitudes ético-sociales de las personas para promover su disponibilidad en favor del respeto de las leyes; por lo tanto, sólo de manera indirecta se protegen los bienes jurídicos. Estos son concebidos como todo estado social deseado que el derecho trata de proteger para que no sean perjudicados[48]. El inconveniente de este planteamiento es que hace posible que el derecho penal sea utilizado con la finalidad de exigir a las personas fidelidad al Estado. Para no llegar a este extremo, dicha propuesta debería ser comprendida en el sentido de que mediante la protección de los bienes jurídicos se refuerza en las personas el respeto del orden jurídico.

Partiendo de una clara posición sociológica, algunos autores[49] conci- 41
ben el delito como la perturbación de las relaciones sociales (fenó-

---

[46] HASSEMER, 1990b, vor § 1 Nº 274 ss.; KINDHÄUSER, 1992, p. 227 ss.; TERRADILLOS, 1995, p. 45 ss.

[47] Cf. WELZEL, 1967, p. 1; WÜRTENBERGER, 1959, p. 47 ss.

[48] WELZEL, 1967, p. 2 s.

[49] AMELUNG, p. 10 ss, 343 ss; HASSEMER, 1973, p. 120 ss, 148 ss.

meno de interacción social) y no como violaciones de intereses o valores. Sin embargo, se admite que su contenido es estatuido por las normas penales, las cuales prevén precisamente la reacción penal. Estas mismas normas determinan cuál es el objeto de la protección jurídica dentro del contexto fijado por los intereses sociales y de los límites del contrato social.

42 Destacando el fracaso de los esfuerzos tendientes a determinar un criterio idóneo para establecer cuáles son los comportamientos perjudiciales, se plantea[50] que debe abandonarse la categoría del bien jurídico (orientada hacia el perjuicio de orden natural) en favor de un criterio que reconozca el carácter dañino del acto para el sistema social y las condiciones de su permanencia. El punto de partida es el de concebir la sociedad como un sistema dirigido a asegurar su existencia a través de imperativos funcionales (normas generales estableciendo sanciones), que institucionalizan las expectativas de los miembros de ésta. Así, se considera que el daño producido por el delito consiste en el perjuicio causado al esfuerzo constante del sistema para solucionar sus problemas de existencia[51]. Pero como este perjuicio no puede ser la obra de un acto individual, el delito es percibido más bien como una disfunción: sólo la comisión repetida de dichas acciones individuales puede ocasionar un perjuicio al sistema social debido a la perturbación causada a la "interacción social". De esta manera, se estima que se pone mejor en evidencia lo esencial del delito, en lugar de hacerlo buscando innumerables objetos de tutela. La función de las normas es, por lo tanto, asegurar las condiciones de la vida en común, mientras que su objetivo particular es la finalidad que el legislador se fija concretamente[52]. Esta finalidad es el juicio de valor implícito en la norma, es decir, el bien jurídico. Mediante este planteamiento, se propone una vuelta al criterio de "daño social", con raíces en la ideología de la Ilustración.

43 El criterio del daño social es una noción política y, por lo tanto, no resulta tan útil para la labor legislativa en materia penal, ni para la elaboración dogmática de la teoría del delito. Aun cuando se precise en la medida de lo posible su significado, este concepto no constitu-

---

[50] AMELUNG, p. 345 ss; cf. PARODI GIUSINO, p. 81.
[51] AMELUNG, p. 387.
[52] AMELUNG, p. 388.

ye un vínculo eficaz al que pueda atenerse el legislador. Tratándose en buena cuenta sólo de una propuesta de orientación, no excluye una valoración posterior según la alternativa de política criminal escogida. Además, la referencia inmediata al carácter social dañino para determinar el objeto real de la protección penal tiene efectos negativos si se aplican criterios puramente utilitarios para determinar en qué consiste el daño social[53]. Así, se pueden llegar a proteger intereses insignificantes o privar de protección intereses muy importantes (por ejemplo, calificando como inútil la vida de ciertas personas y, en consecuencia, no merecedoras de protección penal).

Algunos autores, para precisar la noción de bien jurídico, a partir del criterio de nocividad social, han tratado de tener en cuenta al sujeto y su libertad, poniendo así en un segundo plano la funcionalidad de los sistemas sociales. Con este objeto, se rechaza considerar los bienes jurídicos como valores culturales, éticos o morales; por el contrario, se estima que deben ser buscados en la sociedad en tanto que condiciones indispensables para que el sujeto, confiando en el respeto de su propia esfera de posibilidades, pueda intervenir concretamente en los procesos de interacción y comunicación social[54]. 44

También desde una perspectiva sociológica, Jakobs[55] sostiene que el fin primario del derecho penal no es evitar que los bienes jurídicos sean lesionados, sino más bien asegurar de manera suficiente la vigencia estable de las normas fundamentales, indispensables para la existencia de un sistema social[56]. En este sentido, considera que el acto ilícito comporta la negación del significado de la norma y que la sanción implica reafirmar la validez de ésta, en tanto que modelo de orientación de validez general. Es así como, el bien jurídico penal[57] consiste en garantizar las expectativas indispensables para que la vida social se desarrolle en la forma dada y exigida legalmente. Además, estima que la noción de bien jurídico, a pesar de que no puede ser establecida con precisión, debe ser conservada, pero en su dimen- 45

---

[53] FERRAJOLI, p. 471 ss.

[54] MIR PUIG, 2003, p. 112 ss.; 1998, p. 130 ss.; cf. HORMAZÁBAL, p. 132 s.

[55] JAKOBS, 1991, 1/1 ss.; cf. PARODI GIUSINO, p. 86 ss. ; cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 465 s.

[56] JAKOBS, 1994, p. 138 ss.; IDEM, en *FS Saito*, 2003b, p. 18 ss.; idem, en *FS Geilen*, 2003a, p. 64 s.

[57] JAKOBS, 1991 1/2, 5.

sión funcional[58]. El bien jurídico es una situación de hecho valorada positivamente y consistente en simples situaciones o desarrollos[59], que son objeto de tutela de la norma[60]. De conformidad con su concepción global, precisa que los bienes jurídicos deben ser percibidos como la resistencia frente a los comportamientos que comportan una defraudación de las expectativas normativas esenciales (*Enttäuschungsfestigkeit*), las que corresponden prácticamente a la validez de las mismas normas[61]. De modo que, por ejemplo, al reprimir el hurto no se protege el patrimonio ni la propiedad sino la expectativa normativa consistente en que "la propiedad debe ser defendida"[62]. En la perspectiva de Jakobs[63], sin embargo, no todas las normas penales protegen bienes jurídicos, ya que algunas de éstas los crean y otras tutelan instituciones o directamente la paz social (bienes secundarios).

46 Esta manera de concebir los bienes jurídicos no es aceptable[64]. La seguridad de las expectativas sociales no puede ser considerada como prioritaria respecto a la vida u otro bien jurídico (individual o colectivo). La estabilidad y el funcionamiento del sistema social (en una época determinada) están en función de la defensa y el desarrollo de ciertos bienes que constituyen el fin último y en razón a los cuales la seguridad en las expectativas de comportamiento adquiere su significado. El mantenimiento de la seguridad no puede ser considerado el fin último en sí y por sí. La seguridad es la condición y el medio gracias al cual es posible el desarrollo de los valores de la sociedad y de la persona misma. Además, resulta contrario a la Constitución, en la medida en que ésta subordina la sociedad y el Estado a la persona, ya que, en su art. 1, dispone que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

47 Desde una perspectiva más amplia, hay que señalar que la sociología no es capaz de proporcionar el fundamento exclusivo de la legislación penal, ni de la disciplina que la estudia[65]. El objeto de la sociología está

---

[58] JAKOBS, 1991 1/15.
[59] JAKOBS, 1991 1/12.
[60] JAKOBS, 1991 1/7.
[61] JAKOBS, 1991 1/2.
[62] JAKOBS, 1991 1/14.
[63] JAKOBS, 1991 1/16 ss.
[64] PARODI GIUSINO, p. 90 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 466.
[65] PARODI GIUSINO, p. 94 ss.

dado por el sistema de acciones. Este punto de vista es útil para estudiar los fenómenos sociales en su totalidad y en sus variantes, pero no lo es para analizar el derecho penal. Éste se ocupa de la persona como un todo; considerando la acción singular no como una entidad en sí, sino como proveniente de un sujeto responsable. Para los fines del derecho penal, la acción penal debe ser considerada en relación con un autor y vista sólo con referencia al sistema de interacciones sobre el cual incide, debiéndose tener en cuenta también que es atribuida de modo personal a un sujeto y que recae sobre la persona.

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

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

f. Bien jurídico y marco constitucional

50 Con la finalidad de restringir la amplia libertad de la cual dispone el legislador al dictar leyes penales, se ha recurrido al marco estableci-

do tanto por la Constitución, respecto a la organización y funcionamiento del sistema político y jurídico, como por las normas internacionales protectoras de los derechos fundamentales[66]. De esta manera, se ha considerado que constituyen bienes jurídicos (individuales o colectivos) los valores reconocidos, expresa o implícitamente, por las normas y principios constitucionales, y que sean necesarios para la realización de los fines útiles para el funcionamiento total o parcial del sistema social. Su protección mediante la pena (restricción de derechos fundamentales) debe respetar los principios constitucionales de ser estatuida en una ley (legalidad), estar justificada por un interés público o privado preponderante, ser proporcional respecto al interés que la justifica y no atentar contra el núcleo intangible del derecho personal que restringe.

51 Las ventajas de esta percepción constitucional del bien jurídico son limitadas[67]. Dos cuestiones se plantean en su aplicación. La primera concierne al hecho de saber si el legislador está obligado a proteger penalmente todos los bienes considerados en la Constitución. La segunda, por el contrario, se refiere al hecho de que la Constitución no prevé siempre todos los bienes que son de interés vital para la comunidad. Esto lleva a admitir, por un lado, que no existe una relación estrecha y directa entre los intereses constitucionalmente garantizados y los que deben ser protegidos por el derecho penal. Por otro, que las reglas y principios constitucionales desempeñan el papel de límites negativos en la medida que establecen el ámbito fuera del cual el legislador no debería recurrir al derecho penal. Una vez practicada esta delimitación, se debe precisar, teniendo en cuenta otros factores (siempre de acuerdo a la concepción constitucional), si conviene reprimir un comportamiento y cómo hacerlo, tanto respecto a los bienes previstos, expresa o implícitamente, en la Constitución, como en relación con los no considerados en ésta.

g. Necesidad de la noción de bien jurídico

52 Todas estas reflexiones conducen al convencimiento de que la categoría del bien jurídico es indispensable para la elaboración, el desa-

---

[66] RUDOLPHI, 1970; MARX; SAX; ALVAREZ GARCÍA, p. 5 ss.; GONZÁLES RUS, p. 23 ss.; MORILLAS CUEVAS, p. 38 s.; BRICOLA, 1973, p. 15 ss.; PARODI GIUSINO, p. 133 ss.; MUSCO, p. 24 s.; GEMMA, p. 459 ss.; PURITANO, p. 111 ss.; FIANDACA, p. 42 ss.; BERDUGO, p. 15 ss.

[67] PARODI GIUSINO, p. 136 ss.

rrollo y la crítica del sistema penal[68]. No es posible dejar de considerar que existen cosas, situaciones, relaciones, finalidades valiosas, presentes o futuras (aspiraciones), que deben designarse y protegerse. La expresión "bien jurídico" constituye un concepto operativo para referirse a esa realidad y así identificar lo que se considera indispensable proteger mediante el derecho penal.

Fuera de las propuestas tendientes a abandonar total o parcialmente 53
la noción de bien jurídico, los esfuerzos para determinar sus límites han alcanzado resultados diferentes. A veces, se ha definido de manera tan amplia que se ha llegado a vaciarlo de contenido. De este modo, se ha buscado comprender intereses o circunstancias muy difusas para justificar la represión de los comportamientos incriminados. En sentido opuesto, se ha tratado de concretarlo a tal extremo que difícilmente permite justificar la protección penal de ciertos intereses que son realmente importantes para la vida comunitaria. En una perspectiva estática, los bienes jurídicos son considerados como intereses reconocidos por la sociedad o por una parte de ella o como condiciones esenciales en las que se concretan los elementos preliminares e indispensables para la existencia de la comunidad[69]. En una perspectiva dinámica, por el contrario, se estima que la noción de bien jurídico no debe ser determinada considerando los intereses, las situaciones de hecho, sino más bien la función social que representan. En otras palabras, sólo deben ser considerados bienes jurídicos los intereses idóneos para alcanzar un fin útil para la sociedad o para uno de sus sectores[70]. En esta perspectiva, se rechaza hablar de intereses y se prefiere definir a los bienes jurídicos como los hechos o los proyectos favorables al individuo, a su desarrollo, en el marco de un sistema social y al funcionamiento de este sistema[71].

A pesar de todos estos esfuerzos, la noción de bien jurídico sigue 54
siendo imprecisa y discutida. Sin embargo, hay que reconocer que no se ha elaborado otro criterio más eficaz para la elaboración de las leyes y su interpretación[72]. Entre las ventajas que tiene pueden

---

[68] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 464; POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 603 ss.
[69] ROXIN, 1974b, p. 12 s.
[70] Cf. FIANDACA/MUSCO, p. 21.
[71] ROXIN, 1997, § 2 Nº 9.
[72] RUDOLPHI, en RUDOLPHI/HORN/SAMSON, *SK*, vor § 1 Nº 3 s.; cf. JAKOBS, 1991, 2/13, ss.

señalarse[73]: facilita la determinación del contenido real del tipo legal mediante una interpretación conforme a la situación concreta; permite que se armonice el sentido de las disposiciones penales con los objetivos cambiantes de la sociedad; impide que se reprima basándose en la violación de un simple deber de fidelidad o por la sola actitud contraria al sistema social; hace posible comprobar por qué el legislador ha establecido una disposición penal y, llegado el caso, proponer su derogación o reforma; ofrece una base para establecer la legitimidad constitucional de la disposición, en la medida en que facilita controlar si existe un interés público (y aun privado) importante, si la reacción es proporcional en relación con esta importancia y si no se afecta el núcleo intangible de un derecho fundamental.

55 Las dificultades anteriormente mencionadas se deben al carácter normativo de la noción, pues el bien jurídico no puede ser concebido como una entidad precedente a la legislación y formando parte de los fenómenos naturales y sociales. Su significado no puede ser encontrado en la constatación de una realidad concreta, diferente de las cosas materiales, de los intereses, de las relaciones y de los estados de hecho concernientes a los comportamientos delictuosos[74]. El bien jurídico requiere, respecto a estas realidades que son las cosas materiales, los intereses, un juicio de valor preliminar por parte de quien ejerce el poder punitivo. Este juicio de valor permite individualizar las entidades que serán calificadas como bienes jurídicos. Estas pueden ser circunstancias y finalidades existentes que son necesarias para la comunidad, pero también deberes de cumplir normas surgidas del mismo ordenamiento jurídico. Tipificar un comportamiento en una disposición penal sólo se justifica si esta conducta lesiona o pone en peligro un bien jurídico y, además, si constituye una agresión grave contra este último[75].

56 En consecuencia, el bien jurídico no puede ser definido de manera rígida. Por el contrario, hay que tratar de conocer los hechos y los fines que deben ser protegidos. Estos, así como la manera de apre-

---

[73] PARODI GIUSINO, p. 98.

[74] Según NINO, 1974, p. 66 ss., la noción de bien jurídico puede ser considerada un "término teórico", el mismo que no hace referencia directa a una entidad observable. Son de la misma índole los conceptos de átomo, protón, campos magnéticos.

[75] Cf. SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 284 ss.; MIR PUIG, 1998, p. 93; ROXIN, 1997, § 2 I Nº 1.

ciar su importancia, son condicionados, en general, por los cambios sociales y, en particular, por el marco constitucional en el que está organizado y funciona el sistema político y jurídico. Es a partir de los casos particulares que debe plantearse la cuestión sobre el contenido de los bienes jurídicos, su importancia y la necesidad de protegerlos penalmente. Con esta finalidad, hay que, primero, comprender cuál es la circunstancia o finalidad (preexistente o no) tomada en cuenta al elaborar la norma; segundo, determinar mediante la interpretación el aspecto protegido por el tipo legal concernido; y, por último, precisar los límites objetivos de la tutela penal recurriendo a criterios sociales y criterios constitucionales. De esta manera, se llega a fijar qué interés es efectiva y legítimamente protegido; es decir, cuál es el bien jurídico protegido.

En esta perspectiva, las normas constitucionales y las declaraciones 57
de derechos humanos constituyen puntos de referencia esenciales para determinar qué bienes jurídicos merecen protección penal. De esta manera, se pueden percibir los bienes jurídicos (individuales y colectivos) como valores, expresa o implícitamente reconocidos por las reglas y principios constitucionales, que son necesarios para garantizar la realización de los fines del sistema social y el normal funcionamiento de éste[76]. Estos valores se concretan en los denominados objetos del delito (por ejemplo, personas, cosas, relaciones). Sin embargo, hay que reconocer que el marco constitucional no siempre es satisfactorio en la medida en que los intereses mencionados pueden ser tan amplios que resultan inapropiados para individualizar el bien jurídico que debe ser protegido penalmente, porque no contiene todos los intereses socialmente importantes y porque puede perder actualidad en relación con los cambios de la sociedad.

Si la idea de la protección de bienes jurídicos constituye el funda- 58
mento principal de la concepción liberal del derecho penal, es indispensable, sin embargo, tener en cuenta el comportamiento que daña o pone en peligro dichos bienes jurídicos. Esto se debe a que el juicio de valor, mediante el cual se reconoce a ciertas cosas o intereses la condición de bien jurídico, también se refiere necesariamente al comportamiento del autor. Por su manera de actuar, éste manifiesta una

---

[76] FIANDACA/MUSCO, p. 29; HASSEMER, 1990b, vor § 1 Nº 271; ROXIN, 1997, § 2 II Nº 2 ss.

voluntad contraria al respeto de los bienes jurídicos y, por tanto, un desprecio por ciertos valores sociales. Viola, así, su deber de actuar conforme al orden jurídico.

59 Violación de un bien jurídico e incumplimiento del deber de comportarse con arreglo al orden jurídico se condicionan recíprocamente. Todo acto incriminado se caracteriza tanto por el resultado perjudicial o peligroso, como por la manera de obrar del agente. No obstante, resulta equivocado y excesivo pensar que el derecho penal sirve, en primer lugar, para formar y orientar la conciencia de los individuos mediante la represión de los actos cuya realización no comportaría ningún daño o amenaza a algún bien jurídico[77].

3. Infracción penal y moral

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

61 Durante siglos, debido a la influencia de la Iglesia católica en la sociedad, la moral cristiana predominó[78], hasta tal punto, que pecado y delito se confundían. La toma en consideración del criterio de la violación de bienes jurídicos constituyó una reacción contra esa concepción y es el resultado de un largo proceso de laicización[79] del

---

[77] Cf. WELZEL, 1967, p. 4; WÜRTENBERGER, 1959, p. 47 ss.
[78] DREIER, p. 185.
[79] MARINUCCI/DOLCINI, p. 430.

derecho penal. Éste no tiene por objetivo hacer prevalecer una concepción moral determinada, ni de obligar a las personas a actuar conforme a sus propias convicciones morales.

En una sociedad pluralista como las sociedades actuales, el recurso al 62
derecho penal para imponer una concepción moral particular conduce necesariamente a la implantación de un régimen tiránico respecto a las minorías y, por último, a todos los individuos. Esto debido a que la moral, si bien "comprende algunos principios permanentes que condenan, con rigor, ciertos egoísmos, al mismo tiempo que recomienda ciertos altruismos"[80], se relaciona sobre todo con el fuero interno y, en consecuencia, no puede ser regida por un sistema jurídico.

Además, el Estado ni tiene el deber ni la competencia de impulsar los 63
ciudadanos a la perfección y, sobre todo, tampoco tiene la competencia de servirse para estos efectos del derecho penal[81]. A este respecto, se puede afirmar que la intervención del derecho penal en ciertos asuntos significativos tales como la pornografía, la homosexualidad, la prostitución, el consumo de drogas o de alcohol, aun el empleo de medios anticonceptivos, se inspira muchas veces en una concepción paternalista excesiva y casi siempre injustificada.

Esta compleja relación entre el derecho penal y la moral se revela en 64
el derecho positivo. Todos los actos inmorales no están reprimidos penalmente. Muchos comportamientos son, por el contrario, sancionados como infracciones penales a pesar de que pueden ser considerados moralmente neutros (por ejemplo, las infracciones reprimidas mediante disposiciones penales relativas a la circulación en las vías públicas, a la construcción). Los dominios del derecho penal y de la moral no pueden ser representados como dos círculos concéntricos, sino más bien como círculos secantes, cuya zona común puede ser considerada como el núcleo de los actos incriminados, "reglas que acumulan la calidad jurídica y el carácter moral"[82].

Si ciertos actos inmorales son efectivamente considerados como in- 65
fracciones, esto no se debe a su carácter inmoral, sino más bien a su

---

[80] Du Pasquier, Nº 350.

[81] Höffe, p. 40.

[82] Du Pasquier, Nº 349. Esta afirmación debe ser matizada para no dar a entender que el derecho y la moral son idénticas en las partes que se superponen.

efecto negativo sobre los bienes jurídicos de terceros. Sin embargo, aun cuando se reconozca la primacía del criterio de la violación o de la puesta en peligro de los bienes jurídicos en tanto que criterio decisivo para incriminar un comportamiento, esto no significa forzosamente que el derecho penal sea moralmente neutro, pues un derecho penal que no correspondiera, en general, con la moral seguida, en una época determinada, por la mayoría de los individuos estaría condenado al fracaso. La sola amenaza penal no es suficiente para preservar un sistema jurídico. Es necesario que cada persona sea persuadida de la legitimidad moral de las normas y de los individuos que las aplican[83], sin que el carácter imperativo del derecho sea neutralizado por el cuestionamiento de sus mandatos sobre la base de criterios morales personales[84].

66 En la realidad, las personas tienen el sentimiento de que el derecho, por lo tanto también el derecho penal, debe ser obedecido porque corresponde a ciertos valores generalmente seguidos. En su aplicación[85], también desempeñan un papel significativo, como por ejemplo en la determinación del sentido de las disposiciones jurídicas mediante la interpretación (proceso lógico y axiológico). En esta perspectiva, hay que recordar que el derecho asegura, aunque de manera imperfecta, valores morales como la justicia, la libertad y la igualdad[86].

67 En la labor legislativa, la relación entre derecho penal y la moral se manifiesta de manera variada e intensa. Las discusiones sobre la oportunidad o la necesidad de criminalizar o no un comportamiento determinado tienen siempre un aspecto moral marcado. Como ejemplos basta recordar los casos del aborto, el adulterio, la pornografía, el medio ambiente. En ciertas ocasiones, la moral social tiene un avance respecto a las disposiciones vigentes –así ha sucedido por ejemplo en el ámbito de la sexualidad. Ocasiones en las que el legislador se ve obligado a seguir la evolución de los criterios morales convencionales. Pero la interacción se da también en sentido inverso. Mediante el derecho penal, el Estado refuerza la moral y las costumbres hasta

---

[83] NINO, 1989, p. 100. Según HASSEMER, 1990b, vor § 1 Nº 25, "la vigencia de los valores ético-sociales es la condición de factibilidad para la protección de los bienes jurídicos". Cf. MARINUCCI/DOLCINI, p. 422 s.

[84] KUHLEN, 1985, p. 189.

[85] ATIENZA, 2001, p. 112 s.

[86] ATIENZA, 2001, p. 91.

inculcar a los individuos una jerarquía de valores particulares; además, una norma penal puede, a veces, ser una de las causas de modificación o desuso de un modelo moral o de una tradición[87]. Por ejemplo, la represión de los malos tratos familiares implica, en sociedades machistas como la nuestra, favorecer la difusión de criterios morales que contradicen pautas culturales tradicionales. En este sentido, se puede hablar de una función de orientación moral o cultural del derecho penal[88].

Es evidente que las relaciones entre el derecho penal y la moral son más extensas y complejas que las que venimos de exponer. En realidad, nuestras reflexiones se han limitado, sobre todo, al aspecto relacionado con la incriminación de comportamientos. Así, no hemos abordado, porque sobrepasaríamos los alcances de este libro, en efecto, la justificación del derecho penal, que es objeto de un extenso debate. Sin embargo, no está demás recordar que la justificación del derecho penal ha experimentado una profunda evolución debido, de manera fundamental, a la importancia alcanzada por el reconocimiento de los derechos humanos (derechos morales). Estos derechos, relacionados en su inicio con el derecho natural, se han transformado en derechos fundamentales como consecuencia de su inserción en el derecho positivo, en particular en la Constitución. Ahora bien, en todo Estado de derecho, el recurso al derecho penal debe estar estrechamente vinculado al respeto de los derechos fundamentales. 68

Las relaciones entre el derecho penal y la moral no son descritas de manera suficiente ni cuando se habla de derecho penal en tanto que *ethisches minimun*[89], ni cuando se invoca su neutralidad moral. Por su génesis común y su papel social semejante, el derecho penal y la moral se entrelazan íntimamente y se complementan de manera recíproca. Como ya lo hemos destacado, la fuerza y la estabilidad del derecho en general y del derecho penal en particular dependen, al menos en parte, de su armonía con los principios morales fundamentales[90]. 69

Un último aspecto que merece ser destacado, en consideración a nuestra peculiar realidad, es el referente a la invocación, relativamente 70

---

[87] HART, p. 213.
[88] MARINUCCI/DOLCINI, p. 423 s.
[89] JELLINEK, p. 45.
[90] HART, p. 244; MARINUCCI/DOLCINI, p. 424.

frecuente, de la supuesta tarea del Estado de moralizar al país o la sociedad. Así, por ejemplo, recordemos que en el art. 2, inc. d, *ab initio*, del Estatuto del Gobierno Revolucionario (DL Nº 17063), se disponía como objetivo "moralizar al país en todo los campos de la actividad nacional". El presupuesto de esta disposición fue la convicción del Gobierno Revolucionario, en el momento de tomar el poder, de que el país se debatía en una "crisis en lo político, económico y moral", y que era necesario el "restablecimiento de los valores morales", que aseguraran a la Patria la consecución de sus superiores destinos[91]. Lo que no es monopolio de gobiernos dictatoriales. Así, este mismo criterio fue sostenido por los dirigentes de los gobiernos constitucionales que sucedieron al gobierno militar[92].

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

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

---

[91] Manifiesto del Gobierno Revolucionario del 3 de octubre de 1968, en PAREJA, p. 600 s.

[92] Larga sería la lista y, como ejemplo, basta citar el mensaje del Presidente Alan García, del 28 de julio de 1985.

el ejercicio del cargo, no es posible moralizar la administración pública". De esta manera se olvidaba que la experiencia muestra que las leyes penales tendientes a imponer a los individuos un alto nivel moral son más dañinas que beneficiosas[93].

4. Desvalor de la acción y desvalor del resultado

Sostener que sólo los atentados contra los bienes jurídicos deben ser reprimidos penalmente, no implica que toda acción de este tipo deba ser incriminada. Un elemento indispensable es la índole de la acción dirigida contra los bienes jurídicos, en la que juega un papel descollante el aspecto subjetivo (intención, motivos, etc.). Respecto a lo último, se debe matizar el criterio que afirma que el derecho penal se ocupa del aspecto externo del comportamiento, mientras que el aspecto subjetivo es objeto de la moral. La evolución del derecho penal muestra una tendencia constante hacia la subjetivización, en la medida en que tiene cada vez más en cuenta los factores internos de la acción delictuosa[94]. 73

En cuanto a lo que determina el carácter delictuoso de una acción, dos criterios se oponen claramente. Uno afirma que es el hecho de constituir un atentado contra un bien jurídico ("desvalor del resultado"); el otro sostiene que la infracción se caracteriza por la deslealtad del individuo a los valores ético-sociales ("desvalor del acto"). 74

Los defensores[95] del primer criterio manifiestan que la tarea del derecho penal es la protección de los bienes vitales para la vida comunitaria. Por su parte, los sostenedores[96] del criterio del "desvalor de la acción" expresan que dicha función es "asegurar la vigencia inquebrantable" de los valores ético-sociales, único medio para alcanzar una protección perdurable de los bienes jurídicos. 75

Desde nuestra perspectiva, ninguno de los dos grupos sostiene la opinión correcta. Nos parece más conveniente aceptar que la acción delictuosa no puede ser concebida sin tener en cuenta tanto el desvalor del resultado, como el desvalor de la acción. Stratenwerth[97] sostiene 76

---

[93] BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 3 Nº 4 s.
[94] MANNHEIM, T. I, p. 59.
[95] BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 3 Nº 10 ss.; WÜRTENBERGER, 1965, p. 99, 102 ss.
[96] WELZEL, 1967, p. 4.
[97] 1963, p. 243.

con razón que "la violación del bien jurídico en sí, independiente de la acción que la produce, se presenta como un fantasma, como un producto de la dogmática, al cual no corresponde realidad alguna".

77 La tarea del derecho penal, lo volvemos a reiterar, es bastante compleja y no puede ser descrita de manera unilateral. Es decir, destacando tan sólo uno de sus aspectos y negando o desvalorizando los otros[98].

III. Sanción

78 La sanción penal, consecuencia de la infracción, implica la restricción o la privación de derechos fundamentales. Cuando se busca establecer los fines de la pena (la más importante de las sanciones penales) y, de esta manera, justificar un sistema represivo, se plantean, en buena cuenta, las cuestiones del sentido y de la finalidad del derecho penal[99]. De modo muy esquemático, se puede decir que el análisis se ha orientado en dos direcciones opuestas, marcadas por las concepciones filosóficas y sociológicas de sus defensores. Por un lado, el derecho penal es percibido como la expresión de un principio superior de justicia y, por otro, es considerado como un simple medio al servicio del principio de la utilidad.

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

1. Teorías absolutas

80 Las teorías absolutas (*absolute Straftheorien*), niegan que la pena cumpla con alguna función utilitaria específica. Su imposición sólo busca

---

[98] MAURACH/ZIPF, § 19 Nº 5; JESCHECK/WEIGEND, § 1 III 1 s.

[99] PRADO SALDARRIAGA, 1993, p. 3 ss.

que el responsable del acto prohibido expíe su falta. De modo que el daño que implica la pena constituya la retribución del daño producido por el delincuente. Así, el mal cometido mediante la infracción debe ser, en cierto modo, redimido. De esta manera, el castigo del responsable es indispensable para satisfacer el sentimiento de justicia. El Estado, encargado de concretar la justicia, debe recompensar el bien y castigar el mal (*punitur quia peccatum est*). La pena es concebida, así, como un fin en sí misma.

La influencia de la concepción absoluta de la pena se debió, en gran 81
parte, a su sólido fundamento filosófico. Éste fue establecido, en particular, por Kant[100] y Hegel. Según el primero, castigar al culpable es una exigencia esencial de la moral, un "imperativo categórico" que no debe ser mancillado por ningún utilitarismo. Para Hegel[101], la restauración del derecho objetivo violado voluntariamente requiere la anulación de la voluntad del delincuente mediante la violencia de la pena. Así, la negación (expresada mediante la pena) de la negación del derecho (mediante la comisión del delito) permite restablecer el derecho. Si Kant invoca la Ley del Talión, Hegel prefiere referirse a la equivalencia entre la gravedad del delito y la severidad de la pena. Sin embargo, ambos coinciden en negar a la pena otro fin que el de la retribución.

En este sentido, el derecho penal y la pena, su principal recurso, son 82
concebidos como instrumentos al servicio de la justicia. El aspecto positivo de esta concepción es que da una importancia fundamental a la persona, en la medida en que exige que el delincuente, por el simple hecho de ser una persona, no deba ser utilizado como un medio al servicio de la sociedad. Esta idea se conserva aún en el derecho penal moderno, cuando se admite que la pena no debe sobrepasar los límites de la culpabilidad[102].

Sin embargo, esta idea no puede ser aceptada en consideración a 83
que el Estado, como sociedad políticamente organizada, no tiene como función la realización de la idea de justicia absoluta[103]. Así mismo, hay que destacar que el carácter metafísico de los fundamentos

---

[100] Cf. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1797.
[101] Cf. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821.
[102] ROXIN, 1974b, p. 282; HASSEMER, 1990b, vor § 1 Nº 413.
[103] ROXIN, 1997, § 3, Nº 8.

de esta teoría es discutible; por ejemplo, la negación del mal, producido por el delito, mediante la imposición de un mal al responsable constituye una ficción, puesto que, en realidad, los efectos negativos se acumulan, en lugar de que el segundo haga desaparecer el primero. Además, admitir como verdad absoluta que la idea de la justicia exige que se castigue al culpable, implica no sólo que no hay pena sin culpabilidad, sino también que tampoco exista culpabilidad sin pena.

2. Teorías relativas

84 Las teorías relativas de la pena (*relative Straftheorien*), como las absolutas, no constituyen un todo homogéneo. Coinciden en el hecho de atribuir a la pena una utilidad social, así como en justificarla por su finalidad preventiva[104]. De esta forma, se alejan de manera radical de la perspectiva retributiva de la pena. Al contrario, le atribuyen como función principal la de evitar la comisión de delitos, en la medida en que le reconocen un efecto disuasivo tanto respecto a terceros (prevención general), como al propio delincuente, evitando que reincida (prevención especial). Los gérmenes de la teoría de la prevención se encuentran en numerosas corrientes de pensamiento y en épocas diferentes. Protágoras y Platón, así como Grocio, Hobbes, Beccaria y muchos otros han insistido sobre la utilidad de la pena.

85 La prevención general ha sido comprendida en dos sentidos. En sentido negativo (*negative Generalprävention*), se afirma que la pena, prevista en la ley, tiene por objetivo intimidar (*Abschreckung*) a las personas[105]. Feuerbach hablaba a este respecto de "coacción psicológica" (*psychologischer Zwang*), tendiente a impedir que los delincuentes en potencia pasen a ejecutar el acto[106]. En sentido positivo (*positive Generalprävention*), se sostiene que la amenaza penal está destinada a reforzar el respeto de las personas a las normas penales, en particular, y al orden jurídico, en general[107]. El Estado trata, así, de mantener la norma como el modelo que hace posible y orienta la interacción social[108].

---

104 ROXIN, 1997, § 3 Nº 6 s.
105 ROXIN, 1997, § 3 Nº 25 ss.; STRATENWERTH, 1996, § 2 Nº 21 ss.
106 Cf. FEUERBACH, § 13.
107 STRATENWERTH, 1996, § 2 Nº 23 s.
108 JAKOBS, 1991, I/12.

Las teorías de prevención general, como las teorías absolutas, parten del postulado del libre arbitrio, según el cual el hombre es un ser capaz de determinarse por sí mismo, susceptible de responder por sus actos y de considerar las consecuencias de la comisión de una infracción. Por esto, según las teorías relativas, la amenaza penal puede influir en la manera de comportarse de las personas. 86

Si bien es cierto que la amenaza penal influye sobre las personas, la sola prevención general, sin embargo, no basta para justificar la pena. Pues, si eso fuera así, la ejecución de las penas debería ser pública y ejemplar para que la amenaza produzca el efecto esperado. Situación que engendraría excesos y estaría acompañada de un efecto negativo sobre la persona de los individuos condenados. Un efecto perverso es que la confianza excesiva en el efecto disuasivo de la pena conduciría a la agravación abusiva de la misma. Las infracciones más comunes, que son con frecuencia las menos graves, deberían ser sancionadas con severidad para lograr intimidar realmente a los delincuentes potenciales o reforzar el orden jurídico. 87

A diferencia de las concepciones de la prevención general, la escuela positivista italiana, en el origen del desarrollo moderno de las ideas de la prevención social (*Spezialprävention*), percibió al criminal como un "ser anormal rígidamente condicionado por los factores biológicos, psíquicos o sociales". Sus partidarios rechazaron la noción de culpabilidad y basaron la responsabilidad del criminal en el simple hecho de vivir en sociedad. Los positivistas italianos de fines del siglo XIX llegaron hasta proponer que se reemplazara la pena por un conjunto de medidas de seguridad destinadas a proteger la sociedad contra la "peligrosidad" (*pericolosità*) del delincuente, mediante su neutralización o su curación. Según la idea de prevención especial, la pena sólo se justifica en una perspectiva utilitaria: *punitur ne peccetur.* Mediante la pena, se busca resocializar, reeducar a los condenados y así evitar la reincidencia. Si los criterios extremos de los positivistas italianos no han sido integrados del todo a la legislación, ni alcanzado a ser doctrina mayoritaria, en cambio sí han marcado la evolución de las leyes y de las ideas penales. 88

Inspirándose en la concepción positivista italiana, Franz von Liszt, uno de los fundadores de la Unión Internacional de Derecho Penal, elaboró una teoría muy influyente hasta ahora. En su opinión, la pena justa es sólo aquella cuyos límites son fijados por su finalidad (*Zweckstrafe*), que no puede ser determinada en función del delito en 89

tanto que entidad jurídica, sino en relación con la persona que lo ha cometido. En consecuencia, hay que prever sanciones apropiadas para las diversas clases de delincuentes. Los delincuentes ocasionales deben ser intimidados, los delincuentes propensos a reiterar deben ser corregidos y los delincuentes incorregibles deben ser neutralizados. La noción de *Zweckstrafe* tuvo una cierta resonancia, sin embargo, los criterios biológicos y antropológicos que estaban en la base de la clasificación de von Liszt cayeron rápidamente en desuso, siendo sustituidos por criterios socio-pedagógicos, conforme a los cuales el objetivo común de la pena era la resocialización de los delincuentes.

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

3. Teorías mixtas

91 Los diferentes planteamientos que tratan de conciliar los distintos objetivos atribuidos a la pena pueden ser agrupados, *grosso modo*, en dos tendencias. La primera, tiene como base considerar la retribución como objetivo primario de la punición, sin descartar sus efectos de prevención general y especial. Así, el factor de expiación predomina y no debería ser afectado por la consecución de alguno de los otros fines de la pena. La segunda, partiendo de la negación de la retribución como fin de la pena, sostiene que sólo el fin preventivo es conforme a la función del derecho penal de proteger las personas y la sociedad. De modo que afirma la posibilidad de tener en cuenta, en el mismo nivel, tanto los objetivos de prevención general como los de prevención especial. En caso de conflicto, debido a que para lograrlos se requerirían penas de diferente gravedad, se debe dar la prioridad a la prevención especial.

92 Los defensores de los criterios mixtos parten de la idea correcta de que el fin de la pena no puede ser justificado, ni explicado de mane-

ra unilateral. La índole compleja de la actividad punitiva sólo puede ser comprendida de manera plena recurriendo a los diversos criterios expuestos. Sus múltiples efectos deben ser considerados en los diversos contextos en que es empleada. Con este objeto, se deben flexibilizar las concepciones ideológicas de las que se parte para poder concebir la pena de manera que se pueda convertir en un medio adecuado para optimizar la protección de las personas y de la sociedad.

Si se observa cómo la cuestión de los fines de la pena ha sido planteada, se puede sostener que tanto las teorías absolutas como las teorías relativas responden, en realidad, a preguntas diferentes. Cuando se afirma que se castiga para evitar los delitos y proteger así los bienes jurídicos, se responde a la pregunta "¿cuál es el fin de la pena?"; mientras que cuando se dice que se sanciona porque el delincuente es culpable, se contesta a la pregunta "¿cómo se justifica jurídica y moralmente la pena?". En efecto, la principal preocupación de los partidarios de la concepción absoluta concierne al problema filosófico y moral del derecho del Estado a castigar los individuos. Un rezago positivo de esta idea se encuentra, en las legislaciones modernas, cuando consagran el principio "no hay pena sin culpabilidad". La actitud de los partidarios de la teoría relativa es de orden más pragmático, tanto en lo que concierne a los límites del poder punitivo del Estado como en el tratamiento del delincuente: ¿Por qué, concretamente, el Estado debe castigar? 93

Lejos de debates apasionados en los que se oponen de manera radical los criterios sostenidos por los partidarios de las teorías absolutas y de las teorías relativas, conviene subrayar que los partidarios de la prevención no han dejado de interrogarse sobre la justificación de la pena, así como los partidarios de la retribución no han rechazado, siempre y de modo sistemático, que la pena podría tener otro objetivo. La solución no consiste, pues, en tomar partido por una u otra teoría. Para responder a la pregunta sobre el porqué y el cómo de la reacción social ante el crimen es indispensable recurrir a las diversas concepciones. Esto es lo que preconizan los partidarios de la teoría unitaria o de la teoría mixta (*Vereinigungsthorien*) que intentan así resolver el estancamiento en el cual este debate se encuentra. La pena, retributiva en el sentido de constituir la privación o restricción de derechos, debe ser destinada a lograr los fines de intimidación, resocialización, enmienda y reintegración del delincuente a la sociedad. Pero, como la represión y prevención no son siempre compati- 94

bles, resulta que la pena conforme a la responsabilidad del delincuente no es siempre la adecuada para cumplir los fines de prevención especial y la que permitiría alcanzar mejor este objetivo no es de manera necesaria la que corresponda a la responsabilidad del agente. Una política criminal eficaz exige, por tanto, un notable sentido de prudencia y proporcionalidad en el empleo de la pena.

95 En este contexto, hay que apreciar la interesante propuesta de Roxin, quien propone una explicación global y dialéctica de la concepción unitaria de la pena. Por una parte, rechaza la idea de la retribución o de la venganza y, por otra, reconoce los objetivos de la pena en la perspectiva de la prevención general y de la especial (*Präventive Vereinigungsthorie*). De esta manera, distingue tres niveles: la pena prevista por la ley (instancia legislativa) que tiene por objetivo la prevención general; la imposición de la pena (momento judicial) que supone la culpabilidad del procesado, la misma que limita los objetivos de prevención general o especial; y la ejecución efectiva de la pena (nivel administrativo) que es la ocasión para tratar de realizar los objetivos de prevención especial. Así, la prevención general y la especial se encuentran de una manera proporcional en cada etapa de la reacción penal. Su unidad no se obtiene, por lo tanto, mediante una simple adición, sino más bien por la búsqueda de un equilibrio respecto a la función que debe cumplir la reacción penal en sus diferentes etapas[109].

96 De manera defectuosa, el legislador ha señalado, en el art. IX del Título Preliminar del CP, que la pena "tiene función preventiva, protectora y resocializadora". Por la redacción, el empleo del singular al referirse a la función y de la conjunción acumulativa, parecería que se preconizara la índole unitaria de la pena. De modo que parece concebirse la pena como un medio que debe estar destinado, al mismo tiempo, a prevenir, proteger y resocializar. Expresiones que deben ser comprendidas teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. I del mismo Título Preliminar. Es decir, prevenir la comisión de delitos y faltas; proteger la persona humana y la sociedad; y, por último, resocializar al delincuente. En el Anteproyecto de reforma de 2004[110], se dice de modo más simple, pero semejante, que la "la pena tiene función preventiva y orientación resocializadora". Manifestándose al

---

[109] ROXIN, 1997, § 3 Nº 53; cf. NOLL, 1962, p. 25 ss.; STRATENWERTH, 1996, § 2 Nº 27 ss.
[110] Art I, p. 29, 45.

respecto que la única función compatible con el Estado de derecho es la de "prevenir la comisión de nuevos delitos, única finalidad racional coherente con el derecho de castigar".

A diferencia del art. 12 del CP de Colombia, modelo seguido en parte en nuestro código vigente, el art. IX no menciona la retribución. Quizás el legislador nacional pensó que era una contradicción prever junto a las funciones indicadas la de retribuir el mal que había producido el delincuente. En realidad, omitir mencionar la retribución es una muestra de confusión ideológica, pues, no hace sino ocultar la realidad. En nuestro medio, la pena sólo tiene carácter retributivo, en la medida en que, en la práctica, no se logra, aún de manera incipiente, ejecutarla de modo para prevenir delitos o resocializar al delincuente. La falta de seriedad en la forma de legislar se revela de manera patente en el hecho de que en el art. IX del último Proyecto se mencionaba, en primer lugar y siguiendo el modelo colombiano, la función de retribución. Lo que permite comprender que sea también mencionada en la exposición de motivos del Código, la misma que corresponde, en verdad, al último Proyecto[111]. 97

La explicación puede encontrarse, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 139, inc. 22, de la Constitución, en el que se estatuye que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Si en esta disposición no se menciona la retribución es porque se ha considerado, de manera correcta, que la misma ejecución de la pena no debe llevarse a cabo acentuando el daño que implica en sí misma la privación de la libertad con la sola finalidad de hacer expiar al internado el perjuicio que ha causado mediante el delito. Por el contrario, la retribución está implícita en la misma pena en tanto que implica privación o restricción de derechos fundamentales. Por lo que no puede negarse, por más que se estime que no debería tener este efecto, que mediante la pena se retribuye al delincuente el mal que ha cometido. Junto a la prevención general negativa, la pena cumple en nuestro medio la función de retribución. 98

El texto del art. IX, expresión de uno de los principios del derecho penal considerados por el legislador, constituye una simple declaración de buenas intenciones respecto a cómo debería ser utilizada la 99

[111] PRADO SALDARRIAGA, 1996, p. 50 ss.

pena. En la situación actual del sistema de ejecución de penas privativas de la libertad constituye una utopía imaginar que su aplicación tienda a reeducar al condenado. El carácter retributivo de la pena es también puesto en evidencia por la gran confianza que se tiene en la previsión e imposición de penas muy represivas.

100 Un aspecto positivo del art. IX es el de servir a los jueces para atenuar la severidad de las penas previstas para gran número de delitos. Así, es invocado en relación con la graduación de la pena para "ser coherente con la finalidad teleológica" de la sanción[112].

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

102 Este cuestionamiento ha dado lugar a un cierto renacimiento de "nuevas teorías absolutas", sin que ese movimiento acarree el abandono de la idea de resocialización. Esta se halla, en efecto, estrictamente vinculada al deber del Estado y de la sociedad de ayudar al que se encuentra en una situación crítica debido a la comisión de un delito[113]. En esta perspectiva, se busca actualmente evitar, en el nivel de la prevención especial, los efectos negativos de la ejecución de las penas privativas de la libertad y se intenta organizar modelos de ejecución de las penas más conformes con la personalidad y la dignidad de los detenidos. Se trata, igualmente, de afirmar los aspectos positivos de la prevención general. Así mismo, admitiendo los aspectos

---

[112] Sentencia de la Segunda Sala Penal de reos en cárcel del Cono Norte de Lima, del 9 de agosto 2000. Exp. Nº 2000-232, en ROJAS VARGAS, 2000, p. 237; Sentencia de la Primera Sala Penal Corporativa de procesos ordinarios con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 16 de abril de 1999. Exp. Nº 2911-98, en ROJAS/INFANTES, p. 55.

[113] Cf. NOLL, 1962, p. 16, 25 ss; STRATENWERTH, 1979, p. 921; 1996 I, § 2 Nº 24; SCHULTZ, 1985a, p. 796 s.; ROXIN, 1997, § 3 I Nº 21 ss.

negativos de la intimidación mediante la amenaza penal y de la efectividad del castigo, se revaloriza la misma función del derecho penal a saber, la afirmación y la protección de las normas fundamentales necesarias a la vida comunitaria[114].

4. Medidas de seguridad

La corriente del positivismo criminológico italiano propuso el aban- 103
dono del criterio de la culpabilidad y su substitución por la de "carácter peligroso" del delincuente. Su fundamento fue la concepción determinista del mundo. Por tanto, percibe el comportamiento humano como el resultado de un proceso condicionado por la personalidad de éste y las circunstancias exteriores y no como una manifestación del libre arbitrio del autor. Considera que la pena es, por tanto, inútil y propugna que sea reemplazada por las medidas de seguridad. Con éstas, se debe neutralizar al delincuente, tratarle mediante la educación y la medicina o colocarle bajo tutela o asistencia. La aplicación de estas medidas depende, en consecuencia, del estado personal del delincuente. Su objetivo es combatir su "peligrosidad". De esta manera, se refuerza la idea de la prevención especial.

Las medidas de seguridad fueron reguladas de manera sistemática, 104
por primera vez, por Carl Stooss en un Proyecto legislativo. Inspirándose parcialmente en las ideas positivistas, previó en su anteproyecto de CP suizo de 1893, al lado de las penas, las medidas de seguridad con finalidad sólo preventiva para luchar contra la criminalidad, neutralizando o eliminando el carácter peligroso del autor. Esta iniciativa de Stooss no constituía del todo una primicia, en la medida en que existían algunos antecedentes en la Ley belga de 1891 sobre los vagabundos peligrosos, en el Código penal italiano de 1889 (Código Zanardelli) o en la Ley francesa de 1885 instaurando la relegación de los multireincidentes[115]. La originalidad de Stooss reside, en especial, en que su propuesta permitía sustituir la pena por la medida de

---

[114] En esta perspectiva, NOLL 1966, p. 227, afirmó que la prevención normativa "obra, en primer lugar, no mediante la disuasión provocada por la amenaza penal, sino a través de la orientación y el llamamiento a la razón y capacidad de la determinación propia autonomía".

[115] ANCEL, 1956, p. 5 s.

seguridad, cuando la infracción ponía en evidencia con claridad el carácter peligroso del delincuente. Esto suponía admitir que no podían separarse de manera nítida las penas de las medidas ya que las últimas podían, igualmente, conllevar una privación de la libertad[116]. Se trataba entonces de un sistema dualista que permitía pronunciar, llegado el caso en la misma sentencia, una pena fijada en función de la culpabilidad del delincuente y una medida de seguridad fundada sobre la personalidad del mismo. Este sistema se caracteriza por su flexibilidad porque da prioridad a la ejecución de la medida y otorga al juez la facultad de renunciar, total o parcialmente a la ejecución de la pena (*vikariendes System*) [117].

105 Según las teorías mixtas, tanto la ejecución de la pena como de las medidas de seguridad tiene el mismo objetivo de prevención especial, el cual se manifiesta en la formación y el tratamiento educativo de la persona sancionada y la evolución del derecho penal mostró una tendencia hacia el acercamiento de las penas y las medidas de seguridad privativas de la libertad. Los estudios modernos sobre la teoría del aprendizaje, así como las investigaciones sociológicas sobre los procedimientos sancionadores destinados a orientar el comportamiento de los individuos, permiten admitir que la represión en sentido amplio y las medidas "profilácticas" se complementan. Cada uno de estos aspectos son indispensables para el mantenimiento del orden social. Por añadidura, en la estimación en que ciertas medidas de seguridad suponen graves violaciones de los derechos de las personas, su aplicación debe ser tan restrictiva como la de las penas. La medida de seguridad debe ser indispensable para tratar al delincuente o constituir una exigencia por razones de seguridad pública, así como el perjuicio provocado al agente debe ser lo menos grave posible. Un pronóstico sobre la personalidad del procesado es, por lo tanto, indispensable para determinar si su estado personal requiere la aplicación de la medida de seguridad considerada[118].

106 Durante los trabajos de reforma del Código Penal de 1924, la tendencia del legislador varió sensiblemente. Las dudas surgieron debido a la influencia de la idea de que las medidas de seguridad no debían formar parte del derecho penal. De esta manera, se cuestionaba el

---

[116] HAFTER, 1904, p. 211 ss.
[117] GERMANN, 1958a, p. 55; FREY, p. 302; RUSCA, p. 51 ss.
[118] Cf. PRADO SALDARRIAGA, 1996, I. p. 147.

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

El criterio aplicado en el Proyecto de 1991 fue explicado en la exposición de motivos, difundida como correspondiente al Código vigente, cuando en realidad corresponde al texto del mencionado Proyecto. En dicha exposición, se dice: "El Código Penal de 1924 incluyó un amplio catálogo de medidas de seguridad. No obstante esta previsión, las limitaciones económicas del Estado frenaron toda posibilidad de que fueran realmente aplicadas. La Comisión Revisora, consciente de esta negativa experiencia, ha buscado conciliar la aplicación de estas medidas con las inmediatas posibilidades materiales del Estado. En este sentido, sólo se prevén dos clases de medidas de seguridad: la internación y el tratamiento ambulatorio (art. 71)". Para los autores no existía el actual art. 77, en el que se vuelven a prever, de manera incompleta e incorrecta, medidas de seguridad para delincuentes culpables sean imputables o imputables relativos. En el § 41 de la exposición de motivos del Anteproyecto de 2004[119], se mantiene la 107

[119] Art. 73 ss., p. 41.

regulación del Código vigente, por considerar que, "desde el código de 1924, se vienen incluyendo las medidas de seguridad en el texto punitivo y que, a la fecha, el criterio seguido por el Código de 1991 que le sirvió de base para estructurar el presente título no ha variado". Pero se prevé como novedad la substitución de "la internación por el tratamiento ambulatorio u otras reglas que neutralicen la posibilidad del interno que comete acciones delictivas (art. 77)". La opinión de que el criterio aplicado es el mismo que el del Código de 1924 sólo es acertada en la medida en que se refiere a la dualidad de sanciones; no así en cuanto a la manera al tipo de medidas y a su índole.

IV. Límites del derecho penal

1. Carácter fragmentario y secundario del derecho penal

108 Al esclarecer las vinculaciones del derecho penal con la moral en relación con la determinación de las conductas que deben ser penadas, hemos podido apreciar que el derecho, en tanto que parte integrante del orden jurídico general, es uno de los instrumentos de la política del Estado dirigida a controlar y orientar el comportamiento de las personas. En esta perspectiva, hay que destacar el carácter fragmentario y secundario del derecho penal.

109 Debido a que, como ya lo hemos visto, el derecho penal no está destinado a proteger todo bien jurídico, ni siquiera a defender los bienes escogidos de los ataques de que puedan ser objeto y, menos aún, a reprimir toda acción moralmente reprochable[120], se puede hablar del carácter fragmentario del derecho penal. Así, por ejemplo, en el dominio de la protección del patrimonio, no se reprime penalmente el incumplimiento de un contrato, a pesar de que puede comportar un perjuicio económico importante. La represión está limitada a los ataques más graves o los más insidiosos (estafa, abuso de confianza, robo)[121]. Esto significa que el ámbito de las infracciones penales debe ser más limitado que el de los actos ilícitos[122] y, sobre todo, que el de los actos inmorales.

---

[120] MAIWALD, 1972, p. 9 s.
[121] FIANDACA/MUSCO, p. 44.
[122] Cf. *supra* Nº 60 ss.

No se trata de un defecto del derecho penal, sino más bien de una propiedad[123] derivada de su conformidad con los principios del Estado de derecho[124]. Tampoco se puede admitir, actualmente, que su falta de plenitud sea debido, como lo afirmara Binding, a deficiencias de técnica legislativa[125]. El carácter fragmentario del derecho penal no es sino una exigencia ética planteada al legislador[126]. 110

La negación de la índole fragmentaria del derecho penal está con frecuencia basada en la idea de que admitirla implica el debilitamiento de la moral de la población[127]. Contra esta afirmación, basta recordar que no es función del derecho penal, imponer de manera coactiva una moral determinada y que es preferible dar a los miembros de la comunidad un amplio margen de acción en el dominio de sus convicciones morales, para lo cual es indispensable consolidar el principio liberal de que "lo que no está prohibido está permitido"[128]. Así mismo, el recurso limitado a la represión penal por parte del Estado es una exigencia a respetar debido a que la sanción penal afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo. Sólo debe recurrirse a este medio cuando sea en absoluto necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no sean alcanzables mediante otras previsiones. Se trata, así, de privilegiar la utilidad práctica del derecho penal, en detrimento de las tentativas dirigidas tanto a reforzar su capacidad de influenciar la conciencia de las personas[129] como a desarrollar los efectos negativos de estigmatización de los delincuentes[130]. Para que el derecho penal no sufra una hipertrofia engendrando las situaciones que busca evitar, para que el remedio no sea peor que el mal combatido, la represión penal debe intervenir sólo en la medida en que sea necesaria[131] y si es conforme al objetivo perseguido. La res- 111

---

123 MAIWALD, 1972, p. 9.

124 MAIWALD, 1972, p. 22; JESCHECK/WEIGEND, § 7 II Nº 1; ROXIN, 1997, § 2 Nº 38.

125 BINDING, 1905, T. 1, p. 20.

126 MAURACH/ZIPF, § 2 Nº 13.

127 ARTHUR KAUFMANN, 1966a, p. 160; MÜLLER-DIETZ, p. 10.

128 Cf. *infra* Nº 108 ss.

129 Así, cuando el legislador estatuye "normas penales simbólicas", mediante las cuales estigmatiza un determinado comportamiento, por ejemplo, la explotación de información privilegiada, actos de discriminación racial.

130 HASSEMER, 1990b, vor § 1 Nº 52 y 97.

131 SCHULTZ, 1991, p. 186; ROXIN, 1997, § 2 XI Nº 39.

tricción de los derechos de las personas sólo se justificará en la medida en que sea indispensable para salvaguardar el bienestar común[132]. En la base de este criterio, se halla el principio de la proporcionalidad. En este sentido, se habla de la pena o del derecho penal como de la "*ultima ratio*". De no tenerse en cuenta esta regla, se corre el riesgo de producir una hipertrofia del derecho penal, dándose lugar así a situaciones que se busca más bien evitar[133].

112 El derecho penal debe ser utilizado, en consecuencia, de manera coherente y complementaria con respecto a los demás recursos y procesos que conforman el arsenal del "control social" estatal. Estando condicionada la comisión de delitos por las circunstancias personales y sociales en que actúa el responsable, para evitarla o dificultarla no es el derecho penal el medio más adecuado, más bien debe recurrirse, en primera línea, a medios que atenúen o eliminen dichos factores criminógenos[134].

113 El carácter fragmentario del derecho penal significa, en buena cuenta, que el Estado debe recurrir a otros medios antes de utilizarle. Entre éstos, se encuentran los previstos en las diferentes ramas del ordenamiento jurídico. De modo que los bienes jurídicos son también protegidos, por ejemplo, por las disposiciones del derecho civil, administrativo, sanitario, etc. Sólo si estos medios resultan insuficientes o ineficaces, aparecerá como necesario emplear la amenaza penal. De este modo, el derecho penal se muestra muchas veces como el gendarme de las demás ramas del derecho, cumpliendo un papel sancionador[135], lo que ha permitido hablar de su papel secundario.

114 Esta percepción sólo es correcta en parte, ya que con frecuencia, sobre todo en las últimas décadas, el derecho penal se presenta como el principal y primer medio de protección de ciertos bienes jurídicos, desarrollándose sólo después la protección de otras ramas del derecho. Impresión reforzada por el hecho de que muchas incriminaciones constituyen puras violaciones del derecho privado o del derecho administrativo, así como del derecho constitucional[136].

---

132 FIANDACA/MUSCO, p. 41.
133 Cf. ROXIN, 1976, p. 21 s.
134 CALLIES, p. 129.
135 Cf. BINDING, 1890, I, p. 73.
136 Según ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre II Chapitre XII, "Las leyes criminales no son tanto un tipo especial de leyes, sino más bien la sanción de todas las demás".

Sin embargo, esta constatación no debe ser generalizada. Si, por ejemplo, el artículo 149 CP, omisión de la obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial, no hace más que sancionar una regla de derecho civil, existen sin embargo una serie de disposiciones penales que regulan ciertos comportamientos sin hacer referencia a otros dominios del derecho (infracciones contra el honor, contra la libertad, contra la salud o la paz pública, etc.)[137]. El papel del derecho penal no es sólo asegurar o reforzar el orden jurídico mediante prohibiciones; también crea normas, aunque en este aspecto está cada vez más eclipsado por el desarrollo de las reglas de derecho privado y de derecho público[138].

Lo mismo puede decirse en el nivel técnico y teórico, pues el dere- 115
cho penal tiene una relativa independencia respecto a la manera como se regulan determinadas instituciones jurídicas. Por ejemplo, la noción de persona o de posesión no son en derecho penal necesariamente las mismas que en derecho civil. Esto es debido a la peculiaridad de los fines del primero[139] con respecto a la de los demás sectores del derecho[140]. Por tanto, de la accesoriedad del derecho penal, no puede deducirse que sea del todo dependiente de las otras ramas del ordenamiento jurídico. Con éstas mantiene una estrecha interrelación, distinguiéndose en cuanto a los medios de reacción (penas y medidas de seguridad en derecho penal).

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

Se trata de relaciones excesivamente complejas, como lo sugiere la 116
terminología en la materia. Esto aparece de manera evidente en las distinciones que se hacen, por un lado, entre derecho penal ordinario y el derecho penal complementario, disciplinario, penal administrativo y, por otro, entre infracción penal e infracción administrativa, prescripciones de orden o disciplinarias. Además, las distinciones no

---

137 PEDRAZZI, p. 16; JESCHECK/WEIGEND, § 7 II Nº 2.

138 GAUTHIER, 1985, p. 219.

139 JESCHECK/WEIGEND, § 7 II Nº 2; FIANDACA/MUSCO, p. 46 s.

140 MAURACH/ZIPF, § 2, Nº 17 ss.; con relación al derecho penal económico, TIEDEMANN, 2004, Nº 2; GARCÍA CAVERO, 2003, p. 54 ss.

son definidas de manera satisfactoria y constituyen más bien objeto de controversias interminables, resultando difícil sistematizarlas.

a. Derecho penal administrativo

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

118 La expresión "derecho penal administrativo" designa así el conjunto de normas contenidas en las leyes administrativas previendo sanciones penales. En razón del objetivo específico de estas normas, ha sido considerado necesario destacar, de una parte, que el derecho penal administrativo sólo está destinado a asegurar el funcionamiento correcto de la administración y, de otra, que el derecho penal ordinario tiene por misión proteger los valores y los bienes fundamentales de la sociedad[141]. No obstante, es difícil clasificar las normas jurídicas según su pertenencia al derecho penal administrativo o al derecho penal ordinario, en razón del desbordamiento del primero hacia los dominios propios del segundo. Esta confusión se debe a que la amenaza de una pena forma parte de los mecanismos dirigidos a asegurar la efectividad del derecho administrativo[142]. ¿Esta amenaza debe estar vinculada al derecho penal o al derecho administrativo? Planteada de manera tan abrupta, la pregunta permanecerá sin respuesta, pues, implica la presencia de numerosos factores que hacen imposible una solución coherente. La tendencia hacia una despenalización global de ciertos dominios parece ser confirmada por la idea de que las infracciones a las prescripciones de las leyes "administrativas" no implican siempre una reprobación moral, así como en el carácter en general poco grave de estas infracciones (bagatelas) y de las sanciones con las que son reprimidas.

---

[141] FLEINER-GERSTER, § 28 Nº 10; cf. ABANTO, 1997, p. 184.
[142] Cf. KNAPP, Blaise, p. 149.

Sin embargo, hay que subrayar que afirmar el carácter penal de una sanción significa brindar al procesado ciertas garantías tanto en el nivel del procedimiento (por ejemplo, recursos al juez penal) como en el del derecho material (por ejemplo, respecto del principio de la legalidad o de la necesidad de comprobar la culpabilidad).

El jurista alemán James Goldschmidt intentó, a principios del siglo XIX, elaborar una teoría general del derecho administrativo, rama que sería distinta al derecho penal común. Su función era defender los intereses de la administración por oposición a los intereses de la sociedad y sancionar las infracciones administrativas por oposición a los delitos comunes. Además consideraba que existía una diferencia material entre las infracciones ordinarias y las administrativas. A diferencia de las primeras que implicaban un especial juicio ético negativo, las segundas comportaban sólo una desobediencia a una orden administrativa. Esta teoría no ha sido admitida por la doctrina ni en derecho penal, ni en derecho administrativo[143]. 119

El fracaso de todas las tentativas para precisar de manera global la noción de "derecho penal administrativo" ha tenido como resultado la imprecisión de lo que debe ser considerado como su materia. Resulta interesante preguntarse a qué se debe esta falta de definición y de límites bastante precisos[144]. 120

El Código Penal, principal ley penal, sólo contiene una parte de las disposiciones legales que prevén sanciones de este carácter. Numerosas leyes relativas a diversas materias regulan, de manera accesoria o principal, infracciones y prevén las sanciones respectivas. El desarrollo cuantitativo de esta legislación penal complementaria (*Nebenstrafrecht*) se acompaña de una diversificación cualitativa la cual conduce poco a poco, según Roth, a la creación "de órdenes penales periféricos"[145]: Derecho penal fiscal, derecho penal económico, derecho penal administrativo, derecho penal del tránsito, etc.[146] 121

---

143 GAUTHIER, 1975, p. 24.

144 ROTH, 1985, p. 127, GAUTHIER 1971, p. 351 s.

145 "¿No debería reconocerse que dos o más ordenes jurídico-penales coexisten: el orden penal central y los órdenes 'periféricos', creados por la legislación penal accesoria?" (ROTH, 1981, p. 382; cf. IDEM, 1985, p. 126 y 152).

146 Así, las nociones de derecho penal accesorio y de derecho penal administrativo no deben ser confudidas. Este último sólo es, hablando de manea estricta, una

122 Por ejemplo, en cuanto al derecho penal económico, se considera, generalmente, que las medidas aplicables en caso de infracciones de esta índole deberían ser, en principio, de carácter preventivo. En particular, de orden administrativo y cuya aplicación debe estar a cargo de autoridades especializadas. Además de constituir una confirmación del derecho penal como *ultima ratio*, esta solución resulta positiva en razón de la complejidad del contexto en que se dan dichas infracciones y de las dificultades para intervenir.

123 A la diversificación de materias se agrega el problema concerniente a la gravedad de las infracciones incriminadas: muchas infracciones "administrativas" son contravenciones o infracciones a las prescripciones de orden y su sanción es, en general, pronunciada, al menos en primera instancia, por una autoridad administrativa. En Alemania, se separan de manera radical las infracciones penales (crímenes y delitos, *Verbrechen und Vergehen*) de las infracciones a las prescripciones de orden o infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*), las cuales sólo son merecedoras de una multa de esta índole, sanción pecuniaria administrativa (*Geldbusse*) no de una multa penal (*Geldstrafe*). Sin embargo, esta tentativa de descriminalización de las infracciones menores reposa en realidad sobre una diferencia de grado en la reprobación que ellas suscitan y no sobre una verdadera diferencia de naturaleza[147]. En realidad, es simplemente el legislador quien decide libremente incluir una norma jurídica en el derecho penal administrativo o en derecho penal ordinario.

124 La labor de perseguir y de reprimir las infracciones penales menores ha sido confiada a las autoridades administrativas con miras a disminuir la carga de las autoridades judiciales. La Corte Europea de Derechos del Hombre ha admitido esta práctica sin dificultad. Sin embargo, ha declarado, especialmente en el fallo *Belilos*, que la persona perseguida debe tener la posibilidad de hacer revisar la decisión penal de la autoridad administrativa por un tribunal, "porque hay que consultar un organismo jurisdiccional competente para resolver el litigio sobre la base de normas jurídicas al término de un procedi-

---

rama del primero; aunque de manera general el derecho penal accesorio está, sobre todo, previsto en leyes administrativas; cf. PFUND, p. 121 s.

147 JESCHECK/WEIGEND, § 7 V Nº 3; SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 32 s.; TRECHSEL/NOLL, p. 35 ss.; STRATENWERTH, 1996, § 2 Nº 40; ROXIN, 1997, § 2 XIII Nº 51.

miento organizado"[148]. Este tribunal debe ofrecer todas las garantías requeridas por el art. 6 § 1 CEDH. La imparcialidad del tribunal, su independencia respecto a la administración y la posibilidad de efectuar un control completo de los hechos y de la aplicación del derecho son las principales exigencias de esta disposición. Es el control judicial, conforme al art. 6 CEDH, de una decisión dictada por una autoridad administrativa.

b. Derecho disciplinario

"Las sanciones disciplinarias tienen por objetivo general asegurar qué personas al formar parte de un grupo particular respeten las reglas de comportamiento propias de esa colectividad". Esta definición[149] subraya la necesidad de que existan relaciones jurídicas específicas para que pueda calificarse una sanción de disciplinaria, la cual no se dirige, como la sanción penal propiamente dicha, a todos sino sólo a los individuos concernidos por este vínculo singular. El derecho disciplinario constituye, en realidad, la contrapartida de los deberes particulares a los cuales están sometidos los miembros del grupo[150]. Al respecto, se distingue tradicionalmente entre derecho disciplinario de profesiones liberales (abogados, médicos) y derecho disciplinario "estatal" que supone una relación del derecho administrativo especial (funcionarios, militares, partes en un proceso). 125

En doctrina, se ha discutido mucho sobre si la sanción disciplinaria es una medida administrativa (cada vez más, se prefiere hablar de medidas disciplinarias, en lugar de penas disciplinarias) o una sanción penal. 126

Como lo recuerda Roth, "nadie cuestiona el carácter 'incompleto' del derecho disciplinario"[151]. Esto repercute en la tipificación de las infracciones disciplinarias, las cuales no han sido descritas en la ley. Con frecuencia, se las prevé mediante una cláusula general, lo que 127

---

148 Corte Europea de Derechos Humanos, causa *Belilos*, sentencia del 29 abril de 1988, en *Publications* Série A vol. 132 Nº 64.

149 Corte Europea de Derechos Humanos, causa *Weber*, sentencia del 22 de mayo de 1990, en *Publications* Série A vol. 177, Nº 33.

150 STRATENWERTH, 1996, § 2 Nº 44.

151 ROTH, 1985, p. 136.

no está conforme al principio *nullum crimen sine lege*. De modo que el derecho disciplinario se halla esencialmente sometido a los principios del derecho administrativo, tales como la oportunidad y la proporcionalidad. Además, el cúmulo de sanciones disciplinarias y penales es permitido, por lo tanto, no se aplica el principio *ne bis in idem*.

128 Estas constataciones concuerdan, de manera global, con la opinión de la doctrina dominante. Se considera que el derecho disciplinario está muy próximo al derecho administrativo. Sin embargo, hay que matizar esta afirmación. Si se puede dejar de lado, en cierta medida, el aspecto del principio de la legalidad referente a la previsión expresa de la infracción (*nullum crimen sine lege*), el otro relativo a la previsión de la sanción debería ser mejor respetado (*nulla poena sine lege*). Toda sanción disciplinaria debe estar prevista en una disposición legal[152]. En este ámbito, también debe exigirse que el agente actúe con culpabilidad.

129 Alegando que las sanciones disciplinarias, en oposición a las penales, no implican la retribución al mal cometido, sino sólo son medios de corrección o de protección, se admite la posibilidad del cúmulo de ambas sanciones en el mismo caso. Este criterio es inadmisible en cuanto que las sanciones disciplinarias sólo deben concernir a los casos en que el comportamiento afecta sólo a la agrupación o institución a la que pertenece el infractor. Casos en los que basta recurrir al medio leve de la sanción disciplinaria interna, la misma que tiene los efectos materiales y legales de la pena.

130 La vinculación del derecho disciplinario al derecho administrativo hay que relativizarla. La Corte Europea de los Derechos del Hombre ha subrayado, hace algún tiempo, en un asunto de disciplina militar en Holanda, que "si los estados contratantes podían arbitrariamente calificar de disciplinaria una infracción en lugar de considerarla de índole penal [...] la interpretación de las cláusulas fundamentales de los art. 6 y 7 [de la CEDH.] se encontraría subordinada a su voluntad soberana"[153]. Reconociendo a los Estados el derecho de distinguir entre el derecho penal y el derecho disciplinario, la Corte se

---

[152] GAUTHIER, 1988, p. 402; ROTH, 1985, p. 136.

[153] Corte Europea de Derechos Humanos, causa *Engel* y otros, sentencia de 8 del junio/23 de noviembre de 1976, en *Publications* Série A vol. 22, Nº 81.

reserva, sin embargo, el poder de asegurar que la frontera así trazada no contradiga las reglas enunciadas por la Convención. Así, en el asunto *Weber*, en donde una de las partes había sido condenada disciplinariamente por violación al secreto del procedimiento penal, la Corte afirmó que: "obligados de manera muy especial a guardar el secreto de la instrucción, los magistrados, abogados y todos aquellos que se encuentran estrechamente implicados en el funcionamiento de las jurisdicciones se exponen [...] independientemente a sanciones penales, a las medidas disciplinarias que se justifican por la profesión que ejercen. Las 'partes', por el contrario, en la medida en que sólo participan en el procedimiento en calidad de justiciables, no están comprendidas en esta esfera disciplinaria de la justicia"[154].

[154] Corte Europea de Derechos Humanos, causa *Weber*, sentencia de 22 de mayo de 1990, en *Publications* Série A vol. 177, Nº 33.

§ 2 Política criminal, dogmática penal y criminología

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

I. Política criminal

Una de las múltiples funciones del Estado es la de coordinar, disciplinar y organizar la vida comunitaria. Para lograr que ésta sea estable y fecunda, debe desactivar los conflictos y tensiones sociales o individuales[1]. El funcionamiento y la orientación de esta actividad deben ser apreciados en relación con el contexto social y político en el que se originan y desarrollan. Por lo tanto, no se trata de un proceso neutro o imparcial. 131

A esta reacción organizada de la colectividad frente a las acciones delictuosas (*lato sensu*) que amenazan su cohesión y su desarrollo armónico[2], se le denomina política criminal y todo sistema social, en este sentido, la tiene. Cuanto más evolucionada es la sociedad, la política criminal deviene una estrategia frente a la delincuencia, elaborada a partir de los datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva[3]. La misma denominación es utilizada para designar la disciplina o el método de estudio de la reacción contra la criminalidad, tal como es, efectivamente, practicada. Es tarea de esta disciplina describir tanto la reacción social contra la delincuencia, como determinar los lineamientos que deben seguirse para lograr una mayor eficacia. 132

La reacción social contra la delincuencia forma parte del control social, el cual es una manifestación concreta de la política general del Estado. Así, uno de los aspectos de ésta es la política criminal. Sin embargo, toda reacción estatal dirigida a evitar la comisión de comportamientos delictuosos o suprimir ciertos factores que favorecen 133

---

1 GURVITCH, p. 297; MAIHOFER, p. 28.

2 ANCEL, 1974, p. 23.

3 ANCEL, 1975a, p. 222; PRADO SALDARRIAGA, 1985, p. 13 ss.

su comisión no forma parte, siempre, de la política criminal[4], ya que si bien ésta goza de una cierta autonomía al interior de la política estatal, está comprendida en una más amplia: la política social. Una buena política social constituye, sin ninguna duda, una condición indispensable para una política criminal eficaz[5].

134 El ámbito social en el que se implanta y desarrolla la política criminal no constituye, sin embargo, un dato objetivo. Las nociones de "delincuencia", "crimen" y "criminal" son el resultado, precisamente, de intensos debates sobre los criterios de la misma política criminal, los cuales condicionan la elección de los comportamientos que serán criminalizados[6]. En efecto, ningún comportamiento es delito en sí mismo. En realidad, su carácter "delictuoso" varía según los tiempos y los lugares en donde es cometido.

135 La programación y realización de una correcta y coherente política criminal dependen de los estudios tendientes a determinar la amplitud del fenómeno delictuoso y a describir también los diferentes modos de reacción social[7]. Mediante estas investigaciones se buscan "estrategias apropiadas para frenar el avance de la criminalidad, así como los excesos del control social"[8]. De esta manera, se evitará que la reacción sea espontánea o inorgánica, motivada sólo por el afán de dar satisfacción a los movimientos de la "opinión pública", originados por la comisión de ciertas infracciones (política criminal del "golpe por golpe", del "*coup par coup*")[9], o destinada a sosegar, mediante la multiplicación o agravación indiscriminada de la represión, a un público impresionado o temeroso ante la frecuente comisión de ciertos delitos.

136 La política criminal está, pues, en particular, relacionada con la criminología y la teoría de la pena. Antes de la aparición de la criminología, en tanto que disciplina relativa al estudio del crimen, del delincuente y de la reacción social frente a la criminalidad, la

---

4 SCHULTZ, 1985a, p. 791 ss.

5 MAURACH/ZIPF, § 3 Nº 3.

6 La definición de delito está estrechamente condicionada por las leyes penales y, por tanto, por las condiciones en las cuales éstas son establecidas; cf. KILLIAS, 1991, Nº 802 s.

7 Cf. a este respecto ANCEL, 1975b, p. 15 ss.

8 KILLIAS, 1991, Nº 104.

9 ANCEL, 1981, p. 190 ss.

política estatal contra esta última se inspiraba en la concepción de un derecho penal basado en la culpabilidad y la retribución. La pena era así el único medio para disuadir a las personas de cometer delitos y, una vez cometidos, para restablecer el orden perturbado. Con el positivismo italiano, que está en el origen de la criminología y que constituyó, en el siglo XIX, la culminación del progreso de las ciencias naturales, la negación de la culpabilidad y de la pena retributiva entrañó un renacimiento en el discurso y la práctica, en el ámbito de la lucha contra la delincuencia.

En cuanto al derecho penal, hay que señalar que el poder coercitivo 137
de las sanciones es uno de los medios que el Estado tiene para alcanzar sus objetivos. Mediante este poder organiza un sistema específico formalizado, llamado sistema de justicia penal, el cual está compuesto, por un lado, de un conjunto de normas que prevén tanto el comportamiento delictuoso y las sanciones aplicables, como el procedimiento a seguir para pronunciar y aplicar estas sanciones. Por otro, de una red de órganos encargados de poner en práctica las normas penales, tales como la policía, el Ministerio Público, las autoridades responsables de instruir y juzgar procesados y los servicios de ejecución de las penas. El derecho penal juega así un papel importante a nivel de la organización y de la determinación de las relaciones sociales, en el seno del control social. Sin embargo, no sólo limita la libertad de los individuos, sino que también crea las condiciones necesarias para que éstos puedan desarrollar su personalidad y sus proyectos de vida.

Las reformas penales han sido fuertemente influenciadas por los es- 138
tudios y los debates tendientes a establecer las estrategias a adoptar para luchar más eficazmente contra la criminalidad. Por ejemplo, la reforma del Código Penal alemán fue marcada por el Proyecto alternativo[10], elaborado de manera esencial sobre la base de criterios de política criminal, en detrimento de preocupaciones de orden dogmático[11]. En el Perú, por el contrario, la reforma de 1991 no contó con la información necesaria sobre la realidad delictuosa y sobre la

---

10 BAUMANN, Jürgen, 1969; ROXIN, 1997 § 4 Nº 17 ss.

11 ROXIN, 1997 § 7 Nº 69 s., afirma: "la determinación del derecho es, como ya sabemos, algo más que la aplicación, subsumible en un proceso lógico de conclusión, de una ley precisada en sus detalles".

mejor manera de reaccionar contra la delincuencia. Imperaron sobre todo preocupaciones de orden dogmático y no de política criminal. Si bien el sistema de sanciones penales fue modificado de manera importante, las razones no fueron el fruto de un análisis sobre la manera de como deberían ser reguladas para que sean eficaces en un medio como el peruano. La actual propuesta de reforma, materializada en el Anteproyecto de 2004, no tiene ninguna pretensión innovadora substancial por falta de una concepción seria de cambio del sistema de control penal.

139 Una coherente y racional política criminal supone, por tanto, un esfuerzo de sistematización y de actualización de las instituciones que luchan contra la delincuencia; instituciones que deben, como afirma Marc Ancel, estar integradas en un conjunto coordinado dentro del cual se complementan, en lugar de oponerse; y que deben ser adecuadas a las condiciones sociales[12].

II. Dogmática penal

140 La expresión "derecho penal" es utilizada para designar el conjunto de reglas jurídicas destinadas a regular el ejercicio del poder punitivo del Estado, así como para referirse a la disciplina que estudia esta rama del orden normativo. En el dominio jurídico, la distinción del objeto de estudio[13] de la disciplina que lo estudia tiene su origen en la consolidación del principio de legalidad[14], en la medida en que éste determina y circunscribe el derecho como conjunto de normas legales positivas. El hecho de que el derecho sea lenguaje y que siempre requiera ser interpretado, implica que exista una relación estrecha entre el derecho –objeto de estudio (derecho positivo) y el derecho– disciplina jurídica que se ocupa de dicho objeto. Esta circunstancia debe ser tenida en cuenta tanto para comprender bien qué es la dogmática penal, como para percibir correctamente en qué consiste la labor del jurista al estudiar las normas y sistematizar los resultados de su trabajo.

---

[12] ANCEL, 1975a, p. 226; ZIPF, 1973, p. 2 s. Ver *RIDP*, 1978, Nº 1, volumen consagrado a "Política criminal y derecho penal".

[13] SASTRE, p. 581 ss.

[14] FERRAJOLI, p. 869 s.

En Alemania y en los países fuertemente influenciados por el pensamiento germánico, la "ciencia del derecho penal" es designada bajo el nombre *Strafrechtsdogmatik*[15]. En Francia, se prefiere el término "ciencia", "disciplina" o, en teoría general del derecho, "doctrina". De esta manera, se trata de señalar, por un lado, la actividad intelectual de los penalistas (criminalistas) y, por otro, el conjunto de trabajos resultantes de sus investigaciones. 141

En especial entre los penalistas, con frecuencia se utiliza el término dogmática, pero sin mayor reflexión. Se le emplea, por un lado, como equivalente de ciencia. El jurista que cultiva esta ciencia es un científico y los resultados de sus investigaciones constituyen trabajos de este carácter. Su labor es descrita como el estudio del derecho con la finalidad de hacer más fácil su aplicación. Por otro, la dogmática es calificada de no científica. De modo que el sustantivo "dogmática" y el adjetivo "dogmático" han adquirido una significación peyorativa. Así, se la define como la actividad jurídica caracterizada por la elaboración de razonamientos teóricos con la pretensión de revelar verdades absolutas[16]. 142

Estas diferencias de opinión son en parte debidas a las diferentes maneras de concebir la ciencia. La negación del carácter científico de la dogmática tiene como base, a menudo, el criterio clásico de la ciencia empírica o experimental. El mismo que ha sido superado no sólo por la simple admisión de otro tipo de ciencias, como las humanas, sino por los nuevos análisis en el ámbito de la teoría del conocimiento, que han cambiado profundamente la manera de percibir las ciencias, como las matemáticas o la física. Un aspecto importante es que no debe asociarse el carácter científico a la determinación del objeto del conocimiento[17], ni a la neutralidad u objetividad de los análisis, sino más bien al método o métodos utilizados según las pautas que sean aceptadas en un contexto determinado. De modo que la dogmática debe ser considerada como ciencia en la medida en que cuando se deban resolver problemas se ajuste a las exigencias que 143

---

15 Mediante esta expresión se hace referencia a la "disciplina que abarca la interpretación, la sistematización y el perfeccionamiento de las normas legales y de los conceptos jurídicos en materia penal", ROXIN, 1997 § 7 Nº 1.

16 HASSEMER, 1990a, p. 92; ANCEL, 1981, p. 211.

17 El carácter pasajero de la legislación fue el punto de partida de la crítica de KIRCHMANN.

rigen la práctica científica[18]. En esta perspectiva, debe analizarse la noción de dogmática, sus métodos y finalidades.

144 Para contrarrestar las críticas que se les hace, los juristas han tratado de atenuar su tendencia hacia un razonamiento demasiado abstracto y de tomar en consideración los aportes de las ciencias humanas. Así, buscaron abandonar la "mala dogmática" (vinculada a criterios conceptualistas caracterizados por su autoritarismo intelectual, formalismo lógico y "neutralismo" axiológico) en beneficio de una "buena dogmática", crítica, abierta a las ciencias sociales y a todo debate de orden axiológico[19].

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

146 Sin polemizar demasiado, hay que admitir que el jurista, para fijar mejor el sentido de las normas legales, busca comprender sus enunciados y, de esta manera, complementar y perfeccionar el derecho positivo, inevitablemente incompleto. También, trata de organizarlas en un sistema ordenado y coherente. Resulta así comprensible que la dogmática penal haya sido descrita como una ciencia cuyo objetivo es investigar el sentido de las reglas y organizarlas en un sistema, para contribuir al desarrollo del derecho[20].

147 Los malentendidos surgen[21] cuando la labor de los juristas es explicada afirmando, Primero, que la doctrina jurídica sólo tiene la función de descubrir, mediante un análisis conceptual, las soluciones implícitas en el derecho positivo; segundo, que los conceptos jurídicos tienen una significación "realista" en el sentido de que corresponden a las estructuras reales y, por último, que los juristas hacen en el derecho positivo vigente una descripción objetiva y neutra a nivel axiológico.

---

18 SASTRE, p. 601.

19 Cf. sobre este punto HURTADO POZO, 1987b, p. 51 s.

20 HASSEMER, 1974, p. 176: "por eso se puede decir que, en un plano formal y negativo, la dogmática penal tiene por función la diferenciación sistemática del derecho penal plasmado en el CP y la jurisprudencia penal, para llevarlas luego a la práctica judicial".

21 NINO, 1974, p. 21.

En este sentido, de manera tradicional, la dogmática ha sido caracterizada[22] señalando los siguientes aspectos: primero, el derecho es concebido como un sistema cerrado que permite dar respuesta a todo conflicto jurídico. Segundo, la ley adquiere –una vez promulgada– vida autónoma. Su significado evoluciona conforme a los cambios sociales. Tercero, es asunto de los juristas –científicos del derecho– revelar y consolidar esta evolución. Con este fin, los juristas proceden, mediante la ayuda de sus métodos científicos, a elaborar abstracciones de primer grado a partir de las normas legales (material de base) y logran así formular conceptos jurídicos claros y precisos. Por último, el dogmático se limita a descubrir la regla general que será aplicada al caso concreto. Para esto, realiza la integración sistemática, coherente y dinámica de los conceptos propios al orden jurídico. 148

La crítica a esta manera de percibir la dogmática ha llevado a distinguir entre una "mala dogmática" y una "buena dogmática". A la primera se le considera vinculada directamente al criterio conceptualista que se caracteriza por su autoritarismo intelectual, formalismo lógico y neutralismo axiológico. La segunda sería la "dogmática crítica", abierta a las ciencias sociales y toda discusión de índole axiológica. Esta distinción, además de ser incorrecta, impide que el problema sea planteado de modo claro. 149

Al respecto, hay que aceptar que se encuentra muy enraizada, sobre todo entre nosotros, la convicción de que la función del jurista no es otra que la de descubrir, mediante el análisis de conceptos, las soluciones implícitas en el derecho positivo. Así mismo, que se admite aún una "significación realista" de los conceptos jurídicos; es decir, se cree que tales conceptos son conformes a las estructuras del mundo real. Además, que se afirma, con frecuencia, que los juristas describen el derecho positivo de manera objetiva y neutral. Por último, hay que tomar conciencia de que la persistencia de estas ideas y la opacidad del debate son el resultado de que no se ha esclarecido en qué consisten las funciones de la dogmática. 150

De manera abreviada, puede afirmarse que la dogmática tiene doble función, una declarada y la otra latente u oculta. La primera, la "oficial" consiste en describir el derecho positivo. La segunda, es la de reconstruir el sistema legal despojándolo de sus imprecisiones. Esta 151

---

22 NINO, 1974, p. 21 ss.; TROLLER, p. 23

dicotomía crea dificultades. Ante todo, debido a que la eliminación de las imprecisiones de la ley conduce necesariamente a escoger como correcta una de las soluciones que se deducen de ésta. Luego, porque este acto de escoger no se realiza mediante el simple análisis descriptivo del derecho positivo, ni sin que el jurista tenga que determinar el grado de conformidad axiológica de las diversas alternativas. Esta dificultad no puede ser superada dando la preponderancia a una de las funciones (la de describir o la de reconstruir el derecho positivo), en detrimento de la otra. Se trata, por el contrario de asumir al mismo tiempo las dos funciones de la dogmática, que deben ser cumplidas con rigor. Esta dimensión práctica hace que la dogmática pueda también ser concebida como una técnica, lo que le atribuye en gran parte el prestigio que se le reconoce[23].

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

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

---

[23] NINO, 1974, p. 9, 15.

La toma de conciencia de las dos funciones que tiene la dogmática, así como de su real cumplimiento, exigen del jurista, en general, y, en particular, de los penalistas, una visión más modesta teniendo en cuenta que las concepciones que elaboran no son verdades absolutas. Se trata más bien de proposiciones destinadas a ayudar al legislador, juez e intérprete para encontrar la respuesta adecuada a los problemas jurídicos. 154

El estudio de las normas positivas "desde adentro" constituye la dogmática jurídica. En lo que se refiere al derecho penal, el dogmático parte de la ley, considerándola como fundamento y límite, estudia el contenido conceptual de los principios jurídicos, sistematiza su material, recurriendo a la jurisprudencia y opiniones doctrinales. Una descripción y sistematización de normas jurídicas positivas, como lo sostiene Gioja, no satisface el saber del derecho. También se requiere conocer sus efectos en las conductas efectivas de los hombres, su influencia sobre otras valoraciones como las morales y sus motivos constituyentes[24]. La tarea de los juristas no se limita a describir el conjunto de normas vigentes o la manera como son aplicadas por los tribunales. Ellos cumplen, así mismo, una labor consistente en precisar el significado de los enunciados normativos, en eliminar sus contradicciones, en subsanar sus insuficiencias[25]. Esto no se realiza, ni debe efectuarse sin explicitar los criterios axiológicos que sirven de base. 155

La dogmática penal sirve, de esta manera, para un mejor conocimiento del sistema normativo y para garantizar su aplicación coherente e igualitaria, concurriendo así a la proyección de una correcta política criminal. 156

III. Criminología

De acuerdo con nuestros objetivos, nos limitaremos a indicar algunos aspectos que justifican relacionar estrechamente la criminología con la política criminal y el derecho penal. Esta descripción esque- 157

---

[24] GIOJA, T. II, p. 42.

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

mática y, en buena parte arbitraria, sólo busca destacar el contexto humano del derecho penal. A diferencia de la dogmática penal, la criminología se ocupa del estudio del fenómeno delictuoso, de la reacción de la sociedad, investigando sus causas, su significación en la vida del individuo y de la comunidad y, así mismo, de la personalidad del delincuente, de sus características físicas y psíquicas, de su desarrollo y de sus posibilidades de tratamiento. Para alcanzar sus objetivos, recurre a los diversos métodos que ofrecen las ciencias naturales y sociales.

158 Desde sus orígenes y hasta hace unas décadas, las investigaciones criminológicas estaban orientadas, sobre todo, hacia el estudio de la delincuencia en tanto que fenómeno individual y social. Hoy en día, el objeto principal de estudio son el control social y los órganos que lo ejercen. Así, la etiología de la delincuencia ha dejado de ser la preocupación central. Ésta se dirige más bien hacía la reacción social que condiciona el hecho de que se califique de criminales a las personas y como delitos sus comportamientos. Grosso modo, es posible distinguir una corriente centrada en el delincuente y su comportamiento de otra dirigida hacía el fenómeno de la criminalización.

159 Veamos, brevemente, las orientaciones y los progresos de las investigaciones criminológicas. La reacción contra la concepción metafísica de la Escuela Clásica del derecho penal fue provocada por el desarrollo de las ciencias humanas y sociales y fue encabezada por la llamada Escuela Positiva[26]. Bajo su amparo surgió la criminología tradicional, la misma que evolucionó en direcciones divergentes de acuerdo con la ciencia que les servía de base (antropología, biología, psicología o sociología).

1. Biología criminal

160 Lombroso[27], médico, orientó sus trabajos hacía la persona del delincuente. Consideró que la delincuencia era un fenómeno atávico, generado por deformaciones biológicas y que, en consecuencia, el delincuente era un "criminal nato", miembro de una especie particular

---

[26] Ver *supra* Nº 88 s.

[27] Cf. LOMBROSO.

del género humano[28]. Si bien matizó sus concepciones recurriendo a nociones sociológicas y psicológicas, no abandonó su preocupación biológica y antropológica central[29].

Las investigaciones destinadas a determinar las causas biológicas del 161
comportamiento delincuente, han sido continuadas sin gran éxito[30]. Sin olvidar los estudios puramente anatómicos[31] y caracterológicos[32], pensamos en particular en tres trabajos que lograron notoriedad. En primer lugar, las investigaciones realizadas sobre los comportamientos de gemelos[33] de bagaje hereditario similar. En los años 30, se llegó a la conclusión que, en el caso de los gemelos univitelinos, la coincidencia de comportamientos criminales era más frecuente que en el de los gemelos bivitelinos. Mediante estas investigaciones, se quiso demostrar la justeza de una hipótesis exagerada que consideraba la herencia fuente de toda criminalidad.

El mismo objetivo también fue perseguido por los estudiosos de las 162
aberraciones cromosómicas[34], que pueden resultar de un defecto (ausencia de un cromosoma) o de un exceso (presencia de un cromosoma suplementario o supernumerario). Estas aberraciones se manifiestan por un desequilibrio del organismo y tienen consecuencias desastro-

---

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

29 Al respecto, recordemos que explica la delincuencia en una perspectiva sexista. Cf. LOMBROSO/FERRERO. Cf. KILLIAS, 1991, Nº 514 ss.

30 Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, p. 333 ss.

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

32 El psiquiatra alemán Ernest KRETSCHMER, p. ej., a través de algunos aspectos corporales, buscaba eventuales correspondencias psíquicas y estableció una tipología morfológica y caracteriológica; cf. sobre este tema BOUZAT/PINATEL, III, Nº 311; MANNHEIM, I, p. 275 ss.

33 LANGE, *Verbrechen als Schicksal: Studien an kriminellen Zwillingen* (1929); F. STUMPFL, *Die Ursprünge des Verbrechens* (1936); H. KRANZ, *Lebensschicksale krimineller Zwillinge* (1936); E. ZERBIN-RÜDIN, "Gegenwärtiger Stand der Zwillings und Adoptionsstudien zur Kriminalität", en: H. GEPINGER/H. WALDER (editores), *Kriminologische Gegenwartsfragen*, Nº 16, 1984.

34 Ver G. H. VALENTINE, *Die "Chromosomenstörungen"*, Berlin-New York 1968; J. D. MURKEN, "Aggressivität als Problem der Genetik", en: Arno PLACK (editor): *Der Mythos vom Aggressionstrieb*, München 1973; GRAVEN, Jean, 1968, Nº 4, p. 277; *idem*, 1969, Nº 1, p. 21.

sas en su desarrollo. Observando las estadísticas de la criminalidad, se afirmó que la aberración por exceso sería la más frecuente. Así mismo, se creyó descubrir en los delincuentes habituales peligrosos un cromosoma excedente "y", que fue de inmediato calificado de "cromosoma asesino". Estas perturbaciones resultarían de un funcionamiento defectuoso de las células cerebrales afectadas por la presencia, en su núcleo, de este cromosoma sobrante y determinarían que su portador cometiera actos violentos[35].

2. Sociología criminal

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

164 Ferri[36], otro promotor del positivismo italiano, se preocupó sobre todo por explicar la delincuencia desde una perspectiva social, sin dejar del todo de lado las causas biológicas y psíquicas. En su opinión el delincuente estaba fatalmente determinado a delinquir y era responsable por el simple hecho de vivir en sociedad. Por tanto, propuso "substitutos penales" en lugar de las penas y los definía como medidas de prevención destinadas a desalentar la criminalidad.

165 En la evolución de la criminología, la corriente sociológica han tenido una gran influencia. Entre las principales investigaciones sociológicas, debemos mencionar la teoría de la "asociación diferencial" de Sutherland[37].

---

35 Cf. al respecto R.G. FOX, "The XYY Offender: a modern Myth?", en *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police science*, vol. 62/1 (mars 1971), p. 59 ss.; L. MOOR, "Caryotypes avec deux chromosomes Y et troubles du comportement", en *Annales médico-psychologiques*, 1967, p. 116 ss.

36 La obra capital de FERRI es *La sociologia criminale*.

37 E. H. SUTHERLAND, *Principles of Criminology* (1ª ed. Philadelphia 1924); *Principes de criminologie*, París 1966; *White Collar Crime*, New York - Chicago 1961. Cf. Olof KINBERG, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, París 1960.

Según este autor, el comportamiento criminal es una conducta aprendida. El aprendizaje comprende dos etapas: primero, la enseñanza de las técnicas de comisión de la infracción, y segundo, la orientación de los móviles, tendencias impulsivas y diversas inclinaciones. Las posibilidades de que una persona se transforme en criminal estarían así en relación con la naturaleza, la intensidad y la duración de sus diversos contactos con quienes cometen delitos y consideran esta actitud como correcta. Sin embargo, es indispensable subrayar que, para Sutherland, el proceso de socialización o de asimilación cultural es el mismo en el caso del delincuente que en el de las demás personas.

El sujeto deviene delincuente porque no tiene ante sí un modelo 166
no criminal. De manera más general, cada individuo asimila invariablemente la cultura del medio en que vive, a menos que otros modelos no vengan a oponerse a esta cultura. Es decir, que la formación criminal por asociación no se adquiere sólo por imitación sino también mediante los otros mecanismos presentes en todo proceso de formación.

En opinión de Alfred K. Cohen[38], el comportamiento delictuoso tiene 167
su origen y se desarrolla, más bien, al interior de una "subcultura criminal". Los grupos delincuentes produce valores y normas propias contrarios a las normas de la cultura predominante. La oposición no es sólo negativa en la medida en que supone la elaboración de "modelos paralelos" de comportamiento. El acto delictuoso sería así una alternativa y no simplemente una desviación. Refiriéndose a la delincuencia juvenil, afirma que la estructura social genera esa oposición a la cultura dominante, sin que los agentes tengan objetivos económicos.

Sobre la base de los trabajos de Durkheim y Parsons[39], Robert K. 168
Merton afirma, según su tesis de la anomia social, que el comportamiento delictuoso está condicionado por los insuficientes medios legales ofrecidos por la sociedad a ciertos grupos de personas para alcanzar el estado de bienestar material que promete para todos. De modo que hay un desacuerdo entre los fines (la cultura) y los medios

---

38 A.K. COHEN, *Delinquent boys: the culture of the gang* (1ª ed. Glencoe 1955): *Abweichung und Kontrolle*, München 1968; James F. SHORT/Albert K. COHEN, Zur Erforsechung delinquenter Subkulturen, en: F. SACK/R. KOENIG, *Kriminalsoziologie*, Frankfurt a. M. 1974, p. 372.

39 R. K. MERTON, *Social theory and social structure* (1ª ed. New-York 1949).

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

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

3. Psicología criminal

170 Frente a las explicaciones sociológicas, se han desarrollado análisis psíquicos. Así, mediante el análisis detallado del aspecto psicológico del comportamiento criminal se ha tratado de responder a una pregunta capital, que había sido dejada de lado por las tesis biológicas y sociológicas: ¿Por qué las personas sometidas al mismo condicionamiento biológico o social no siempre se convierten en delincuentes? Los psicólogos tratan de responder a esta pregunta investigando por qué la adaptación social del criminal no es igual a la de las demás personas[40].

---

[40] H. DECHÊNE, *Verwahrlosung und Delinquenz. Profil einer Kriminalpsychologie*, München 1975; B. MUSS, *Gestörte Sozialisation, psychoanalytische Grundalgen therapeutischer Heimerziehung*, 2ª ed., München 1975; F. ALEXANDER/H. STRAUSS, *Der Verbrecher und sein Richter. Ein psychanalytischer Einblick in die Welt den*

La orientación psicológica, desarrollada a partir de la teoría de Freud 171
(psicoanálisis clásico) y las doctrinas de Jung y Adler, destaca la importancia de los conflictos afectivos y del desarrollo sexual en el origen de traumatismos y, por lo tanto, de complejos (por ejemplo, el complejo de Edipo), que pueden conducir a cometer delitos. Junto a esta concepción, cabe mencionar también la corriente fenomenológica construida sobre la base del análisis y de la interpretación clínica de la relación interindividual e inspirada en las ideas filosóficas de la fenomenología y del existencialismo (Husserl, Heidegger, Jaspers). Así mismo, la orientación tipológica, basada en las doctrinas constitucionalistas que elaboraron las "tipologías criminales". Por último, señalaremos la tendencia behaviorista que busca, a partir de indagaciones sobre la fisiología cerebral, explicar el comportamiento humano. Recordemos, por ejemplo, las investigaciones pluridisciplinarias realizadas, en los últimos años, sobre el cerebro y sus funciones.

4. Concepciones mixtas

Como reacción contra la explicación unilateral propuesta sobre una 172
base sólo psicológica, se presentan las corrientes de orden psico-social y psico-fisiológico. Por ejemplo, las teorías de la inadaptación social diferencial de Edwin Sutherland, de los conflictos de cultura de Thorsten Sellin, ecológica de Clifford Shaw y Henry McKay, la orientación fenomenológica de Etienne de Greeff o Angelo Hesnard. Así, la evolución de la criminología tradicional está orientada hacia la síntesis de las corrientes bioantropológicas, sociológicas y psicológicas.

No se tiene aún la suficiente distancia para apreciar los resultados de 173
estos trabajos; pero constituyen, sin duda, una veta muy rica de elementos necesarios para explicar el comportamiento humano, en general y, en particular el del delincuente.

Buscar la causa del crimen en la persona del delincuente (concep- 174
ciones biológica o psicológica) o en las condiciones sociales en que se desenvuelve (concepciones sociológica y psico-sociológica) supo-

---

Paragraphen, Viena 1929; M. Jean PIAGET, *Psychologie et épistémologie. Pour une théorie de la connaissance*, Paris 1970; Jean PINATEL, "Criminologie et psychanalyse", en: *Revue française de psychanalyse*, 1954, Nº 2, p. 281.

ne la certeza de que es posible distinguir las personas delincuentes de las que no lo son. Dicho de otro modo, es necesario identificar al hombre criminal o al grupo criminal.

5. Teoría de la estigmatización

175 La factibilidad de dicha distinción ha sido cuestionada por las investigaciones realizadas sobre la denominada "cifra negra" de la criminalidad[41]. Estos trabajos han demostrado que numerosos comportamientos delictuosos permanecen ignorados y que, en consecuencia, un buen número de delincuentes no son identificados ni castigados. Ellos cohabitan con las personas no-criminales, sin que sea posible saber quiénes son.

176 De ser aceptada esta descripción, sería indispensable reconocer que todas las teorías destinadas a detectar el o los estigmas del delincuente no tienen objeto real de estudio. Esta es, al menos, la opinión de los sustentadores de la teoría de la estigmatización o del etiquetamiento (*labeling approach*)[42]. Los criminales en sí no existirían. Se trataría sólo de personas marcadas por un proceso llevado a cabo por las instituciones encargadas de la reacción social contra el delito (policía, Ministerio Público, jueces, etc.)[43]. Un individuo deviene criminal mediante un proceso de etiquetaje llevado a cabo por los órganos encargados de la represión. Se trata de un estereotipo resultante del fenómeno de la criminalización, el cual es una creación de orden social. Si se desarrollan estas teorías hasta sus últimas

---

41 E. BLANKENBURG/K. SESSAR/W. STEFFEN, *Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlin 1978; J. KÜRZINGER, *Private Strafanzeigen und polizeiliche Reaktion*, Berlin 1978; cf. Bernd-Rüdiger SONNEN, *Kriminalität und Strafgewalt. Einführung in Strafrecht und Kriminologie*, Stuttgart 1978, p. 36 ss.; Hans HAFERKAMP, *Kriminalität ist normal. Zugesellschaftlichen Produktion abweichenden Handelns*, Stuttgart 1972.

42 F. SAC, "Definition von Kriminalität als politisches Handeln: der labeling approach", en: *Kriminologisches Journal*, 1972, p. 3; Wolfgang KECKEISEN, *Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens. Perspektiven und Grenzen des labeling approach*, München 1974; MARCO BORGHI, *Danno e devianza*, Milano 1980, p. 28 ss.

43 Cf. p. ej. Howard BECKER, *Outsiders: studies in the sociology of deviance* (1ª ed. New-York 1963); Edwin SCHUR, *Labeling Deviant Behavior, Its sociological implications* (1971).

consecuencias, se concluye admitiendo la abolición del derecho penal[44], preconizada sobre todo por Hulsman, quien propone reemplazar la idea de infracción por la de situación-problema[45].

Estas teorías de la reacción social han aportado un buen número de 177
informaciones y análisis positivos, en especial por haber estudiado el crimen o la desviación en su contexto de interacción social. Sin embargo, no justifican ni el abandono de las investigaciones realizadas según las orientaciones tradicionales de la criminología, ni la renuncia al sistema punitivo legal. Si es verdad que no se puede, sólo a través de los hechos o de las normas legales, discernir al delincuente o el acto delictuoso, es también inaceptable que la identificación de una persona en tanto que delincuente sea únicamente la obra de las instancias del control social. Si, desde un punto de vista formal, la desviación es efectivamente una creación social, ésta no es arbitraria y se basa en la índole perjudicial de los comportamientos, lo que resulta evidente, por ejemplo, en la incriminación de actos como el homicidio, el hurto, las lesiones corporales, la violación.

Si la estigmatización fuera el único medio para detectar la delincuen- 178
cia, "las cifras negras de la criminalidad" serían inconcebibles. Los actos ignorados no podrían ser calificados de "crímenes" y los autores desconocidos no merecerían la de "criminales" mientras no hayan sido etiquetados por los órganos de control social. La teoría de la estigmatización tiene el efecto no deseado de neutralizar el argumento crítico que ella misma ha formulado contra las teorías biológicas, psicológicas y sociológicas, consistente en denunciar la ausencia del objeto preciso de análisis. Los estudios criminológicos deben comprender, con la ayuda del método comparativo, todos los aspectos de la delincuencia y tanto las circunstancias sociales y personales que condicionan su aparición, como los medios penales empleados para combatirla y las consecuencias de la utilización de éstos en el sistema punitivo[46].

La delincuencia y el delincuente son fenómenos reales aunque no 179
sea posible delimitar la primera de manera precisa, ni identificar el segundo con la ayuda de criterios unívocos. No obstante, es cierto

---

44 Gassin, 1988, p. 219.
45 Cf. por ej. L. Hulsman/J. B. de Celis.
46 Haferkamp, p. 172 s.

que, actualmente, no se puede continuar ignorando ingenuamente el efecto estigmatizador del sistema penal. La elaboración de una política criminal eficaz y el desarrollo de un derecho penal conforme a la dignidad de la persona suponen que se tomen en consideración, de manera crítica y coherente, los resultados alcanzados por las diversas investigaciones criminológicas. Existe una vinculación estrecha y una integración recíproca entre el derecho penal y la criminología. Si los aportes de las investigaciones criminológicas deben inspirar la elaboración del derecho penal, las leyes penales proporcionan el punto de partida de las investigaciones criminológicas, ya que es a partir de la aplicación de éstas que la criminología puede estudiar los delitos y los delincuentes[47]. Derecho penal y criminología pueden intentar armonizarse en el marco de una correcta política criminal, teniendo en cuenta los imperativos de la una y los datos de la otra. Una lucha eficaz contra la delincuencia es imposible sin un buen conocimiento de la realidad de la criminalidad. Al respecto, Marc Ancel dice con razón que "el problema no consiste por tanto, como lo han creído algunos espíritus simplistas, en la supresión del derecho penal o en la subordinación absoluta del jurista a la criminología, sino en la utilización racional en el ámbito jurídico de los diferentes datos de la ciencia criminológica"[48].

IV. Política criminal y realidad social

180 La descripción que hemos hecho, de manera esquemática, de como el Estado ha reaccionado legislativamente frente al fenómeno delictivo, no puede ser bien comprendida si no se tiene en cuenta el contexto socio-político en que se produce. Este libro no es donde deba analizarse en extenso esa realidad. Pero, así como lo hacemos más adelante, al presentar la evolución histórica de nuestro derecho penal, creemos conveniente hacer las siguientes reflexiones.

181 Aunque sea una verdad trivial, no se puede dejar de decir que el orden jurídico, en general, y el penal, en particular, están vincula-

---

47 BOUZAT/PINATEL, III, p. 6.

48 ANCEL, 1981, p. 18 s.; KILLIAS, 1991, Nº 105, afirma que "cada una de las dos disciplinas busca responder a las preguntas que le son propias: se complementan y no competidoras".

dos, estrechamente, a la realidad social, económica y cultural del país. Todo cambio socio económico y político repercute en la legislación y en la administración de justicia. Esta vinculación se refleja, también, respecto a la labor que realizan los juristas. La concepción doctrinaria que elaboren no puede dejar de tener en cuenta estas circunstancias. De igual manera, no es posible –sin un adecuado conocimiento de la realidad– construir y aplicar una Política criminal coherente y eficaz.

Para analizar las relaciones entre los factores sociales y el sistema punitivo, es indispensable tener en cuenta la diferencia notoria e inmensa que existe entre los países desarrollados y los subdesarrollados. En nuestro caso, sobre todo, porque las explicaciones doctrinarias, formuladas con pretensiones de universalidad, son el resultado de la labor de los juristas de los países europeos. Sus explicaciones y conclusiones deben ser constantemente confrontadas con nuestra realidad. 182

El cambio es un elemento propio de todo grupo social. Su naturaleza e intensidad varían en función de la sociedad en la cual se produce. En las sociedades desarrolladas, el progreso de orden científico y técnico genera modificaciones sociales profundas, que repercuten de manera evidente en la legislación. Es el caso, por ejemplo, de la evolución de la informática, de los medios de comunicación y de la genética. La libertad de las personas, la formación de su personalidad y su supervivencia son afectadas, directamente, por estos progresos: así, por ejemplo, el intento de emplear abusivamente de la informática en la realización de censos poblacionales en Alemania Federal, la invasión de la pornografía gracias a la electrónica y las experiencias de fecundación humana en probetas. La estabilidad social y política reinante en esos países permite canalizar los cambios evitando perturbaciones sociales de carácter radical. 183

Diferente es la situación en los países subdesarrollados, donde el contexto socio-económico se caracteriza por una violencia e inestabilidad subyacentes en todo el sistema. Las desigualdades sociales son enormes. La desocupación es crónica y afecta a una gran parte de la población. La organización política es insuficiente, no ofreciendo a las personas la posibilidad de participar en el gobierno del país. Esta descripción, necesariamente esquemática, debe ser apreciada considerando que la estructura social de estos países no es homogénea. En su interior, existen zonas más ricas que otras, vinculadas de manera peculiar entre ellas y con los países desarrollados. En el Perú, país 184

andino y amazónico, constituye un factor decisivo, por ejemplo, la población indígena.

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

186 La hipertrofia de la legislación penal provoca la intervención frecuente de los órganos judiciales y policiales. La consecuencia normal es el retardo en la administración de justicia. La maquinaria judicial no está en condiciones de despachar tan elevado número de procesos, muchos de naturaleza grave. A pesar de la ausencia de estadísticas oficiales seguras, se puede estimar que un 70 % de los procesados permanecen detenidos sin haber sido juzgados.

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

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

gas o de terrorismo, por ejemplo, los jueces de primera instancia prefieren –cuando dudan sobre la responsabilidad del inculpado– condenarlo para evitar –en caso de absolución– la suspicacia de corrupción y dejar, de esta manera, la decisión definitiva en manos de la instancia superior.

La suerte del inculpado, sospechoso de ser responsable de una in- 189
fracción, está determinada –en la mayor parte de los casos– por la manera como la Policía ha hecho sus constataciones. La investigación policial realizada, casi siempre, luego de haberse producido el delito, constituye una etapa del proceso penal (no regulada legalmente). La intervención y la vigilancia del Ministerio Público se orienta a darle las garantías mínimas. La investigación judicial (constitucional y legalmente prevista) no es sino una tardía e incompleta repetición de la investigación policial.

El papel de la Policía en el funcionamiento del sistema punitivo es 190
capital. Su importancia práctica sobrepasa los límites legales de su poder, pues es el órgano estatal confrontado directamente contra la delincuencia y con toda actividad política subversiva. Este poder de policía ya no puede ser comprendido sólo en el sentido estrecho en que era concebido en el Derecho administrativo. Su carácter multifacético constituye su principal peculiaridad.

La naturaleza particularmente represiva de la legislación penal, la fre- 191
cuencia con que se ordena la detención de los inculpados, la lentitud con que se desarrollan las investigaciones y se llevan a cabo los juzgamientos, son causas determinantes de la sobrepoblación de los establecimientos carcelarios. Estos no son sino simples depósitos donde los detenidos (condenados o no) sobreviven en condiciones inhumanas.

La incipiente política penitenciaria no es realizada en función de las 192
necesidades del país. La contenida en el Código Penal y en el Código de Ejecución Penal constituye –por ejemplo– una utopía, pues, resulta ilógico pretender organizarla de acuerdo con las exigencias de una ciencia penitenciaria elaborada conforme a las posibilidades de los países económicamente desarrollados. Como sucedió en los demás países latinoamericanos, en el Perú también se hicieron prisiones "modelos". Construidos en la capital, tales establecimientos funcionaron poco tiempo según el sistema de detención previsto. El número de detenidos aumenta, las instalaciones se deterioran y la administración del establecimiento deviene imposible. Esto permite

comprender por qué las autoridades están obligadas a realizar, periódicamente, "censos penitenciarios" con la finalidad de saber, cuántos detenidos hay o quedan en la prisión.

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

194 La realidad penitenciaria influye mucho en la marcha de la administración de justicia. La investigación judicial y el desarrollo del juzgamiento son con frecuencia perturbados por la ausencia del procesado. Esto es consecuencia de la desorganización de las prisiones. Es suficiente que para evitar comparecer, por diversos motivos, el procesado no responda al llamado del empleado que viene a buscarlo. De donde surge la necesidad de realizar los juzgamientos en los establecimientos penales mismos, con las desventajas que acarrea en detrimento del proceso debido.

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

196 En el dominio penitenciario, parecería suficiente, debido a la mala situación económica, tratar de construir una red de establecimientos

–aun rudimentarios– que permitieran practicar una detención en condiciones higiénicas y morales satisfactorias. De esta manera, se lograrían respetar, al menos, los derechos fundamentales de la persona. Dichos establecimientos deberían dar la seguridad a la persona que es internada que no será olvidada y que saldrá en buen estado de salud o, al menos, con el mismo que ingresó. Toda promiscuidad debería ser evitada.

Esta reflexión no tiene otra pretensión que la de difundir algunas 197
apreciaciones fruto de la experiencia personal, así como la de incentivar el estudio de nuestra realidad delictiva y de nuestro sistema punitivo. Sin este estudio, el desarrollo de la doctrina y la elaboración de las leyes penales continuarán siendo incompletos e improductivos.

Para terminar, señalemos que ante la intensificación de la delincuen- 198
cia violenta, organizada y, así mismo, la internacional, se ha propuesto constituir un sistema represivo apropiado, el mismo que se caracterizaría, sobre todo, por el abandono en gran parte de las garantías del derecho penal liberal y por el recurso a penas muy severas. Los partidarios de esta idea hablan de "derecho penal del enemigo"[49]. El enemigo es identificado de manera diversa según los criterios ideológicos que se manejan. Con este objeto se hace referencia a personas que, mediante su actividad delictuosa, se sitúan en una oposición radical a los valores y normas de la sociedad. Esta caracterización de este sector social permite considerarlos como marginales o extraños a la comunidad; es decir, como sus enemigos. En consecuencia, la sociedad necesita recurrir a medios extremos para neutralizarlos y, así, mantener el sistema social. El establecimiento de un sistema semejante, sobre todo en relación con nuestros países, no ha necesitado la elaboración sofisticada de una teoría particular. La necesidad de combatir los movimientos de rebelión armada y, en particular, el terrorismo, ha conducido a la promulgación de leyes cada vez más severas y a la organización de un sistema procesal expeditivo. Con el "derecho penal del enemigo" se propugna reemplazar este "derecho

---

[49] Propugna de manera fuerte esta idea JAKOBS, cf. JAKOBS/CANCIO, p. 21 a 56; IDEM, 2004, p. 40 ss. Sigue en parte esta orientación, SILVA SÁNCHEZ, 1999, p. 163 ss. En contra, CANCIO, 2003, p. 78 a 102; MAQUEDA ABREU, 2003, p. 11, DIEZ RIPOLLÉS, 2004, p. 1 ss.

de emergencia" por un derecho represivo paralelo y ajeno al derecho penal propio de un Estado de derecho. Aceptar esta política constituye un grave retroceso que no es justificado por el logro de una mayor "seguridad ciudadana".

§ 3 Evolución del derecho penal peruano

I. Introducción II. Conflicto cultural y conquista española. III. Imposición del derecho español. IV. Recepción del derecho foráneo en la República. V. Pluralismo. VI. Evolución de las concepciones legislativas. VII. Pluralismo y legislación penal. VIII. Evolución de la legislación penal en el Perú. 1. Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre. 2. Código Penal de Santa Cruz en el Estado Sud-peruano de la Confederación Perú-boliviana. 3. Código Penal peruano de 1863. 4. Marco doctrinario y legislativo de la reforma penal peruana del siglo XX. 5. Código Penal de 1924. a. Fuentes legales. b. Factores de la recepción del derecho penal foráneo en el Perú. c. Enjuiciamiento de la obra del legislador de 1924 y la asimilación del derecho importado. d. Concepción de política criminal en el Código penal de 1924. 6. Legislación penal de 1924 a 1979. 7. Código penal de 1991. a. Presupuestos de la reforma. b. Antecedentes de la reforma. c. Necesidad de la reforma. d. Legislación penal desde 1991.

I. Introducción

Si se observan los diversos tipos de sociedades, resulta difícil clasificarlas y para lograrlo se recurre a criterios simplificadores de una realidad muy compleja. Por ejemplo, la distinción entre sociedades tradicionales y modernas, rurales y urbanas, campesinas e industriales, desarrolladas y subdesarrolladas. En todo caso, cualquiera sea la sociedad que se considere, todas se caracterizan por una diversidad cultural más o menos importante. 199

En sociedades como las latinoamericanas, la diversidad de culturas tiene su origen en la conquista y colonización española y portuguesa, enriquecida luego por inmigraciones sucesivas, comenzando por la de los africanos y asiáticos, terminando con la de europeos occidentales (italianos, alemanes, por ejemplo). 200

En sociedades como las europeas, las diferencias culturales se enraízan profundamente en la historia, sobre todo en el período de formación del Estado-Nación, en el que la unificación del poder político se produce con el sometimiento de diversos pueblos por parte de uno que logra imponer su organización y cultura como superiores. Francia, Italia, España merecen citarse con relación a los vascos, bretones, corsos, toscanos, que plantean su autonomía. 201

Definir la cultura y el pluralismo no es tarea sencilla. En los límites de la presente exposición, la primera puede ser descrita como el conjunto de manifestaciones materiales, de estructura y organización social que se reproducen por un cierto tiempo, dando sentido a la vida de la comunidad y orientando el comportamiento de sus miembros. Esta percepción debe ser dinámica por la constante creación y modificación de la cultura en relación tanto con otros grupos, como a sus variaciones internas. 202

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

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

205 Los contextos político y social en que se dan esos conflictos han sido determinados por la formación del Estado-Nación. El Estado dejó de ser considerado como instrumento al servicio del monarca y fue concebido como institución al servicio de los ciudadanos. Estos fueron percibidos como iguales y libres, así como necesitados de ser protegidos de las arbitrariedades estatales. El derecho se desarrolló como un sistema uniforme y único de regulación social que se materializó en el proceso de codificación desencadenado por la Revolución Francesa. Este proceso supuso el abandono de la justificación divina y tuvo como manifestación distintiva la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

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

II. Conflicto cultural y conquista española

El descubrimiento y conquista de América por los europeos fueron 207
"apelando al vocabulario psicoanalítico, un trauma que significó a la vez desgarro y origen. La conjunción violenta y feroz de dos mundos"[1]. La Conquista no sólo fue un choque físico, concretizado en una tremenda disminución de la población nativa a causa de enfermedades, hambre, maltratos y disgregación, sino también un enfrentamiento desigual de orden social, cultural[2]. Las estructuras socioeconómicas y culturales que habían sido desarrolladas por los pobladores originarios fueron violentadas por los conquistadores gracias a su superioridad tecnológica, formas de asociación más flexibles, mayor desarrollo de la autonomía individual, posesión –desde esa perspectiva– de una cultura más poderosa. Así lograron penetrar y dominar las sociedades autóctonas sin que se produjese una verdadera unión[3]. La incorporación de la sociedad indígena al sistema socioeconómico europeo determinó el cambio y modificación del proceso cultural aborigen.

La raza "india" fue modelada como "casta" perteneciente a la "socie- 208
dad hispánica", pero sometida a los "blancos" en condiciones discriminatorias y sin ninguna posibilidad de movilidad social para sus miembros[4].

La aparición de los "indios", inexistentes antes de la conquista, fue 209
en consecuencia el resultado del proceso de destrucción de las estructuras del mundo andino, de la desarticulación brutal de las relaciones sociales, económicas, políticas y religiosas, del desarraigo de la tierra y del ayllu, de la sustitución de los dioses originarios por un dios ajeno, del reemplazo de los valores comunitarios por los valores individualistas, de la creación jurídica de una república de indios, de la conformación de una pirámide social en cuya cúspide estaba el pequeño y poderoso grupo de españoles.

El reconocimiento de la categoría de humanos a los aborígenes no 210
fue inmediato y general. Se les consideró, en principio, como anima-

---

1 HERNÁNDEZ, Max, p. 26.
2 WACHTEL, p. 161; MARIÁTEGUI, p. 56.
3 HERNÁNDEZ, Max, p. 26.
4 BRAVO BRESANI, p. 93.

les o seres sin alma; como objetos pero no sujetos de derecho. La naturaleza humana y racional del indio fue sancionada sólo por Paulo III, en la bula *Sublimis Deus*. A pesar de esta declaración, se les reconoció en la legislación una personalidad jurídica restringida. Se les consideró, sobre todo, sujetos de obligaciones y sus derechos fueron desconocidos o muy limitados. Se les percibió como personas con capacidades disminuidas y, en consecuencia, necesitados de la tutela por parte de un tercero capaz.

211 Dentro de la nueva sociedad, los aborígenes fueron definidos como "indios" y este mismo término indicaba de por sí, una subordinación inalterable no menguada por el reconocimiento jurídico de la condición humana: eran ahora vasallos, tributarios de la Corona castellana; pero privados de los bienes culturales estratégicos de occidente: el idioma, la escritura, la tecnología[5].

212 La legislación que decretaba los derechos de los "indios" lo hizo bajo la óptica de la diferencia y el control que la nueva situación exigía. El derecho de conquista se impuso y estableció rápidamente límites a la movilidad social, generando como consecuencia una sociedad de castas basada, en primer lugar, en la discriminación étnica y, luego, en la diferenciación cultural (siglo XVIII, en la práctica)[6]. A partir del gobierno del virrey Toledo hasta el acceso de los Borbones al trono, se organizó un sistema social y estatal que insertaba a las masas indias en la estructura total del Imperio.

213 Las leyes elaboradas por España para gobernar sus vastos dominios estuvieron condicionadas por el contexto descrito. Muchas de las ordenanzas fueron estatuidas para proteger a los indígenas, regulando la conducta de los españoles. La concepción benévola de las Leyes de Indias, por ejemplo, suponía un tratamiento protector y discriminatorio de los nativos, en la medida en que se les consideraba como personas disminuidas, niños o seres inferiores que debían permanecer sometidas a la tutela del colonizador para recibir los beneficios de la fe y de la civilización. A manera de ilustración recordemos que en las llamadas Leyes de Burgos, si bien se orientaban a proteger a los indígenas (reduciendo la jornada de trabajo y fijando las responsabilidades de los encomenderos), en su introducción se

---

5 HERNÁNDEZ, Max, p. 26.

6 PEASE, p. 289.

decía que los indios eran "naturalmente inclinados a la haraganería y al vicio, [...] que olvidan prontamente lo que se les ha enseñado y retornan a su estado primitivo de depravación, a menos que estén constantemente supervisados". Esto permite comprender que la "conversión" no sólo fue de orden religioso, sino que "abarcó todos los órdenes de la vida, puesto que los españoles pensaron que su propio estilo de vida era el mejor posible" y "buscaron permanentemente hacer 'vivir en pulicía' –es decir, en buen orden– a la población de sus colonias"[7].

III. Imposición del derecho español

Si comprendemos por recepción el fenómeno consistente en el tras- 214
paso de las normas legales vigentes en un medio cultural determinado a otro, podríamos hablar, respecto al hecho histórico descrito, de recepción del derecho penal español. Este criterio amplio[8] no es correcto porque impide comprender de modo cabal, tanto el significado y la naturaleza del mismo, como juzgarlo convenientemente. Se debe diferenciar la recepción, aceptación consciente y voluntaria de un derecho foráneo por parte de un grupo social determinado, del trasplante y de la imposición del mismo. El primero se da cuando emigrantes o colonizadores llevan consigo a tierras extrañas sus normas legales; y la imposición, cuando a un pueblo se le obliga a obedecer y aplicar disposiciones legales que no son de su creación. La nota esencial del trasplante de un derecho es su índole unilateral. Así, sólo es posible cuando los emigrantes o colonizadores se establecen en una zona "inexplorada y casi deshabitada"[9]. La imposición de un derecho se caracteriza por el empleo de la coacción, de la fuerza. Es evidente que los procesos históricos de "importación" o "exportación" del derecho no presentan características tan nítidas que permitan su fácil clasificación en los casos planteados ahora de manera esquemática[10].

---

7 PEASE, p. 289.

8 KITAGAWA, p. 19.

9 RHEINSTEIN, p. 126 s.

10 Por esto RHEINSTEIN, p. 155, admite que la recepción y la imposición deben ser consideradas como los extremos de una amplia escala de normas intermediarias y combinaciones.

215 En el caso de la implantación del derecho español durante la colonización de América, no podemos decir que se trata de un simple trasplante, dado que los españoles encontraron a su llegada una cultura altamente desarrollada, cuyo derecho tuvieron que tener en cuenta. Mas tampoco puede hablarse de una recepción, porque los aborígenes no aceptaron consciente y voluntariamente ese derecho foráneo. No fue un proceso bilateral. De un lado, los conquistadores españoles trajeron su derecho y lo aplicaron y, de otro, la Corona dictó reglas, no siempre debidamente aplicadas, para regular la conquista y la colonización. Se trató de la imposición –mediante la fuerza y la destrucción– de un derecho foráneo a los pueblos conquistados. Los miembros de la sociedad aborigen constituyeron los sujetos pasivos en este proceso, fueron vistos como objetos de legislación. Lo que no significó que en la práctica no se produjeran medios de resistencia y de escape al nuevo orden; siendo uno de los más evidentes la rebelión y uno de los más eficaces la adaptación creativa de los moldes culturales y económicos incaicos.

IV. Recepción del derecho foráneo en la República

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

217 La emancipación fue obra de los criollos (hijos del país nacidos en familia española, llamados también hispano-peruanos, peruleros, indianos). Estos aparecen como grupo social, cuando "la población española de América ya estaba asentada y podía constituir un sector social que reclamaba derecho a la preeminencia o por lo menos a participar en la dirección de la sociedad hispano peruana". Desde el siglo XVI y, en especial, en el siglo siguiente, logran su "plena movilidad ascendente, dentro del ámbito de poder"[11].

---

[11] PEASE, p. 279.

La emancipación "no tuvo propagación social, ni cultural de amplia escala, ni el vigor suficiente para crear una conciencia nacional"[12]. Fue una empresa apoyada por los mercaderes ingleses y realizada por los criollos (muchos de ellos grandes propietarios de tierras) imbuidos de los ideales de la Revolución Francesa: libertad e igualdad de las personas, libre comercio, reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos y la aceptación de que el poder emana de la voluntad de los ciudadanos. 218

Se atribuye a la ideología criolla el nacimiento de una conciencia nacional que abrió el camino a la independencia de España, generada en un proceso ideológico tal vez tímido en la expresión dentro de un orden social establecido, pero firme en sus convicciones. La discusión prosiguió hasta después de la guerra de la independencia, y provocó durante los momentos difíciles previos a la misma –como ocurrió con las sublevaciones andinas del siglo XVIII, especialmente la de Túpac Amaru– acercamientos y actitudes en defensa del derecho de las poblaciones indígenas, a los que los criollos deseaban incorporar al nuevo Estado cuya formación se favorecía con sus discursos sobre la identidad nacional[13]. Cuestión aparte son los resultados finales. Las primeras Constituciones de los Estados independientes (1823) convirtieron a los hombres andinos en ciudadanos sin ejercicio de facultades políticas, como el derecho electoral a ser elegido, consagrando el voto de los pudientes y el de los educados aculturados al sistema occidental[14]. 219

Dentro del contexto hostil a lo hispánico de los movimientos emancipadores, se dictaron diversos dispositivos legales tendientes a establecer la igualdad social y romper las prerrogativas existentes que favorecían a los peninsulares. Estas medidas beneficiaron, principalmente, a los criollos que tomaron el lugar privilegiado de los españoles. De esta manera, los nuevos grupos dominantes, al amparo de la renovada legislación "reeditaron la conquista española sobre la población indígena"[15]. 220

Por esto la implantación de la República y la abolición de los títulos de nobleza no determinaron un cambio en la mentalidad de los crio- 221

---

12 MATOS MAR, p. 24.
13 ANDERSON, p. 78.
14 RHEINSTEIN, p. 282 s.
15 COTLER, 1978, p. 79.

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

222 La concepción liberal individualista imperante en el momento de la independencia e inspiradora de la organización del nuevo Estado, se reflejó directamente en la nueva legislación. Muchas fueron las disposiciones legales que se dictaron desde su declaración. Pero, así mismo, tuvieron importancia las diversas leyes de la colonia que se mantuvieron en vigencia hasta bien avanzado el siglo XIX. En repetidas ocasiones, se estatuyó que se reconocía vigencia a todas las ordenanzas y reglamentos españoles que no contradijeren los principios de libertad e independencia proclamados y que no hubieran sido derogados por autoridad competente[16].

223 El objetivo del nuevo sistema no era, como sucedió con la legislación indiana, el de conservar la población indígena como tal, bajo un régimen de libertad tutelada y un sistema político-económico subordinado; se trataba, por el contrario, de asimilarla y convertirla en una masa de ciudadanos libres e iguales. De conformidad con estas ideas, Simón Bolívar, en 1824, inició el desmantelamiento del sistema comunitario indígena "decretando la propiedad individual de la tierra y permitiendo el reparto de los bienes comunales entre sus miembros". Durante todo el siglo XIX, continuó buscándose, en armonía con los principios ideológicos liberales, la transformación de los indios en ciudadanos de cada una de las nuevas repúblicas. Sin embargo, las condiciones estructurales en que emergía el naciente Estado hicieron posible que la herencia colonial se impusiera sobre los designios ideológicos de los liberales que intentaban, mediante la modificación de la superestructura, cambiar las bases económico-sociales"[17].

---

[16] Reglamento Provisional dictado por San Martín, el 17 de marzo de 1821, art. 18; cf. ANDERSON, p. 80 ss.

[17] COTLER, 1978, p. 79.

V. Pluralismo

El problema era la política jurídica y legislativa respecto a las pobla- 224
ciones aborígenes. De acuerdo con los fines del Estado colonial y republicano, en diferentes grados y por diversos métodos, se trataba de asimilarlas al nuevo sistema; para esto, se consideraba indispensable que abandonaran sus pautas culturales originales y adoptaran las del sistema dominante. Este proceso de aculturación significaba asumir una nueva identidad cultural; cambio considerado esencial para integrar y modernizar el país. Esta orientación no fue totalmente ajena a las corrientes indigenistas, las cuales buscaban reivindicar los derechos de los pobladores aborígenes. Para comprender las diferentes maneras de abordar el problema de la imposición de un derecho determinado a pueblos de culturas diferentes, es indispensable abordar, aun de manera sucinta, la problemática de la pluralidad cultural.

Si por pluralismo cultural se entiende el reconocimiento de que los 225
numerosos y variados modos de vida de las personas son todos valiosos, se plantea la cuestión de saber si todos ellos pueden ser conjuntamente practicados o si sólo deben reconocerse como tales aquellas reglas culturales que respeten los derechos fundamentales. Cuestión que implica la determinación de los límites de la tolerancia, que supone el respeto de la libertad individual expresada en la diversidad de pautas culturales, de opinión y de experiencias de vida y que concierne tanto al Estado como a las personas naturales.

En cuanto al Estado, todo esto comportaría, primero, la negación de 226
toda forma de totalitarismo, laico o religioso. El rechazo a que una manera de vivir determinada se convierta o sea impuesta como hegemónica y que la supervivencia de las demás sea impedida o dificultada. Segundo, la necesidad de fijar qué principios el Estado debe tener en cuenta para reconocer y proteger el pluralismo cultural. De esta manera, se puede lograr que los diversos grupos sociales o culturales reconozcan principios mínimos que funcionen como límites de tolerancia y como barreras frente al abuso del poder estatal; más aún, que permitan la convivencia autónoma de las comunidades de culturas diversas. Los derechos humanos (art. 149 Const.) constituyen estos principios mínimos en la medida en que, cualquiera que sea el contexto, deben ser adscritos a las personas por su sola condición humana.

En esta perspectiva, el respeto al pluralismo cultural no es ilimitado, 227
en el sentido de considerar como un bien en sí la diversidad social o

cultural, sin tener en cuenta si algunas de sus manifestaciones son contrarias a los derechos humanos, ámbito ético común.

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

229 Desde su nacimiento en un grupo social, el individuo comienza un proceso de adaptación al sistema mediante la imitación o el aprendizaje. De esta manera asume modelos culturales, lo que determina la formación de su personalidad. El individuo tiene entonces la capacidad de comportarse de conformidad con las pautas culturales de su grupo social.

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

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

El conflicto puede ser absoluto, por ejemplo, en el caso de los miem- 232
bros de algunas tribus de la Amazonía, sin contacto con la cultura de raigambre europea y cristiana del Perú oficial, cuando se causa la muerte de niños recién nacidos, de mellizos, de ancianos o de enfermos debido a que el grupo social no puede soportar la carga económica que significa su mantenimiento en vida. Desde la perspectiva de la cultura dominante (según el Código Penal), se trata de delitos contra la vida. El autor de dichos actos obra, sin embargo, siguiendo las pautas culturales de su comunidad. Culturalmente se trata, en consecuencia, de un acto positivo ya que es el medio por el que el grupo social subsistirá en la medida en que conserva el equilibrio necesario entre las necesidades de la comunidad y los medios a su disposición. El autor habría actuado de acuerdo con las pautas culturales que ha asimilado mediante el proceso de inculturación. Proceso que ha condicionado la formación de su personalidad y que, como conjunto de pautas culturales, canaliza sus reacciones frente a las situaciones materiales y personales concretas. En razón, justamente, a su peculiar personalidad sería considerado incapaz de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación.

En sociedades complejas como la nuestra y resultantes de un largo 233
proceso iniciado con un choque cultural cruento, los conflictos de esta índole son con frecuencia menos brutales. Los grupos sociales andinos (quechuas, aymaras, huancas, etc.) han sufrido la imposición por la fuerza de la cultura española (idioma, religión, sistema económico y político). Lo que ha significado la modificación profunda de sus pautas culturales, pero no su completa desaparición. Los grupos sociales andinos, como sucede siempre en este tipo de conquista, reaccionaron ante la nueva cultura interpretando tanto los moldes culturales propios como los impuestos, circunstancia que ha permitido la supervivencia de pautas tradicionales (propias).

La situación no es evidentemente la misma que en la Colonia e ini- 234
cios de la República. Los esfuerzos, por un lado, de centralización política y de homogeneización a través, por ejemplo, de la educación y, por otro, la interpretación hecha por los aborígenes tanto de los moldes culturales propios como de los que se les imponían, han estructurado de nuevo la imagen étnica y cultural del país. Ahora bien, resulta utópico pensar en el renacimiento de una sociedad y de un Estado indios en oposición a una sociedad y un Estado de peruanos

occidentalizados. Problemático es, igualmente, plantearse una solución federalista constituida por regiones o zonas con la predominancia de un pueblo y una cultura determinados. No sólo porque iría, por ejemplo, contra la estructura de la tenencia de la tierra que consiste en que cada comunidad la posea en diferentes niveles ecológicos, sino porque ignoraría también el profundo mestizaje, la intensa inmigración interna y la peculiar integración de los indígenas en el sistema económico nacional.

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

VI. Evolución de las concepciones legislativas

236 Para comprender esta problemática resulta interesante ver, aunque de manera superficial, la evolución de las concepciones que se admitieron al elaborar la legislación. En la exposición de motivos del primer Código Penal (1863), el legislador peruano afirmó –olvidando la numerosa población indígena– que se había seguido muy de cerca al Código Penal español, porque estando las costumbres de los peruanos "vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla" no era posible alejar el Proyecto de Código penal del modelo hispano.

237 Este no fue un caso aislado en América Latina. Así, en Bolivia, país con una población indígena mayoritaria, en 1834 se adoptó integralmente el Código Penal español de 1822 como Código provisional. En los debates, sus defensores sostuvieron que se trataba de una ley redactada "por los hombres más sabios de España que en

sus trabajos habían sido guiados por la filosofía y merecido la aprobación de los mayores publicistas...", y sus críticos señalaron que "aunque éste fuese enteramente perfecto había sido formado para los españoles y no para los bolivianos, siendo notablemente diferentes sus costumbres y habiendo una distancia inmensa entre la ferocidad de aquellos y la dulzura y amabilidad de estos últimos, que insistir en querer aprobar el código en cuestión sería lo mismo que ponerle a un pigmeo un vestido muy bien hecho para un gigante"[18].

En los años posteriores y aun cuando se consideraron las diferencias 238
étnicas de las poblaciones, los sistemas republicanos consolidados no llegaron a plantear y solucionar el problema siempre presente de las poblaciones nativas. Se nota, en buena cuenta, una vuelta al criterio civilizador, paternalista y discriminatorio del derecho indiano. Un buen ejemplo lo constituye la concepción consagrada en el Código Penal peruano de 1924[19]. En sus disposiciones, se distinguen tres grupos de peruanos: primero, los civilizados; segundo, los indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo y, por último, los salvajes. La condición personal de los segundos hizo que se les considerase como incapaces relativos y se les sometiera a una represión prudente o se les aplicara una medida de seguridad, de acuerdo a su "desarrollo mental", "grado de cultura" y "costumbres". En cuanto a los "salvajes", nativos de la amazonía, se disponía que si fueran sancionados con pena privativa de la libertad, ésta fuera sustituida con una medida de seguridad consistente en la "colocación en una colonia penal agrícola" con la finalidad de lograr su "asimilación a la vida civilizada" y hacerles adquirir una "moralidad" que los hiciera aptos para "conducirse" bien.

Si tenemos en cuenta que en la exposición de motivos y en las nor- 239
mas sobre establecimientos penales contenidas en el mismo Código Penal, el legislador nacional considera como fin de la sanción la "plena readaptación a la vida libre y honesta", podemos sostener que tanto en relación a los "salvajes" así como a los "indígenas semicivilizados", el legislador optó por una concepción "orientada a la asimilación". Es decir, que consideró el derecho penal como un medio tendiente a

---

[18] VILLAMOR, p. 110.

[19] HURTADO POZO, 1979, p. 67 ss.

incorporar a la "civilización" a los grupos de peruanos que se encontraban fuera de su ámbito benefactor.

240 Esta misma concepción se mantuvo en otros dominios, como por ejemplo, en el derecho civil. Así lo demuestra el hecho de que la Comisión de reforma del Código Civil, en su sesión del 2 de diciembre de 1922, aprobó la fórmula "son incapaces relativos los individuos de la raza indígena que no hablan castellano"[20]. Al discutirse este problema, en el seno de la propia comisión, se llegó a plantear la necesidad de regular un sistema de tutela para estos sectores de la población. En la sesión del 4 de noviembre de 1922, Olaechea trajo a colación el peligro de que se reviviera el sistema colonial de las encomiendas[21] por el que se sometió al indio a la tutela del colono blanco, como un menor de edad, para que recibiese los beneficios de la fe y la civilización. Pero, al mismo tiempo, Olaechea sostuvo, también, que la "cuestión indígena es una obra de extensión de la civilización por el fomento de la riqueza y de la educación del país y del indio"[22].

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

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

243 El boliviano José Medrano Ossio[23], en una ponencia presentada en dicho Congreso, sostuvo que "el estancamiento o paralización del desarrollo normal de las facultades mentales del indígena" se debía a la "ausencia de medios educacionales esenciales, medios de los que

---

20 *Actas*, 1928, 1er fascículo, p. 59.
21 *Actas*, 1928, 1er fascículo, p. 40 s.
22 *Actas*, 1928, 1er fascículo, p. 41.
23 MEDRANO OSSIO, p. 61.

se rodea a todos los individuos que no sean de esta clase", y que debido a sus "antecedentes psicológicos", a la "inferioridad en que se debate en competencia con las demás clases" y a su "realidad social" debe ser "considerado *inimputable* por el delito cometido, y la pena infecunda debe ser sustituida por medios psicopedagógicos, psiquiátricos y otros que hagan del indígena un ser inocuo, un ser incorporado definitivamente a la actual sociedad civilizada".

Los ejemplos citados muestran que la concepción admitida no logró 244
los resultados esperados. Lo que se obtuvo fue más bien la vuelta a la actitud paternalista y discriminadora de la concepción inspiradora de la legislación colonial referente a los indígenas. Concepción negada por el criterio demoliberal de las repúblicas nacientes.

VII. Pluralismo y legislación penal

Como hemos tenido oportunidad de indicarlo, en la Constitución 245
de 1993 (art. 149) se reconoce el derecho consuetudinario de las comunidades campesinas y nativas y, por tanto, también de las normas penales que contenga. El límite es fijado en su compatibilidad con los derechos fundamentales. Este derecho consuetudinario penal es de difícil determinación por ausencia de información suficiente, no basando que se le califique de "ancestral". Así mismo, resulta problemática su aplicación, en la medida en que el texto constitucional estatuye que las autoridades de dichas comunidades pueden "ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial". Junto a esta problemática, se plantea la referente a la manera como las diferencias culturales de los pobladores de nuestro país han sido tenidas en cuenta en los Códigos penales. En cuanto a los dos últimos (1924 y 1991), la diferencia radica en la actitud con que se aborda el problema de la aplicación de una ley impregnada por una concepción cultural determinada (en este caso la dominante) a personas pertenecientes a otros grupos de cultura diferente.

En el caso del Código de 1924, el punto de partida era la aplicación 246
prioritaria del sistema penal a todos los pobladores y el objetivo, aprovechar esta ocasión para integrar a la sociedad civilizada a quienes, en razón de su condición de "salvaje" o de "indígena semicivilizado degradado por la servidumbre o el alcoholismo", hubieran cometido un delito. Integración que debería practicarse privándolos de la libertad mediante una medida de seguridad.

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

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

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

250 El pluralismo cultural y el derecho a la identidad étnica, reconocidos en la Constitución, no significan, en consecuencia, el reconocimiento de la equivalencia entre las culturas existentes en nuestro país. Los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales de la persona enumerados, en el art. 2 de la carta fundamental, significan, en buena cuenta, la continuación de la evolución de la situación creada por la inserción de las sociedades precolombinas al sistema mundial. Evolución lenta y dolorosa que aún no culmina, pues, no se ha logrado todavía una integración igualitaria, respetando sus diferencias culturales, de los diversos sectores que habitan en el territorio nacional.

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

En el ámbito penal, en la medida en que el núcleo central de las 252
normas penales de la parte especial del Código protege bienes jurídicos que coinciden con los derechos fundamentales (la vida, la integridad corporal, la libertad, la dignidad de la persona, etc.), la determinación de cuáles son las conductas permitidas y prohibidas está igualmente condicionada por las normas constitucionales referidas a los derechos humanos. Lo mismo sucede con relación al sistema judicial, que es monopolio del Estado, expresión de la cultura predominante, con referencia a las garantías constitucionales de la administración de justicia. Recordemos nuevamente que el reconocimiento de potestades jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas está limitado, conforme al art. 149 de la Constitución, al respeto de los derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, en caso de los castigos corporales admitidos por un 253
grupo social determinado para reprimir la violación de alguna de sus pautas culturales, los criterios de pluralismo y tolerancia no deben conducir a reconocer como válida y justificada esa forma de justicia penal tradicional. Lo mismo se debe afirmar respecto al maltrato y discriminación practicados por ciertos grupos sociales o culturales en la persona de mujeres y niños. Este es, precisamente, el criterio establecido en la Constitución. El reconocimiento de la pluralidad cultural y de jurisdicciones no oficiales está condicionado al respeto de los derechos fundamentales. Por esto, además, con relación al art. 15, se debe comprender que el factor cultural o las costumbres que pueden determinar la incapacidad de una persona para comprender el carácter delictuoso de su comportamiento o determinarse según esta apreciación, deben ser pautas culturales que no contradigan los derechos humanos.

VIII. Evolución de la legislación penal en el Perú

1. Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre

Una manifestación patente de la influencia tanto francesa como in- 254
glesa en las ideas penales de la nueva República, constituye el Proyecto de Código Penal elaborado por don Manuel Lorenzo de Vidaurre[24]

[24] En 1824, Simón Bolívar nombró una comisión para que elaborara los códigos civil y penal y designó a Manuel Lorenzo de Vidaurre como Presidente, que lo era también de la nueva Corte Suprema.

en 1828. Publicada en Boston, su obra consta de dos partes: una exposición teórica y el texto del Proyecto. En la primera –que a veces es contradictoria– se nota una marcada influencia de los escritos de Beccaria, Rousseau, Filangeri, Montesquieu, Grocio, Locke y Bentham. Sostuvo que el delito es el "daño causado a la sociedad con conocimiento", que "el fin de la pena es resarcir el mal causado y evitar el venidero"[25] y que "debe ser proporcionada a los delitos"[26]. Según Vidaurre, el "principal fin de la legislación (es) evitar los medios de que se cometan los crímenes". El catálogo de sanciones es variado, y aunque no menciona la pena de muerte en la parte general, la prevé como castigo de ciertos crímenes graves al describirlos en la parte especial[27]. Si bien es cierto que este Proyecto fue el "primer paso legislativo" en materia penal en el Perú, no se puede afirmar que se trató de un "código de factura irreprochable"[28]. Las disposiciones generales, por ejemplo, no estatuían de manera precisa lo que es el delito, cuáles son los medios de represión y la manera de aplicación. En su mayor parte, fueron declaraciones de principios o normas de carácter procesal. Lo interesante de sus estudios es que buscó un derrotero propio. En su opinión, "los ejemplos que se pueden seguir son muy pocos" y agrega, "yo apenas hallo el Código de Francia"[29]. Apoyó su trabajo en las ideas imperantes por ese entonces y no tuvo en cuenta lo hecho en España. En los años siguientes, no volvería a reeditarse este esfuerzo tendiente a elaborar un código original a partir del estudio y recepción de las ideas europeas.

2. Código Penal de Santa Cruz en el Estado Sud-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana

255 De octubre de 1836 a julio de 1838 rigió en el Estado Sud-peruano el Código Penal boliviano, impuesto por el General Santa Cruz, cuando se constituyó la Confederación Perú-Boliviana. En la parte

---

[25] VIDAURRE, p. 7 y 38.

[26] VIDAURRE, p. 23.

[27] Por error se afirmó lo contrario en la primera edición de esta obra y de lo cual, sin necesidad de ser historiadores refinados, muchos lectores se dieron cuenta.

[28] JIMÉNEZ DE ASÚA, 1926a, p. 28.

[29] En carta de 2 de setiembre de 1828, con la que remite su proyecto a un concurso convocado por el gobierno chileno (ver VIDAURRE, p. 5).

considerativa del Decreto del 23 junio de 1836, se señala el inconveniente de que siguieran subsistiendo las leyes españolas; la dificultad de conocer los derechos y deberes, los delitos y las penas, debido a la contradicción existente entre las leyes dictadas a partir de 1822 y las españolas; y, por último, que "los códigos civil y penal de Bolivia, en que se hallan compiladas las leyes más sabias de las naciones cultas, han producido en seis años de práctica los más felices resultados"[30].

Dicho Código Penal estuvo inspirado en el Código español de 1822, 256
en el cual se nota una marcada influencia francesa, derivada del "movimiento de la Enciclopedia" y del "movimiento codificador francés"[31].

3. Código Penal peruano de 1863

En las siguientes tentativas de codificación penal se acentúa en el 257
Perú la tendencia a seguir el modelo hispánico. Diversas comisiones se formaron para dotar al país de un Código Penal; pero sólo la nombrada por el Congreso de 1853 logró elaborar un Proyecto. Dos comisiones lo revisaron (en 1857 y 1860), antes de que fuera aprobado en 1863. En una nota de remisión del resultado de sus labores, fechada el 20 de mayo de 1859, la Comisión de 1857 reconoció haber seguido al Código Penal español de 1848-50, por haber "creído encontrar en sus disposiciones los más saludables principios y las mejores indicaciones de la ciencia", y, como ya dijimos, en razón a que "estando las actuales costumbres de los peruanos vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes del idioma de Castilla no era posible alejar nuestro Proyecto de aquellas acertadas disposiciones"[32].

El Código Penal español de 1848-50, modelo seguido por nuestro 258
legislador, fue imitación del Código brasileño de 1830, "copia a su vez del Código napolitano, como éste lo era del francés de 1810"[33]. El legislador no tuvo en cuenta otra ley extranjera, como lo hiciera el

---

30 Citado por ZÚÑIGA GUARDIA, p. 64.

31 SALDAÑA, p. 441.

32 Estos mismos criterios fueron sostenidos por la comisión codificadora en su exposición de motivos; ver ZAVALA LOAIZA, 1947, p. 31.

33 JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. I, p. 762; cf. QUINTILIANO SALDAÑA, en LISZT, 1929, T. I, p. 495.

argentino, quien siguió de manera harto fiel el Código bávaro de 1813, obra de Anselmo Feuerbach, y el de Luisiana (a través de la exposición de Livingston)[34].

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

260 A pesar de que no existen estudios profundos sobre las ideas jurídicas dominantes en los primeros cincuenta años de la República, se puede admitir con Zavala Loaiza[35] que la Escolástica, la doctrina de los Padres de la Iglesia, Santo Tomás, con su docta *Summa*, formaron el arsenal del Convictorio carolino y, después, de las universidades. El ambiente en la República se modificó poco, luego que de otras generaciones sucedieron a las de Vidaurre, Sánchez Carrión, Luna Pizarro, etc.

261 En buena cuenta, lo anterior nos indica que la cultura del sector dominante en el Perú era casi la misma que predominaba en España, por lo que la importación del modelo español (Código Penal de 1848-50) puede ser calificada de recepción homogénea, puesto que la cultura del receptor no era distinta a la del país originario del Código recibido y no habiéndose seguido sino un solo modelo, no debe ser considerada como una recepción plural o ecléctica[36].

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

---

[34] JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. I, p. 1015.

[35] ZAVALA LOAIZA, 1947, p. 25.

[36] Sobre estos conceptos, ver KITAGAWA, p. 18; y RHEINSTEIN, p. 128 s. MIRÓ QUESADA, p. 80, 89 s., afirmó que "el derecho patrio, considerado en su totalidad, ha sido y es un derecho exógeno, aferente, centrípetamente nacido: un derecho desvinculado del alma nacional de nuestro pueblo, una legislación artificiosa y, por lo tanto, infecunda".

sujetos activos en este proceso de recepción, sino que lo soportaban como lo hicieron con la legislación colonial.

4. Marco doctrinario y legislativo de la reforma penal del siglo XX

Desde los primeros años de su entrada en vigor, magistrados y especialistas consideraron necesaria la reforma de este Código. El Poder Ejecutivo nombró diferentes comisiones en los años 1871, 1873, 1877 y 1900. Entre estos intentos de reforma y los que tuvieron lugar en España existió una cierta correspondencia temporal, aunque no coincidieron del todo en sus orientaciones[37]. 263

Los juristas peruanos que manejaron el Código de 1863, siguieron fielmente las enseñanzas de los penalistas hispánicos[38]. Esto es notorio en las obras de Ricardo Heredia y de José Silva Santisteban. El primero siguió muy de cerca a Francisco Pacheco, "autor más destacado y principal del Código español de 1848", quien sustentó "la doctrina de la expiación" en el sentido ecléctico que Rossi propugnaba[39]. Silva sustentó las ideas de Ahrens y sucedió a Pedro Gálvez en la enseñanza del derecho penal en el Colegio Guadalupe. Este último arregló, basándose en las teorías racionalistas de Ahrens, "el estudio del derecho natural" y "acomodó el derecho público a nuestra forma republicana e inició el verdadero sistema del derecho penal"[40]. La llamada Escuela alemana del derecho natural creada por Krause y difundida, sobre todo, por Ahrens y Roeder, tuvo a partir de 1840 buena acogida entre los teóricos peruanos[41]. 264

---

37 Los proyectos españoles fueron los de SALMERÓN en 1873, de ESTRADA y DÁVILA en 1877, de la Comisión de 1879, de BUGALLAL en 1880, de Alonso MARTÍNEZ en 1882 y en 1886, de SILVELA en 1884 y de VILLAVERDE en 1891. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. I, p. 769 s.

38 Es correcta la constatación de SCHWARZ, p. 598, de que "cuando un código es adoptado en el extranjero, la doctrina del país natal tiende a acompañarlo".

39 JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. I, p. 861.

40 Estuardo NÚÑEZ, p. 13.

41 Estuardo NÚÑEZ, p. 10, desde su posición germanófila, y QUINTANO RIPOLLÉS, 1953, p. 67, de acuerdo a su criterio hispano, no concuerdan en la razón del auge del krausismo en el Perú. Para el primero fue "determinado no tanto por el reflejo del krausismo español, cuanto por la influencia directa de las traducciones francesas". Para el segundo, por el contrario, "la mercancía del krausismo

265 A partir de 1896 se produce una reacción contra la concepción jusnaturalista y krausista que predominaba; en ella destacan Manuel Vicente Villarán y Juan Bautista de Lavalle (1908-1922). En derecho penal, el positivismo italiano es acogido con entusiasmo. En 1889, Javier Prado Ugarteche escribe su tesis de bachiller *El método positivo en el Derecho Penal*[42]. Digno representante de esta corriente fue Oscar Miro Quesada, con su libro *Breves apuntes de Mesología criminal peruana* (Lima, 1922).

266 Este fue el marco doctrinario nacional en el que tuvo lugar el movimiento de reforma que culminara con la promulgación del Código de 1924. En el plano internacional, hay que señalar que en Europa se desarrollaba una intensa lucha entre las escuelas penales (Clásica y Positivista) y que tenía lugar un amplio movimiento de reforma en este ámbito. Así, en España se suceden sin éxito una serie de tentativas para modificar el Código de 1870; en Italia entra en vigor el Código de 1880 (llamado Código de Zanardelli); en Francia el viejo Código de 1810 es modificado por una serie de leyes parciales; en Suiza se trabaja sobre la unificación del derecho penal; en Alemania se realizan también varios intentos para reformar el Código de 1870. En América Latina se da, igualmente, un movimiento de esta naturaleza. En Argentina se adoptó un nuevo Código en 1921, cuyo Proyecto databa de 1916-1917; en Venezuela sucede lo mismo en 1921, y en Uruguay, en 1889.

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

5. Código Penal de 1924

a. Fuentes legales

268 Las fuentes legales a las que recurrió Maúrtua fueron diversas. Conservó ciertos elementos del Código de 1863, transcribió muchas dis-

---

era netamente española, siendo la personalidad de sus teorizantes de Madrid la sola capaz de hacerla viable en mentes hispánicas".

[42] Diversas otras tesis de orientación positivista fueron sustentadas en San Marcos, por ejemplo, *La sociedad y el delito* de Plácido JIMÉNEZ. Ver BELAUNDE, 1904.

posiciones foráneas, ya fuera de manera literal o variándolas parcialmente, o recurrió a ellas para modificar algunas existentes en la legislación anterior. Algunas veces, redactó, tomando como base una idea consagrada en uno de los modelos extranjeros, una regla sin precedentes en la legislación nacional o modificó algunas ya vigentes.

Así, pues, tenemos que los modelos utilizados por el legislador son, 269
en orden de importancia, los Proyectos suizos de 1915-16 y 1918, el Proyecto italiano de 1921 y el Código de la misma nacionalidad de 1889, el Código argentino de 1921, el Código uruguayo de 1889 y el Proyecto sueco de 1918.

La influencia de este último es mínima, pero no irrelevante. Se refle- 270
ja en la adopción del sistema días-multa (art. 20). La influencia holandesa es patente en algunas disposiciones generales concernientes a la aplicación de la ley penal y, sobre todo, en las referentes al concurso de leyes y delitos. En el Libro Tercero del Código, consagrado a las faltas, es notoria la influencia uruguaya.

La impronta italiana se halla presente sólo en la Parte general del 271
Código. Del Código de 1889 Maúrtua tomó, en sus líneas generales, la sistemática, consistente en regular, primero, la ley penal, luego, la sanción y, por último, la infracción. También adoptó su sistema de penas privativas de la libertad, paralelas (prisión de dos días a veinte años y penitenciaría de un año a veinte). Provienen, finalmente –sin ser exhaustivos–, del Proyecto italiano de 1921, elaborado por una comisión presidida por Ferri, el criterio de la peligrosidad, el sistema de índices generales subjetivos y objetivos para determinarla, que reemplazó al anterior sistema de agravantes y atenuantes; la relegación como medida de seguridad aplicable a los multireincidentes especialmente peligrosos y, por último, el "régimen de prisión".

Sin embargo, la influencia más intensa e importante es la helvética. 272
Sin exagerar, se puede afirmar que se la encuentra en todos los títulos del Código, desde los primeros artículos concernientes al principio de legalidad hasta las reglas del último libro, consagradas a la regulación de su entrada en vigor y aplicación.

Esta influencia es particularmente nítida en lo referente a los elemen- 273
tos de la infracción y las medidas de seguridad. Las disposiciones suizas sobre inimputabilidad y culpabilidad han sido fielmente transcritas. Las normas peruanas sobre las causas de inculpabilidad y de justificación han sido modeladas de acuerdo a las fórmulas helvéticas; y aque-

llas que regulan el envío a una casa de reeducación por el trabajo de los delincuentes ociosos, o el internamiento en un hospital u hospicio de inimputables o de delincuentes de imputabilidad restringida, son directamente inspiradas en los Proyectos helvéticos.

274 La mayor parte de las figuras delictivas de la parte especial de nuestro Código han sido elaboradas de acuerdo a criterios suizos. También el orden en que han sido agrupadas es muy semejante al de los proyectos helvéticos: delitos primero, contra la persona; segundo, contra la sociedad y, por último, contra el Estado.

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

276 El abandono de la fuente española no fue una reacción de carácter político contra la antigua metrópoli. Se trató más bien del alejamiento de una fuente en estancación y vetusta. Los proyectos de reforma del Código español eran inferiores a los elaborados en los otros países europeos. El mejor de estos Proyectos, el de Montilla, fue de inspiración extranjera, precisamente suiza.

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

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

corriente ecléctica de la política criminal (posición intermedia entre los extremos clásico y positivista).

Por estas circunstancias, puede afirmarse que el Código peruano es 279
ecléctico en su contenido y que la recepción de legislaciones extranjeras realizadas al ser elaborado es, igualmente, de naturaleza "pluralista o ecléctica".

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

A pesar de su comunicabilidad, es evidente que el derecho de un 280
país no puede ser automáticamente transmitido o adoptado. El derecho está siempre condicionado por la realidad socio-política de cada Estado y la concepción político-jurídica del legislador es determinante en el escogimiento de la fuente legal[43].

Como en toda recepción, hay que señalar tres factores decisivos en el 281
caso peruano. El primero es el de la dependencia política y cultural del Perú con relación a Europa. Si bien no es posible hablar, como lo hacía Koschaker, de un "factor de poder", es claro que las normas legales europeas, sobre todo las suizas, provenían de países considerados como modelos a seguir, en razón de su éxito económico y político[44].

En nuestro libro *La ley 'importada'. Recepción del derecho penal en el Perú,* 282
hemos analizado con más detenimiento este factor. Es más notorio respecto al derecho civil o comercial que al derecho penal. La integración de los Estados al sistema económico imperante exige el establecimiento de un ordenamiento jurídico capaz de proporcionar las condiciones de estabilidad, seguridad y garantía para la inversión extrajera y, en general, para las relaciones con los demás países, sobre todo los

---

43 Es ingenuo pensar que en el dominio del derecho puede suceder lo mismo que en el de las ciencias naturales, donde los resultados de las investigaciones, las innovaciones, son adoptadas por todas las naciones sin prestar atención a su origen nacional; en este error incurre ZAYTAY, p. 707.

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

dominantes. Con referencia a esta circunstancia, es interesante recordar lo afirmado por René David, jurista francés, autor del Código civil etíope, quien dijo: "seamos francos, se trata, de una manera amplia, de atraer a las empresas extranjeras, a los créditos y a las garantías sin las cuales no vendrían a Etiopía". Estas exigencias o influencias de orden político-económico constituyen lo que se denomina "factor de poder".

283 El segundo factor que debe haber empujado al legislador a escoger los modelos extranjeros que utilizó es el de la calidad legislativa que, en su criterio, poseían. Esto es cierto, sobre todo, en relación con los trabajos legislativos suizos: la simplicidad y claridad de redacción, la flexibilidad de las descripciones de los comportamientos punibles, la amplia libertad de criterio que reconocían al juez, el dualismo del sistema de sanciones, eran notas que permitían sostener que los proyectos helvéticos "eran eminentemente asimilables"[45]. El Proyecto Ferri gozaba en el Perú y demás países latinoamericanos de un gran prestigio, debido a que se inspiraban en la concepción positivista, muy en boga en estas latitudes, por ese entonces.

284 El tercer factor es de naturaleza fortuita; mejor dicho, se trata de un conjunto de circunstancias debidas al azar. En el caso peruano, estas circunstancias se dieron en la persona del autor del Proyecto: Víctor M. Maúrtua era más bien un diplomático y especialista en Derecho internacional que un penalista. Su actividad diplomática en Europa y en América Latina, su aguda inteligencia, su insaciable curiosidad intelectual y su conocimiento de idiomas extranjeros (francés e italiano con seguridad), le permitieron conocer los dos proyectos de código penal más modernos, por entonces, y redactar, a su vez, un buen código penal, a pesar de que no era un especialista. Si el legislador helvético hubiera redactado sus proyectos únicamente en alemán, la influencia suiza habría sido mínima o inexistente[46]. Maúrtua debió conocer el Código Penal holandés, cuando fue representante del Perú en La Haya[47]. Si los miembros de la comisión y, en especial,

---

45 Esta expresión fue empleada por SCHWARZ, p. 586, para calificar el Código Civil suizo.

46 Una traducción en español de dichos proyectos no existían por entonces. Las soluciones legislativas suizas hubieran podido ser conocidas parcialmente por el libro de JIMÉNEZ DE ASÚA, 1916.

47 Una traducción francesa de este código existía desde 1883, realizada por Willem-Joan WINTGENS y publicada en París. Sin embargo, la versión consultada por

el autor del Proyecto hubieran sido magistrados, otra hubiera sido la orientación de la reforma penal peruana. Y, aquí, no debemos olvidar que las comisiones que elaboraron los proyectos de 1877 y 1900-1902 estuvieron constituidas por jueces, quienes imbuidos por el sistema tradicional siguieron considerando como modelo la legislación hispánica.

El nuevo Código Penal peruano fue recibido con entusiasmo por los 285
juristas, en particular extranjeros, y de manera negativa por los magistrados nacionales. El carácter ecléctico de la recepción peruana, permitió a los especialistas, según su concepción personal, alabar sus virtudes. Jiménez de Asúa destacó su orientación político-criminal y afirmó que "podía" figurar entre los más avanzados documentos legislativos y que se trataba de uno de los más importantes actos de la legislación penal contemporánea[48]. Mario Manfredini subrayó la influencia positivista[49]. En la Société Générale des Prisons de París recibió comentarios favorables cuando aún era Proyecto y se sostuvo que había sido influenciado por la concepción jurídica francesa[50]. Estuardo Núñez consideró que era fácil discernir en el código peruano una importante influencia alemana[51]. Creemos que los elogios formulados con relación al Código penal pecan de exageración; consideramos que se justifican en parte, si se tienen en cuenta tan sólo las innovaciones que contiene. Por ejemplo, las disposiciones sobre las medidas de seguridad y de prevención, la culpabilidad, la peligrosidad, la condena condicional, la liberación condicional, la rehabilitación, el patronato, el tratamiento de menores. Pero un análisis del conjunto de sus disposiciones revela cierta incoherencia, debido justamente a la diversidad de fuentes utilizadas; y hasta en algún momento da la sensación de tratarse de un mosaico inarmónico.

MAÚRTUA parece haber sido una española, que es citada, sin referencias, por Ángel G. CORNEJO y que no hemos logrado consultar.

48 JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, p. 58.

49 En MANFREDINI, p. 73.

50 Cf. *RPDP*, 1919, p. 231 s.

51 La posición de este autor peca de parcial. Si existe una influencia germánica en el Código peruano es debido a que los proyectos suizos se inspiran en las doctrinas alemanas. Esto es natural por las estrechas relaciones culturales que existen entre los cantones de habla alemana (constituyen la mayoría) y Alemania. Ver HURTADO POZO, 1979, p. 60.

286 En todo caso, tampoco fue correcta la actitud demasiado crítica de los magistrados. Las mismas instituciones loadas por los juristas, fueron consideradas como el resultado de una "doctrina exagerada y peligrosa, cuya aplicación es utópica y que producirá consecuencias funestas"[52].

c. Enjuiciamiento de la obra del legislador de 1924 y asimilación del derecho importado

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

288 El afán de nuestro legislador tendiente a tener presente la realidad nacional es notorio cuando tiene en cuenta, aunque imperfectamente, las diferencias existentes entre los habitantes del país. Lo hace, en primer lugar, estableciendo una medida de seguridad para los salvajes (pobladores primitivos de la Amazonía) y para los indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo. Se trata de la "colocación en una colonia penal agrícola" en sustitución de la pena privativa de la libertad que se les hubiera impuesto[53].

---

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

53 En relación con los selvícolas, el codificador actuó como "abanderado de la civilización", ya que dispuso que "cumplidos dos tercios del tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. En caso contrario, continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los 20 años". Respecto a los indígenas, su actividad fue netamente paternalista. Consideró a los que eran semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo como incapaces relativos. Esto hace recordar que la Comisión reformadora del Código Civil consideró entre los incapaces relativos a los indígenas que no supieran el castellano y a los selvícolas. Cf. *RF*, 1924, p. 356. Este criterio tiene un antecedente en la opinión que prevaleció para la organización de las encomiendas en la Colonia: el indio debía ser sometido a la tutela del colono blanco, como un menor de edad, para que recibiera los beneficios de la fe y la civilización. Ver LEÓN, p. 368.

En segundo lugar, hay que señalar que estatuyó como delito inde- 289
pendiente el sometimiento a servidumbre o situación análoga a cierta clase de indígenas (art. 225 y 226)[54].

Lo criticable en la obra del legislador peruano no reside en el hecho 290
de que haya desertado de lo hispánico sino en no haberlo realizado de mejor manera[55]. Es decir, partiendo de un mejor conocimiento de nuestra realidad y de las concepciones jurídicas contenidas en las disposiciones que recepcionaba, circunstancia que hubiera permitido estructurar una obra coherente y adecuada a nuestro medio. Además, debió comprender que, para una asimilación correcta de las ideas contenidas en dichas normas, era indispensable facilitar el acceso de los juristas y magistrados nacionales a las fuentes doctrinarias de donde procedían ya que, precisamente, su introducción no había sido precedida por su asimilación por parte de los especialistas. Esta labor, hubiera encontrado barreras casi insuperables entonces: en especial, porque la más importante fuente legal empleada, la suiza, consistía en proyectos que no habían sido estudiados orgánicamente[56].

Por estas razones no se admitieron con facilidad, como sucedió en el 291
caso de la recepción de la ley española en el Código de 1863, las ideas jurídicas de los países de donde provenían las disposiciones del nuevo Código. Así queda confirmado que las recepciones de naturaleza "plural o ecléctica" producen "leyes huérfanas"[57].

Sin obras teóricas que orientasen a los jueces y sin los elementos 292
materiales y administrativos indispensables, es natural que las nue-

---

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

55 QUINTANO RIPOLLÉS, 1953, p. 151, calificó al Código peruano de "cuerpo legal exótico" que comportaba un "grave desarraigo" de las costumbres peruanas tan ligadas a las españolas. Este autor parte de la idea de que "España no es tanto la fuente como vehículo receptador de las ideas dirigentes de doctrinas adecuándolas a la perspectiva nuestra, a la manera de pensar, de decir y sentir hispánica" (p. 83). En pocas palabras, presupone un cierto tutelaje cultural. Lo que se revela cuando dice: "al transplantar al suelo de América las nuevas ideas germánicas, los universitarios españoles... las hacen, a la vez, más idóneas para fructificar en gentes de nuestra raza, nuestra fe y nuestra lengua" (p. 83).

56 Sólo después de la entrada en vigor del CP, aparecen las obras de HAFTER, THORMANN/VON OVERBECK, LOGOZ, CLERC, GERMANN.

57 SAND, p. 122.

vas reglas no fueran aplicadas en un buen número[58]. Es el caso, por ejemplo, de aquellas concernientes a las medidas de seguridad[59], al concurso de leyes y de delitos[60], y a los delitos contra la seguridad pública[61].

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

294 Nos parece que la principal enseñanza de Maúrtua, autor del Proyecto, no ha sido tenida en cuenta. A su manera, indicó el camino a seguir: recurrir directamente a las fuentes extranjeras (legislación y doctrina) y tener presente la realidad nacional. Los magistrados siguieron empleando, en la aplicación de las nuevas disposiciones, sus esquemas mentales caducos; y los juristas, con raras excepciones, no han asimilado correctamente las concepciones jurídicas que se ha-

---

58 ABASTOS, p. 8. Según él, el raro destino del CP es el de "envejecer sin haber sido aplicado".

59 Ningún gobierno ha hecho un esfuerzo serio para construir los locales adecuados. Esto es comprensible debido a la debilidad económica de nuestro Estado. Además, es de considerar que la diversidad de locales previstos no estaba de acuerdo a nuestra realidad. Si de tal esfuerzo económico no fue capaz Suiza, menos lo sería el Perú. La imposibilidad de aplicar las penas y medidas de seguridad de acuerdo al CP, originó en Suiza, el proceso de reforma que culminó con la Ley federal del 18 de marzo de 1971. Ver HURTADO POZO, 1972b, p. 149 a 168 y bibliografía citada.

60 La solución de estos casos por la jurisprudencia tiene lugar, casi siempre, mediante diversos criterios que no son los plasmados en las disposiciones respectivas.

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

llan implícitas en las normas recepcionadas[62]. El legislador no ha continuado en el camino que se había trazado; no ha podido elaborar una política criminal racional y no ha impulsado los estudios sobre nuestra realidad delictiva[63]. En buena cuenta, se limitó al "acto legislativo de la recepción" y descuidó totalmente la segunda fase de todo proceso receptivo, consistente en la asimilación; es decir, en la aplicación real de las instituciones incorporadas al derecho nacional[64].

Que esta situación del derecho penal peruano, que es parte de la 295
"cultura nacional", sea el resultado fatal del estado de dependencia socio-cultural que caracteriza nuestra condición de país subdesarrollado puede ser discutido. Pero es evidente que en este dominio carecemos, hasta ahora, de fuerza creadora, que las actividades son de naturaleza predominantemente imitativa y que impera la improvisación.

d. Concepción de política criminal en el Código penal de 1924

La concepción clásica de la estricta legalidad, responsabilidad moral 296
y pena-castigo, caracterizaba el sistema jurídico peruano anterior al Código de 1924. En el Código de 1863, de inspiración española, no se hacía concesión alguna a la prevención especial. La función principal y única de la sanción era el castigo de los malhechores. Las medidas de seguridad y de prevención eran desconocidas. El juez sólo disponía de un reducido margen de apreciación para individualizar la pena[65]. Esta orientación represiva fue abandonada al dictarse el Código Penal de 1924.

Los criterios de política criminal de este Código se manifiestan en los 297
siguientes aspectos:

a) La individualización de la pena de acuerdo a la culpabilidad y la 298
peligrosidad del delincuente. A estos dos factores se les reconoció

---

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

63 En las Universidades, el estudio de la Criminología es, casi siempre, puramente teórico.

64 Sobre la recepción del derecho extranjero en Turquía y la actitud gubernamental, ver HIRSCH, Ernst E., p. 107 s.

65 HURTADO POZO, 1972a, p. 128.

la misma importancia, de modo que el juzgador, en el momento de sancionar, podía armonizar los criterios de prevención general y especial, con arreglo a la personalidad del infractor.

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

300 c) La adopción del sistema dualista de penas y medidas de seguridad y de prevención. Entre las segundas, se encontraban, por ejemplo, la colocación en una casa de tratamiento y de trabajo a los delincuentes ebrios habituales; la colocación en una sección especial de una escuela de arte y oficios o en una casa destinada sólo a la educación por el trabajo de los delincuentes que vivieran en el desarreglo o en la ociosidad; el internamiento en un hospital o en un hospicio de delincuentes inimputables o de imputabilidad disminuida; el internamiento de delincuentes multireincidentes.

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

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

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

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

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

Inmediatamente después de la dación del Código Penal, el legisla- 306
dor dictó, de acuerdo al modelo español, una ley sobre vagancia, en la que se establecían las medidas de lucha contra este estado, calificado de peligroso.

6. Legislación penal de 1924 a 1979

Después de 1924, el legislador modificó en varias ocasiones las dispo- 307
siciones del Código.

a) En el sistema de sanciones del Código, la pena de muerte había 308
sido eliminada, por estimarse que "su aplicación era rechazada por el país"[66]. En 1949[67], fue restablecida para sancionar el homicidio calificado y la alta traición, según lo previsto en la Constitución de 1933. En los años 1955, 1969 y 1970, se extendió su aplicación a los casos de rapto de menores seguido de muerte, de violación de menores y asalto a mano armada, cometido con el fin de hacer sufrir el acto sexual o contra natura a la víctima[68]. En 1965, su aplicación se generalizó a una serie de delitos, cometidos con el fin de ayudar al movimiento guerrillero[69].

   En 1971, su aplicación fue limitada sólo a los delitos de alta trai- 309
ción y de rapto de menores seguido de muerte[70]. Las razones fueron políticas. Sin embargo, ese mismo año fue estatuida para los casos de muerte provocada mediante bombas o explosivos. En 1973, su aplicación se volvió a establecer para los delitos de homicidio calificado, de ataque a los miembros de las Fuerzas Policiales y de robo seguido de muerte[71]. Por último, en 1974, se dispuso su aplicación para quienes, con fines políticos, mataran o lesionaran a otro empleando cualquier clase de medios[72]. Esta última modificación se caracterizó también por la extremada severidad de la

---

66 ESPINO, p. 20.
67 DL Nº 10976 del 25 de marzo de 1949.
68 Ley Nº 12341 del 10 de junio de 1955; DL Nº 17388 del 24 de enero de 1969 y DL Nº 18140 del 10 de febrero de 1970.
69 Ley Nº 15590 del 20 de agosto de 1965.
70 DL Nº 18968 del 21 de setiembre de 1971.
71 DL Nº 19910 del 30 de enero de 1973.
72 DL Nº 10828 del 3 de diciembre de 1974.

represión de los atentados contra la vida o la integridad de las cosas, cuando no se produjera daño personal o material o sólo se causara este último. Para estos casos estatuía la pena de penitenciaría no menor de 20 años y la de internamiento no menor de 25, respectivamente.

310 b) Se agravaron las penas, también de manera excesiva, respecto a ciertos delitos contra los deberes de función (concusión, gestión desleal de intereses públicos, corrupción, previstos en el Código). La idea básica era que sin penas severas, no era posible moralizar la administración pública[73].

311 Con relación a los delitos contra la salud, de los cuales se dio una noción bastante amplia en el Código Sanitario de 1969, se siguió el mismo criterio. Así, por ejemplo, se consideraron la violación de una norma de salud importante, la huelga de hambre, la huelga del personal de los establecimientos sanitarios, el plagio y la ocultación de menores. De acuerdo con este Código, se prohibía, de manera expresa, la práctica del aborto terapéutico, así fuera por consideraciones morales, sociales o económicas. Además, el médico era considerado responsable de los efectos que ocasionaran los medios anticonceptivos cuyo empleo hubiese recomendado[74].

312 El legislador persiguió una finalidad claramente represiva y de prevención general al ampliar de manera excesiva los plazos de prescripción de la acción penal, multiplicar los casos de interrupción y suspensión de la prescripción, agravar la situación de quien se alejara del país para evitar la acción de la justicia, y eliminar el plazo absoluto de prescripción[75]. No era otro el objetivo que motivó al legislador a excluir la concesión de la condena o de la liberación condicionales a los autores de ciertos delitos; por ejemplo, actos terroristas, atentados contra la reforma agraria[76].

---

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

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

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

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

La agravación de la represión tuvo lugar, también, a través de medi- 313
das que no tendían en apariencia a este objetivo. Así, la derogación del art. 194 CP, que permitía al condenado por delitos contra el honor solicitar la sustitución del 90% de la pena privativa de la libertad que se le había impuesto por una multa proporcional. El fundamento falaz dado para la adopción de esta disposición, fue que dicha norma establecía un privilegio en razón a la riqueza de las personas, lo que se consideraba contrario al principio de la igualdad ante la ley[77].

La represión penal fue utilizada con el fin de garantizar la aplica- 314
ción normal de ciertas reformas socio-políticas; por ejemplo, la reforma agraria, el control de divisas, el monopolio del comercio de metales y piedras preciosas, la reforma tributaria, la libertad de prensa, etc.[78]

Pocas fueron las ocasiones en las que se abandonó o atenuó la repre- 315
sión de ciertos comportamientos. Se puede citar, a título de ejemplo, el de los consumidores de drogas que dejaron de ser reprimidos como autores o cómplices del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y para quienes se previó, conforme al DL Nº 19505, del 22 de agosto de 1972, medidas de tratamiento.

Otro ejemplo es el de las disposiciones concernientes a las infraccio- 316
nes contra la libertad y el honor sexuales, modificadas en 1974[79]. La edad de la víctima fue disminuida de 16 a 14 años. La razón jurídica invocada fue la necesidad de armonizar las disposiciones penales con las civiles. Desde la dación del Código Civil en 1924, era permitido el matrimonio de mujeres a partir de 14 años. El resultado inmediato de esta reforma fue la puesta en libertad de un gran número de detenidos como autores de estos delitos en agravio de menores de 16 y mayores de 14. El descongestionamiento de los establecimientos penales, casi todos superpoblados, fue uno de los objetivos perseguidos

---

77 DL Nº 20490 del 24 de diciembre de 1973. El mismo argumento fue invocado para eliminar la caución pecuniaria, condición para el otorgamiento de la liberación condicional, hecho que ha facilitado, por el contrario, la aplicación de esta institución.

78 DL Nº 17716 del 24 de junio de 1969; DL Nº 18457 del 3 de noviembre de 1970; DL Nº 18882 del 15 de junio de 1971; DL Nº 18275 del 15 de abril de 1970, derogado por el DL Nº 21954 del 7 de octubre de 1977.

79 DL Nº 20583 del 9 de abril de 1974.

por el Gobierno mediante esta reforma. También, en la decisión de obligar al organismo encargado de estos establecimientos a informar, de modo permanente, al juez competente sobre los condenados que hubieran cumplido las dos terceras partes de la pena "para los efectos de conceder la liberación condicional"[80]. Esta preocupación estuvo, así mismo, implícita en el art. 148, inc. b, del Código de Ejecución Penal[81], por la que se otorgó al juez de ejecución penal la función de conceder la libertad condicional, de oficio o a solicitud del Ministerio Público. De esta manera, se esperaba hacer más expeditiva la liberación de los condenados que la merecían.

317 La no aplicación de varias de las nuevas instituciones incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Código de 1924, se debió a las insuficiencias del sistema procesal penal. La corrupción y los abusos resultantes de dejar en manos de la autoridad administrativa todos los aspectos de la ejecución de las penas, determinó que se volviera a otorgar al juez la facultad de conceder la libertad condicional. Para evitar viejas dificultades, se dio mayor intervención al Ministerio Público y se estableció la obligación de la Dirección General de Establecimientos Penales de informar de manera continua al juez sobre los condenados que hubieran cumplido los dos tercios de la condena, con el fin de que procediera a liberarlos de oficio (art. 1 del DLeg 121 que modificó el art. 62).

318 Al entrar en vigor el Código de 1924, el procedimiento estaba regulado por el viejo Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1919. De manera que era natural que no contuviese los medios necesarios para hacer realidad la nueva orientación del derecho penal material. La desarmonía entre la ley procesal y la ley material fue, con frecuencia, invocada, sobre todo por los magistrados, contra la adopción del nuevo Código de Procedimientos Penales en 1940. Así, por ejemplo, de acuerdo con el art. 195, el juez instructor y el tribunal correccional podían ordenar, si las circunstancias lo exigían y si la posibilidad de realizarlo existía, el examen del acusado o de los testigos para determinar sus condiciones sicológicas e intelectuales. El juez instructor tenía la obligación de ordenar este peritaje cuando existía la presunción de que el acusado padeciera de enfermedad

[80] DLeg Nº 121 del 12 de junio de 1981, art. 1.
[81] DLeg Nº 330 del 6 de marzo de 1985.

mental o de otro estado psico-patológico (art. 189). Sin embargo, no se puede sostener que el delincuente hubiera sido colocado en el centro del proceso penal, sobre todo si se considera la manera como se llevaban a cabo los procesos.

En relación con las modificaciones más importantes hechas al Código de Procedimientos Penales después de su entrada en vigor, hay que señalar: 319

a) De acuerdo al art. 210, la presencia del acusado en el momento del juzgamiento era necesaria y, según el art. 319, el tribunal no debía sentenciar hasta el día en que éste compareciera. Estas disposiciones fueron modificadas en 1971, el juzgamiento de los contumaces fue autorizado[82] y, en 1973, el de los ausentes[83]. La defensa de los derechos de los inculpados estaba en manos del defensor de oficio. El argumento en favor de esta reforma, según el legislador, era la necesidad de reducir al máximo las posibilidades de que el delincuente no fuera castigado, puesto que el juzgamiento del ausente tenía por efecto evitar la prescripción de la acción penal, de hacer correr desde entonces y exclusivamente la prescripción de la pena, mucho más larga. La función del derecho penal se redujo, de esta manera, a la de carácter represivo. 320

b) Preocupado por el retardo existente en la administración de la justicia penal, el gobierno modificó el procedimiento a seguir para juzgar a los autores de los delitos contra la vida y seducción, de daños materiales, usura, especulación de productos alimenticios, etc. Se dispuso que el juez instructor juzgara en primera instancia y el tribunal correccional en la segunda y última. En los procesos ordinarios, este tribunal debía estatuir en primer lugar y la Corte Suprema era el órgano de apelación[84]. 321

c) En otros casos, la necesidad de una justicia rápida fue considerada como condición indispensable para alcanzar el fin de prevención general del derecho penal. Así, se estableció un procedimiento sumario para juzgar a los autores de robo[85]. Los procesados por 322

---

82 DL Nº 19030 del 11 de noviembre de 1971.

83 DL Nº 19962 del 27 de marzo de 1973. Estas reformas han sido ratificadas mediante el DL Nº 21895 del 2 de agosto de 1977.

84 DL Nº 17110 del 8 de noviembre de 1971.

85 DL Nº 19910 del 30 de enero de 1973, art. 5.

atentados, con fines políticos, contra la vida de las personas o la integridad de las cosas y atentados contra los miembros de la Policía fueron sometidos a la Justicia Militar por considerarla bastante expeditiva[86]. Con este mismo objetivo, se estatuyeron tribunales correccionales unipersonales para juzgar a los delincuentes, para quienes el fiscal no pidiera más de 6 años de pena privativa de la libertad[87].

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

324 Esta enumeración esquemática de lo dispuesto en el DL 21895 sería demasiado incompleta si no señaláramos que modificó el criterio cuantitativo para distinguir entre faltas y delitos contra el patrimonio y la salud; en el primer caso, fijó 10,000.00 soles y, en el segundo, indicó 10 días de asistencia facultativa o de impedimento para trabajar, para cuando el agente actuara con dolo, y 15 días, para los comportamientos culposos (negligentes). Por último, indiquemos que amplió la aplicación de la "condena condicional", al hacer posible su concesión cuando la pena impuesta fuera hasta de 2 años de prisión.

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

---

86 DL Nº 20828 del 3 de diciembre de 1974, art. 3; DL Nº 19910 del 30 de enero de 1973, arts. 2 y 3.

87 DL Nº 12060 del 23 de diciembre de 1969.

326 El sistema dualista de penas y medidas de seguridad previsto por nuestro legislador en 1924, no ha podido ser aplicado por la carencia de establecimientos penales, la inexistencia de centros de tratamiento y la falta de personal preparado. El mismo legislador reconoció que el nuevo Código no produciría, de inmediato, todos sus efectos debido a las deficiencias de infraestructura, antes señaladas. Así mismo, sostuvo que era necesario promulgarlo en razón a que sus disposiciones contenían el programa a cumplir para mejorar la represión penal[88]. Pero es evidente que tal programa era demasiado ambicioso con relación a la situación social y económica del país. El modelo helvético que siguió, sobre todo, nuestro legislador para estructurar el sistema de sanciones se reveló inaplicable en la misma Suiza. Este hecho empujó al legislador helvético a modificar, en 1971, el sistema de su Código con el fin de adecuarlo a la realidad[89].

327 En nuestro medio, los intentos de reforma penitenciaria, no han sido precedidos por una revisión a fondo del sistema normativo que lo regula en sus lineamientos generales y los gobiernos no han proporcionado o podido proporcionar "los medios financieros adecuados, sin los cuales, por lo demás, un Estado civilizado no puede realizar ninguno de los fines de su actividad de una manera eficaz y útil"[90].

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

329 El patronato, medio importante de prevención de la reincidencia, fue administrativamente mal estructurado y no contó con los medios necesarios para cumplir sus fines de asistencia moral y material y de vigilancia de los condenados y liberados (condicional o definitivamente).

---

88 ESPINO, p. 28.
89 Ver HURTADO POZO, 1972b, p. 103.
90 ESPINO, p. 28.

7. Código Penal de 1991

a. Presupuestos de la reforma

330 Si bien la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 no dio lugar a iniciativa alguna para reformar el Código Penal, dictado durante la vigencia de la Constitución derogada de 1979, casi desde su promulgación, por el contrario, comenzaron y se multiplicaron las propuestas para modificar un buen número de sus disposiciones. La mayoría de las propuestas conciernen a la parte especial y sólo unas pocas se refieren a la parte general. Todas ellas, sin embargo, se caracterizan por su tendencia a acentuar el carácter represivo del Código.

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

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

ampliando su campo de aplicación o aumentando la severidad de la pena que prevé, no es la respuesta adecuada para controlar ese fenómeno social.

En el marco jurídico, esto implica que se haya llegado a estudiar el 333
sistema normativo penal y el régimen de política criminal en que éste se fundamenta. Lo que permitiría detectar las deficiencias legislativas y el sentido en que deben ser corregidas. De lo contrario, sucederá, como acontece muchas veces entre nosotros, que se recurra a nociones y modelos legislativos foráneos para modificar o sustituir normas que, en buena cuenta, no han sido bien interpretadas ni aplicadas. Hecho que, con cierta frecuencia, está motivado por el afán de introducir categorías supervaloradas por su real o supuesta mayor modernidad, lo que trae como consecuencia, por un lado, que se abandone totalmente, a pesar de su corrección básica, la estructura y los principios de la ley penal a modificar. Esto produce una confusión entre quienes se habían familiarizado con su aplicación, efecto perverso de la modificación que hubiera sido evitado si se hubiera conservado el esquema original de la ley. Por otro, que se recurra a diversas fuentes legales buscando escoger la mejor o más moderna, con lo que se termina elaborando una ley que puede ser descrita como un mosaico variopinto y, en alguna forma, poco coherente.

Entre los factores no jurídicos, hay que considerar, por ejemplo, las 334
condiciones materiales y personales para realizar una reforma penal como la modificación del Código. El equipo de expertos constituido para elaborar el Proyecto deberá contar con la infraestructura necesaria para realizar con seriedad sus labores, las cuales deben implicar, al menos, la elaboración de ponencias y su discusión adecuada para adoptar de manera progresiva los textos definitivos. Este método de trabajo no sólo evita la improvisación en el mismo, sino que permite la redacción de actas de las reuniones de la comisión. Además, da transparencia a su desempeño y produce una fuente de información necesaria para la interpretación futura de las normas que se adopten. Esta transparencia debe existir en todos los niveles del proceso, sobre todo en la etapa en que la propuesta de la comisión es transmitida al Ministerio de Justicia, en el que se decidirá si y en qué versión se remitirá el Proyecto al Parlamento. De la misma manera, esta exigencia es imperativa en los trabajos de la Comisión Parlamentaria, para que se sepa quiénes, en calidad de asesores oficiales u oficiosos, intervienen en la redacción definitiva del texto que será discutido en el Congreso.

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

b. Antecedentes de la reforma

336 Como antecedentes, es conveniente recordar brevemente algunos de los aspectos de la reforma del Código Penal de 1924.

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

338 En 1990, una nueva comisión continuó los trabajos de reforma[91], la cual elaboró un nuevo Proyecto (publicado en julio de 1990). Basado en el Proyecto de 1986, el de 1990 es de orientación diferente, siendo sus fuentes principales el Código Penal alemán de 1975, el Proyecto alternativo alemán de 1962 y los proyectos españoles de 1980 y 1983. En razón a que el plazo fijado por el Parlamento, en la ley por la que delegaba facultades legislativas al Poder Ejecutivo, para que dictara el nuevo Código, había vencido, se designó una nueva comisión revisora. El resultado de los trabajos de ésta fue el Proyecto de enero de 1991, en el que se reproducen las propuestas del Proyecto

[91] Ley Nº 23859 del 25 de octubre de 1984 y Ley Nº 24911 del 8 de julio de 1988.

anterior modificándolas, algunas veces, de manera insignificante. Este último Proyecto fue promulgado como Código Penal mediante el DLeg Nº 635 del 3 de abril de 1991.

c. *Necesidad de la reforma*

En la exposición de motivos del Código se explica sucintamente el por qué de la reforma afirmando: "Es dable reconocer que el Código Penal cuya vigencia cesa, constituyó en su época un paso trascendental en relación a las ciencias penales que le antecedieron. Sin embargo el paso irreversible del tiempo, con los nuevos avances doctrinales y la explosiva realidad social del país estremecieron su estructura funcional. El fenómeno criminal con los índices alarmantes y las nuevas modalidades violentas de la desviación social presionaban por mejores propuestas de reacción punitiva"[92]. De este confuso lenguaje parece deducirse, primero, que se consideró que los criterios doctrinales en que se fundaba el Código de 1924 habían sido largamente superados y que, por tanto era necesario actualizarlos. Siguiendo la evolución de las ideas penales, podría decirse que las concepciones causalistas debían ser remplazadas por las concepciones finalistas. No se tuvo en cuenta que la reforma del Código alemán de 1871, en 1975, fue influenciada sólo de modo excepcional (en lo referente a la regulación del error) por la discusión entre los defensores de las concepciones mencionadas y que duró largas décadas. Segundo, que las nuevas formas de criminalidad y su carácter violento exigían que se modificara el sistema de penas del Código, ámbito en el que se produjeron los cambios sustanciales que se introdujeron en el nuevo Código Penal alemán, gracias al trabajo de los autores del Proyecto alternativo, preocupados sobre todo por cuestiones de política criminal. Esperemos que la proyectada reforma del Código de 1991 no sea ocasión para que se pretenda, por parte de ciertos iniciados, recurrir a criterios funcionalistas, sólo en razón al hecho de que están en boga y, por tanto, sin tener en cuenta si han logrado constituirse en doctrina dominante y sin adecuarlos a nuestro medio. 339

Los autores del Proyecto final, con el fin de explicar cuál debía ser el contenido del nuevo Código, sostuvieron que la empresa de la reforma 340

[92] Código Penal (1991), p. 6.

"debería abocarse no solamente a adaptar el Código Penal al sistema político dibujado por la Constitución sino, también a las nuevas realidades de nuestra sociedad y a los avances que presenta (sic) en esta hora la política criminal, la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria"[93]. Claro que en lo que piensan los reformadores es en los estudios dogmáticos y de campo efectuados en el extranjero y, sobre todo, en Alemania, puesto que el Código de 1924, a pesar de su larga vida, no había sido suficientemente estudiado, ni tampoco se habían realizado estudios sobre nuestra realidad delictiva y, por tanto, no se habían hecho propuestas globales sobre la orientación que debía tener su reforma. En la misma situación nos encontramos en el momento en que se inicia un nuevo proceso con miras a modificar o sustituir el Código de 1991 antes de que haya alcanzado la adolescencia.

341 Limitándonos a la Parte General del Código, señalemos que tres de los aspectos destacados en la exposición de motivos se refieren, primero, a la nueva regulación del error de tipo legal y del error de prohibición siguiendo el modelo del Código Penal alemán. Así, se abandonó la deficiente regulación prevista en el Código de 1924, establecida conforme a los criterios de error de hecho y error de derecho[94]. Segundo, a la incorporación del mal denominado "error de comprensión culturalmente condicionado" para eliminar el trato indebido dado a los indígenas y nativos de la Selva por el Código derogado[95]. Por último, al sistema de penas, considerado como positivamente innovador[96].

342 La adopción del Código de 1991 no constituyó el abandono del modelo suizo que inspiró al legislador de 1924. En realidad, muchas de sus disposiciones no llegaron a ser correctamente comprendidas ni aplicadas y, sobre todo, su orientación fue modificada de manera paulatina, en favor de una concepción cada vez más retributiva, por innumerables cambios que se realizaron tanto en la parte general como en la especial. No extraña, en consecuencia, que los autores de los diferentes proyectos hayan optado por diversos criterios: desde el tecnicismo jurídico inspirado por el Código Penal Tipo en los prime-

---

93 Código Penal (1991), p. 6.
94 Código Penal (1991), p. 7.
95 Código Penal (1991), p. 7.
96 Código Penal (1991), p. 8 s.

ros proyectos, hasta la recepción, en los proyectos finales, de disposiciones de múltiples códigos y proyectos, tanto europeos como latinoamericanos. La tendencia ha sido la de siempre: importar las disposiciones legales foráneas estimadas como las más modernas, apreciación hecha sobre la base del simple texto y sin analizar los resultados obtenidos por su aplicación en el país de origen. Esto es, en particular, crítico en la recepción de las normas de los Códigos de Brasil y de Portugal referentes al sistema de penas, sin un conocimiento cabal de las legislaciones de estos países ni de su funcionamiento concreto.

d. Legislación penal desde 1991

Siguiendo la costumbre, el nuevo Código ha sido objeto, casi desde su entrada en vigencia, de una serie de modificaciones tanto de la parte general como de la especial. De la misma manera que con respecto al Código de 1924, la orientación ha sido acentuar su aspecto represivo y el resultado obtenido, una desnaturalización de las orientaciones seguidas en su elaboración. 343

Sin pretender enumerar de manera exhaustiva esas modificaciones, señalemos algunas de ellas. En cuanto a la parte general, hay que indicar que la exención y reducción de penas, previstas en los art. 20 y 21, son declaradas aplicables, mediante la Ley Nº 25384 del 19 de diciembre de 1991, a los partícipes en los delitos previstos en las Secciones II, III y IV del Capítulo II del Libro Segundo del Código Penal. En el DL Nº 25499 del 12 de mayo de 1992, se establecieron los términos dentro de los cuales se concederán los beneficios de reducción, exención, remisión o atenuación de la pena, a los responsables por delitos de terrorismo. La represión de menores fue acentuada con la dación del DLeg Nº 899, del 26 de mayo de 1998, por el que se reprime el denominado pandillaje pernicioso. En cuanto a las penas, se dictó el Código de Ejecución penal (DLeg Nº 654, del 2 de agosto de 1991). 344

La Ley Nº 27459, del 11 de mayo de 2001, modificó los art. 176-A y 183 CP y adicionó a este Código el artículo 183-A. El inciso 2 de su artículo 135 fue modificado mediante la Ley Nº 27480, del 13 de junio de 2001. El 16 de enero de 2002, por Ley Nº 27636, se incorporaron los delitos de manipulación genética (Capítulo V del Título XIV-A del Libro Segundo CP). El 30 de diciembre de 1992 se dictó el DL Nº 26122, denominado "Ley sobre la represión de la competen- 345

cia desleal". El Decreto Ley Nº 25592, del 26 de junio de 1992, establece pena privativa de libertad para funcionarios o servidores públicos que priven a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan como resultado su desaparición. Por Ley Nº 26461, del 24 de mayo de 1995, se reguló los delitos aduaneros, la misma que fue derogada y reemplazada por la Ley Nº 28008, del 19 de junio de 2003. La Ley Penal Tributaria es establecida mediante el DLeg Nº 813 del 19 de abril de 1996. En el DL 815, de la misma fecha, se prevén la exclusión o reducción de penas respecto a los delitos e infracciones tributarias. Se excluye del beneficio de indulto a los autores de secuestro agravado por la Ley Nº 26478, del 31 de mayo de 1995. Se amplían los alcances de la Ley de arrepentimiento a las personas involucradas, procesadas, sentenciadas por los delitos de terrorismo o de traición a la patria, a excepción de los que pertenezcan a un grupo de dirigentes de una organización terrorista (Ley Nº 26248, del 12 de noviembre de 1993). En la Ley Nº 26508, del 20 de julio de 1995, se tipificaron como delito de Traición a la Patria, los actos de terrorismo cometidos por personas que se hayan acogido a la legislación sobre arrepentimiento. La tipificación del llamado terrorismo agravado (DLeg Nº 895, del 23 de mayo de 1998) y la agravación de las penas previstas para ciertos delitos violentos (DLeg 896, del 24 de mayo de 1998) fueron dejadas sin efecto mediante la Ley Nº 27472, del 5 de junio de 2001[97].

346 En el dominio del procedimiento penal, diversas disposiciones fueron dictadas tratando de mejorar y hacer más eficaz la realización de los procesos. Mediante el DL Nº 25582, del 22 de junio de 1992, se instauró el procedimiento especial con relación a los casos de "colaboración eficaz". Se trató de favorecer a los imputados que dan información eficaz, oportuna e importante que permita reprimir a los otros responsables en el caso de delitos contra el Estado, salvo los de tráfico ilícito de drogas y terrorismo.

347 De acuerdo con el modelo italiano del *pattergiamento* y la ley colombiana, se estatuyó, en la Ley Nº 26320 del 2 de junio de 1994, un procedimiento especial para terminar rápidamente el proceso cuando, en una audiencia especial, el imputado admite los cargos y se

---

97 Sobre el carácter inconstitucional de estas disposiciones, consultar STC del 3 de enero de 2003, Exp. Nº 010-2002-AI/TC.

logra, con la aceptación del fiscal, un consenso sobre la pena. El juez dicta sentencia ateniéndose a este acuerdo. Mediante la Ley Nº 26461, del 8 de junio de 1995 (hoy reemplazada por la Ley Nº 28008), se agregaron los delitos aduaneros a los de tráfico de drogas sólo previstos en la primera ley.

Se adoptaron medidas respecto al procedimiento por colaboración 348
eficaz con relación a los delitos tributarios y se otorgó a la Administración Tributaria competencia para investigar en este tipo de conductas (DLeg Nº 813 y DLeg Nº 815, del 20 de abril de 1996).

Con respecto a los delitos de tráfico de drogas y de terrorismo se han 349
dictado sucesivamente una serie de disposiciones. En cuanto a los primeros, por ejemplo, mediante el DLeg Nº 824, de 23 de abril de 1996, se prohibió la concurrencia de policías como testigos con relación a los casos en que habían intervenido en la investigación, así mismo se excluyó el Hábeas Corpus para determinados supuestos de detención arbitraria. El procedimiento aplicado a los imputados por el delito de terrorismo ha sido objeto de diversas modificaciones. La principal fue realizada mediante el DL Nº 25475, en la que se establecen cambios al mismo. Calificando ciertos casos de terrorismo como delitos de traición a la patria, se dispuso el juzgamiento de los imputados por el fuero militar, según el procedimiento fijado tanto en el DL Nº 25708 como en el DL Nº 25744, del 13 de agosto y 27 de septiembre de 1992, respectivamente. Esta regulación excepcional fue en parte reformada mediante las Leyes Nº 26248, del 25 de noviembre de 1993, 26671, del 12 de octubre de 1996 y 26655, del 17 de agosto de 1996. Así, se admitió nuevamente el recurso de revisión sin nueva prueba, se excluyó la condena en ausencia, se corrigió el ejercicio del hábeas corpus, se suprimieron los jueces sin rostro y se estatuyó la posibilidad de conceder la liberación condicional. En la Ley Nº 26447, del 20 de abril de 1995, se fijó la fecha a partir de la cual los procesos por delitos de terrorismo, previstos en el DL Nº 25475, estarían a cargo de los magistrados correspondientes conforme a las normas procesales y orgánicas vigentes.

La situación se agravó de manera significativa con la dación de la Ley 350
Nº 26950, del 19 de mayo de 1998, en la que el Congreso autorizó al Poder Ejecutivo a legislar sobre Seguridad Nacional. Así, se dictaron los DLeg Nº 895, 896 y 899, en mayo de 1998, en los que se reguló el denominado delito de terrorismo agravado, se agravaron las penas de ciertos delitos comunes y se previó el llamado pandillaje pernicio-

so con relación a los adolescentes infractores. Se dispuso que los delitos previstos en las dos primeras leyes fueran de la competencia del fuero militar. La fase de la instrucción de este procedimiento, marcadamente inquisitivo, debía demorar un máximo de 20 días (prorrogables en diez) y la competencia para la represión era nacional y no según el foro de comisión.

351 Mediante la Ley Nº 27115, del 17 de mayo de 1999, se estableció la persecución de oficio para los responsables por delitos contra la libertad sexual. El art. 300 del Código de Procedimientos Penales fue modificado por la Ley Nº 27454, del 18 de mayo del 2001. El procedimiento en los casos de homonimia fue regulado por la Ley Nº 27411, del 27 de enero de 2001.

352 La reforma procesal culminada con la elaboración del CPP de 1991 (DLeg Nº 638, del 25 de abril de 1991), cuya vigencia fue suspendida (salvo la de algunas de sus disposiciones) con la finalidad de que sea adecuado a las disposiciones de la Constitución de 1993 (Ley Nº 26299, del 28 de abril de 1994). El texto revisado por una comisión, ha sido aprobado y, por delegación legislativa del Parlamento, el Poder Ejecutivo lo ha puesto en vigor por DLeg Nº 957[98]. Esta última medida, ha estado presidida del dictado de una serie de disposiciones legales después de la caída del régimen autoritario[99]. A manera de ejemplo, cabe mencionar la Ley Nº 27378, del 21 de diciembre de 2000, relativa a los beneficios por colaboración eficaz en el campo de la criminalidad organizada; la Ley Nº 27379, del 21 de diciembre 2000, por las que se amplían las facultades de la Fiscalía y del Fiscal de la Nación para realizar investigaciones preliminares y solicitar medidas excepcionales limitativas de derechos. Facultades que fueron extendidas, por la Ley Nº 27482, del 15 de junio 2001, respectivamente en favor del Fiscal de la Nación en cuanto a los procesos con antejuicio. Mediante la Ley Nº 27686, del 19 de marzo de 2002, aunque de manera defectuosa, se estatuyó sobre la vigilancia video como actividad policial. Para evitar errores y excluir abusos, se instauró, mediante la Ley Nº 27411, del 17 de enero de 2001, un procedimiento especial para los casos de homonimia. La incorrecta e injusta aplicación de la *reformatio in pejus,* admitida de manera amplia por la jurisprudencia,

---

98 Publicado en el Diario Oficial *El Peruano,* el 29 de julio de 2004.

99 Cf. SAN MARTÍN, T. I, p. 55 ss.; SÁNCHEZ VELARDE, 2004.

fue prohibida por la Ley Nº 27454, del 24 de mayo 2001, con lo que se reforzó las garantías procesales de la defensa[100]. El plazo de prisión preventiva (art. 137 CdPP) y el plazo de la etapa de la instrucción (art. 202 CdPP) fueron modificados por la Ley Nº 27553, del 13 de noviembre 2001. Así mismo, se reformaron, mediante la Ley Nº 27652, del 24 de enero 2002, las disposiciones sobre recusación de jueces y medidas cautelares (art. 33 a 36 y 95 CdPP). La toma de conocimiento y el control de las comunicaciones de las personas concernidas por una imputación penal en el marco de una investigación penal o judicial fueron regulados por Ley Nº 27697, del 12 de abril 2002. Por Ley Nº 27833, del 21 de setiembre 2002, se reguló el recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación. Para reforzar la garantía de la defensa, se reconoció, mediante la Ley Nº 27834, dictada también en la fecha antes indicada, el derecho del procesado a no someterse al interrogatorio de la instructiva y, así mismo, que su negativa a responder no constituye prueba de cargo. En virtud de lo dispuesto en la declaración de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Constitucional respecto a la legislación sobre terrorismo, se dictaron los Decretos Legislativos Nº 922, del 11 de febrero 2003 (relativo a la nulidad de los procesos por traición a la patria, realizados en la jurisdicción castrense), Nº 923 (relativa a la Procuraduría Pública Especializada para delitos de terrorismo), Nº 925 (concerniente a los alcances del procedimiento de colaboración eficaz), Nº 926 (sobre anulación de oficio de la sentencia, juicio oral y acusación en los procesos penales que llevaron a cabo vocales y fiscales "sin rostro") y Nº 927 (estatuye normas sobre la ejecución penal, en particular sobre beneficios penitenciarios y el procedimiento aplicable en estos casos). Los cuatro últimos Decretos Legislativos datan del 20 de febrero 2003. En fin, señalemos la Ley Nº 27939, del 12 de diciembre 2003, que regula los alcances de la punición respecto a las faltas y el procedimiento a seguir.

[100] STC, Exp. Nº 1231-2002-HC/TC, del 21 de junio de 2002, en *El Peruano*, 18 de setiembre 2002.

Segunda Parte

§ 4 Ley penal: El principio de legalidad

I. Introducción. II. Orígenes. III. Evolución legislativa. 1. A nivel constitucional e internacional. 2. A nivel de leyes. IV. Fundamentos del principio de legalidad. V. No hay delito, no hay pena sin ley escrita. 1. La ley como fuente del derecho penal. a. Noción de ley. a.1. Decretos legislativos. a.2. Gobiernos autocráticos y decreto leyes. 4. Decretos supremos y reglamentos. b. Noción de delito. VI. No hay delito, no hay pena sin ley cierta. 1. Noción de certeza. 2. Incertidumbres en que incurre el legislador. a. No descripción del delito. b. Empleo de cláusulas generales. c. Uso de términos vagos. d. Defectos de técnica legislativa. 3. Certeza en la determinación de la pena y de las medidas de seguridad. a. Penas. b. Medidas de seguridad. VII. El principio de legalidad en la jurisprudencia.

I. Introducción

El ordenamiento jurídico en general está basado en el criterio de legalidad; es decir, los órganos estatales deben someterse a la ley y la validez de sus actos depende de que tengan una base legal. Esto último rige, en particular, tratándose de la limitación de los derechos fundamentales. En este sentido, la legalidad es el factor esencial del Estado de derecho, en el que los órganos administrativos y jurisdiccionales deben respetar las reglas generales establecidas mediante las leyes, para garantizar el respeto de las libertades individuales y el normal desarrollo de la vida de la comunidad[1]. 353

En sentido amplio, la legalidad se deduce de los principios de la separación de poderes, de la seguridad jurídica, de la igualdad y de la democracia. Por esto, el deber impuesto a los órganos estatales de que sus actividades tengan una base legal implica, en cierta medida, que las personas sean tratadas de manera igual y que sus libertades individuales sean debidamente garantizadas. El principio de la democracia se manifiesta mediante el control popular sobre la manera como se ejerce el poder estatal. Por último, el principio de la seguridad jurídica, supone que exista una base legal relativamente precisa, que permita a las personas ordenar sus conductas y prever las consecuencias que éstas puedan producir. En buena cuenta, en relación con los derechos de las personas, la ley debe disponer lo que está permitido que las autoridades hagan (base legal de toda intervención estatal) y, por el contrario, con respecto a los individuos debe reconocer su autonomía de actuar en libertad mientras no infrinjan sus límites. 354

El principio de legalidad, en el ámbito penal, es una columna esencial del derecho penal moderno. En gran medida, constituye un caso par- 355

[1] PRADEL, 2003, Nº 135; ROXIN, 1997, § 5 Nº 1.

ticular del principio general de legalidad, junto, por ejemplo, al principio *nullum vectigal sine lege* propio del derecho fiscal. El ejercicio del poder punitivo implica ciertas restricciones de los derechos fundamentales, en especial el de la libertad, pero siempre basadas en normas y reglas preexistentes a la realización del comportamiento en cuestión.

356 En la actualidad, se destaca una tendencia a privilegiar más la protección de las libertades individuales contra las violaciones que pueda cometer el Estado, sin renunciar, claro está, a la separación de poderes o al tratamiento igual de las personas. Así, constituye una condición esencial del Estado de derecho e indispensable para reforzar la seguridad jurídica, la exigencia de que toda intervención de éste en los derechos de las personas debe tener un fundamento legal y ser de carácter excepcional. Garantía que es reforzada por la exigencia de que el acto de otorgar un sentido a la norma y el de determinar los alcances de su aplicación están condicionados por los principios y reglas tanto de los convenios internacionales de derechos humanos como de la Constitución.

II. Orígenes

357 El principio de legalidad, tal como fue establecido en las Declaraciones de los derechos humanos y en los primeros códigos penales, es una conquista de orden político, fruto del proceso que culmina con la conformación de los Estados modernos. Su formulación en latín (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)[2] no data de muy antiguo y, en todo caso, su origen no está en el derecho romano. La significación y los límites del principio de legalidad son mejor comprendidos si se tiene en cuenta la manera en que surge y evoluciona.

358 El sistema judicial penal de las monarquías absolutas europeas, período llamado *Ancien Régime*, se caracterizó por una marcada irregularidad en el sistema jurisdiccional; por el desorden y multiplicidad de leyes; por los innumerables privilegios para castigar de que gozaban los señores feudales y, en particular, por el derecho del Rey o sus representantes para castigar sin observar procedimiento regular al-

[2] FEUERBACH, p. 51 ss., propuso la expresión latina. Cfr: CORNEJO, 1926, p. 5; HALL, p. 810. En contra: JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 383.

guno. Las "*maisons de force*", los "*hôpitaux généraux*", las "*ordres du roi*" o las "*lettres de cachet*" constituían toda una práctica represiva, y superpuesta a la "justicia regular" (ordinaria) y con frecuencia opuesta a ella. El soberano, directa o indirectamente, decidía y ordenaba ejecutar los castigos. Esto explica el porqué en el sistema, entonces vigente, se consideraba que "en toda infracción hay un '*crimen majestatis*' y en el más insignificante delincuente un pequeño regicida en potencia"[3]. De allí que el derecho a castigar fuera considerado como un aspecto del derecho que el Soberano tenía para guerrear contra sus enemigos; un poder absoluto de vida o muerte. Además, hay que considerar que la legislación penal se había constituido bajo la influencia de una concepción que identificaba crimen con pecado, que no distinguía muy bien las leyes penales de las reglas morales. Criterio que no hizo sino reforzar la idea de que los crímenes de lesa majestad divina eran los más graves[4].

Sin embargo, no sólo hay que ver, en esta forma de ejercicio del po- 359
der punitivo, una simple arbitrariedad del Rey para eliminar de manera eficaz "*nobles infidèles ou grands vassaux désobligéants*". Si el sistema de las "*lettres de cachet*" fue aplicado de manera amplia y, al menos durante un tiempo, tuvo aceptación general fue debido a la demanda de las personas privadas interesadas en eliminar (temporal o para siempre) a uno de los suyos. Foucault y Farge han mostrado que así el poder absoluto del soberano fue puesto al servicio del público. Según estos autores, tales mandatos de detención no sólo colmaban los vacíos dejados por el sistema jurídico ordinario, sino que duplicaban el proceso y eran introducidos en éste para modificarlo y desnaturalizarlo[5].

Contra ese sistema represivo irregular y arbitrario, a mediados del 360
siglo XVIII, surge un fuerte movimiento social, inspirado o fomentado por filósofos, políticos, juristas, magistrados. Los objetivos de este movimiento eran controlar de modo más estricto y constante la conducta ilegal de las personas y de limitar el poder punitivo del Estado[6]. Con esta finalidad, se consideró indispensable, entre otras medidas,

---

[3] FOUCAULT, p. 57.

[4] Jean GRAVEN, p. 114 s. En la perspectiva alemana, cf. KREY.

[5] FARGE/FOUCAULT, p. 10, 14, 345 s.

[6] Cf. MONTESQUIEU, Livre XI, Chapitre VI: "No existe libertad si el poder de juzgar no está separado del poder de legislar".

dar a las disposiciones legales cierto grado de precisión. En éstas, se debía, mediante la descripción de los delitos y la fijación de las penas, manifestar de modo claro la idea de que cada crimen, así como las ventajas que se esperaban obtener mediante su comisión, se hallaban vinculados al castigo y los inconvenientes que éste acarreaba[7]. Se trató, pues, de una actitud política conducente a poner en marcha una nueva manera de ejercer el poder de castigar.

361 La teoría del contrato social constituyó el fundamento ideológico de esta nueva actitud. De acuerdo con esta concepción, "la necesidad obligó a los hombres a ceder una parte de su propia libertad al poder público; parte que, evidentemente, constituía sólo una pequeña porción, suficiente para obligar a los otros a defenderla. El conjunto de esas porciones (las más pequeñas posibles) forma el derecho de castigar, todo lo demás es abuso y no justicia; hecho y no derecho"[8]. Esta idea implica que el ciudadano acepta todas las leyes de la sociedad, aun aquellas de acuerdo a las cuales se le puede sancionar. Quien viola el pacto se convierte en enemigo de la sociedad y participa, al mismo tiempo en el castigo que se le impone. El más pequeño delito la ataca en su totalidad y, toda la sociedad, comprendido el infractor, está presente en la más pequeña sanción. El castigo penal es, así, concebido como una función general del cuerpo social y de cada uno de sus elementos[9]. Las principales consecuencias respecto a la justicia penal son, por un lado, que sólo en las leyes penales se pueden establecer las conductas prohibidas y fijar las penas que les corresponden y, por otro, que el único titular de este poder es el legislador que representa a toda la sociedad constituida conforme al contrato social[10].

III. Evolución legislativa

1. A nivel constitucional e internacional

362 A partir de las ideas sucintamente presentadas en el acápite anterior, se desarrolló el positivismo legislativo que impulsó el proceso de co-

---

[7] FOUCAULT, p. 98.
[8] BECCARIA, 1979, p. 67.
[9] FOUCAULT, p. 92.
[10] BECCARIA, 1979, p. 51.

dificación europeo. Las leyes debían ser sistematizadas de manera bastante clara y precisa como para que cada persona pudiera saber y prever las consecuencias de sus comportamientos. De modo que los jueces debían limitarse a aplicar la ley.

Por su importancia ideológica, el principio de legalidad fue proclamado como garantía fundamental de la libertad civil de las personas. Si bien es cierto que la Carta Magna de Juan Sin Tierra (Inglaterra, 1215) contenía ya una disposición relativa al mismo (en su sentido procesal), la consagración legislativa de éste se realizó, en la época moderna, en la Constitución norteamericana de 1776 (Virginia, Maryland) y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En el art. 8 de esta última, se dice: "La ley sólo puede establecer las penas estrictamente necesarias; nadie puede ser penado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada". 363

En el siglo pasado, después de las dos guerras mundiales, se establecen declaraciones semejantes a nivel internacional, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (5, 11 inc. 2), la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 7) y la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José (art. 9). 364

Esta recepción del principio de legalidad se da, así mismo, a nivel constitucional, pero no siempre de manera expresa. Así, en el Perú, se proclamó, en el Estatuto Provisional de San Martín y en las sucesivas Constituciones, la inviolabilidad de la "libertad civil". En la Constitución de 1828, se estipuló, por primera vez y de manera expresa, que: "ningún peruano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (art. 150); y que "todos los peruanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue"[11]. Disposiciones casi idénticas contuvo la Constitución de 1919 (arts. 19, 20, 21, 27, 30). En el art. 68 de la Constitución de 1933, se dispuso que sólo por sentencia ejecutoriada podía separarse a alguien "de la República" o del "lugar de su residencia"[12]. En la Constitución de 1979 365

[11] En la Constitución de 1860 se modifica esta fórmula que hace referencia sólo a los peruanos, con la expresión "nadie..." (art. 14 y 20).

[12] Ver art. 9 CdePP, art. V, CPP 2004. El art. 26, *in fine*, de la Constitución de 1919, vigente al promulgarse el CP estatuía que "nadie puede ser condenado sino [...] por los jueces que las leyes establezcan".

se reguló, por el contrario, de manera más completa el principio de legalidad. En primer lugar, se estatuyó, como garantía de la administración de justicia, que nadie podía ser penado "sin previo juicio" (art. 233, inc. 9 *ab initio*). Luego, entre los derechos fundamentales de la persona, se reconoció la presunción de inocencia del procesado. En el art. 2, inc. 20, letra f, se estipuló que "toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Es decir, *contrario sensu*, que toda condena debía ser establecida en un proceso judicial. Se trata en realidad de una garantía de carácter procesal[13]. De manera más directa, en el art. 57 de la Constitución de 1933 se previó que habían de considerarse como delictuosos sólo los actos que hubieran sido calificados, previamente a su comisión, como tales en la ley. Disposición que fue retomada en el art. 2, inc. 20, letra d de la Constitución de 1979; al mismo tiempo que se estatuía que nadie podía ser procesado si el acto que se le imputaba no había sido, antes, previsto en la ley. Esta regla sirvió de fundamento a la norma procesal que establece: "Sólo abrirá [el juez instructor] la instrucción si considera que el hecho denunciado constituye delito" (art. 77 CPP). En la Constitución de 1933, como en las anteriores, no existía una disposición que obligara al juez a imponer sólo las penas previstas en la ley y que le prohibiera cambiar, arbitrariamente, la pena que ésta misma señalara para el comportamiento delictuoso particular. Por el contrario, en la Constitución de 1979 (disposición antes citada, *in fine*), se dice, de manera expresa, que nadie será "sancionado con pena no prevista en la ley". En la Constitución de 1993, art. 2, inc. 24, letra d, se establece que: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". Así mismo, se prevé, entre las garantías judiciales, la "inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos" y la no imposición de pena "sin proceso judicial" (art. 139, inc. 9 y 10, respectivamente). Con la admisión del derecho consuetudinario de las comunidades campesinas y nativas

---

[13] La *Magna Charta Libertatum* inglesa de 1215, concedida a los nobles por Juan Sin Tierra y considerada como fuente primera del principio de legalidad, estatuía en su art. 39, en realidad, la garantía "*nisi per legale judicium pariu m suorum vel per legam tarrae*". Cf. SCHOTTLAENDER, p. 27 s.

(art. 149 Const.), se flexibiliza el principio de legalidad respecto a estas comunidades, a las mismas que se les reconoce la jurisdicción respecto a la aplicación de ese derecho mediante sus autoridades y "dentro de su ámbito territorial".

2. A nivel de leyes

En el Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre no figura, de manera expresa, el principio de legalidad; sin embargo sus disposiciones lo presuponen. Como ejemplo, basta citar la disposición 34 que estatuye: "Toda acusación deberá contener la ley que se ha quebrantado". Por el contrario, fue previsto, siguiendo al Código Penal español de 1848-50, en el Código Penal de 1863. En su art. 1, se preveía: "Las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley, constituyen los delitos y las faltas". De manera más amplia, en los tres primeros artículos del Código Penal de 1924, el legislador plasmó el principio de legalidad. Destacó, de forma expresa, los diversos aspectos que había adquirido dicho principio en su evolución histórica. Así, dispuso, primero, que el juez debía imponer sólo las penas previstas en la ley y le prohibía cambiar, de modo arbitrario, la pena que ésta señalara para el comportamiento delictuoso particular (art. 2); segundo, que la privación o restricción de derechos a título de pena, sólo podrían ser impuestas en virtud de una sentencia judicial (art. 1); y, tercero, que había de considerarse como delictuosos sólo los comportamientos que hayan sido calificados, previamente a su comisión, como tales en la ley (art. 3). En la exposición de motivos del Código, se fundamentó su regulación diciendo que "el principio de libertad civil debe dominar toda la legislación. En materia penal este principio es la garantía de la seguridad de las personas, proclamada como una de las conquistas más fecundas de la Revolución Francesa. Los actos de los hombres no pueden ser considerados ilícitos ni determinar acciones represivas sino en los casos previa y taxativamente establecidos en la ley"[14]. 366

En el proceso de reforma del Código de 1924, de diversas maneras se propuso regular el principio de legalidad. Así, en el Proyecto de sep- 367

[14] Código Penal (1924), p. 18.

tiembre de 1984, art. 1, primera parte, se establecía: "Nadie será procesado o condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuvieren previamente calificados en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracciones punibles". De esta manera, se seguía lo dispuesto en el art. 3 del Código derogado, agregándose la referencia al aspecto procesal. En el Proyecto de octubre de 1984, art. III, además de omitirse este agregado, se varió la terminología. Se utilizaron las expresiones "hecho tipificado", de "manera previa y expresa" y "delito o falta" en lugar de "acto u omisión", de "manera expresa e inequívoca" e "infracciones punibles", respectivamente. La expresión "de manera expresa e inequívoca" fue también empleada en el art. II del Proyecto de 1985; pero en el marco de un texto diferente. Según esta disposición: "La ley penal debe describir el hecho punible de manera expresa e inequívoca, sin dejar duda sobre los elementos constitutivos que lo integran". El aspecto procesal estaba previsto en el art. I. Los art. I y II del Proyecto de 1986 eran idénticos a los mismos artículos del Proyecto de 1985. En el art. 2 del Proyecto de 1990 se vuelve al texto de octubre de 1984, pero se hacía referencia a la "ley vigente al momento de su comisión [del acto]". En el art. II del Proyecto de 1991, sin embargo, se omitió la expresión "manera expresa e inequívoca". Esta es la versión definitiva de la primera parte del artículo II del Título Preliminar del Código vigente[15].

368 La segunda parte de este artículo ha seguido la misma evolución: De manera amplia, el Proyecto de septiembre de 1984, art. 2, disponía: "Nadie será condenado a sufrir pena o sentencia o medida de seguridad distintas a las sancionadas en la ley, ni a cumplir pena diferente a la prevista para la infracción juzgada". En el Proyecto de octubre de 1984, art. III, segunda parte, sólo se mantuvo la fórmula: "ni sufrir pena o medida distintas de las que ella [la ley] establece para la infracción juzgada". Pero, en el Proyecto de 1985, art. I, se prefirió volver a la fórmula utilizada, *ab initio*, en el art. 2 del Proyecto de septiembre de 1984: "ni condenado a pena o medida de seguridad no establecida en ella [la ley]". El art. I del Proyecto de 1986 fue idéntico al del art. I del Proyecto de 1985. El texto del Proyecto de octubre de 1984 fue retomado en el Proyecto de 1990, art. 1. La redacción fue modificada reemplazándose el término "sufrir" por la expresión

---

[15] PRADO SALDARRIAGA, 1993, p. 27 ss.

"ni sometido..." y la última frase se refiere "a penas o medidas de seguridad que no se encuentren establecidas en ella". Este mismo texto, en singular ("pena o medida de seguridad"), figuró en el Proyecto de enero de 1991, art. II, y es el texto definitivo establecido en el Código.

También hay que tener en cuenta que en la Ley Nº 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, art. 12 (art. 25 del actual Código Procesal Constitucional, Ley Nº 28237, de 31 de mayo de 2004), se estableció que se vulnera o amenaza la libertad individual cuando se exilia o destierra o confina una persona sin previa sentencia firme (numeral 5), se le expatría o separa del lugar de su residencia sin mandato judicial (numeral 6), se le secuestra (numeral 7) o se expulsa al extranjero a quien se ha concedido asilo político (numeral 8). Lo mismo que en las leyes procesales, que no procede la acción penal si el hecho no constituye delito, que la etapa de la investigación tiene la finalidad de determinar si la conducta incriminada delictuosa, que en la sentencia condenatoria deben indicarse las leyes que tipifican el delito y prevén la pena que se aplica (CdePP: arts. 72 pf. 1, 285; CPP 2004: art. IV inc. 2, VII inc. 3 y 4, 334 inc. 1, 394 inc. 1). 369

En la legislación penal extranjera se reconoce la primacía del principio de legalidad, y los especialistas están de acuerdo sobre su necesidad. Aun en países de cuyas legislaciones había sido eliminado por diferentes razones fue reincorporado. Así, por ejemplo, en Alemania Federal, en el art. 103 de su Ley Fundamental de 1949. Lo mismo sucedió en la desaparecida Unión Soviética en el art. 6 de los Principios fundamentales de derecho penal de 1958 y en el art. 2 CP de 1960[16]. 370

Un caso especial de excepción al reconocimiento general del principio de legalidad establecía el Código de Dinamarca de 1930. En su art. 10, se disponía que será sancionado penalmente "el acto cuyo carácter punible está previsto en la legislación danesa, así como todo 371

[16] En Alemania, el régimen nacional-socialista reemplazó, por Ley del 26 de junio de 1930, la regla no hay delito sin ley por el principio autoritario de "no hay delito sin pena". En la antigua Unión Soviética, el Gobierno revolucionario repudió el principio de legalidad por considerarlo propio del sistema legal burgués. Respecto al fenecido sistema soviético, se puede afirmar con ANCEL, 1962, p. XXIII, que volvió "a una noción de legalidad que se compara, prácticamente, con la de los códigos neoclásicos de fines del último siglo".

otro acto que se le asemeje totalmente". Esta peculiaridad de la legislación penal danesa es el resultado de una larga tradición nacional; la que reconoce al juez una amplia libertad de apreciación[17].

IV. Fundamentos del principio de legalidad

372 Los autores han tratado de explicar y fundamentar el principio de legalidad desde diversos puntos de vista. Feuerbach, cuya obra tuvo como *leit motiv* la lucha por la legalización del derecho penal, propugnó la aceptación y consolidación de dicho principio. Se basó, sobre todo, en dos fundamentos: el primero, de carácter político-criminal, era su concepción de la pena como medio de prevención general (teoría denominada de la coacción psicológica) y, el segundo, de naturaleza política, era su convicción de que la primacía de tal principio propiciaba una concepción liberal del derecho penal. De esta manera, Feuerbach dio un fundamento penal específico al citado principio[18].

373 Franz von Liszt calificó a la ley penal de "Carta Magna del delincuente", debido a que consideró que, como consecuencia del principio de legalidad, la ley no sólo es la fuente del derecho a castigar, sino, así mismo, su límite. No garantiza sólo la defensa de los ciudadanos ante los criminales, sino también de éstos frente al poder del Estado[19]. Mientras que Beling, basándose en su teoría del tipo legal, afirmó que "no hay delito sin tipo legal"[20].

374 El principio de legalidad, en la doctrina francesa, es analizado en el contexto de la explicación de las condiciones de punibilidad de la infracción. En esta perspectiva, constituye el centro del denominado elemento legal del delito y conforme al cual se procede a la calificación de los comportamientos penalmente relevantes[21].

375 En el ámbito filosófico, Carlos Cossio, fundador de la concepción egológica del derecho, afirmó que el principio de legalidad aparece como una restricción de las sanciones, y que esto es debido a la imposibilidad de equiparar los bienes jurídicos con la pena[22].

---

17 J. GRAVEN, 1951a, p. 400.
18 Cf. CATTANEO, FEUERBACH, p. 51 ss.; RADBRUCH, 1952, p. 8.
19 LISZT, 1929, T. II, p. 455.
20 BELING, 1944, p. 4 ss.
21 Cf. ANCEL, 1931, p. 90.
22 COSSIO, 1948, p. 5 y 131.

Merecen destacarse las explicaciones de von Wright[23] sobre el principio de legalidad con relación al problema de la "naturaleza del premio". En su opinión, este principio establece, al afirmar "no hay pena sin ley", que cualquier acción que no esté prohibida dentro del ámbito de un determinado orden normativo (totalidad de prescripciones que emanan de una misma autoridad suprema) está permitida dentro de él. Por lo tanto, afirma que se trata de una norma permisiva con contenido peculiar, consistente en la "suma total" de todos los actos y abstenciones que no estén prohibidos. De esta manera, considera que se cierra el orden normativo y que esto es debido a que si no puede prohibirse (o mandarse), al mismo tiempo y sin contradicción, hacer y omitir un mismo hecho, ambas opciones pueden perfectamente permitirse. Alchouron y Bulygin esclarecen la concepción de von Wright y dicen que la regla de clausura podría enunciarse diciendo: "Todo lo que no está penalmente prohibido, está penalmente permitido"[24]. Sin embargo, esta idea de tipo de norma de clausura del sistema normativo ha sido criticada con firmeza, en el sentido de que se trata de "un invento conceptual de los juristas de absoluta inconsistencia teorética"[25]. El sentido de una norma permisiva, como lo es la indicada norma de clausura, sólo es bien comprendido si se tiene en cuenta que "lo prescrito no es el comportamiento que aparece como contenido de la norma permisiva, sino la no interferencia de la autoridad en tal comportamiento"[26]. Esto quiere decir que lo relevante no son los innumerables comportamientos que no estén penalmente prohibidos, sino sobre todo, por un lado, el hecho de que el Estado, no debe interferir en la actividad de una persona que actúa conforme al ordenamiento jurídico y, por otro, que sólo puede intervenir ejerciendo su poder punitivo cuando la persona realice un comportamiento reprimido por una ley. 376

Por esta razón, procede afirmar que una vez admitido el principio de legalidad, la alternativa entre el argumento autoritario de que "está prohibido lo que el legislador no ha declarado expresamente permitido", y el liberal de que "está permitido lo que el legislador no ha declarado expresamente prohibido", se resuelve en favor de este último[27]. 377

---

23 WRIGHT, p. 101 y 103.
24 ALCHOURON/BULYGIN, p. 198.
25 CAPELLA, 1968, p. 71 s.
26 CAPELLA, 1968, p. 73.
27 KLUG, 1968, p. 33.

378 Por fin, es interesante señalar la manera amplia en que Ferrajoli[28] percibe el principio de legalidad y que tiene repercusiones en sus fundamentos. Este autor distingue, por un lado, entre un sentido formal del mismo (*nulla poena, nullum crimen sine lege*) y que constituye una norma dirigida a los jueces en relación con las leyes vigentes a las que están sometidos y, por otro, un sentido estricto (*nulla lex poenalis, sine actione..., sine defensione*) y que, por el contrario, es una norma dirigida al legislador acerca de la elaboración válida de las leyes penales.

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

1. La ley como fuente del derecho penal

a. Noción de ley

379 En el art. II del Título Preliminar se prevén los dos extremos del principio de legalidad: por un lado, declara que los delitos y las faltas deben estar previstos en la ley vigente en el momento de su comisión y, por otro, establece que sólo se impondrán las penas y medidas de seguridad establecidas en dicha ley[29]. Así, se estatuye, de manera taxativa, que la ley es la única base de la incriminación de comportamientos y de la imposición de sanciones penales. En esto radica una de las diferencias esenciales con el derecho civil. Según el art. VIII del Título Preliminar del Código Civil, los jueces "no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley" y si este fuera el caso, se dispone, en la segunda parte de este mismo artículo, que ellos "deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano". En materia civil, los jueces pueden, en consecuencia, recurrir ampliamente a otra fuentes para resolver el caso *sub iudice*, mientras que en materia penal están más sometidos a la ley cuando se trata de determinar si el comportamiento a juzgar constituye un delito y cuál es la pena que debería aplicarse al responsable.

380 Respecto al principio de legalidad, el sentido que se da al término "ley" no difiere en el fondo del que se le atribuía en sus origines.

---

[28] FERRAJOLI, p. 380.

[29] STC, Exp. Nº 010-2002-AI/TC Lima, § 8.1; STC, Exp. Nº 002-2001-AI/TC, fundamento jurídico Nº 6.

Conforme a la concepción de la separación de poderes, admitida por los filósofos del siglo XVIII, la competencia para incriminar penalmente comportamientos y establecer las penas aplicables a sus autores debía ser exclusiva del poder legislativo, sólo facultado para adoptar estas decisiones "respetando los intereses de la mayoría y de la minoría"[30]. Ello supone que el poder estatal emana del pueblo, y que la división de poderes es la base de su organización. De allí que se considere que el "fundamento democrático del principio de legalidad significa que sólo el Poder Legislativo es el capacitado para dictar leyes, por ser el representante de la voluntad popular. Esto tendría ventajas de carácter técnico y político"[31]. Así, la ley, pilar básico del Estado de derecho, tiene su fuerza y legitimidad de la soberanía del Estado. Además, sigue siendo elaborada sobre la base de la idea de que la sociedad es homogénea, debido a que se sigue pensando que la convivencia presupone un solo sistema de valores. Idea que oculta el hecho de que se trata de un sistema impuesto por el sector social dominante en detrimento de los correspondientes a las comunidades de culturas diferentes. Dicho criterio ha sido flexibilizado en la medida en que, en el art. 149 de la Constitución, se admite que un sector social, constituido por las comunidades campesinas y nativas, crea sus propias reglas (derecho consuetudinario) y las aplica por intermedio de sus autoridades en su "ámbito territorial"[32]. De modo que no sólo se admite la presencia de un derecho consuetudinario penal, sino que también restringe el poder del Estado, en razón a que el respeto de las otras culturas debe impedir la "criminalización" de los comportamientos de los miembros de dichas comunidades, cometidos conforme a sus pautas culturales. En ambos casos, el límite es que las normas contenidas en las reglas consuetudinarias[33] y,

---

30 MARINUCCI/DOLCINI, p. 31, 38.

31 BRICOLA, 1965, p. 245; JESCHECK/WEIGEND, § 15 I 1 ss.

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

33 Sin embargo, hay que indicar la imprecisión y las limitaciones de la expresión "derecho consuetudinario", en la medida en que no comprende sino una parte, por ejemplo, del denominado "derecho comunal". Éste está también constituido

por tanto, los comportamientos que regulan no contradigan los derechos fundamentales. Esta barrera es básica y compensa el abandono que implica la admisión parcial del derecho consuetudinario de dichas comunidades; así, por ejemplo, es inadmisible que se acepten penas corporales por el simple hecho que es costumbre aplicarlas y, así mismo, que no se repriman los maltratos físicos a menores y mujeres por ser tradición practicarlos en algunas de dichas comunidades.

381 Las diversas constituciones que se han sucedido en el Perú fueron elaboradas teniendo como base el criterio de que la ley es expresión de la soberanía del Estado[34]. Según la Constitución de 1993, de manera semejante a la Constitución de 1979, la potestad de "dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes" corresponde al parlamento (art. 102, inc. 1); pero así mismo, se le reconoce la potestad de "delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado en la ley autoritativa". Basándose en estas disposiciones, el gobierno dictó el DLeg Nº 635, del 3 de abril de 1991, promulgando el Código Penal vigente. Así mismo, con este procedimiento lo ha modificado en varias ocasiones. Si bien la misma Constitución establece, en el segundo párrafo del artículo antes citado, que los mencionados decretos legislativos "están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley", las posibles ventajas del sistema de delegación de la facultad legislativa no sólo dependen de la manera como el Poder Ejecutivo la utiliza, sino también y, sobre todo, por la manera como el Congreso, en el momento de dictar la ley autoritativa, establece los alcances de la delegación.

382 La noción formal de ley aparece demasiado restrictiva, pues, no comprende, de manera expresa, los decretos legislativos constitucionalmente permitidos. En consecuencia, debido a que la separación de poderes no se presenta de la manera ideal a como fue concebida en

---

por las reglas que la comunidad va creando para regular su organización y resolver los conflictos que se presenten (por ejemplo, por acuerdo de la Asamblea Comunal. Cf. PEÑA JUMPA, 1998, p. 327 ss., en particular la nota 91; BRANDT, 1987, p. 40 ss.; IDEM, 2003, p. 100 s. Este autor, en la nota 20, señala que "la existencia y vigencia de sistemas de derecho consuetudinario en el país no es uniforme".

[34] PAREJA, p. 357; DE BELAUNDE, p. 102.

sus orígenes, así como al hecho de que –en países como los nuestros– el régimen constitucional es con frecuencia suprimido o desnaturalizado, hay que adoptar una noción más amplia de la ley, en el sentido de que constituye toda disposición legal de carácter general dictada por la autoridad competente.

a.1. Decretos legislativos

El parlamento, conforme a la Constitución, puede delegar facultades legislativas al Poder Ejecutivo. Esta delegación se justifica, en general, por la necesidad de que éste lleve a cabo determinados aspectos de su política, para lo que se requiere una intervención inmediata y la elaboración de normas legales bastante complejas. Es así como ha dictado leyes de delegación legislativa para que se elaboren y dicten disposiciones penales. Un ejemplo especial por su importancia es la Ley Nº 25280, del 30 de octubre de 1990, que autorizó al ejecutivo para dictar el nuevo Código Penal. 383

Si bien este proceder es correcto en la forma, cabe preguntarse si es conveniente que una ley tan importante sea elaborada y promulgada de esta manera, sobre todo si se tiene en cuenta que, en casos como los de las leyes que regulan campos tan amplios de la vida comunitaria, no existe la urgencia de reaccionar ante problemas que exigen una inmediata intervención. Las deficiencias de esta vía aumentan en la medida en que de esta manera se evita el debate parlamentario indispensable para que todas las corrientes políticas se manifiesten, en particular, sobre los criterios de política criminal que fundamentarán la nueva legislación. De acuerdo a la experiencia en este campo, no es suficiente que el parlamento tenga la posibilidad de conocer cómo el Ejecutivo, obligado a darle cuenta, ha hecho uso de las facultades legislativas que le delegó. Este control no se produce de manera eficaz por razones políticas. 384

Uno de los aspectos decisivos de la delegación legislativa es que el parlamento, en la ley que la autoriza, fije de manera precisa sus alcances. La delegación no debe ser tan general y amplia, que implique una abdicación del Poder Legislativo[35]. 385

[35] DONAYRE, p. 140 s.

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

a.2. Gobiernos autocráticos y Decreto leyes

387 Debido a que el régimen democrático parlamentario no se ha consolidado y que el período republicano[36] se ha caracterizado por la sucesión de gobiernos democráticos y de gobiernos autocráticos[37], se plantea el problema de saber cómo deben ser tratados los decretos leyes en relación con el principio de legalidad. Al respecto, hay que tener muy en cuenta el hecho tangible de que dichos decretos, normas generales dictadas por gobiernos dictatoriales, han constituido y constituyen fuentes del derecho penal peruano, en la medida en que han sido y siguen siendo aplicados al amparo de la fuerza de las armas. Una simple observación del ordenamiento jurídico peruano permite constatar que "el sistema legal no se resiente por los cambios periódicos de un régimen 'constitucional' a uno 'de facto'"[38] y que estos últimos "son aceptados como parte del sistema legal y gobiernan por medio de leyes y actos oficiales, controlados por una refinada costumbre y principios constitucionales"[39].

388 Mientras dura el régimen dictatorial, la vigencia de los decretos leyes se basa en una validez de *prima facie* relacionada con su contenido, el

---

[36] Respecto al período republicano es fuente de consulta indispensable, la excelente obra de Jorge BASADRE, *Historia de la República*, 16 tomos.

[37] Conforme al esclarecimiento hecho por NINO, 2000, p. 89 ss.

[38] FURNISCH, p. 62.

[39] FURNISCH, p. 79.

cual debe ser respetuoso de la dignidad de la persona y de los derechos humanos. Además, existen consideraciones morales, como por ejemplo las de seguridad social, orden, paz, que favorecen el reconocimiento de las normas dictadas por quien detenta el poder[40].

Los tribunales nacionales han admitido la validez de los decretos le- 389
yes sin considerar si eran o no respetuosos de los derechos básicos y con un pragmatismo inspirado en un positivismo estrecho. La Corte Suprema sostuvo, por ejemplo, que el "Decreto ley 11049 (Ley de seguridad interior de la República) tiene el mismo valor que los otros decretos leyes (no penales) emanados de la Junta Militar de Gobierno, al estar ésta investida de funciones legislativas, única forma como un gobierno de facto puede dirigir la vida política, económica y jurídica del país"[41]. Es también interesante recordar que el Cuarto Tribunal Correccional de Lima afirmó que las normas dictadas por el Gobierno Revolucionario "son acatadas y aplicadas cotidianamente por los órganos administrativos y jurisdiccionales, de modo que tampoco es admisible se cuestione su legalidad y vigencia"[42]. No conocemos resolución judicial en la que, durante el período de un gobierno de facto, se haya dejado de aplicar algún decreto ley por considerársele expresión de un poder usurpador.

Con relación al aspecto que es materia de este capítulo, la cuestión 390
crucial se plantea cuando se restaura el ordenamiento constitucional. La importancia de la actitud que se adopte ante el reconocimiento de los decretos leyes es mayor en la medida de la trascendencia de las disposiciones dictadas. Un caso evidente es, en materia penal, la dación del vigente Código de Justicia Militar mediante un decreto ley, que no fue tomado en cuenta ni por la Asamblea Constituyente, ni por el gobierno constitucional en el momento de procederse a la armonización con la Constitución de la legislación establecida por el gobierno de facto.

Para comprender mejor cuál ha sido la política que ha predominado 391
ante las sucesivas rupturas del sistema constitucional, recordemos los siguientes casos. La Asamblea Nacional, elegida en comicios convo-

---

40 NINO, 2000, p. 99.

41 ES del 24 de marzo de 1950, en *RJP* 1950, p. 341.

42 Sentencia del 8 de enero de 1974, publicada en el diario *La Prensa* del 10 de enero de 1974, Lima.

cados por el gobierno de facto dirigido por Augusto B. Leguía, aprobó, mediante la Ley Nº 3083, del 25 de septiembre de 1919, "todos los actos practicados por el Gobierno Provisional para hacerse cargo del Poder, para convocar al pueblo al plebiscito nacional y para conservar el orden". Así mismo, por la Ley Nº 11490, del 28 de julio de 1950, se validaron los decretos leyes dictados, violando la Constitución de 1933, por el gobierno instaurado por el golpe militar del 27 de octubre de 1948. Por último, el "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional", instaurado por el golpe de Estado de 5 de abril de 1992, emitió diversos decretos leyes, transgrediendo la Constitución de 1979, y que después fueron validados por la llamada Ley Constitucional de 9 de enero de 1993.

392 De esta manera, no se admitió el criterio doctrinario de que la restauración del orden constitucional tiene como consecuencia la pérdida de vigencia de los decretos leyes dictados por el régimen de facto. Tal vez, la única ocasión en que se aceptó la caducidad de ese tipo de disposiciones fue cuando, por Ley del 20 de diciembre de 1895, se declararon inexistentes las dictadas durante los años 1894 y 1895. El criterio aceptado es más bien el de la supervivencia de los decretos leyes hasta el momento en que sean derogados y sustituidos o modificados por el nuevo Congreso. En doctrina también se postula el criterio de la revisión, según el cual una vez restaurado el régimen constitucional, el Congreso debe proceder a una revisión de los decretos leyes para decidir sobre su mantenimiento en vigencia o su abrogación.

393 Teniendo en cuenta la práctica nacional de admitir que las disposiciones legales de los gobiernos de facto son válidas, mientras no sean modificadas o derogadas o de manera implícita[43], cuando no sean cuestionadas, Pareja Paz Soldán [44] sostuvo que se trataría de una "convalidación implícita" por su aplicación y cumplimiento. Da como ejemplo, el caso del Congreso constitucional de 1963, el cual cada vez que consideró inapropiado o lesivo un decreto ley, procedió rápidamente a derogarlo o modificarlo "pero adviértase –señala Pareja–, que ha utilizado los términos 'deróguese' o 'modifíquese', lo que implicaba que reconocía su previa existencia y validez". Se puede afirmar, conclu-

---

[43] Ver GARCÍA BELAUNDE, 1977, p. 115.

[44] PAREJA PAZ SOLDÁN, p. 358, Cf. RUBIO/BERNALES, p. 310 s. Cf. GARCÍA BELAUNDE, Anexo al libro de PAREJA, p. 600; 1976, p. 49; 1977, p. 115 ss.

ye este autor, "que el Parlamento ha prestado, cuando menos, un asentimiento tácito a aquellos decretos leyes sobre los cuales no se ha pronunciado y que siguen siendo acatados y cumpliéndose".

Las razones avanzadas para justificar estas soluciones se basan sobre 394
todo en la necesidad de favorecer la seguridad jurídica, la cual es indispensable para el desarrollo normal y continuado de las relaciones de los individuos entre sí y de éstos respecto al Estado. Si durante el período en que domina el gobierno de facto, el derecho se inclina ante la fuerza de quienes usurpan el poder estatal y asumen ilegítimamente funciones legislativas, en la época que sigue a su caída el derecho indebidamente estatuido es reconocido como un hecho consumado, en la medida en que no es derogado o revisado por las autoridades constitucionales.

Desde esta perspectiva, no creemos que sea correcto recurrir a crite- 395
rios como el de "situación de urgencia" o del "asentimiento expreso o tácito de los gobernados"[45], para admitir los decretos leyes como fuente del derecho penal en nuestro país. Nos parece conveniente recordar con Kelsen que el Principio de la legitimidad ("las normas jurídicas permanecen válidas mientras no sean derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine") únicamente vale en determinadas circunstancias. Deja de valer en el caso de una revolución, entendida esta palabra en su acepción más general; de tal manera que abarque el llamado "*coup d'état*". En una revolución, en este sentido amplio, ocurre siempre que el orden jurídico de una comunidad es nulificado y substituido en forma ilegítima por un nuevo orden; es decir, cuando la substitución no se hace en la forma prevista por el orden anterior[46]. Esta substitución se da aun cuando el régimen legal reconozca vigencia a las normas anteriores, ya que por este hecho éstas no pueden seguir siendo consideradas como las mismas. Lo importante, sin embargo, es que el reconocimiento de las disposiciones legales dictadas se haga, sobre todo a las impuestas por un gobierno autocrático, apreciando su contenido, el cual debe ser justo y respetuoso de los derechos básicos. En este sentido, podría llegarse a sostener, como lo hace Nino[47], que este es el aspecto decisivo y el del origen formal de la disposición legal.

---

45 Bramont Arias, 1950, p. 18.
46 Kelsen, 1968, p. 137.
47 Nino, 2000, p. 100, 106.

396 Con el fin de crear el marco jurídico-legal para evitar la repetición de golpes de Estado, la Asamblea Constituyente incorporó, en la Constitución de 1979, primero, el mandato de que "nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asuman funciones o empleos públicos en violación de los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen" (art. 82, pf. 1); segundo, declaró la nulidad de "los actos de toda autoridad usurpada"; y, por último, consagró el derecho del pueblo a insurgirse "en defensa del orden constitucional" (art. 82, pf. 2). Lo que, como podía esperarse, lamentablemente, no fue obstáculo para que el orden constitucional fuera de nuevo interrumpido y que el régimen surgido del golpe de Estado promoviera la dación de una nueva Constitución, en la que tampoco se dejaron de establecer normas similares a las de la Constitución de 1979, orientadas a prevenir nuevas usurpaciones de poder. Así, en el art. 46 de la Constitución de 1993, se dispone que "nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes"; que la "población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional", y, así mismo, que son "nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas". Para consolidar el Estado de derecho no bastan este tipo de declaraciones hipócritas, sino que es indispensable que se creen las condiciones sociales y económicas que son necesarias para la estabilidad de las instituciones y la justicia social.

a.3. Decretos supremos y reglamentos

397 Tratándose de ciertas leyes que regulan un amplio campo de actividades o el funcionamiento de ciertos sectores de la vida del país, es evidente que para su aplicación se requiere la dación de normas reglamentarias[48]. Esta labor se realiza mediante decretos supremos y reglamentos, que tienen como fin determinar y particularizar los modos de aplicación de las leyes, decretos legislativos o decretos leyes.

398 Cuestión interesante respecto al principio de legalidad es la de saber si esta actividad de reglamentación comprende o no las disposiciones de carácter penal contenidas en una ley general. La respuesta depende de cómo se comprenda tanto la tarea de incriminar comportamientos delictuosos como la de reglamentar leyes.

---

[48] DONAYRE, p. 133 ss.

Si en las disposiciones penales, según el principio de legalidad, como garantía a las personas, se debe fijar en qué consiste el delito y qué pena se aplicará a su autor, resulta inútil reglamentarlas. La autoridad competente para reglamentar mediante decretos supremos o resoluciones ministeriales, no lo es para dictar o modificar leyes penales. Si procediese a reglamentar la disposición penal, tendría que limitarse, por tanto, a repetir lo establecido en la norma general (*intra legem*), ya que no debe sobrepasar o restringir los alcances de la norma general mediante una disposición que sea *preater legem o contra legem.* De modo que, de manera superflua, repetiría la descripción del acto incriminado y la pena prevista para su autor. 399

Este criterio es admitido por la doctrina peruana[49]. Pero por el contrario, en la práctica se aplica otro, lo que ha provocado confusión e inseguridad, debido a que se ha incurrido en verdaderas violaciones al principio de legalidad, en la medida en que se modifican los tipos legales y se alteran las penas previstas en la ley que se reglamenta. Mediante la norma reglamentaria, se procede en realidad a una interpretación de la norma reglamentada, con el objeto de precisarla o aclararla. Sin embargo, este tipo de proceder parodia a la llamada interpretación auténtica, la que es sólo de la competencia del Poder Legislativo y no de una autoridad administrativa sin capacidad de legislar. Por lo que se trata de un atentado contra el principio de legalidad, puesto que produce incertidumbre y no ofrece la garantía que éste debe brindar[50]. 400

Es interesante recordar el caso del DL Nº 19609 que, en su art. 5, disponía la represión penal (conforme a los art. 186 y 188 del entonces Código Sanitario, derogados por el DLeg Nº 121, art. 12)[51] de las 401

---

49 BRAMONT ARIAS, 1950, p. 22.

50 En el caso que analizamos, la situación se complicaba porque en el artículo 20 del DS Nº 0023-73-SA, se estatuía que "el personal de las instituciones de salud públicas y privadas que no cumplan con lo dispuesto en el DL Nº 19609, incurren en los delitos previstos en los incisos a, b, y c del art. 185, y serán sancionados con las penas señaladas por los art. 186 y 188 en su caso, del Código Sanitario". Lo que no era sino una repetición de lo establecido en el art. 5 del DL Nº que se reglamenta.

51 Ley General de Salud, Nº 26842, del 15 de julio de 1997, deroga todas estas disposiciones. (Disposición cuarta de las Disposiciones complementarias, transitorias y finales).

personas responsables de la conducción de las instituciones de salud pública y privadas, cuando en los establecimientos a su cargo no se prestara "atención médico-quirúrgica" (art. 2) a "las personas que se encuentren en riesgo grave de salud o vida, como consecuencia de una situación de emergencia" (art. 1) o cuando no contaran "con los recursos materiales y de personal necesario para cumplir eficientemente su cometido" (art. 13).

402 En el Decreto Supremo Nº 0023-73-SA, del 25 de enero de 1973, por el que se reglamentó el decreto ley antes citado, se estableció cuáles son las "instituciones de salud públicas o privadas" (art. 1) y lo que debe comprenderse por "situación de emergencia" (art. 2) y por "atención o servicio médico quirúrgico de emergencia" (art. 3); se disponía que el "responsable penal es el médico que efectúa la calificación" del estado de salud del paciente y que los representantes de la Institución y ella misma son responsables solidarios con el médico para el resarcimiento del mal ocasionado (daño en la salud o muerte). Por estas circunstancias y, además, por la forma tácita en que se ha derogado el aspecto penal del art. 5 del decreto ley reglamentado, nos ha parecido oportuno proporcionar este ejemplo típico de la defectuosa técnica legislativa utilizada.

b. Noción de delito

403 En el art. II del Título Preliminar, el legislador ha creído conveniente mencionar tanto los delitos como las faltas. Con estos términos no se refiere sólo al tipo legal sistemático, que consiste en la descripción esquemática que hace de la acción delictuosa en el precepto de las normas penales[52]. Deben ser más bien comprendidos en el sentido de lo que en alemán se llama *Garantietatbestand* ("tipo legal de garantía"); es decir, el conjunto de elementos que debe reunir una conducta para que su autor sea punible (adecuación a la descripción formal, el desvalor jurídico: antijuricidad; la reprochabilidad a su autor: culpabilidad), con excepción de las condiciones procesales necesarias[53].

---

[52] Según la doctrina imperante, tipo legal en sentido estricto. Cf. *infra* Nº 1058 ss.

[53] Sobre la necesidad de admitir esta clase de tipo, consultar: ZAFFARONI, 1973, p. 177 s.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 419; Ricardo NÚÑEZ, 1974, p. 75; JESCHECK/WEIGEND, § 25 I 3; MAURACH/ZIPF, § 19 Nº 39; TIEDEMANN, 1969, p. 172 ss.; ENGISCH, 1954, p. 129; contra: BRICOLA, 1965, p. 319.

Una cuestión interna al derecho penal es la de determinar si el principio de legalidad, concerniente sin duda alguna a la parte especial del Código Penal, también es aplicable a las normas referentes a la parte general. 404

Como los presupuestos de punibilidad son regulados en las normas de la parte general del Código Penal, ésta también está regida por el principio de legalidad[54]. Contra esta afirmación no se puede invocar el simple factor de técnica legislativa que permite distinguir, en los Códigos penales, una parte general y otra especial. Las disposiciones de la parte general, en la medida en que regulan las condiciones generales de la represión, son complementarias a las reglas de la parte especial. En consecuencia, también están concernidas por el principio de legalidad[55]. Si se admitiese el criterio de que la parte general es siempre incompleta, podría pensarse que es posible complementarla recurriendo al derecho consuetudinario, aún en detrimento del imputado. De modo que el legislador que dicte una norma estatuyendo un delito calificado por el simple resultado atenta contra el principio de legalidad; es decir, reprimiendo por lo que ocurre y no por lo que se hace u omite. Lo mismo sucede si el juez impone una pena al agente que no ha actuado culpablemente. Es estos casos, "se termina castigando como si fuera el mismo delito distintas clases de acciones, sólo porque han resultado vinculadas –a veces con bastante laxitud– con la misma consecuencia"[56]. 405

En un ordenamiento como el peruano, en el cual el Código Penal estatuye el principio de culpabilidad[57] al decretar, en el art. VII del Título Preliminar, que "la pena requiere de la responsabilidad penal del autor" y proscribir "toda forma de responsabilidad objetiva", el legislador no debería establecer penas por la mera producción de un resultado. Cuando lo hace, viola, en última instancia, el principio de legalidad. Así, por ejemplo, cuando agrava la pena del delito de terrorismo (art. 2 del DL Nº 25475)[58], se limita a decir, en el art. 3, inc. c, último párrafo, "si como efecto de los hechos contenidos en el 406

---

54 WAIBLINGER, 1955, p. 235; GERMANN, 1954, p. 24.

55 Cf. STRATENWERTH, 1996, § 4 Nº 8; cf. sobre el derecho consuetudinario cf., Nº 7, 365, 380, 405.

56 SOLER, 1976b, p. 285.

57 Cf. *infra* Nº 1563, 1755 ss.

58 Ver STC del 3 de enero de 2003, Exp. Nº 010-2002-AI/TC.

artículo 2 de este Decreto Ley, se producen lesiones graves a terceras personas". La deficiente redacción de esta disposición deja abierta la posibilidad de que se imponga cadena perpetua por el simple hecho de que se haya causado dicho perjuicio (responsabilidad por el resultado u objetiva). La consecuencia principal de lo expuesto es que el legislador no tiene, dentro de un sistema normativo en que imperan ciertos principios, libertad absoluta para considerar como punibles cualquier clase de hechos o agravar la represión sin tener en cuenta la responsabilidad del agente.

VI. No hay delito, no hay pena sin ley cierta

407 Esta forma de expresar el principio de legalidad ha sido desarrollada en diversas direcciones[59], las cuales son señaladas adicionándole una precisión determinada. Pueden mencionarse las siguientes:

408 *No hay delito, no hay pena sin ley escrita.* De esta manera se pone en primer plano el carácter escrito del derecho penal y, por tanto, la exclusión del derecho consuetudinario para calificar los actos de delictuosos y fijar la pena correspondiente a los responsables.

409 *No hay delito, no hay pena sin ley precisa.* Así se busca indicar que la ley debe ser redactada de la manera más exacta posible para que los destinatarios sepan cuáles son los actos incriminados y la sanción que les corresponde.

410 *No hay delito, no hay pena sin ley estricta.* Con esto se trata de subrayar que una vez que la ley ha sido dictada, ésta llega a ser la única fuente para el juez, quien no puede agravar la situación del procesado mediante la aplicación de una disposición legal por analogía.

411 *No hay delito, no hay pena sin ley previa.* Si la regla de base estatuye que el delito y la pena deben estar previstos en la ley, se deduce lógicamente que no se puede disponer en una ley la represión de un comportamiento, socialmente conforme, después de haberse cometido y tampoco que el juez aplique una ley a un acto realizado antes de la entrada en vigor de la ley. Para que un comportamiento sea punible

---

[59] Cf. por todos: ROXIN, 1997, § 5 Nº 8 ss.; JAKOBS, 1991, 4/2,10 ss.; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 1 Nº 1, 8, 24 ss.; RUDOLPHI, en RUDOLPHI/HORN/SAMSON, SK, § 1 Nº 1, 6, 11, 17, 22 ss.

es indispensable que la ley que lo incrimina y prevé la sanción aplicable sea anterior a su comisión. Este es el llamado efecto de la no retroactividad de la ley.

Los alcances de los adjetivos: escrita, precisa, estricta y previa no pueden ser determinados con nitidez. Además, las consecuencias que pueden derivarse de cada uno de ellos se entrecruzan y confunden. Por esto, resulta más bien decisivo considerar el fondo de la cuestión, dejando de lado la terminología utilizada por ser demasiado simplificadora. Así, conviene destacar mejor las reglas esenciales que se deducen del principio de legalidad. Se trata, por un lado, de un mandato de orden preceptivo, que dispone que los actos incriminados y las sanciones deben ser establecidos en la ley de modo suficientemente preciso y, por otro, de tres preceptos que prohíben la analogía, del recurso al derecho consuetudinario y de la retroactividad de la ley penal. 412

1. Noción de certeza

En el art. II del Título Preliminar se hace referencia a que el acto esté "previsto como delito" y que la pena o medida de seguridad se "encuentren establecidas" en la ley. Así, no se ha considerado necesario retomar la fórmula más estricta del art. 3 del Código derogado, en el que se exigía que la calificación de una acción u omisión como infracción punible debía ser formulada "de manera expresa o inequívoca"[60]. De esta manera, parecía que se buscaba fijar una reserva de carácter absoluto, en el sentido de la concepción original del principio y de la convicción predominante en esa época, sobre la necesidad y ventajas de la legislación[61]. Beccaria[62], uno de los propugnadores del principio de legalidad en el siglo XVIII, estaba en favor de que, al legislar, se utilizara el lenguaje corriente, de manera que el código constituyera un "libro de familia", mediante el cual cada uno podía saber qué actos eran prohibidos y con qué penas eran sancionados 413

---

60 El art. 10 del CP suizo dice "*Ausdrücklich*" o "*expressément*" (expresamente) y así ya figuraba en el Proyecto de 1918; mas no en el Proyecto-texto de agosto de 1915. Por esto sería más exacto considerar como fuente directa de nuestra disposición el artículo 10 del Código italiano de 1889.

61 Cf. *supra* Nº 366 ss.

62 BECCARIA, 1979, p. 56, s.

sus autores. De esta forma, se forjó la ficción expresada en la frase "la ignorancia de la ley no excusa" (*ignorantia juris criminalis nocet*)[63] que perduró en nuestro derecho, puesto que en el art. 87, párrafo 2, del Código derogado, se disponía que "la ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión"[64]. Criterio abandonado en el Código de 1991, mediante la regulación más adecuada del error de prohibición[65] (art. 14, párrafo 2).

414 Cuando se exige que la ley sea establecida con claridad y certeza, no se tiene muy en cuenta, en primer lugar, que el lenguaje no es un instrumento exacto que permita reproducir con fidelidad la realidad de lo que se habla[66]. En segundo lugar, que las normas jurídicas, por su peculiar naturaleza, sólo son fórmulas generales, elaboradas a través de un complicado proceso de abstracción y concreción[67]. Como las palabras, estas normas son "caracterizaciones, que si bien permiten reconocer con facilidad los casos concretos típicos, están circundadas por una considerable zona de penumbra en la que tendrán cabida los casos dudosos"[68].

415 Por estas razones, debe reconocerse que la reserva impuesta por el principio de legalidad sólo es de carácter relativo. Por lo tanto, no se ajusta a la realidad sostener que los textos legales deben ser claros e inequívocos[69]. Creían en esta ilusión, por el contrario, los autores del Proyecto de 1985 (agosto), en la medida que no se limitaban a exigir que el legislador describiera el delito "de manera expresa e inequívoca", sino que agregaban, además, que debía hacerlo "sin dejar duda sobre los elementos que [la] integran". Así, pensaban

---

63 ANCEL, 1981, p. 233; WAIBLINGER, 1955, p. 226.

64 Cf. *infra* Nº 1706 ss.

65 Cf. *infra* Nº 1720 ss.

66 Las palabras y conceptos no son claros, precisos e inequívocos. Por esto, GERMANN 1946, p. 113, dice justamente que el texto legal es con mucha frecuencia la exposición incompleta del pensamiento del legislador; IDEM, 1953, Nº 6/3.

67 ENGISCH, 1975, p. 101.

68 CARRIÓ, 1971, p. 68.

69 Ver art. 354 CP, que reprime al juez o fiscal que "dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley...", y también el art. 422 que reprime al juez que se niega a administrar justicia o que elude juzgar "bajo pretexto de defecto o deficiencia de la ley". En el art. 358 del Código derogado se decía "bajo pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley...".

que era posible redactar normas claras cuya aplicación no diera lugar a vacilaciones, lo que podía conducir a propugnar la inutilidad de la interpretación.

2. Incertidumbres en que incurre el legislador

a. No descripción del delito

En el mismo Código Penal no se ha respetado el mandato de que se debe individualizar el comportamiento incriminado. Esto sucede, por ejemplo, cuando el legislador se ha limitado a mencionar el comportamiento en cuestión, pero sin caracterizarlo en forma mínima. Por ejemplo, cuando en los artículos 114 a 120 regula la represión del aborto no dice en qué consiste el comportamiento que debe realizar el autor, sino que se limita a decir el que "causa el aborto" (art. 115) o "hace abortar". Con frecuencia, se justifica esta técnica legislativa diciendo que en estos casos el legislador se remite al criterio imperante en la doctrina y jurisprudencia. De ser esto correcto, bien hubiera podido hacerlo con otros delitos; como con el homicidio o el hurto. Respecto al primero, al redactar el art. 106, hubiera podido limitarse a decir "el que comete un homicidio", sin embargo consideró conveniente describir este delito diciendo "el que mata a otro". La descripción del comportamiento punible es aún más detallada en el art. 185, en el que se regula el hurto. Según esta disposición, comete hurto, "el que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra". Esta manera general y esquemática de describir los comportamientos delictuosos, señalando sus elementos constitutivos fundamentales, está más de acuerdo con la finalidad del principio de legalidad. 416

b. Empleo de cláusulas generales

Un factor también limitador del objetivo de garantía del principio de legalidad es el empleo, en la elaboración de las disposiciones penales, de términos o expresiones demasiado generales, extensivas. Esto causa incertidumbre en cuanto al fin perseguido o al campo de aplicación de la norma[70]. En doctrina, se conoce esta clase de nor- 417

[70] WAIBLINGER, 1955, p. 261. ENGISCH, 1954, p. 143, señala con justeza que muchos elementos descriptivos son también indeterminados.

mas con el nombre de cláusulas generales (*Generalklauseln*)[71]. Sin embargo, hay que recordar que su uso es casi inevitable, por lo que el riesgo no reside en el simple hecho de utilizarlas, sino más bien en la manera como son empleadas.

418 Puede citarse a título de ejemplo la forma como el legislador ha descrito el delito de traición a la patria. Lo comete, según el art. 325, "el que practica un acto dirigido a someter a la República, en todo o en parte, a la dominación extranjera o a hacer independiente una parte de la misma". Mediante la expresión "un acto dirigido a" no se individualizan suficientemente las acciones que pueden ser consideradas como constitutivas de este delito. Los juristas y la jurisprudencia suizos afirman con relación al art. 265 de su Código Penal, cuyos antecedentes son la fuente inmediata de nuestra disposición, que la expresión "*acte tendant à*" (acto dirigido a) es tan amplia que comprende aun los actos preparatorios[72]. Si se tiene en cuenta la pena prevista por el legislador peruano (pena privativa de libertad no menor de quince años), se entiende con más facilidad la insuficiencia con que ha sido descrito dicho delito. La situación evolucionó con claridad en detrimento del principio de legalidad cuando la denominación de traición a la patria fue utilizada para designar otras conductas, en particular las relacionadas con el terrorismo; baste con indicar que, aun cuando se da la impresión de describir en detalle un determinado comportamiento, se continua descuidando la exigencia establecida por éste. Esto se debe, en especial, a que se utilizan expresiones vagas; por ejemplo, cuando para describir una forma de terrorismo se hacía referencia a realizar "actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos" (DL Nº 25475, art. 4). Vaguedad que no es suprimida, sino más bien acentuada por la enumeración que se hace, en esa misma disposición, de los actos de colaboración[73].

419 Es también vaga la descripción del comportamiento incriminado en el art. 389 de la Ley Nº 26859 del 1 de octubre de 1997 (Ley Orgánica de Elecciones). Según esta disposición, se reprime con pena privati-

---

71 NAUCKE, 1973, p. 3.

72 SCHWANDER, 1966, Nº 720.

73 Cf. STC del 3 de enero de 2003, dictada en el Exp. Nº 010-2002-AI/TC por la que se declara la inconstitucionalidad de estas disposiciones.

va de libertad no menor de dos años a "aquel que haga propaganda electoral, cualquiera que sea el medio empleado, en las horas en que está suspendida; o aquel que atenta contra la ley, las buenas costumbres o agravia en su honor a un candidato o a un partido". Es evidente que en este caso, por ejemplo, no se establece ninguna referencia clara para individualizar el acto que debe ser ejecutado cuando se mencionan los atentados contra la ley (¿sólo la ley electoral?) o las buenas costumbres (fórmula suprimida en el Código Penal).

El caso es más complejo cuando se da la impresión de describir en 420
detalle un determinado comportamiento, para lo cual se utilizan una serie de expresiones vagas; por ejemplo, cuando para definir el delito de terrorismo se hace referencia a que se cometa "empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado". La indeterminación de estas últimas expresiones, hace imprecisa la descripción en sí del acto que se debe ejecutar: provocar, crear o mantener "un estado de zozobra, alarma o temor en la población..." (art. 2, del DL Nº 25475, del 6 de junio de 1992).

c. Uso de términos vagos

Otro factor que determina una comprensión relativa del principio 421
de legalidad, es el uso frecuente de términos o expresiones que dan al juez, como a todo intérprete, un marco bastante amplio de apreciación. A dichos términos se les denomina, en doctrina, elementos normativos, porque exigen una apreciación especial de valor para determinar sus alcances significativos[74]. A título de ejemplo, basta indicar las siguientes expresiones: "disminuyendo prudencialmente la pena" (art. 16, pf. 2; art. 21), "se esforzará seriamente por impedir" (art. 19), "afecten gravemente su concepto de la realidad" (art. 20, inc. 1), "elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos" (art. 72, inc. 2), "gran crueldad" (art. 107, inc. 3), "práctica de un acto obsceno" (art. 183, inc. 2), "abusa de la posición monopólica u oligopólica en el mercado" (art. 232), "droga para el propio e inmediato consumo" (art. 299), "un acto arbitrario cualquiera" (art. 376).

---

74 Cf. Nº 1080 ss.

422 La absoluta certeza que se proclama como exigencia del principio de legalidad está, por tanto, lejos de constituir una realidad. Por esto no es razonable pretender que las leyes penales se redacten de manera clara y exacta, como si en el acto de describir una acción hubiera un sentido en el cual a todo "inexacto" le corresponde un "exacto". En realidad, quien crea poder alcanzar esta perfección "persigue un espejismo que [le] elude perpetuamente"[75].

423 El lenguaje no es un instrumento tan delicado y preciso que permita describir con exactitud la experiencia. Cada uno de los términos o fórmulas empleadas para hacer una descripción da lugar a dudas en cuanto a su significación. Todo intento para precisar sus alcances no puede hacerse sino recurriendo a otros términos y conceptos, los que a su vez deben, nuevamente, ser explicados[76]. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando el legislador trató de precisar lo que son "actos de colaboración" reprimidos según el art. 4 de la ley sobre terrorismo (DL Nº 25475). Así, por ejemplo, en el párrafo f de esta disposición, se dispone que son actos de colaboración "cualquier forma de acción económica, ayuda o mediación hecha voluntariamente con la finalidad de financiar las actividades de elementos o grupos terroristas". Esta definición implica, al menos, que se determine lo que se entiende por "cualquier forma de acción económica" y, luego, la explicación que se dé requerirá nuevamente ser precisada y así sucesivamente.

424 En vista de estas circunstancias, el legislador debe tratar más bien de establecer modelos de acción (elaboración del tipo legal) recurriendo a los criterios de generalización y diferenciación, o a instaurar conceptos cuya claridad depende del acuerdo que existe en cuanto a su contenido y límites. Por esto Noll afirmó, sin mayores pretensiones, que "las labores de precisión le serán facilitadas al legislador cuando pueda disponer de un lenguaje ampliamente unitario en la teoría científica"[77]. Los juristas tienen, pues, una gran responsabilidad en este ámbito. Un ejemplo de lo que hay que evitar es la substitución del término culpabilidad, comprendido mal que bien en un

---

75 WAISMANN, p. 235.

76 NOLL, 1963, p. 299. Sobre la vaguedad de los conceptos ver NAUCKE, 1973, p. 12; WEX, p. 48.

77 1963, p. 299.

sentido determinado entre los operadores del derecho, por el vocablo responsabilidad que, fuera de ser una innovación teórica poco difundida en nuestro medio, tiene un sentido particular también reconocido tradicionalmente. En todo caso, la imperfección del lenguaje y, por lo tanto, de los textos legales es un factor ineludible que debe ser tenido en cuenta por la técnica legislativa, puesto que da cierta flexibilidad al texto legal, lo que posibilita su adecuación a la realidad cambiante[78]. Como lo hemos señalado, esto hace de la labor de quien interpreta y aplica la ley un proceso creador que, aun cuando ligado al texto legal, implica que se lleve a cabo con cierta libertad[79].

d. Defectos de técnica legislativa

Sin duda alguna que en la medida en que se utilice una técnica legislativa adecuada, la redacción de las disposiciones penales ganará en precisión. Diversas son las técnicas que el legislador emplea en su elaboración. Si nos limitamos a la redacción de los tipos legales, objeto central del principio de legalidad, podemos señalar, por ejemplo, que algunas veces trata de individualizar la acción mediante la enumeración limitada de casos: formulación casuística (delito de uso fraudulento de cheques, art. 215); en otras recurre a una fórmula general (delito de terrorismo, art. 2 del DL Nº 25475) o a ambas, a la vez. En este último caso, la fórmula general es empleada como un correctivo de los inconvenientes propios a la fórmula casuística[80] o la enumeración de casos es utilizada para delimitar la descripción general del delito. Por ejemplo, en el art. 121, se describe el hecho de causar a "otro daño grave en el cuerpo o en la salud" y, enseguida, se introduce una lista exhaustiva de casos mediante la fórmula "se consideran lesiones graves...". 425

Se incurre, por ejemplo, en grave defecto de técnica legislativa cuando se prevé la represión de las "infracciones" contra la movilización 426

---

78 HASSEMER, 1990b, § 1 Nº 14 ss., en especial Nº 19 s.

79 HASSEMER 1990b, § 1 Nº 9: "*Keine Strafe ohne Gesetz ist eine Kampfansage derjenigen, die der Strafgewalt unterworfen sind, und ist die Kette, an welche sie den strafenden Staat legen wollen durch Beschränkung und Kontrolle*".

80 NOLL, 1963, p. 300; HAFTER, 1946, p. 5.

nacional. En la ley que la regula (Ley de Movilización Nacional, DLeg Nº 733, del 8 de noviembre de 1991), art. 36, se dice que constituye infracción el incumplimiento de la movilización nacional, cuyo acatamiento es "obligatorio por [parte de] toda persona natural o jurídica". Esta disposición demasiado vaga trata de ser precisada mediante el art. 38, en el que se prevén diez casos particulares en los que "personas naturales o jurídicas [...] cometen infracciones a la presente ley". Sin embargo, en el inciso 7, se establece que cometen dichas infracciones "los representantes legales de las personas jurídicas comprendidas en los acápites anteriores". De modo que hay que tener en cuenta, por ejemplo, que se considerarán responsables por oponerse o negarse "a restringir y/o reorientar la producción, comercialización, distribución y el consumo de bienes" (inc. 4) tanto a la persona jurídica como a su representante. Además las sanciones previstas (art. 40) son la multa y la privación de libertad. Del art. 41 parecería deducirse que si bien a las personas naturales se les aplicaría ambos tipos de penas, a las personas jurídicas sólo se les aplicaría la pena de multa. Lo que es lógico teniendo en cuenta que no puede encarcelarse a una persona jurídica, salvo que se entienda que esta pena se ejecutará en la persona de sus representantes. Este de por sí confuso resultado, es complicado por lo dispuesto en el art. 37 de la misma ley, en el que se prevé que "toda infracción cometida contra la Movilización Nacional en concertación con otros Estados o sus ciudadanos, se tipifica como delito de traición a la Patria". Sin embargo, no se establece la pena para estos casos agravados, por lo que deberían aplicarse las penas previstas para el delito de traición a la patria en el art. 325 del Código Penal (pena privativa de libertad no menor de quince años) y en el DL Nº 25659 del 13 de agosto de 1992, cuyo art. 3[81] estatuye que la pena imponible es la prevista en el DL Nº 25475, art. 3, inc. a (cadena perpetua). Fuera de la deficiente técnica de reenvío para fijar la pena, resulta incongruente que no se haya pensado en la pena que hay que aplicar a las personas jurídicas que incurran en esta agravante, salvo que se haya considerado que son sus representantes los que deberían ser castigados con una sanción tan grave. Este proceder es evidentemente fuente de violaciones al principio de

[81] Disposición declarada, además, inconstitucional por STC del 3 de enero de 2003, dictada en el Exp. Nº 010-2002-AI/TC.

legalidad y no sólo es debido a la ignorancia jurídica o la falta de técnica legislativa, sino sobre todo a la ceguera política que lleva a quien funge de legislador al dictar una ley tan autoritaria.

427 También resulta oportuno señalar que constituye un defecto de técnica legislativa el hecho de incorporar a la ley criterios teóricos de reciente elaboración doctrinaria y que, por tanto, aún no se han consolidado. Lo que comporta el abandono de nociones conocidas y que han superado, mal que bien, la prueba de la regulación en la mayor parte de las legislaciones y de su aplicación en diferentes ordenamientos jurídicos. Esto sucede, como ya lo hemos indicado, cuando el legislador peruano ha substituido, simplemente, el concepto de culpabilidad (categoría dogmática muy estudiada y discutida) por el de responsabilidad (noción de reciente elaboración y ni siquiera regulada legislativamente en Alemania, país de origen). En el Perú, no se ha estudiado esta noción y, por lo tanto, se le ignora en general. Este hecho traerá como consecuencia que el cambio introducido no pase de ser un cambio de terminología, pues se entenderá, en el mejor de los casos, la responsabilidad en el sentido de culpabilidad. Aun, el mismo legislador no ha dejado de continuar hablando de culpabilidad y esto hasta en el Código Penal, aunque de manera excepcional; por ejemplo, en el art. 353 ("que sean culpables de los delitos previstos en", el Título Delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional).

428 Así mismo, se puede considerar como defecto de técnica legislativa el hecho de que se suprima del Código Penal, por considerarla contraria al principio de culpabilidad, la agravación de la pena a título de reincidencia, pero se la continúe utilizando en la legislación complementaria. Por ejemplo, en los art. 189 de la Ley sobre derechos de autor (DLeg Nº 822 del 24 de abril de 1996), 41 de la Ley de Movilización Nacional (DLeg Nº 733 del 12 de noviembre de 1991), 37 de la Ley de los delitos aduaneros (Ley Nº 28002 del 19 de junio de 2003).

429 Además de las deficiencias anotadas, hay que destacar que con frecuencia no se tiene en cuenta que cualquier modificación de uno de los elementos del ordenamiento jurídico, debido justamente al carácter sistemático de éste, produce efectos inesperados en algunos aspectos de su estructura. Olvidar esto, en relación con la determinación de las conductas delictuosas, implica disminuir las posibilidades de lograr la certeza que exige el principio de legalidad. Un caso interesante es el ocasionado por lo dispuesto en el art. 40, segundo pá-

rrafo, respecto a los empleados de las empresas estatales y de economía mixta, con relación a quiénes deben ser considerados servidores y funcionarios públicos (art. 425, inc. 5) y, por tanto, con los delitos contra la administración pública.

3. Certeza en la determinación de la pena y de las medidas de seguridad

a. Penas

430 No hay pena sin ley previa significa que, de la misma manera como el comportamiento debe ser delimitado en la disposición penal, por un lado, también la sanción punitiva, antes de que el delito sea cometido, debe ser prevista de manera suficiente y, por otro, que el juez debe limitarse a imponer la sanción prescrita.

431 Si nos remontamos a los orígenes del principio de legalidad, hay que señalar que los esfuerzos para concretar sus exigencias desembocaron en la previsión, en los códigos penales, de penas absolutamente determinadas; un caso típico fue, por ejemplo, el Código Penal francés de 1791. Pero, este criterio se reveló injusto e impracticable porque impedía la individualización de la pena, según la gravedad del acto y la personalidad del agente. Para alcanzar este objetivo, se adoptó un sistema flexible.

432 En el Código peruano de 1863 se dividían las penas en grados y términos, dejando al juez un margen de libertad para agravar o atenuar la sanción. En el Código de 1924, se adoptó, siguiendo sobre todo el modelo suizo, un sistema de penas "relativamente indeterminadas", consistente en fijar para cada caso particular el mínimum y el máximum de éstas, facultando al juez para escoger libremente, al interior de estos márgenes, la pena adecuada al delincuente individual. Más aún, el legislador dejó, en muchos casos, un buen margen de libertad al juez para escoger entre dos penas de naturaleza y/o gravedad distintas. No son diferentes los criterios aplicados en el Código de 1991 y, en este ámbito, no es un cambio substancial la substitución de las penas de penitenciaría, prisión y arresto por una sola denominada "pena privativa de libertad".

433 Este aspecto del principio de legalidad debe ser conservado y revalorizado. No porque estimemos que sea posible determinar de manera absoluta la pena, sino porque implica una limitación a los poderes

tanto del legislador como del juzgador. No basta, para proteger efectivamente las libertades de la persona, prever en la parte general las sanciones que puede imponer el juez, sin establecer los límites para cada comportamiento delictivo en particular.

La idea equivocada de que la severidad extrema de la represión penal es el medio eficaz para hacer frente a ciertas formas de criminalidad, ha conducido a introducir en el Código de 1991 límites máximos para la pena privativa de libertad, transformándola así, en estos casos, en una pena tasada. Es el caso de la llamada pena de "cadena perpetua"[82], prevista, por ejemplo, para reprimir la violación sexual de niños menores de 7 años de edad (art. 152), el hecho de obligar a sembrar coca (art. 296-C), el hecho de ser cabecilla de tráfico de drogas (art. 297) y diversos casos de agravación en razón a la producción de la muerte o de lesiones graves en la persona de la víctima (art. 152, 173, 173-A, 189, 279-B). 434

La pena absoluta y tasada en extremo es la pena de muerte. Se ha tratado de reestablecerla, mediante el art. 140 de la Constitución de 1993, para los delitos de traición a la patria en casos de guerra y de terrorismo[83]. A pesar de que en esta disposición, *in fine*, se dice "conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada", esta regla es contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 4.2. En esta disposición se prohíbe la ampliación a casos en que pueda aplicarse la pena de muerte a supuestos no contemplados "actualmente". Ahora bien, en la Constitución de 1979 sólo se la preveía para el delito de traición a la patria en caso de guerra exterior. 435

Un ejemplo claro de la manera deficiente con que, en ciertos casos, se trata de fijar las penas es el art. 37 de la Ley de Movilización Nacional. En esta disposición, en buena cuenta, no se prevé de manera expresa la sanción a imponer a los responsables de una infracción cometida contra esta ley "en concertación con otros Estados o sus ciudadanos". El legislador se ha limitado a indicar que dicho comportamiento "se tipifica como delito de traición a la Patria", con lo que parecería que hace un reenvío a la disposición en que se prevé la represión del citado delito. Esta técnica resulta del todo incongruen- 436

---

82 Cf. STC del 3 de enero de 2003, dictada en el Exp. Nº 010-2002-AI/TC, considerandos Nº 184 y ss.

83 AZABACHE, p. 67, en particular 75 ss.

te en la medida en que son diferentes los comportamientos delictivos calificados de traición a la patria. Si se toma en consideración sólo el art. 325 CP, habría que admitir que el responsable de cualquier infracción contra dicha movilización debería ser sancionado con pena privativa de libertad no menor de quince años.

437 Este ejemplo muestra, igualmente, un proceder bastante utilizado en la legislación complementaria consistente en hacer referencia a alguna disposición de la parte especial del Código Penal, en lugar de fijarla expresamente como lo exige el principio de legalidad. Esto da lugar, algunas veces, a un "sistema de cascada" que crea confusión e imprecisión en la fijación de la pena para el comportamiento incriminado.

438 Para limitar el poder del juez de individualizar la pena, en el anteproyecto de 2004[84] se propone introducir el sistema llamado de "cuartos", por el que se busca precisar las etapas que deben seguirse con dicha finalidad. Así, se estatuye que se fraccione en cuartos el marco establecido por el mínimo y máximo fijado respecto a cada tipo legal. Éstos deben ser considerados, en el caso *sub iudice*, en relación con las circunstancias concurrentes. De modo que si no concurren circunstancias ni atenuantes ni agravantes o sólo atenuantes, la pena debe ser fijada dentro de los márgenes del cuarto próximo al mínimo de la pena conminada. En caso de circunstancias agravantes, la individualización se hará al interior de los límites del cuarto próximo al máximo de dicha pena. Si se dan a la vez circunstancias atenuantes y agravantes, la pena será fijada en el ámbito correspondiente a los dos cuartos intermedios. Las ventajas aparentes de esta vuelta al sistema de grados de los viejos códigos son desvirtuadas por la necesidad de enumerar las circunstancias atenuantes y agravantes particulares; enumeración que es completada, para no dejar lagunas, mediante cláusulas generales. Esto da lugar a ciertos problemas; por ejemplo, el de precisar en qué casos se puede considerar que no se presentan ni circunstancias agravantes ni atenuantes o sólo las primeras. Así mismo, cuando procede descender por debajo del mínimum de la pena prevista.

b. Medidas de seguridad

439 Habiendo sido introducidas las medidas de seguridad en la época del positivismo criminológico italiano, la fórmula "no hay pena sin

---

[84] Art. 49, p. 39.

ley" se refería sólo a las penas (privación o restricción de derechos con carácter represivo). Al ser incorporadas, se negó que su aplicación estuviera sometida a este principio, debido a que fueron del todo separadas de las penas (sistema dualista rígido de sanciones penales).

Fueron introducidas en el Código Penal de 1924, siguiendo el mode- 440
lo de los Proyectos de Código Penal suizo. El sistema dualista adoptado era flexible, en la medida en que permitía, por un lado, la imposición de medidas de seguridad a delincuentes incapaces de culpabilidad y, por tanto, de no ser sometidos a penas y, por otro, a la substitución de las penas impuestas a delincuentes imputables por medidas de seguridad. Este sistema ha sido mantenido sólo en parte en el Código de 1991 (Libro Primero, Título IV, De las medidas de seguridad), puesto que no se prevé la aplicación de medidas de seguridad a los delincuentes plenamente imputables.

Ni en el Código de 1924, ni en las Constituciones de 1933 (art. 57) y 441
de 1979 (art. 2, inc. 20, letra d), la regulación del principio de legalidad comprendía las medidas de seguridad. Como ya lo hemos señalado, a diferencia del Código de 1924, el Código vigente se refiere, expresamente, a éstas al regular el principio de legalidad. Sin embargo, este hecho significativo no tuvo eco en la elaboración de la Constitución de 1993. Al regularse el principio de legalidad, se sigue la orientación de las constituciones anteriores omitiéndose estatuir la aplicación de este principio a las medidas de seguridad. El sometimiento de las medidas de seguridad al principio de legalidad, en oposición al silencio de Constitución, ha sido también previsto en el Código de los niños y adolescentes (Ley Nº 27337, del 2 de agosto de 2000); en su art. 189, se dispone que ningún adolescente podrá ser "sancionado con medida socio-educativa que no esté prevista en este Código".

A pesar de la manera defectuosa como ha sido redactado el art. II del 442
Título Preliminar del Código vigente, no se debe pensar que, a diferencia de lo que se estatuye respecto a la incriminación de la acción, lo decisivo sea que la pena o la medida de seguridad esté sólo prevista en la ley en el momento de ser impuesta. Muy por el contrario, también rige la exigencia de que se trata de la pena o sanción prevista en el momento en que se cometa el delito. Por la manera como ha sido redactado el texto del art. II, no se puede decir que el legislador haya distinguido entre las dos sanciones y que la expresión "se encuentren establecidas en ella [la ley]" sólo concierne a las medidas de seguridad y que, en cuanto a las penas, habría que vincularla a la

exigencia de que se trate de lo estatuido en "la ley vigente al momento de su comisión [del acto]".

443 Bajo la influencia de las ideas positivistas italianas, se pensó que las medidas de seguridad no tenían carácter punitivo ya que su finalidad era la de hacer desaparecer, mediante el tratamiento adecuado, el factor personal que condicionaba la comisión de delitos. En consecuencia, se consideró que las medidas de seguridad, por ser siempre favorables a la persona concernida, debían ser aplicadas desde que estuvieran establecidas en la ley, aun cuando no hubiesen estado previstas en el momento de la comisión del delito[85]. Sólo según este criterio se justifica que la previsión y la aplicación de las medidas de seguridad no estén sometidas a las garantías brindadas por el principio de legalidad. Sin embargo, la distinción, así practicada, entre penas y medidas de seguridad es sólo una ficción. Las últimas son medidas coercitivas que privan o restringen los derechos de las personas y, por lo tanto, deben estar comprendidas en el citado principio[86].

444 El art. II del Título Preliminar del Código de 1991 debe ser comprendido en el sentido de que sólo se aplicarán las medidas de seguridad establecidas en la ley. En el art. 71, se prevén dos: la internación y el tratamiento ambulatorio. Así mismo, que sólo el legislador puede preverlas en las leyes que dicte y disponer en qué casos serán aplicadas. De modo que también para las medidas de seguridad la ley es la única fuente. Por lo tanto, el derecho consuetudinario y la analogía no pueden servir de base a la restricción de derechos a título de medida de seguridad.

445 En la medida en que, en el art. II, se dice que "nadie será sancionado", hay que comprender que el legislador se refiere también a la imposición de medidas de seguridad (sanciones penales) y que, por tanto, sólo procederá hacerlo cuando alguien ha cometido un acto previsto como infracción por la ley vigente en el momento de su comisión. En el inciso 1 del art. 72 se precisa que debe tratarse de "un hecho previsto como delito"; por lo tanto, no basta una falta como podría deducirse del texto del art. II, en el que se alude a "delito o falta". Delito significa un comportamiento típico, conforme al tipo

---

85 Cf. *infra* Nº 872 ss.

86 Cf. STRATENWERTH, 1996, § 4 Nº 8; SCHULTZ 1985b, Anteproyecto art. 2.

legal. Así, en caso de agentes inimputables, a diferencia del referente a los delincuentes imputables relativos, no es indispensable que hayan actuado culpablemente (infracción completa y que da, normalmente, lugar a la imposición de una pena). De esta manera, se adopta el sistema de medidas de seguridad *post delictum*, lo que brinda mayor garantía para las personas puesto que no podrán ser sometidas a dichas medidas sólo por su personal manera de ser (sistema de medidas de seguridad *ante delictum*). Este mismo criterio ha sido admitido respecto a los "infractores adolescentes", que son definidos como aquellos "cuya responsabilidad ha sido determinada como autor[es] o partícipe[s] de un hecho punible tipificado como delito o falta" (art. 184 de la Ley Nº 27337 del 7 de agosto de 2000). No dice cosa diferente el art. 185 de esta misma ley, cuando prevé que "el niño menor de doce años que infrinja la ley penal será pasible de medidas de protección previstas en el presente Código". Es decir que el menor debe cometer un hecho tipificado en la ley penal.

Así mismo, se fija el fundamento de su imposición en el riesgo de 446
que el agente reitere la comisión de delitos. En este sentido, el inc. 2 del art. 72 estatuye la circunstancia de que "del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos". En la índole de esta condición radica el problema esencial relativo a la determinación de la aplicación de las medidas de seguridad. A pesar de la exigencia de que hay que tener en cuenta el "hecho y la personalidad del agente", el pronóstico que debe hacer el juez sobre la probable comisión de nuevos delitos por parte del imputado no deja de ser demasiado aleatorio. Esto se debe, en buena cuenta, al hecho de que no existen criterios científicos o de experiencia para excluir la arbitrariedad en su formulación; por esto se busca establecer ciertas normas para restringirla. Teniendo en cuenta la gravedad de la medida de internación de inimputables, se estatuye que sólo se aplicará cuando "concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves". Criterio que debe ser, también, aplicado en caso de imposición de la misma medida a delincuentes imputables relativos, a pesar de que no lo prevea el art. 77.

Con la misma finalidad, al establecer las condiciones de individuali- 447
zación de las medidas de seguridad (art. 73), se estatuye que la medida que se aplique, en el caso concreto, debe ser proporcional "con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y

de los que probablemente cometiera si no fuese tratado". Esta proporcionalidad se hace depender no sólo del criticable pronóstico de reiteración en el delito, sino así mismo de la gravedad del hecho cometido. De modo que en caso de un delito de poca gravedad, no podrá aplicarse una medida de seguridad basándose en la "peligrosidad" del agente. Sin embargo, aquí pesa también la imprecisión del criterio de la gravedad de los hechos "que probablemente cometiera si no fuese tratado" (art. 73 *in fine*).

448 Este pronóstico, por el contrario, no es exigido por el Código de los niños y de los adolescentes para la imposición de la internación. En el art. 236 se prevé que esta medida sólo podrá aplicarse cuando se trate de un infractor doloso, que el acto se encuentre tipificado en el Código Penal y que la pena sea mayor de cuatro años; por reiteración en la perpetración de otras infracciones graves; y, finalmente, por incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socio-educativa impuesta. Sin embargo, la amplitud de esta disposición reside en que no son condiciones acumulativas, con lo que se extiende demasiado el dominio de aplicación de una medida de seguridad tan grave.

449 Debido a que las medidas de seguridad sólo son reguladas en la parte general, puesto que son impuestas según la personalidad del agente y no de acuerdo al tipo de delito cometido, era necesario regular las condiciones de manera general. La determinación de la duración de la internación es precisada, en forma relativa, cuando se establece que "no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiere correspondido aplicarse por el delito cometido" (art. 75). Sin embargo, como la base de la individualización de la pena es la culpabilidad con que actuó el delincuente, resulta bastante problemático establecer cuál sería la duración en caso del incapaz de culpabilidad que debe ser sometido a la medida de seguridad. La fijación de la duración queda así al arbitrio del juez. Esta imprecisión es, en parte, corregida cuando se establece que el internado debe ser sometido, cada seis meses, a una pericia médica para saber si "las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido" y, si este fuera el caso, hacer cesar su ejecución (art. 75, párrafos 2 y 3).

450 En caso de imputables relativos, alcohólicos o toxicómanos imputables, la duración de la internación no es precisada de manera conveniente. Su limitación en función de la duración de la pena que se les imponga, se establece de modo indirecto cuando, en el art. 77, se-

gunda frase, se dice: "El período de la internación se computará como tiempo de cumplimiento de la pena sin perjuicio que el Juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento". Situación que se agrava en la medida en que de esta manera y, además, conforme a lo dispuesto en la primera parte de la norma citada, se admite la posibilidad, aun parcial, de la ejecución de ambas sanciones: primero la medida de seguridad y, luego, la pena.

Esta deficiencia debió evitarse regulándose cada uno de los casos con- 451
siderados de manera separada, como se hizo con el relativo a los inimputables. El art. 77 aparece como introduciendo subrepticiamente la imposición de medidas de seguridad, las mismas que no eran previstas en los últimos proyectos de reforma del Código Penal. El criterio que pareció primar entre los autores del Proyecto de 1990 fue sólo el de prever medidas de seguridad para los agentes incapaces de ser sometidos a pena.

VII. El principio de legalidad en la jurisprudencia

Si se tiene en cuenta que el principio de legalidad, en uno de sus 452
aspectos, supone que el legislador haya establecido, con anterioridad a la comisión de un delito, las condiciones de punibilidad para que el agente sea procesado y castigado, el saber si ha sido respetado o no implica verificar si el juez o el fiscal han comprobado que dichas condiciones estaban presentes.

En diversas sentencias se invoca, de manera más o menos amplia, la 453
vigencia del principio de legalidad. A pesar de ciertas imprecisiones en la argumentación, los jueces de la Corte Suprema han señalado[87] que "para determinar el carácter delictivo de una conducta, el análisis de la misma pasa por la constatación que hace el juzgador, de que el presupuesto fáctico del cual parte, encuentra identidad con la hipótesis contenida en la norma penal que sanciona el hecho sometido a estudio; una vez realizada la labor de subsumir y agotado el análisis en las esferas de la antijuricidad y de la culpabilidad, la calificación de la conducta delictiva será de vital importancia para el proce-

[87] ES del 4 de noviembre de 1999. Exp. Nº 2924-99, en ROJAS/INFANTES, p. 44.

so". De manera simple, se puede decir que el juez debe comprobar la comisión de un hecho, su adecuación a un tipo legal, la ausencia de causas de justificación y la presencia de las circunstancias de culpabilidad (tipo legal de garantía). Así mismo, cuando sostienen que "es garantía de la función jurisdiccional que el juzgador precise la norma penal específica a la que se adecua la conducta ilícita que ha sido materia de juzgamiento, no sólo para determinar el quántum de la pena, sino también para los fines penitenciarios a que quedará sujeto el condenado, para los efectos de prevención especial que corresponde"[88]. Esto constituye la confirmación de la obligación de señalar la base legal de la represión penal.

454 En este sentido, el caso más claro de no respeto al principio de legalidad es el del fiscal que acusa o del juez que condena por un comportamiento que no ha sido incriminado en una ley penal o que ya no lo es más por derogación de la ley que lo incriminaba. Por ejemplo, reprimir por delito de fraude procesal (art. 197, inc. 1) a quien cometió el comportamiento incriminado mientras estaba en vigencia el Código de 1924, en el que no se preveía dicha infracción[89]. Así mismo, aplicar la figura agravada de receptación, prevista en el art. 195, a pesar de que ha sido derogada, mediante el art. 2 del DL Nº 25428 del 11 de abril de 1992[90]. Por último, imponer la pena de multa a pesar de no estar prevista para el delito cometido[91].

455 Un criterio restrictivo respecto al principio de legalidad es el consistente en centrar sus alcances con arreglo al carácter del comportamiento ejecutado. Como lo hemos señalado, se trata del tipo legal de garantía y no del tipo sistemático, el mismo que se deduce, bien cierto, del principio de legalidad. De modo que sólo de manera indirecta se trata de legalidad cuando se afirma que la tipicidad supone tan-

---

88 ES del 11 de noviembre de 1999. Exp. Nº 821-99-La Libertad, en *RPJ* 2000, Año II, Nº 4, p. 337.

89 ES del 20 de mayo de 1998. Exp. Nº 386-98-Lima, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 131.

90 ES del 10 de julio de 1998. Exp. Nº 4210-97-Puno, en PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 52.

91 Sentencia de la Sala Penal de apelaciones para procesos sumarios con reos libres, Corte Superior de Lima, del 25 de noviembre de 1998. Exp. Nº 3336-98, en PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 55. Cf. ES del 16 de marzo de 1998. Exp. Nº 144-97 Cusco, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 551.

to el aspecto objetivo como el subjetivo[92] o que la tipicidad se da tanto de modo directo (conformidad al precepto de la disposición penal) o indirecto (casos de tentativa o participación)[93].

Por el interés que representan y por constituir todavía delitos los com- 456
portamientos juzgados, resulta oportuno citar dos casos referentes a la aplicación del Código de 1924. Tanto conforme al art. 237 de este Código como al art. 185 del Código de 1991, el hurto supone que el objeto del delito sea "un bien mueble, total o parcialmente ajeno". Por esto es correcta la decisión de la Corte Suprema de no sancionar al acusado que sustrajo bienes muebles de la casa de su conviviente, por haber demostrado mediante documentos su calidad de propietario. Esta solución es ajustada al principio de legalidad, pues, como afirmó el fiscal en su dictamen, "si bien no puede dejarse de destacar que el comportamiento del acusado es injustificable moralmente; desde el punto de vista legal, no puede estimarse como la comisión del delito que se le incrimina..."[94]. Es decir, el juez no puede sancionar una acción por más inmoral o antisocial que sea, si es que antes no se adecua a uno de los "moldes" contenidos en la ley.

Constituye, por lo tanto, una violación del principio de legalidad si 457
se hace lo contrario. Es el caso de la Ejecutoria Suprema del 6 de abril de 1964, en que se sanciona por delito de violación al acusado mayor de edad que sin violencia hizo sufrir el acto sexual a su hermana de 17 años[95]. Uno de los fundamentos de la resolución es que "el hecho cometido [...], no sólo es contrario a la moral, sino que es un acto manifiestamente punible, porque va contra las bases sustanciales de nuestra Sociedad"[96]. Es evidente que se castigó por la comisión de un comportamiento no previsto como delito en nuestra ley penal.

---

92 Sentencia de la Sala Penal de apelaciones para procesos sumarios con reos libres, Corte Superior de Lima, del 28 de abril de 1997. Exp. Nº 8554-94, en ROJAS/INFANTES, p. 44.

93 Sentencia de la Sala Penal de apelaciones para procesos sumarios con reos libres, Corte Superior de Lima, del 11 de diciembre de 1998. Exp. Nº 326-98, en BACA/ROJAS/NEIRA, p. 585.

94 ES del 2 de mayo de 1969, en *AJ* 1967-1968-1969, p. 293.

95 El texto original del art. 199 exigía que la víctima sea menor de 16 años para que se castigue el delito de violación de menores y el art. 196 la violencia para que se dé el delito de violación.

96 Ver, *supra* Nº 38; *infra* Nº 514 ss., 796.

458 Ha de considerarse, igualmente, como un atentado contra el principio de legalidad, el hecho de que el juzgador agregue al "modelo" legal un elemento. De esta manera procedieron los jueces de la Corte Suprema cuando declararon impunes a los acusados que habían tenido relaciones sexuales con una menor prostituida de menos de 16 años de edad. Consideró el máximo tribunal que "el delito contra el honor sexual (violación de menores, art. 199 del Código derogado) sólo es justiciable con todo el rigor de la ley, cuando se practica en agravio de un menor de 16 años, cuya edad no ofrece ninguna duda y que ha observado antes una conducta moral...". Sin embargo, según el art. 199 del Código derogado basta que el agente "hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de 16 años"[97] (en el art. 173 del Código vigente, tampoco se requiere violencia o amenaza).

[97] Este texto fue modificado, en cuanto a la edad, por el DL Nº 18140.

§ 5 Interpretación de la ley

I. Vinculación del juez a la ley. II. El derecho como lenguaje. III. Noción de interpretación. IV. Necesidad de interpretar. V. Metas de la interpretación. 1. Concepción subjetiva. 2. Concepción objetiva. 3. Criterio mixto. 4. Doctrina y jurisprudencia. VI. Métodos de la interpretación. 1. Método literal o gramatical. 2. Método sistemático. 3. Método histórico. 4. Método teleológico. 5. Jerarquía de los métodos. VII. Interpretación declarativa, restrictiva o extensiva. VIII. Límites de la interpretación. 1. Analogía. 2. Reducción teleológica.

I. Vinculación del juez a la ley

459 En materia penal, como en los demás ámbitos del ordenamiento jurídico, la aplicación del derecho es monopolio de las autoridades legalmente constituidas. Entre éstas hay que considerar no sólo a las autoridades jurisdiccionales (jueces, tribunales, representantes del Ministerio Público), sino también otras que, sin pertenecer al aparato judicial, toman decisiones sobre cuestiones de su competencia (autoridades encargadas de la ejecución de penas, por ejemplo). En sus decisiones sobre los casos *sub iudice* deben apoyarse sobre una base legal, la cual, según el principio de legalidad, es la ley.

460 Si nos limitamos al caso del juez, hay que señalar que para absolver o condenar deberá, por lo tanto, invocar una disposición legal promulgada antes de haberse cometido la acción delictuosa. En el período en que dicho principio fue estatuido en los ordenamientos legales, la relación entre la autoridad jurisdiccional y la ley era percibida como su sumisión estricta a las disposiciones legales. Así, se estimó que "los jueces de la nación no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no la pueden moderar en su fuerza ni en su vigor"[1].

461 Este criterio estaba basado en la aplicación rígida del principio de la separación de los poderes legislativo y judicial. Los jueces no debían dictar leyes y los legisladores no debían intervenir en los procesos judiciales. La sumisión estricta de los jueces a lo establecido en las leyes implicaba, según el criterio predominante entonces, la restricción y hasta la prohibición de la interpretación de la ley. Así, Montesquieu afirmó que "en los estados republicanos, es de rigor ajustarse a la letra de la ley. No se le pueden buscar interpretaciones,

---

[1] MONTESQUIEU, 1939, T. I, p. 109.

cuando se trata del honor, de la vida o de la hacienda de un ciudadano"[2]. En esta misma perspectiva, Beccaria afirmó que en efecto, "en el caso de un delito, hay dos partes: el soberano que señala la violación del contrato social y el acusado que niega esta violación. Es necesario pues que exista entre ellos un tercero que decida el conflicto. Esta tercera persona es el magistrado, cuyas sentencias deben ser inapelables y quien debe sólo pronunciarse sobre si hay o no hay delito. En consecuencia, la interpretación de la ley no es asunto del juez, quien se contenta con 'aplicarla'. En esta forma, la aplicación sólo es posible cuando el legislador elabora leyes precisas y claras. Las leyes obscuras y la interpretación constituyen un mal que será aún más grande 'si las leyes no son redactadas en lenguaje popular'"[3].

462 Este rigor en la manera de concebir la relación entre el juez y la ley constituyó, en la práctica, un discurso político destinado a consolidar el nuevo tipo de Estado surgido de los movimientos sociales e intelectuales que tuvieron su momento culminante en la Revolución Francesa. Esta manera de concebir al Estado ha variado de modo sustancial a partir de mediados del siglo XX y, en particular, debido a la primacía que se da tanto a los principios y valores constitucionales, como a los derechos humanos. En nuestro país, con el reconocimiento de la pluralidad cultural, por ejemplo, se debe dejar de considerar el derecho, por tanto, la ley como la expresión de una cultura hegemónica sino como la conjunción y cohabitación de diversos principios y valores. En consecuencia, la vinculación del juez a la ley pasa por la toma en consideración estricta de la constitucionalidad de las disposiciones.

463 El modo de percibir dicha vinculación se flexibilizó debido a los cambios substanciales en la manera de concebir el derecho y su aplicación. Muchas de estas modificaciones concernieron al principio de legalidad. Así, por ejemplo, se eliminaron las penas tasadas, señalándose un mínimo y un máximo dentro de los cuales el juez escogerá la pena particular. También, se restringió, en la redacción de la ley, el uso de fórmulas casuísticas prefiriéndose emplear términos que, luego, fueron denominados "elementos normativos", que admiten un amplio margen de apreciación.

---

[2] MONTESQUIEU, 1939, T. I, p. 38.
[3] BECCARIA, 1979, § V, p. 56.

Sobre la base del reconocimiento de estas circunstancias, se admite de manera amplia que la actividad judicial implica de modo fundamental la interpretación de las disposiciones legales, así como la de los hechos a los cuales es aplicada. Esto permite afirmar que el derecho es una práctica social compleja que consiste esencialmente en interpretar[4]. 464

La vinculación del juez a la ley penal existe también entre ésta y toda persona que la aplica. Los juristas, al analizar un caso determinado, también deben partir de lo establecido en las disposiciones penales. Por lo tanto, su labor es similar a la que practican los jueces; pero a diferencia de los juristas, los primeros están condicionados por la obligación de resolver el caso concreto y por el contexto funcional en el que actúan. En esta labor, tanto jueces como juristas deben concretar los hechos, es decir, determinar cuáles son los relevantes para el derecho mediante la reconstrucción o interpretación de los mismos; escoger las disposiciones legales que consideran les son aplicables e interpretarlas para juzgar el caso concreto[5]. 465

II. El derecho como lenguaje

El derecho penal moderno, de acuerdo con el principio de legalidad, es sobre todo lenguaje escrito. En realidad, la existencia de las reglas depende del lenguaje[6]. El derecho, por tanto, "tiene por condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje, impuesto por el postulado de la alteridad"[7]. Para comprender en qué consiste y cómo funciona el derecho en general es indispensable prestar atención a los problemas del lenguaje. Al respecto, hay que distinguir entre el lenguaje en el que están expresadas las normas y el de los juristas acerca del derecho. 466

Si bien no todas las normas jurídicas tienen la función de prescribir, hay que destacar que una de las características primarias del derecho "consiste en especificar, mediante reglas, ciertos tipos de conducta como modelos o pautas para guiar a los miembros de la sociedad como un todo, o a clases especiales dentro de ella; se espera que los 467

---

4 ATIENZA, 2001, p. 267.
5 CAPELLA, 1999, p. 130.
6 MORESO, p. 105.
7 CAPELLA, 1968, p. 28.

miembros de la sociedad, sin el concurso o la intervención de los funcionarios, comprendan las reglas y entiendan que ellas les son aplicables y adecuen su comportamiento a las mismas"[8]. La comunicación de estas pautas o criterios generales de conducta –"mediante formas generales explícitas"– es posible gracias al lenguaje.

468 En el derecho penal, en virtud del principio de legalidad, la disposición legal es una fórmula lingüística escrita, accesible a todos. Por la técnica legislativa empleada, las leyes con las que se incriminan comportamientos parecen dirigirse, en primer lugar, a las autoridades que las aplican. Así, según el art. 106, la autoridad competente deberá sancionar con una pena privativa de la libertad a quien mate intencionalmente a una persona. Sin embargo, estas normas se dirigen también a la generalidad de los miembros de la comunidad, con la pretensión de regular sus conductas[9]. Mediante el art. 106, se prohíbe matar a una persona y, por tanto, se ordena abstenerse de realizar tal comportamiento.

469 Los signos que constituyen el aspecto físico de las disposiciones legales poseen un significado que nada tiene que ver con la sustancia física real. Ese significado es atribuido por la persona a los signos impresos que tiene, mediante la facultad de la visión, la experiencia de dichos caracteres, la que les atribuye dicho significado[10]. El texto es el medio por el cual se expresa la norma con la que se regula una situación determinada.

III. Noción de interpretación

470 La interpretación consiste en la atribución de significado a las fórmulas lingüísticas (denominadas proposiciones o disposiciones jurídicas)[11]. De esta manera, nos estamos refiriendo sólo a la interpretación de textos legales, que es uno de los diversos sentidos con que se utiliza, en el ámbito jurídico, el término interpretación. Los diversos sentidos de esta palabra deben ser tenidos en cuenta, pues, "no es lo

---

8 HART, p. 49.
9 HART, p. 49.
10 ROSS, 1970, p. 109.
11 LARENZ, 1980, p. 246; cf. ROSS, 1970, p. 113. Consúltese también BONACORSO, p. 259.

mismo interpretar los aspectos de hecho de una situación que se desea encarar jurídicamente, que escoger y aplicar los preceptos normativos, jurídicos u otros [...]"[12].

Además, el término interpretación sirve para referirse tanto a la acti- 471
vidad interpretativa como al resultado obtenido mediante ésta. Este producto es el significado atribuido a la disposición legal (objeto interpretado)[13].

Si se tiene en cuenta el objeto interpretado se distingue, por ejem- 472
plo, entre interpretación de la ley, del contrato, del acto administrativo y, en relación con el sujeto, se habla de interpretación del juez, del abogado, del jurista. Tomar en consideración estas distinciones es importante con relación a los límites y a los objetivos de la interpretación. Si el juez busca establecer la regla de decisión del caso *sub iudice*, el jurista no interpreta, necesariamente, con esta misma finalidad. Así, éste puede plantear los posibles sentidos diversos del texto y abstenerse de decidir cuál es el adecuado[14].

Como el punto de partida de la interpretación es la disposición a 473
interpretar y su conclusión es la adscripción de un sentido a dicha disposición, la interpretación "supone una relación entre el texto previo, un sujeto (el interprete) y un nuevo texto"[15], el cual busca explicitar el sentido del texto original. El factor que impulsa y orienta este proceso es el caso que debe calificarse jurídicamente. A partir de éste, el intérprete busca la ley de posible aplicación y para comprenderla retorna al caso. Por esto, se dice que la interpretación del derecho se basa en un "círculo hermenéutico o interpretativo" consistente en la relación, móvil y continúa, entre el caso, el intérprete y el texto a interpretar[16].

Este proceso tiene un aspecto cognoscitivo, puesto que se acude al 474
"fenómeno elemental del entender que se realiza a través del lenguaje". Esto nos muestra, según Betti, cómo el lenguaje adoptado por los demás no puede ser recibido así, tal cual, como algo material, sino

---

12 VERNENGO, p. 240.
13 TARELLO, p. 38 ss.
14 VELLUZZI, p. 68, nota 10.
15 ATIENZA, 2001, p. 268., VERNENGO, p. 240 s.
16 FROSINI, p. 4; cf. ZAGREBELSKY.

acogido como una llamada o una invitación a nuestra inteligencia, como una exigencia dirigida a nosotros, para reconstruir desde adentro, traducir y volver a expresar interiormente, con nuestras categorías mentales, la idea que él suscita y representa"[17]. Este mismo autor afirma que "de este modo, en el proceso interpretativo ocurre una inversión del proceso creador: una inversión por la cual el intérprete en el inter hermenéutico debe recorrer en sentido retrospectivo el inter genético y realizar en sí el repensamiento"[18]. Una característica específica de la interpretación jurídica es el hecho de que el intérprete no sólo traduce (renovación semántica del lenguaje normativo), sino que también actúa aplicando las disposiciones en el sentido que les atribuye al interpretarlas[19].

475 De acuerdo con estas consideraciones, parece conveniente describir la interpretación como el conjunto de procedimientos metódicos y de apreciaciones valorativas estrechamente relacionados, mediante los cuales el intérprete, frente a una situación de hecho dada, adscribe un sentido a la disposición legal aplicable. Esta noción se aleja de aquellas que conciben la interpretación como consistiendo en descubrir el sentido propio de las palabras de la ley. Dicho de otra manera, en determinar cuál de los sentidos posibles de las palabras ha sido empleado por el legislador. La noción que adoptamos, por el contrario, parte de la negación de que las palabras tengan "un sentido" natural y que, por tanto, el intérprete atribuye al texto legal el sentido que, en base a las palabras de la ley y de criterios de valor impuestos por el ordenamiento jurídico, aparece como el más justo al caso concreto que debe ser juzgado. Es decir, que "sólo en la interpretación se concreta y se realiza el sentido que se trata de comprender; pero este acto de interpretación permanece, así mismo, enteramente ligado al sentido del texto"[20].

476 Cuando se comprende el proceso interpretativo sólo como una actividad cognoscitiva, no se explica con plenitud en qué consiste, en realidad, la toma de decisión por parte del juez. Para lograrlo, hay que tener en cuenta que la adopción de dicha decisión depende de

---

17 BETTI, p. 93.
18 BETTI, p. 93-94.
19 FROSINI, p. 9.
20 GADAMER, p. 355; VIOLA, p. 344 ss.

una apreciación valorativa de la norma. Debido a que ésta constituye la materialización de toda su tradición cultural y no se trata de una simple fórmula mágica, el juez, condicionado por este contexto, comprende la proposición jurídica de manera que su decisión aparezca y sea aceptada "como justa o socialmente deseable". Así, la interpretación –observada desde esta perspectiva– debe ser considerada también como un acto de valoración y no de mero conocimiento.

IV. Necesidad de interpretar

A raíz de las grandes codificaciones o de las grandes compilaciones, 477
se tuvo la convicción de que el derecho positivo se encontraba realizado en la ley escrita. De modo que se consideró que la labor de interpretar debía estar plenamente sometida a la legislación. De acuerdo con un criterio absolutista, se afirmó que no era indispensable interpretar la ley y que había que respetar de manera estricta su sentido literal o, en caso de dudas, remitirse a la denominada "interpretación auténtica" a cargo de la autoridad competente (en primer lugar, el soberano o el parlamento). Así, por ejemplo, en Francia, mediante el Decreto Orgánico del 16 de agosto de 1790, se prohibió a los jueces interpretar de "modo general" las leyes y se les ordenó dirigirse al Parlamento cuando consideraran indispensable que una ley debía ser interpretada. Así mismo, luego de la promulgación del Código Penal de Baviera (1813), se prohibió comentar sus disposiciones[21]. Esta clase de prohibiciones tenía su origen en la idea de que el juez estaba vinculado de manera estricta al texto legal, lo que garantizaba la realización de los principios de igualdad y justicia.

Con la misma finalidad, se ha sostenido también la inutilidad de la 478
interpretación en los casos en que el texto legal sea claro, seguro, cierto. El sentido del texto es el sentido comprendido *prima facie* y, en consecuencia, en estos casos, es posible prescindir de la labor interpretativa (*in claris non fit interpretatio*). Este es el criterio que está íntimamente relacionado con la idea de que las leyes deben ser redactadas de manera clara, precisa y bastante amplia para comprender todos los casos de manera que, según el principio de legalidad,

---

[21] RECASENS SICHES, p. 181 s.; SOLER, 1962, p. 9.

cada miembro de la sociedad disponga de una descripción verbal que pueda usar para decidir qué es lo que no debe hacer y cuándo es oportuno hacer algo.

479 Sin embargo, la vaguedad del lenguaje hace inadmisible esta concepción. Afirmar que el texto es claro, "implica siempre una interpretación al menos implícita"; es decir, supone que ya ha sido comprendido en un sentido dado y que éste ha sido reconocido como el "verdadero". La interpretación no puede ser entendida como la simple comprensión literal del texto, dado que toda intelección literal implica una previa que debe ser confirmada, modificada o complementada por el procedimiento de la interpretación. No hay, pues, texto que no requiera ser interpretado.

480 La idea del "texto claro" no sólo revela las insuficiencias del método gramatical, sino también los esfuerzos hechos para disimularlas. De esta manera se busca encubrir el ejercicio dogmático de un poder que busca ocultar los motivos reales de sus decisiones y sustraerlos a todo control racional así como a todo debate.

481 Tanto el criterio de la "interpretación negativa" (prohibición de interpretar los textos legales), como el de la falta de necesidad de interpretar los textos claros están inspirados en un pensamiento que desconoce la realidad o que trata de ocultarla para favorecer, en perjuicio de la división de poderes, el predominio de quien tiene la facultad de dictar las disposiciones legales. Así, se olvida o escamotea el hecho de que los mandatos, prohibiciones o permisos jurídicos son transmitidos mediante expresiones del lenguaje (en nuestro caso, el español), muchas de las cuales son definidas de tal manera que tienen un uso especializado. Estas expresiones, comunes o técnicas, "no pueden reproducir, de manera exacta, toda la riqueza de la realidad de la que hablan"[22]. Las palabras no son unívocas, no tienen un sentido natural y obvio. Su significado varía según cual sea la conexión de lo que se dice; y el sentido de lo que se expresa en conjunto es lo único que puede esclarecer por completo el correspondiente significado de las palabras individuales. "El contexto mostrará –dice Ross– la referencia con que la palabra ha sido usada en cada caso individual si se anota así cada referencia individual –continúa el mismo autor–,

[22] SCHAFF, p. 99.

surgirá un campo de referencia correspondiente a la palabra, que puede ser comparado con un blanco. En torno al centro habrá una densidad de puntos, cada uno de los cuales marca un impacto de referencia. Hacia la periferia la densidad decrecerá gradualmente". Concluye el mismo autor: "La referencia semántica de la palabra tiene, como quien dice, una zona central sólida donde su aplicación es predominante y cierta, y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre, donde su aplicación es menos usual, y donde gradualmente se hace más dudoso saber si la palabra puede ser aplicada o no"[23].

Así, a pesar de que el derecho consiste en reglas generales formula- 482
das por escrito, "en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas". Esto es lo que se ha llamado "la textura abierta del lenguaje", es decir, siempre es posible representarse un objeto respecto al cual carecemos de criterios para determinar si es comprendido por la referencia de la expresión en cuestión. Tomando conciencia de este hecho, hay que recordar, según Hart, que "la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho"[24].

Los métodos y argumentos interpretativos son, de modo predomi- 483
nante, fruto de momentos histórico-culturales particulares. Además, la vaguedad de las palabras está en relación a si, de acuerdo con el contexto de comprensión y aplicación de la norma, un aspecto de la realidad considerada está o no comprendido en la referencia de la expresión lingüística. Por eso resulta indispensable tener en cuenta dicha vaguedad. Todo esto pone en evidencia la "futilidad de las prohibiciones de interpretación que a veces se encuentra en los textos legales", puesto que "nada puede impedir que una palabra, ordina-

---

[23] Ross, 1970, p. 111; Hart, p. 119. Tiene razón Soler, 1969, p. 148 y 172, cuando rechaza la posesión escéptica, "consistente en transferir al lenguaje normativo las incertidumbres operativas posibles y aun frecuentes en el uso común del lenguaje". La expresión legal tiene un inequívoco sentido dispositivo. Pero no estamos de acuerdo con él en cuanto afirma: "Esto significa que cuando la ley emplea una expresión tiene un significado preciso y dispositivo. Salvo que ella disponga de otro modo, ese significado es único".

[24] Hart, p. 159; Hernández Marín, p. 38 s.; Carrió, 1976, p. 31 ss; Atienza, 1985, p. 13 s.

riamente precisa (en un contexto habitual), llegue a presentarse con vaguedad, y que esta vaguedad sea irreductible sin una decisión más o menos arbitraria"[25].

484 Por tanto, la expresión gana en precisión cuando se determina el contexto. El término infanticidio, en una conversación entre legos, hace referencia al hecho de matar a un niño (un infante). Por el contrario, en el discurso jurídico-penal significa que la madre mata a su hijo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal (art. 110). La expresión menor de edad, en el lenguaje común, es empleada, muchas veces, para dar a entender que una persona tiene menos edad que otra. En el contexto del derecho, en general, y del derecho penal en particular, puede ser comprendida de diferentes maneras. Por ejemplo, menor que no posee capacidad penal (art. 20, inc. 2), menor víctima de delitos sexuales (art. 173), menor incapaz de consentir. Con referencia al delito de bigamia, el término "matrimonio" (art. 138), puede considerarse cuando se trata tanto del matrimonio civil como del religioso o de uno sólo de éstos (en el contexto penal, el definido por el derecho civil).

485 Para explicar mejor esta peculiaridad del lenguaje, se da con relativa frecuencia el ejemplo del término "calvo", tomado del lenguaje común. Así, se pregunta: ¿Qué significa el término calvo? ¿A quién se le puede calificar de calvo? Si dar un contenido a esta palabra no tiene mayor importancia en la vida corriente, sería de gran importancia, por el contrario, si al legislador se le ocurriera, por ejemplo, aplicar un impuesto a los "calvos". Se tendría que esclarecer a qué categoría de personas alude esta expresión. ¿Calvo es quien no tiene ningún pelo en la cabeza o, también, quien tiene algunos pocos?[26]

486 Las dudas respecto al sentido de una palabra pueden surgir cuando es utilizada dos veces en la misma disposición, caso en el que cabe preguntarse si tiene igual significación. Por ejemplo, en el art. 427, primer párrafo, se dice: "El que hace, [...] un documento falso o adultera uno verdadero", y en el segundo párrafo, se expresa: "El que hace uso de un documento falso o falsificado". El término falso puede significar lo mismo y, por tanto, la palabra "falsificado" hay que

---

[25] CAPELLA, 1968, p. 248 s.

[26] Cf. SOLER, 1969, p. 174 ss.; CARRIÓ, 1976, p. 28 s.

comprenderla en el sentido de documento adulterado, al que hace referencia la segunda alternativa indicada en el primer párrafo o, por el contrario, habría que considerar que ha sido empleado con significados diferentes y que es indispensable precisar.

Aun reglas en apariencia tan claras como el art. 106 presentan dudas 487
cuando se les confronta con la realidad. Esta disposición dice: "El que mata a otro...". Es a una persona natural y viva a la que se refiere el término "otro". Es natural que nos sintamos señalados por tal expresión. ¿Pero, comprende –también– a las "personas descerebradas" o "muertas clínicamente"? En realidad, de lo que se trata es de saber cuándo se ha de considerar muerta una persona. Esto se ha discutido mucho en los últimos años con ocasión de los transplantes de órganos. Hasta hace algunas décadas, se ha admitido que la vida dura hasta el último latido del corazón o movimiento respiratorio. Pero ante la comprobación de que las funciones del corazón pueden detenerse aun por horas, no se acepta hoy en día tal criterio. La medicina moderna admite, por el contrario, el concepto de la muerte cerebral, incorporado en nuestra legislación mediante el Código Sanitario de 1969[27]. En éste, se reconocía que el fin de la vida productora de consecuencias jurídicas, no corresponde a la verdad biológica. En relación con esta última, se establecía que "la muerte se produce por la cesación de los grandes sistemas funcionales" (art. 36). Actualmente, la Ley General de Salud[28], que derogó el Código Sanitario, establece en su art. 1 que se "considera ausencia de vida al cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos de sus órganos o tejidos mantengan actividad biológica y puedan ser usados con fines de transplante, injerto o cultivo [...]. Cuando no es posible establecer tal diagnóstico, la constatación de paro cardio-respiratorio irreversible confirma la muerte". Debido a que se limita la aplicación de esta definición a los casos de transplantes de órganos y de tejidos, se plantea la cuestión si puede o no ser considerada para los efectos de la comprensión y aplicación del art. 106 CP. Es decir, el "muerto

---

27 DL Nº 17505 del 18 de marzo de 1969; modificado por la Ley Nº 23415, del 4 de junio de 1982, y la Ley Nº 24703, 25 de junio de 1987. Posteriormente este código fue derogado por la vigente Ley General de Salud. Las Leyes Nº 23415 y 24703, han sido reemplazadas por la vigente Ley Nº 28189, Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, de 18 de marzo de 2004.

28 Ley Nº 26842, publicada el 20 de julio de 1997.

clínicamente" puede o no ser víctima del delito de homicidio; el término "otro" comprende o no a la persona declarada muerta "clínicamente". Al respecto, cabe también cuestionarse, si el art. 4 de la Ley Nº 28189, en el que se dispone que ocurrida la muerte "los restos mortales de la persona humana se convierten en objeto de derecho", sólo tiene efectos para los transplantes y que, en consecuencia, el destruir intencionalmente al "muerto clínicamente" constituye un homicidio. Nuestra jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse y nuestra doctrina no se ha planteado *in extensum* el problema[29]. En el extranjero, se ha dado una respuesta negativa[30], la misma que consideramos aplicable entre nosotros[31].

488 Y aquí, también, debemos hacer notar que no son extraños a esta vaguedad los términos técnicos y, además, el mismo legislador los usa de manera inapropiada. Un ejemplo claro es el del empleo del término "responsabilidad", que es utilizado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia con sentidos diferentes. En el Código de 1991 se le ha empleado para sustituir el término "culpabilidad", sin que se pueda saber si sólo se trata de un cambio de terminología o si se abandona la noción de culpabilidad en favor de una nueva categoría penal. Situación que se complica cuando se tiene en cuenta que, algunas veces, el legislador vuelve a referirse a la culpabilidad (art. 346: "que sean culpables").

489 No hay que olvidar con relación al lenguaje científico que éste se caracteriza por una tendencia a cultivar la formación pura de conceptos sistemáticos, independizándose así del contexto y de la situación. Sin embargo, sólo en la forma "más elevada del lenguaje científico, en el símbolo de las matemáticas puras, este esfuerzo ha tenido pleno éxito"[32]. Por esto, la referencia a la edad de la víctima –por ejemplo– es uno de los pocos casos de certeza de la expresión en las normas jurídicas que la contienen (art. 173 CP, violación sexual de menores de 14 años).

490 Si bien estos aspectos muestran la necesidad de indagar qué contenido hay que atribuir a la expresión legal, el proceso de interpretación

---

29 Cf. ROY FREYRE, T. I, p. 73, nota 54; este autor considera que la persona declarada muerta clínicamente puede ser víctima del delito de homicidio. PEÑA CABRERA, 1972, p. 12 s. HURTADO POZO, 1995, Nº 39 ss.

30 MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, p. 13; STRATENWERTH, 1969b, p. 531; SCHÖNIG, p. 189; MORALES PRATS, p. 671.

31 Sobre los fundamentos de nuestra posición, Cf. HURTADO POZO, 1995, Nº 33 ss.

32 ROSS, 1970, p. 115.

está muy condicionado por los hechos a los que se debe aplicar la disposición legal. Éstos son, igualmente, objeto de interpretación. La forma como sean establecidos y las pretensiones que generen influyen de manera esencial en la interpretación. Esta influencia es, sobre todo, evidente en los "casos límites", pero no deja de estar presente en los casos comunes. Además, hay que tener en cuenta que el intérprete, actualmente, está bastante condicionado por el contexto cultural plural y por una situación social en constante evolución. Situación que difiere mucho de aquella más homogénea, cultural y socialmente, en la que el derecho era, en esencia, concebido como un conjunto de reglas y se estimaba, ideológicamente, resuelto el dilema de los valores fundamentales[33].

V. Metas de la interpretación

1. Concepción subjetiva

En el contexto señalado al final del párrafo precedente, se consideraba, en general, que la labor del intérprete estaba al servicio del legislador, en la medida que debía limitarse a establecer el "verdadero y único" sentido que éste había establecido en la ley. La concepción subjetiva[34], también llamada "tesis de la intención de la autoridad" se basa en el criterio de que la ley es un acto de voluntad soberano que se impone al juez. Como miembro del Estado, éste no tendría sino la tarea de determinar dicha voluntad. Así, se considera que el fin de la interpretación es determinar la voluntad del legislador histórico que elaboró la ley, tal como los trabajos preparatorios y los propiamente legislativos pueden revelarla más allá del texto; es decir, "a descubrir el significado que se intentó expresar, esto es, la idea que inspiró al autor y que éste quiso comunicar"[35]. De esta manera, el juez, por ejemplo, precisa la significación de los términos de la disposición que debe aplicar al conflicto que le es sometido. Se suponía así que 491

[33] ZAGREBELSKY, p. 145 s.

[34] La terminología para designar las orientaciones subjetiva y objetiva de la interpretación varían mucho; así por ejemplo, algunos autores se alejan de la terminología tradicional y prefieren hablar de teoría intencionalista y de teoría constructivista.

[35] ROSS, 1970, p. 117.

la ley contenía la solución, la cual debía ser descubierta mediante la interpretación.

492 Para comprender la concepción subjetiva hay que considerar que la elaboración deliberada de la legislación está dirigida por la intención de expresar un precepto de acuerdo con los procedimientos constitucionales. Esta intención del órgano estatal competente para legislar debe reflejarse en el trabajo del intérprete dirigido a determinar el sentido de las disposiciones legales. De esta manera, tanto su labor como los resultados que obtenga serán legitimados, aun cuando el sentido que dé a las disposiciones interpretadas no sólo esté fundamentado en la intención del legislador. Sin embargo, esta "tesis de la intención de la autoridad" es objeto de críticas que hay que tener en cuenta, para precisar el papel que juega en la interpretación.

493 El mayor problema que enfrenta esta concepción es el de precisar quién debe ser considerado como legislador[36]. Dificultad que está íntimamente vinculada con la individualización de la voluntad real, la cual debe ser determinada como contenido de la ley. Si esta tarea se revela muy difícil cuando se trata de un legislador individual, resulta casi imposible cuando se trata de un órgano colegiado (Parlamento). Sus miembros tienen en realidad múltiples intenciones, orientadas a producir efectos diversos en el ámbito social. Sin duda la determinación de la intención del legislador histórico es importante para la legitimación de la legislación[37] y para el esclarecimiento del mensaje legislativo, pero su búsqueda constituye un procedimiento que sirve, con frecuencia, para velar una realidad compleja y contradictoria. Esta búsqueda consiste muchas veces en atribuir a la regla un sentido como si fuera el expresado intencionalmente por el legislador real, cuando sólo se trata del sentido considerado, por el intérprete, como el correcto. La supuesta voluntad del legislador es, en ese caso, sólo una manera disimulada de atribuir un sentido a la norma, invocando –para lograr su aceptación– la autoridad del legislador.

494 A pesar de estas dificultades y considerando la real significación de los trabajos preparatorios, hay que rechazar la idea de que la voluntad del legislador es una mera ficción. Dichos trabajos son fuentes útiles para indagar lo que quisieron plasmar en el texto legal sus au-

---

36 RAZ, p. 213 ss.
37 RAZ, p. 222.

tores. Sin embargo, no hay que exagerar su importancia, afirmando, por ejemplo, que la interpretación sólo es válida si logra captar la o las intenciones del legislador.

2. Concepción objetiva

En la actualidad, la gran mayoría admite que el proceso de la inter- 495
pretación no siempre concluye en una sola solución. El resultado no es preciso, ni exento de ambigüedad. Determinar cuál de los posibles sentidos es el resultado "correcto" de la interpretación es un acto de apreciación valorativa, que está marcado por la manera como se determine la meta del conocimiento.

Con la finalidad de tener en cuenta las exigencias planteadas por los 496
casos concretos, que no son los mismos que los que el legislador tuvo en consideración al dictar la ley, se dejó de pensar en el legislador histórico y se imaginó un legislador abstracto que la dictaba en el momento en que debía ser aplicada. Así, se atribuyó a la ley una autonomía y se consideró que la meta de la interpretación era la determinación de su voluntad, de su sentido razonable, normativo[38].

Los sostenedores de la concepción objetiva afirman que la ley, una 497
vez promulgada, adquiere existencia autónoma. Por esto, niegan que su sentido permanezca inalterado respecto al que le dio el legislador real. Su sentido es más bien determinado a medida que se aplica. Con este objeto se debe apreciar y adoptar el texto legal, en el marco de los cambios sociales, teniendo en cuenta su *ratio legis*. La ley va así adaptándose a las nuevas situaciones.

La debilidad de la teoría objetiva reside en la manera absoluta en 498
que niega el hecho evidente de que la ley obtiene su fuerza del acto legislativo fundador y que éste no es ajeno a una cierta manifestación de voluntad. Además, su admisión sin restricciones implica el peligro de que la adaptación constante de la ley a las necesidades de cada momento "sea librada al azar de los casos sometidos al juez y culmine en resultados indeseados".

---

[38] LARENZ, 1980, p. 250; ROSS, 1970, p. 117, dice: "establecer el significado comunicado, esto es, el significado que está en la comunicación como tal, considerada como un objetivo".

3. Criterio mixto

499 Fuera de que, debido al carácter práctico del derecho, hay que considerar, de manera necesaria, los casos concretos y responder a sus exigencias actuales, la separación radical de estas dos concepciones es artificiosa. El intérprete no puede indagar sobre los diversos sentidos posibles del texto legal, sin plantearse la cuestión de cuál de éstos corresponde mejor al caso concreto; salvo que lleve a cabo una interpretación especulativa o teórica. También es artificiosa en la medida en que se basa en la separación ficticia de la voluntad con que se estatuyó la norma y el mensaje que se quiso transmitir. La voluntad es un fenómeno del "mundo interno" del "legislador". Para conocerla se tiene que recurrir a las palabras que constituyen el medio por el que se expresa el pensamiento. Por su parte, el mensaje comunicado no tiene un sentido objetivo independiente del medio por el que es manifestado.

500 La intención, que es un fenómeno del mundo interno del legislador, es "fundamentalmente inaccesible"[39]. Gioja afirmó, refiriéndose a la comprensión del espíritu del legislador –expresión con la que denomina la voluntad– que "salvo que uno tenga algunas dotes metapsíquicas muy especiales, uno no puede entrar en el espíritu del legislador, sino a través de ciertas manifestaciones externas que él haga. Las manifestaciones externas más comunes que tiene el legislador son hablar o escribir"[40]. Comprender el mensaje no consiste en descubrirlo. Esta comprensión varía según los elementos tenidos en cuenta: tanto aquellos presentes en el momento en que fue expresado como los existentes en el momento en que es comprendido. Voluntad y comunicación constituyen dos aspectos de un mismo fenómeno: de un lado, la primera se concreta en la segunda y, de otro, ésta expresa y hace conocer la primera.

501 Para entender mejor esta situación es preciso recordar que toda interpretación está precedida de una "comprensión previa del texto (precomprensión), que supone el conocimiento –entre otros factores– de las circunstancias sociales y de las concepciones jurídicas y

---

[39] ROSS, 1970, p. 117.
[40] GIOJA, T. II, p. 264.

políticas que han condicionado el nacimiento" del texto en cuestión[41]. Lo que permite poner en evidencia la manera de como la idea del legislador se impone "según la situación concreta", en la que se trata de comprender la norma para su aplicación. En esta perspectiva, la actividad del intérprete no puede ser concebida como el descubrimiento de un sentido que se le impondría, sino como la producción de un sentido determinado por su situación.

En la medida en que se reconocen las leyes positivas como fuente del 502
derecho, la intención del legislador debe ser tomada en consideración para adscribir un sentido a las disposiciones legales[42]. Sin embargo, este proceso está condicionado por los criterios de interpretación reconocidos. Además, la intención del legislador no es el único factor orientador de la actividad del intérprete y tampoco basta para legitimar el resultado de la interpretación.

No existe, en consecuencia, perspectiva puramente subjetiva u objeti- 503
va. Si se prefiere seguir hablando de teorías subjetiva y objetiva, debe cambiarse el criterio de clasificación. Este consiste en tener en cuenta a qué elementos recurre el intérprete para determinar el sentido de la proposición jurídica. Cuando se vale de las circunstancias personales y de hecho, ligadas a la estructuración de la expresión y a su adecuación, diremos que la interpretación es concebida de modo subjetivo. Por el contrario, si emplea los datos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión, se ha de hablar de interpretación objetiva[43].

Ambos criterios deben ser empleados, por cuanto son útiles para es- 504
tablecer el significado de la ley, objeto de la interpretación. Larenz[44] ha señalado muy bien que es necesario lograr una síntesis, pues, la ley como voluntad expresada del legislador lleva en sí los caracteres de su tiempo, pero como ley ahora vigente se transforma con el tiempo. Ambos elementos tienen la misma gran significación, y ambos han de ser tenidos en cuenta por el intérprete[45].

---

41 GADAMER, p. 425 ss., 478 ss.
42 RAZ, p. 199 ss, en particular p. 232.
43 ROSS, 1970, p. 118.
44 LARENZ, 1966, p. 87 ss.
45 Cf. GERMANN, 1967, p. 47 y s.

4. Doctrina y jurisprudencia

505 En la doctrina penal nacional, las opiniones no son muy claras. Así, por ejemplo, se sostiene que "se trata de captar a través del conocimiento el exacto sentido de la ley, su verdadera voluntad, es decir la voluntad que late autónomamente dentro de la ley. No se busca la voluntad del legislador sino de la ley, que es cosa distinta"[46]. De las sentencias publicadas no se puede deducir una concepción coherente y con cierta vigencia. Lo cierto es que para fundamentar sus fallos, los jueces recurren de manera indiscriminada y diversa a los diferentes criterios. Si bien la tendencia predominante es la de interpretar literalmente el texto legal, algunas veces se alude a la "voluntad del legislador" o la "voluntad de la ley". Los ejemplos que damos al presentar[47] los criterios interpretativos muestran esta confusión en la manera de concebir la comprensión y la aplicación de la ley.

506 Por ejemplo, en una antigua ejecutoria referente a la bigamia, se pronunció sobre el problema de saber si en el art. 214 del Código derogado (art. 139 del Código vigente) la palabra matrimonio se refería tanto al civil como al religioso. Sostuvo, en su Ejecutoria del 8 de junio de 1940, que "aun cuando el segundo matrimonio se hubiese realizado en forma religiosa, constituye delito de bigamia si se contrajo estando viva la primera esposa. La mente del legislador –argumentaron nuestros jueces supremos–, al establecer que sólo el matrimonio civil produce efectos legales, ha sido propender a la celebración del matrimonio como contrato y que el Estado tenga la constancia y el control de las uniones conyugales realizadas, pero no ha podido ser su intención que después de contraído un matrimonio civil se efectúen uno o más enlaces religiosos"[48]. Sin embargo, ha predominado el criterio restrictivo, sólo existe bigamia en caso de matrimonio civil. En general, podemos afirmar que la Corte Suprema se preocupa en particular del texto legal, en sentido figurado habla de "la doctrina que establece el Código Penal" o la ley[49].

507 Un cambio importante se ha dado debido a la labor del Tribunal Constitucional. En sus decisiones se percibe una concepción más cla-

---

[46] PEÑA CABRERA, 1995, T. I, p. 207.
[47] Cf. *infra* Nº 508 ss.
[48] *AJ* 1940, p. 59.
[49] *RJP* 1937, p. 657; cf. Exp. 4357-97 Lima, en *JurProSu*, p. 119.

ra sobre la interpretación. Esto se debe a la misma índole de estas resoluciones y de sus objetivos. Su lectura resulta interesante, además, porque permite percibir la manera como son empleados los diversos criterios interpretativos[50].

VI. Métodos de la interpretación

En doctrina, se mencionan diversos métodos o argumentos interpretativos. Estos están concebidos, comúnmente, como procedimientos o técnicas utilizados para atribuir a los textos legales un significado. Desde otra perspectiva, se puede decir, así mismo, que justifican la atribución de un sentido a un texto legal. Son admitidos de manera amplia por los juristas, aun cuando no estén siempre de acuerdo sobre su índole y el papel que desempeñan. A veces han sido regulados en la ley por considerarse que era conveniente orientar a los jueces sobre la manera de determinar el sentido de las normas. Sin embargo, aun en estos casos, no se trata de directivas a las que debe someterse automáticamente el juez o el intérprete en general. La regulación legislativa de algunos de estos métodos ha tenido, así mismo, la finalidad de darles la prioridad respecto a los demás. Esto está condicionado por las concepciones que se adopten sobre el derecho y la interpretación; por ejemplo, el considerar como prioritario el recurso al método literal suponía reforzar la posición de la autoridad de quien dicta las leyes y limitar fuertemente la facultad discrecional del órgano jurisdiccional. 508

La búsqueda del sentido de la norma que se interpreta no está, en consecuencia, determinada por el método. Por el contrario, éste depende de lo que se quiera encontrar; en otras palabras, el método está en función de lo que se indaga[51]. La diversidad de los objetivos con que se interpreta hace que nuestro sistema se caracterice por la pluralidad de métodos. 509

Debido a que se considera, cada vez de manera más amplia, que la interpretación no es un mecanismo con el que se descubre el verda- 510

[50] Respecto a las disposiciones penales sobre terrorismo, véase la STC del 3 de enero de 2003, dictada en el Exp. Nº 010-2002-AI/TC.

[51] CAPELLA, 1999, p. 134.

dero y único sentido de la norma, se va imponiendo el criterio de percibir dichos métodos de interpretación, sobre todo, como elementos retóricos empleados por los jueces u otros intérpretes para desarrollar su argumentación de justificación del sentido que han otorgado a la disposición legal interpretada[52]. En esta perspectiva, hay que admitir que la determinación de este sentido no depende de la manera como se utilicen los métodos de interpretación. Conforme a lo indicado antes, la labor interpretativa desemboca siempre en una diversidad de resultados, entre los cuales debe escogerse el adecuado al caso concreto y, por tanto, también al ordenamiento jurídico. La solución está en la apreciación de valor, que es un factor externo al ámbito jurídico.

511 En derecho penal, todos los métodos de interpretación del derecho son aplicables. Sin embargo, a diferencia de los demás ámbitos jurídicos, su utilización debe hacerse dentro de los límites establecidos por el principio de legalidad. De acuerdo con la perspectiva adoptada para precisar la semántica de las normas legales[53], se distinguen el método gramatical o lingüístico, el histórico, el sistemático o conceptual y el teleológico o político. Es oportuno advertir que la terminología utilizada para mencionarlos no es uniforme entre los autores.

1. Método literal o gramatical

512 Constituyendo el lenguaje el medio por el que se establecen las normas legales, no sorprende que los autores estén de acuerdo en admitir que el primer factor que debe tenerse en cuenta es, precisamente, la expresión lingüística. El punto de partida es, por lo tanto, el análisis del sentido literal de la disposición legal. Como ya hemos tenido oportunidad de afirmarlo, con reserva respecto a la terminología utilizada, "lo que parece evidente es que el espíritu [se] descubre a través de la letra"[54].

513 Según la manera tradicional de percibir el método gramatical, se trata de la forma más simple de interpretación y consiste en indagar por el significado inmediato vinculado al uso común de las palabras[55].

---

52 VERNENGO, p. 254.
53 CAPELLA, 1999, p. 140.
54 GIOJA, T. II, p. 264
55 GUESTINI, p. 359 ss.

Estas deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas. Sin embargo, como lo hemos visto con anterioridad, las palabras no poseen un sentido de esta índole. En su mayor parte, son ambiguas, vagas; su campo de referencia no está definido, pues, consiste en un núcleo o zona central nítida y en un nebuloso círculo exterior de incertidumbre. Debido a esto, mediante el esclarecimiento del sentido literal sólo puede lograrse fijar, más o menos, la amplitud de la expresión lingüística. El problema consiste en saber si el elemento literal (enunciado que prescribe) constituye un elemento independiente de los demás factores (histórico, sistemático y funcional) o si sólo es el resultado obtenido recurriendo a todos éstos. Si lo último fuera cierto, el enunciado legal no puede constituir un límite absoluto de la interpretación. Para determinar qué contenido semántico hay que darle, es indispensable adoptar las otras perspectivas concernientes a los restantes métodos. Sin embargo, esto no implica que, al final del proceso interpretativo, no sea posible concluir confirmando que el sentido que deba adscribirse al texto legal sea el sentido literal.

514 Con el fin de ilustrar lo que hemos afirmado, resulta útil presentar una ejecutoria de la Corte Suprema[56], a pesar de que, por un lado, se refiere a la aplicación del art. 199 del Código derogado y, por otro, a que el problema de fondo no es más de actualidad porque el texto previsto en el indicado artículo no ha sido conservado en el nuevo Código. El caso concreto juzgado era el de un menor de catorce años de edad que practica el acto análogo al sexual con un pederasta, quien hace de pasivo.

515 El Tribunal Correccional, en primera instancia, condenó al homosexual a una pena privativa de libertad, como cómplice del delito de violación de menores. Consideró al menor como autor y víctima del delito. Dejemos de lado las críticas que merece esta solución y retengamos sólo que el Tribunal invocó el art. 199 del Código de 1924. Al verse en la Corte Suprema este caso, se sostuvieron tres criterios distintos. En primer lugar, la misma resolución suprema dice que, siendo el encausado un pederasta pasivo y el agraviado un menor de catorce años de edad que actuó como activo en el acto sexual, resulta que los hechos configuran el delito de atentado contra el pudor, pre-

[56] ES del 2 de octubre de 1973, en BJ, Nº 11-12, p. 440 s.

visto en el art. 200 del mismo Código. En segundo lugar, un primer voto en discordia afirmó que este hecho constituye el delito de violación presunta, "porque atenta contra las buenas costumbres, la libertad y el honor sexuales, y que las dudas al respecto se deben a los vocablos empleados en muchos códigos y a las circunstancias de que, como en el caso de autos, el agraviado hizo de sujeto activo en el acto sexual". En tercer lugar, un segundo voto en discordia sostuvo que el art. 199, al referirse a "hacer sufrir el acto sexual o el acto análogo a un menor", reprime al sujeto activo de dicho acto y no al pasivo, que en el caso presente es, precisamente, el encausado; llegándose a afirmar que no es de aplicación ni el artículo 199 ni el 200 (Código derogado) sino que debe castigarse al pederasta de acuerdo con el art. 85 del Código de Menores de 1962, entonces vigente, que reprimía la incitación a actos inmorales.

516 El mencionado art. 199 preveía: "El que hiciere sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor". Las discrepancias existentes entre la resolución suprema y los votos discordantes tuvieron su origen en un problema de lenguaje. Se trataba de saber qué significaba "hacer sufrir el acto sexual o un acto análogo". En el caso del ejemplo, vemos que la Resolución suprema hacía referencia expresa a que el agraviado actuó como sujeto activo en el acto sexual. El primer voto en discordia señaló, expresamente, que las dudas para encuadrar ese comportamiento como violación de menores, se debían a los vocablos empleados en muchos códigos (se quiso decir, en nuestros códigos) y además al hecho de que el agraviado hizo de sujeto activo en el acto carnal. En el segundo voto, se hizo, también, referencia al papel de incubo o súcubo desempeñado por el acusado (homosexual).

517 El análisis que se hace debe ser apreciado teniendo en cuenta que el art. 199 fijaba, entonces, en 16 años el límite máximo de la edad del sujeto pasivo; después fue rebajado a 14 años, mediante el DL Nº 18140.

518 Todo el problema giraba en saber cuál era el significado de la frase "hacer sufrir el acto sexual", o si se prefiere, qué cosa era lo que quería decir la ley, qué había querido estatuir con ella el legislador. En la Resolución suprema analizada, se sostenía que el acto imputado al pederasta pasivo era un "atentado contra el pudor del menor" y no violación, en base a que se estimaba que el sujeto activo del acto sexual o análogo debía ser siempre el sujeto activo del delito, y que el sujeto pasivo debía ser, así mismo, el sujeto pasivo del delito. Esta opinión

parece basarse en el criterio "machista" de que el sujeto pasivo "padece" el acto sexual.

En el segundo voto en discordia, se rechazó la aplicación de los art. 519
199 (por las mismas razones en que se basó la Ejecutoria Suprema) y 200, por faltar en el caso de autos "los elementos típicos que configuran la infracción". Sus sustentadores afirmaron que era de aplicación el art. 85 del Código de Menores de entonces (incitación a actos inmorales). En el primer voto en discordia, se sostuvo, por el contrario, que era de aplicación el art. 199.

Si bien no se puede afirmar que la respuesta conveniente se justifica- 520
ría sólo mediante el análisis del lenguaje de la ley, cabe admitir que éste nos da la clave para encontrarla. Con este objetivo, es indispensable referirnos a la fuente legal del art. 199: los proyectos suizos de 1916 y 1918.

El art. 199 era una traducción del art. 131 del Anteproyecto suizo de 521
1916. En el texto francés de esta disposición –que fue consultado por el legislador peruano– se empleaba la frase "*faire subir*" cuya traducción literal es, precisamente, "hacer sufrir". La connotación emocional que tiene esta frase española, no la tiene la frase francesa. En español, "hacer sufrir" significa "hacer padecer", esto es, hacer que una persona soporte con resignación y paciencia un daño moral o físico; en cambio, la expresión francesa significa, también, "someter de grado o fuerza" a una persona. Es en este sentido de someter por la fuerza que el legislador utilizó la frase "hacer sufrir". No se trataba de averiguar si el sujeto pasivo "padecía o no el acto sexual". La clave estaba en constatar si el acto sexual o análogo había sido impuesto a la víctima del delito (que no es siempre el sujeto pasivo del acto sexual o análogo).

Los jueces supremos –en el momento de resolver el caso– cuestiona- 522
ron una serie de aspectos superfluos; por ejemplo, que el menor en forma alguna había sido presionado para realizar en la persona del encausado el acto análogo al sexual; que este último había actuado como sujeto pasivo; que el menor tenía plena libertad para aceptar o rechazar la "inmoralidad" propuesta. Pero el art. 199 no exigía que el acto sexual (o análogo) se realizara contra la voluntad del menor; preveía, justamente, una forma de violación presunta. Es decir, que al menor se le consideraba incapacitado para prestar su consentimiento y todo aquel que practicase el acto sexual o análogo en su persona cometía un acto que la ley presumía no querido por éste, ya

que ésta lo consideraba incapaz de prestar el consentimiento. Y esto aun cuando el menor haya incitado y/o aceptado voluntariamente la realización del acto sexual.

523 Cuando en uno de los votos dirimentes se hizo referencia a que –para aplicar el art. 199– el sujeto pasivo del delito debía ser siempre el sujeto pasivo del acto sexual, se distinguía donde la ley no hacía distinción alguna. Además, si se hubiera analizado el art. 199 en relación con el delito de violación de mujeres mayores de edad (art. 196 del Código derogado), se hubiera percibido otro sentido de la expresión "hacer sufrir el acto sexual". En el mencionado art. 196, se decía: "El que mediante violencia o amenaza hiciere sufrir el acto sexual". Es decir, "hacer sufrir el acto sexual" implicaba, en realidad, someter a la mujer mediante violencia o amenaza para que practicara el acto sexual fuera del matrimonio. Siendo la mujer capaz de prestar su consentimiento, para la realización del acto sexual, el legislador ha debido indicar el medio: la violencia y la amenaza. En el art. 199, sin hacer referencia a medio alguno, se empleó la frase "hacer sufrir...". Esto se debe a que suponía en estos casos que el simple hecho de practicarlo con menores de 16 años, ya significaba cometerlo contra su voluntad. El menor era incapaz de prestar su consentimiento. De esta manera quedó en evidencia la imprecisión de la frase "hacer sufrir...". Tenía un núcleo muy claro: someter por violencia a una mujer para practicar el acto sexual; pero, también una zona de penumbra: el pederasta pasivo que se hace practicar el acto análogo por un menor. En estos casos, se habla de "interpretación extensiva"[57].

524 Para precisar el sentido de las disposiciones que debían aplicarse, era necesario recurrir a los otros criterios de interpretación, en particular al sistemático y al histórico. Así, el resultado de ésta sería coherente con el conjunto de las normas.

525 Otro ejemplo interesante, esta vez tomado del Código vigente, es el referente al art. 194 que prevé el delito de receptación y en el que se dice que el autor "debía presumir que [el bien] provenía de un delito". La cuestión es precisar si de esta manera se hace referencia, por ejemplo, sólo a quien acepta como regalo parte de las joyas robadas por un tercero o también a quien acepta regalos adquiri-

---

[57] Cf: *infra* Nº 559 ss.

dos con el producto de la venta del botín. La respuesta no se puede obtener mediante la simple interpretación literal ya que la frase: "debía presumir que provenía de un delito" no tiene un significado objetivo, natural. Muy por el contrario, puede ser comprendida de dos maneras: por un lado, sólo en el sentido de que se trata de el bien proveniente de manera directa del delito cometido (por ejemplo, el bien que el agente se ha apoderado cometiendo un hurto) y, por el otro, abarcando, además del caso indicado, el consistente en que el encubridor se limita a beneficiarse indirectamente de el bien que proviene de un delito. No recibe, por ejemplo, las joyas robadas, sino parte del producto obtenido con su venta (conociendo su origen ilícito).

Si el art. 194 se aplica o no a quien ha actuado de acuerdo a la segunda hipótesis depende del contenido semántico que se dé a la frase "proviene de un delito". Literalmente, "provenir" significa proceder, originarse una cosa de otra. "Origen", significa principio, nacimiento y causa de una cosa. Debido a esta ambigüedad en el lenguaje, hay que enfocar el problema desde otras perspectivas, por ejemplo la sistemática y la histórica. El antecedente del art. 194 es el art. 243 del Código de 1924, cuyo texto es casi textualmente conservado. La fuente legal del art. 243, en cuanto al tipo legal, es el art. 125 del Proyecto suizo de 1918 que ya figuraba en el texto de agosto de 1915 (art. 129), en el de 1908 (art. 87) así como en el art. 144 del Código helvético de 1942 (art. 160 de la versión vigente). Los expertos que redactaron este texto afirmaron que sólo puede ser objeto del delito la misma cosa obtenida mediante la primera infracción y no el producto de su venta. Así mismo, estuvieron de acuerdo en que no es necesario establecer si el delincuente obró por un móvil de lucro[58]. Contra esta opinión, la doctrina y la jurisprudencia suizas admiten el criterio opuesto favorable a reprimir el seudo encubrimiento. Ni el factor histórico relativo a la voluntad de quien elaboró la disposición, ni el propio texto suizo permiten responder a la cuestión de manera definitiva. 526

En nuestro medio, una razón para rechazar el primer criterio reside en el hecho de que nuestro legislador ha incorporado a los delitos contra la administración de justicia la infracción en la que el agente 527

[58] ZÜRCHER, p. 149 s.

actúa "procurando la desaparición de las huellas o pruebas del delito o escondiendo los efectos del mismo; en este caso, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días" (art. 405). Esta disposición tiene como precedente el art. 332 del Código de 1924, que había sido establecido teniendo en cuenta el art. 16, inciso 2, del Código Penal de 1863. Según esta norma, el encubrimiento era reprimido en todas sus formas como un tipo de participación; en los Códigos de 1924 y 1991, por el contrario, lo es a título de infracción independiente: primero, como receptación, dentro de los delitos contra el patrimonio; y, segundo, como encubrimiento real, en los delitos contra la administración de justicia.

528 Lo que interesa respecto al tema que tratamos es la diferencia lingüística existente entre el art. 194 y el art. 405. En el primero, se hace referencia a un bien que el delincuente "debía presumir que provenía de un delito" y, en el segundo, que actúe ocultando "los efectos del mismo [del delito]". Significa esto que el legislador emplea distintas formas lingüísticas para referirse a un mismo objeto de la infracción ¿"Cosa que proviene de un delito" es lo mismo que "efectos del delito"? En doctrina se admite que lo único que diferencia ambos comportamientos es el móvil con que actúa el agente: en un caso, el de obtener un provecho; en el otro, el de dificultar la persecución judicial, desinteresadamente y en beneficio del delincuente. En este sentido, para aplicar el art. 194 es necesario comprobar que el encubridor actuó con el afán de obtener provecho. Esta opinión doctrinal es el resultado de la interpretación de los juristas y ha sido alcanzada indagando sobre las fuentes y las conexiones de la disposición con otras. Sin embargo, esta búsqueda no permite responder de manera firme sobre los alcances de la frase "provenir de un delito", lo cual nos demuestra además que la perspectiva sistemática o conceptual se encuentra muy relacionada con la doctrina.

529 Todo lo dicho no implica no obstante negar la existencia de reglas, supuesto indispensable de la interpretación. Reglas que, como formulaciones lingüísticas, constituyen el punto de partida de la interpretación. Este aspecto de las reglas es un factor esencial, tanto en la determinación de los límites de ésta, como también en la creación de problemas de interpretación.

530 Por último, en este dominio se olvida con frecuencia que muchas veces (por ejemplo, en los casos de redacción defectuosa o de error material) la determinación del texto se hace mediante la interpreta-

ción. En estos casos resulta bastante arduo aceptar que el texto es el que la condiciona o limita. Cuando estas versiones difieren, la declaración de cuál es el texto que debe ser aplicado es el resultado de la interpretación. Es decir, se precisa críticamente el texto legal.

2. Método sistemático

Según este método, la disposición legal es interpretada recurriendo 531
a diversas técnicas y argumentos con referencia, por ejemplo, al lugar que ocupa en el ordenamiento jurídico, al hecho de que los términos son utilizados por el legislador en el mismo sentido o con significaciones diversas de modo constante, a la circunstancia de que debe atribuirse el significado que concuerde mejor con aquel dado a otras disposiciones jerárquicamente diferentes o al hecho de que se recurra al argumento de la coherencia del sistema jurídico para evitar contradicciones normativas. Es decir, se trata de adscribir un sentido a la ley teniendo en consideración el contexto jurídico de la regla. El primer y fundamental problema que se presenta es, en efecto, la delimitación de este contexto jurídico que puede ser circunscrito a las disposiciones cercanas a la regla en cuestión o ampliado a disposiciones pertenecientes a otros dominios del derecho y aun a los principios generales.

La comprensión del método sistemático muestra que no se puede dis- 532
tinguir de manera radical cada uno de los métodos o argumentos interpretativos. De modo que debe ser caracterizado porque su objetivo principal es hacer posible la coherencia del ordenamiento jurídico[59]. En este sentido, el intérprete debe tener en cuenta los mandatos de la Constitución, la misma que enmarca y fundamenta el sistema legal. Así, en el art. VI del Código Procesal Constitucional[60], último párrafo, se dispone que los jueces "interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional".

---

59 SOLER, 1962, p. 110 ss.

60 Ley Nº 28237, publicado el 31 de mayo 2004. Según la Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria, el Código Procesal Constitucional entrará en vigencia dentro de seis meses contados a partir de la fecha de su publicación.

533 El punto de partida del análisis sistemático es, por tanto, la idea de que el sistema jurídico[61] es un todo coherente y que comprende tanto la ley escrita y la costumbre, como los principios y valores que pueden ser deducidos de las mismas. El postulado de la plenitud del sistema jurídico reemplaza al de la plenitud de la ley escrita, cara a los partidarios del positivismo formal y de la exégesis. Frente a las lagunas, insuficiencias, obscuridades de las leyes o de las disposiciones legales, el juez no puede retardar ni denegar la administración de justicia "bajo pretexto de defecto o deficiencia en la ley" (art. 422 CP). Es decir, debe establecer la norma que le permita resolver el caso *sub iudice.* En estas circunstancias, se comporta como si el derecho fuera coherente, completo, carente de ambigüedades, justo y susceptible de conducir a una sola solución. Atribuyendo al legislador la conclusión que él escoge como justa para el caso particular, el juez la presenta como compatible con el conjunto del sistema jurídico. Aun cuando luego deba poner en conocimiento de la Corte Suprema las insuficiencias encontradas para que, si es el caso, ejercite su iniciativa legislativa.

534 Sin embargo, tampoco hay que caer en el extremo de sostener, confrontándolo con los hechos, que el derecho es desordenado y contradictorio. De lo que se trata más bien es de poner en evidencia que afirmar su coherencia y plenitud absolutas, significa admitir una ficción que sólo resulta útil para ignorar la complejidad de la realidad social, su permanente cambio y el conflicto de intereses o valores de la comunidad. Es necesario, por el contrario, tener en cuenta la tensión existente entre las reglas y el orden social. Y, por último, que las relaciones innegables que tienen entre sí las reglas constituyen un elemento decisivo para la interpretación.

535 En la práctica judicial se recurre al criterio sistemático, con cierta frecuencia, en los casos en que el texto legal contiene una expresión que también es utilizada en ámbitos diferentes al derecho penal. Por las connotaciones constitucionales que tiene es interesante plantear las dificultades que comporta la comprensión de los términos funcionarios y servidores públicos, que son empleados para caracterizar a los sujetos activos de los delitos contra la administración pública.

536 Teniendo en cuenta las dificultades que podrían tener para la aplicación de las disposiciones referentes a dichos delitos, el legislador pe-

---

[61] ALCHOURON/BULYGIN, p. 23; LAZZARO, p. 459.

ruano, como muchos otros, consideró conveniente prever quiénes debían ser considerados funcionarios públicos o servidores públicos. Para los efectos de nuestro ejemplo, nos basta indicar que, en el inciso 3 del art. 425 del Código Penal, se menciona a quien "independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos". Así mismo, que la enumeración establecida no es exhaustiva, pues, esta disposición contiene, en su último inciso, una cláusula integradora que se refiere a los demás casos "indicados por la Constitución Política y la ley".

En el caso del delito de peculado, reprimido por el art. 387 del Código Penal, la condición esencial es que el autor sea funcionario o servidor público. Si no hubiera sido establecida la regla del inc. 3 del art. 425 del mismo código, se hubieran presentado dificultades para saber si el art. 387 es también aplicable a empleados de empresas estatales y empresas mixtas (capitales privados y públicos). Debiendo ser considerados, por la ley, funcionarios o servidores públicos, los jueces debían calificarlos, cumplidas las demás circunstancias previstas en el tipo legal, como autores de peculado. Las dudas surgieron con la entrada en vigor de la Constitución de 1993. En el segundo párrafo del art. 40, se dispone que "no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta". 537

La Corte Suprema ha considerado que la disposición constitucional deja sin efecto lo dispuesto en el art. 425, inc. 3 y que, por tanto, dichos empleados no pueden ser sujetos activos del delito de peculado[62]. De esta manera, se adscribe al texto constitucional un sentido amplio, según el cual la exclusión de esas personas de la categoría de funcionarios y servidores públicos es válida para todo el ordenamiento jurídico. Esta interpretación consiste en asumir el sentido que se da al texto mediante la simple lectura, dejando de lado otros posibles[63]. Uno de éstos ha sido planteado en algunas decisio- 538

---

62 ES del 12 de agosto de 1994, Exp. 1688-94-Lima, ROJAS/INFANTE, p. 52; así mismo ES del 12 de diciembre 1996, Exp. 710-95-B Ica, ROJAS/INFANTE, p. 756; RN 797-97 del 10 de diciembre 1997, ROJAS/INFANTE, p. 736; ES del 12 de agosto 1994, ROJAS/INFANTE, p. 719

63 ROJAS/INFANTE, p. 52 s.

nes de la misma Corte Suprema[64]. En este caso, luego de señalarse la insuficiencia de no ir más allá del sentido literal, se sostiene que la finalidad del segundo párrafo del art. 40 de la Constitución no es determinar quiénes son funcionarios o servidores públicos, sino sólo precisar algunas cuestiones de orden administrativo. La más destacada sería la de fijar los alcances de la Ley Nº 20530, relativa a la homologación del sistema de pensiones de por vida. Este argumento es reforzado mediante la comprensión sistemática de la Constitución, en el sentido de que no es coherente que, por un lado, se prevea un sistema de control estricto sobre la utilización de los fondos estatales (art. 41 y 82 Const.) y se establezca que el Estado puede, de manera subsidiaria, realizar actividades empresariales directa o indirectamente (art. 60 Const.) y, por otro, se excluya de dicho control un buen número de empleados de empresas estatales o de economía mixta que pueden causar graves perjuicios al patrimonio público. La argumentación es de orden teleológico porque se orienta a tener sobre todo en cuenta la finalidad del art. 40, párrafo segundo, de la carta magna.

539 De igual manera, debe enfocarse la interpretación del art. 425 del Código Penal. La enumeración de las personas que deben ser consideradas como servidores o funcionarios públicos, en relación con los delitos contra la administración pública, está condicionada por la finalidad de proteger mejor los intereses públicos y, sobre la base, de la relativa autonomía del derecho penal, en el sentido de que puede regular categorías de manera autónoma y de acuerdo a sus objetivos. Así, aun cuando se utilice la misma terminología (posesión, lesión, funcionario, menor, etc.), el contenido puede ser diferente.

540 El criterio opuesto ha sido sostenido en una decisión por otros jueces de la Corte Suprema, en tanto que miembros de la Sala Penal. Desestimando una de las excepciones de naturaleza de juicio, interpuestas a raíz de la sentencia penal antes presentada, los jueces afirman "que la interpretación legal no puede ser simplemente literal, sino teleológica, es decir buscando el fin y el espíritu de la norma, caso contrario se daría lugar y se ampararía la impunidad de muchos ilícitos penales"[65].

---

64 ES del 27 de noviembre 1997 (Sala Penal C), Exp. 4974-96, Lima; ES del 14 de abril 1998, Sala Penal C, Exp. 5522-97 Lima; ES del 3 de agosto 1998, Sala Penal C, Exp. 251-98-Loreto.

65 ES del 27 de noviembre de 1997. Sala Penal, Exp. Nº 4574-96.

3. Método histórico

Los que atribuyen a la interpretación un carácter subjetivo, no hacen 541
sino privilegiar el método histórico. Es decir, tratan de buscar la voluntad del legislador histórico o, de manera menos rígida, la voluntad reconocible (noción que permitiría corregir las imprecisiones cometidas por el legislador histórico). Así, se trata de determinar qué concepciones inspiraron a quienes redactaron y aprobaron el texto, cuáles fueron las finalidades que se propusieron alcanzar. También, se busca delimitar el contexto social en que tuvo lugar el proceso legislativo[66]. Con estos objetivos se recurre a todos los materiales que hagan posible esta indagación histórica, cuyos resultados pueden facilitar la atribución de un sentido al texto que se interpreta. Entre dichos materiales, deben considerarse, por ejemplo, los documentos escritos que contienen datos sobre los trabajos preparatorios (proyectos, exposición de motivos, mensajes, actas de las comisiones o de los debates parlamentarios, etc.).

El método histórico puede permanecer al nivel del esclarecimiento 542
del texto mediante el análisis de los datos referentes a la manera como se ha utilizado el lenguaje, conforme a la época de los trabajos legislativos, para expresar el mandato legal. Sin embargo, puede también consistir en recurrir sobre todo a la determinación del fin perseguido por el legislador, lo que supone tener en cuenta la "*ratio legis*". En una u otra perspectiva, resulta claro que una separación radical del método histórico respecto al literal o gramatical, al sistemático o al teleológico no es fácil de practicar. Esto confirma una vez más que debe recurrirse indistintamente a todos los argumentos interpretativos, teniendo en cuenta que están muy relacionados.

La eficacia del método histórico está, manifiestamente, vinculada con 543
la mayor o menor posibilidad de contar con las fuentes documentales necesarias. Si en relación con una ley, recientemente discutida y aprobada, es más fácil indagar sobre las opiniones, los valores de quienes la elaboraron y aprobaron; esta tarea resulta más ardua respecto a leyes antiguas. Además, hay que tener en cuenta que, en función de la manera como sea utilizado, el método histórico puede desembocar en una interpretación conservadora, en la medida en que sirve

---

66 ZIPPELIUS, p. 54; COING, p. 30.

para impedir una actualización del texto legal mediante la defensa de los viejos criterios que justificaron su adopción. Por último, hay que destacar que los trabajos preparatorios no informan siempre de manera certera sobre las ideas y valores del legislador, sobre todo cuando se trata de un cuerpo colegiado en el que sus miembros aprueban la ley por motivos y razones diferentes. Sin embargo, es innegable que si bien el recurso a las distintas fuentes de información sobre la elaboración del texto legal, puede servir para esclarecer su contenido (medio auxiliar de interpretación), con frecuencia es utilizado "para aportar argumentos en favor de la decisión tomada a la luz de un texto presumido claro".

544 De modo que el juez no está obligado a tener en cuenta los trabajos preparatorios. Dispone, por el contrario, de una gran autonomía en la utilización de las informaciones jurídicas y axiológicas contenidas en esos trabajos, las que pueden serle útiles para aplicar la ley al caso concreto, como también para ordenar de modo correcto los motivos justificantes de su decisión.

4. Método teleológico

545 El método teleológico consiste en tener en cuenta el fin de la norma que se interpreta y el sentido inmanente del derecho en general o de un instituto; con relación a lo último se señalan "la naturaleza de las cosas", "la equidad", "seguridad", etc. No se trata, pues, de las circunstancias accidentales que dan lugar a la dación de la norma legal, sino más bien de las necesidades político-sociales que la norma instrumenta y, así mismo, del contexto social en el que ésta ha de producir sus efectos[67]. En este punto, se debe tener cuidado en no oponer el fin realmente querido por el legislador al elaborar la ley con la "finalidad actual del precepto" (criterios subjetivo y objetivo). En algunos casos es posible identificar el fin o el ideal que inspiró al legislador, pero si no se logra reconocerlo habrá que preguntar qué fin puede tener razonablemente una regulación, para lo que habría que tener en cuenta los fines objetivos del derecho.

546 Sin embargo, hay que admitir que no siempre se puede establecer sin equívoco el propósito de una ley y, en el caso de identificarlo,

---

[67] DU PASQUIER, p. 189; CAPELLA, 1999, p. 143.

no proporciona la única guía de la actividad legislativa. Por esto, es preferible considerar que la interpretación teológica consiste en la "integración de una multiplicidad de valoraciones; y, el propósito de la ley solamente indica una consideración única de esa multiplicidad"[68].

Cuando se habla de método teleológico se piensa más bien en la finalidad actual de la ley o de la disposición legal. Se trata entonces de determinar, teniendo en cuenta los objetivos del derecho, qué fines pueden atribuirse de modo sensato a la disposición legal. El intérprete puede así encontrar la solución del caso concreto de acuerdo a la escala de valores consagrada por el orden jurídico. Se habla en este caso de *ratio legis*, literalmente "razón de ser de la ley". 547

La terminología y los criterios utilizados para definir el método teleológico no se caracterizan, ni por su claridad, ni por su precisión. Buscando esclarecer la situación, Perrin pretende que "conviene, al menos teóricamente, distinguir la *ratio legis*, que es el espíritu en el sentido verdadero, del fin propiamente dicho que es el objetivo general de la política legislativa perseguido por el autor de la ley"[69]. Así, la *ratio legis*, examen atento de los intereses efectuado por el legislador para alcanzar el fin general de la política legislativa, no se confundiría con este último, noción mucho más amplia. 548

Desde una perspectiva semejante, la Corte Suprema ha afirmado en una de sus decisiones "que la interpretación legal no puede ser simplemente literal, sino teleológica, es decir buscando el fin y el espíritu de la norma, caso contrario se daría lugar y se ampararía la impunidad de muchos ilícitos penales[70]". 549

La manera como han sido regulados los comportamientos delictuosos previstos en los artículos 194 y 405, a los que ya hemos hecho referencia con anterioridad[71], constituye un buen ejemplo de la finalidad perseguida por el legislador. Mediante el art. 194, busca proteger el bien jurídico patrimonio, evitando que el agente continúe, perpetúe el daño ocasionado por el primer delincuente. En el art. 405, por el contrario, trata de proteger el bien jurídico "buena administración 550

---

68 Ross, 1970, p. 142, quien prefiere hablar de interpretación pragmática.

69 Perrin, p. 249.

70 ES del 27 de noviembre de 1997. Sala penal, Expediente 4574-96.

71 Cf. Nº 525 ss.

de justicia". El agente actúa para entorpecer la acción de la justicia[72]. La comprensión cabal del significado de las normas, por tanto, es alcanzada teniendo en cuenta el fin perseguido.

551 La problemática referente a los fines de la ley está, en realidad, influenciada por la manera de tratar la dualidad entre la letra y el espíritu. El punto de partida es "que una oposición puede existir entre la 'letra' y el 'espíritu' de la ley, entre el sentido literal y el pensamiento que debía ser expresado". El primero se comprende como el sentido que se confiere a la ley respetando la letra y, el segundo como el sentido que es conforme al espíritu de la regla[73].

552 El intérprete dispondría así de dos puntos de apoyo: primero, el sentido que se confiere a la ley corresponde al mandato precisado respetando la letra y, segundo, el sentido que es conforme al espíritu de la regla. De esta manera existirían "dos legalidades legítimas"[74]. La regla deducida así por el intérprete está "virtualmente contenida en la ley"[75]. De manera que, en el dominio penal, junto a las incriminaciones expresas (*Gesetzstatbestände*), existirían incriminaciones que se deducen de una "justa interpretación de la ley"; es decir, según el espíritu de la disposición (*Auslegungstatbestände*)[76].

553 Los inconvenientes de este tratamiento comienzan con la marcada ambigüedad propia al término espíritu y aumentan porque se habla también del espíritu del legislador o del espíritu de la época en que la ley fue establecida o es aplicada.

554 Estas imprecisiones, que hacen dudar de una noción tan manida como la del "espíritu de la ley", ocultan, en buena parte, por un lado, los problemas relativos en general al derecho, a la actividad de los juristas y a la significación de sus funciones; y, por otro, cuestiones más concretas relacionadas con la interpretación y el método teleológico. Entre estas últimas hay que considerar, por ejemplo, la referente

---

72 SOLER, 1976a, T. V, p. 249.

73 En teología, se distingue, de un lado, la exégesis –interpretación estricta y literal del texto bíblico– y de otro lado, la hermenéutica –búsqueda de la verdad espiritual oculta en el texto–; cf. TWINING/MIERS, p. 225. Sobre el origen de esta pareja dicotómica, LUZZATI, 1990, p. 202 s.

74 PERRIN, p. 246.

75 Philippe GRAVEN, 1989, p. 154.

76 HURTADO POZO, 1987b, p. 37.

a los límites de la interpretación y la concerniente a la jerarquía de sus métodos.

El espíritu de la ley, comprendido como el "sentido verdadero conforme a la lógica interna y al fin de la disposición en cuestión", es aquel que corresponde implícitamente al contenido de la norma y resulta siempre de la interpretación. Es decir, el sentido obtenido, luego de ordenar y precisar los datos proporcionados por el significado literal del texto, no puede, por tanto, ser concebido como un elemento diferenciado del resultado de la interpretación y es siempre un elemento variable[77]. En la práctica, se recurre, con frecuencia, al espíritu de la ley cuando se considera que la solución o las soluciones planteadas, son inadecuadas o que conducirían a resultados absurdos o inaceptables socialmente. 555

5. Jerarquía de los métodos

Según la manera tradicional de comprender la interpretación y de presentar sus métodos, podría pensarse que se trata de un procedimiento, constituido en etapas diferenciadas, que conduciría de modo lógico y seguro al descubrimiento del verdadero sentido de la ley. 556

Esta percepción no es correcta en la medida en que el recurso a los criterios de interpretación no implica seguir un orden de prioridad determinado. Una jerarquía previa y rígida es excluida porque la aplicación de dichos criterios depende de las circunstancias particulares del caso concreto. El hecho de dar la prioridad a uno de ellos en detrimento de los demás, supone tomar partido por una ideología determinada[78]. Quien cree que la finalidad de la interpretación es la búsqueda de la voluntad del legislador preferirá el método histórico. Por el contrario, quien estima que el fin de la interpretación es el de precisar el sentido objetivo de la regla, privilegiará el método teleológico. Así, entre los penalistas, quienes parten de la idea de que la finalidad del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, afirman con frecuencia que su interpretación propia es la teleológica. Todas las demás no serían sino medios auxiliares[79]. 557

---

77 LUZZATI, 1990, p. 248.
78 ZÄCH, p. 333.
79 RUDOLPHI/HORN/SAMSON, § 1 Nº 34.

558 El intérprete debe recurrir a todos los medios que le permitan escoger, entre los posibles sentidos que puedan adscribirse al texto legal, el que le parezca más conforme al caso a resolver. Este resultado no es el único "verdadero sentido de la ley", culminación inevitable de la interpretación. Los cambios de jurisprudencia prueban la inexactitud de esta concepción, a pesar de que los interesados afirman que se limitan a deducir el "verdadero sentido". Sin embargo, éste no es "verdadero" sino en relación al contexto jurídico y axiológico en el que la ley es aplicada.

VII. Interpretación declarativa, restrictiva o extensiva

559 Según sea el resultado obtenido mediante el proceso de interpretación, se distingue entre las denominadas interpretaciones declarativa, restrictiva y extensiva[80]. Se afirma que la interpretación declarativa explica el texto de la ley, tanto cuando es claro como cuando es oscuro y ambiguo; pero, sobre todo, en este último caso[81]. Se dice que esta interpretación, entre los varios significados de la expresión, precisa aquel que responde exactamente a la voluntad de la ley[82]. De esta manera, no se tiene en cuenta que en esto consiste –precisamente– la tarea de la interpretación en general. Es, por tanto, artificiosa la creación de esta "clase" de interpretación. Esto resulta aún más evidente cuando se sostiene que la interpretación debe ser sólo declarativa, "limitarse a declarar el verdadero sentido del texto a aplicar y en todo su sentido, sin quitar ni agregar nada. Para esto, ella debe ser al mismo tiempo gramatical y lógica –y así mismo teleológica e histórica– en tanto que traduce exactamente el texto legal, y al mismo tiempo remite a la razón de la ley, a su fin y si es necesario a su origen para esclarecer su pensamiento y verificar la aplicación al caso particular"[83]. Desde la perspectiva que hemos adoptado, resulta evidente que es superfluo concebir en este sentido el proceso de interpretación.

---

80 ENGISCH, 1967, p. 129 s.
81 CASTÁN TOBEÑAS, p. 259.
82 BRAMONT ARIAS, 1950, p. 98.
83 GRAVEN, Jean, 1951a, p. 411; LOGOZ/SANDOZ, art. 1 Nº 4.

Si el fondo del planteamiento concierne a la naturaleza, el fin y los límites de la interpretación, el criterio utilizado para distinguir entre la interpretación restrictiva y la interpretación extensiva no constituye la mejor manera de abordar esta problemática. El carácter artificial de la distinción se comprende fácilmente cuando se reflexiona sobre la manera tradicional como ha sido practicado. Los autores están, en gran mayoría, de acuerdo en definir la interpretación restrictiva como la que "ofrece como resultado restringir el significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan más de lo que el legislador quiso"[84]. En cuanto a la interpretación extensiva, afirman que "tiene por resultado extender el natural significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan menos de lo que el legislador quiso decir"[85]. Así, se ha considerado que el límite a tener en cuenta es el texto legal. Cuando el intérprete no lo sobrepasa, se dice que es restrictiva y, por el contrario, se habla de extensiva cuando va más allá del texto. Esta manera de percibir la interpretación implica que existan dos factores seguros entre los cuales se hace la comparación. Por un lado, el significado de las palabras legales; y, por otro, lo que el legislador quiso decir. Pero como lo hemos indicado antes, el texto, punto de referencia escogido, no es un límite neto y seguro. No es siempre en sí claro y preciso. Se trata más bien de un elemento variable y ambiguo que necesita ser determinado y éste es precisamente el papel de la interpretación[86]. Con relación a la voluntad, diremos que no se puede saber lo que "quiso decir el legislador" sino a través de ciertas manifestaciones externas: exposición de motivos, actas de las comisiones, proyectos anteriores y, sobre todo, el mismo texto de la norma a interpretar. Al pretender oponer la "voluntad del legislador" al "significado de las palabras", se concibe aquella como algo que es posible detectar sin consultar las palabras legales. Se reincide, de esta manera, en la tentativa de contraponer intención y comunicación. Esta pretensión es artificiosa[87]. Resulta aún más evidente en autores como Jiménez de Asúa, que oponen "alcances de las palabras legales" y "espíritu y voluntad del texto"[88].

560

---

84 CASTÁN TOBEÑAS, p. 260.

85 CASTÁN TOBEÑAS, p. 261.

86 LARENZ, 1980, p. 272.

87 CASTÁN TOBEÑAS, p. 255.

88 JIMÉNEZ DE ASÚA, 1959, p. 116 s. Cf. BRAMONT ARIAS, 1950, p. 94 s., quien sigue fielmente a JIMÉNEZ DE ASÚA.

561 El reconocimiento de que el lenguaje es impreciso no permite, sin embargo, negar la realidad de la disposición legal. Puesto que desde el momento en que una regla estatuida posee, como tal, un valor apremiante e indisoluble, el juez –aun cuando aporta un elemento creador de derecho– está sometido a la ley como cualquier persona[89]. Esto es, a pesar de que el texto sea impreciso, ofrece el punto de partida y el marco que el intérprete no puede ignorar. De acuerdo con la peculiaridad del lenguaje y si se desea seguir practicando esta distinción, sería preferible denominar interpretación restrictiva a la que "limita el significado de una expresión estrictamente al núcleo de la representación" e interpretación extensiva a la que comprende "hasta el límite del sentido literal posible, hasta el 'sector marginal'"[90]. Se puede calificar de restrictiva la interpretación que reconoce como sentido de la ley el núcleo de su significación; y extensiva, la que comprende además los casos situados en la zona marginal de dicho núcleo. De modo que el intérprete permanece ya sea en los límites del núcleo que comprende las situaciones típicas (interpretación restrictiva) o va más allá para tomar en consideración las "situaciones límites" mediante la determinación semántica necesaria (interpretación extensiva). Por ejemplo, si se atribuye al término "matrimonio" empleado en el art. 139, el solo sentido de "matrimonio civil" estaríamos ante una interpretación restrictiva; por el contrario, si se comprendiera como "matrimonio civil y religioso", sería extensiva.

562 Como la decisión del intérprete no es del todo ajena al contexto, tanto jurídico como social, en el que determina el sentido de la norma, el problema consiste en saber cómo se concibe la interpretación y el papel que juega quien la hace. Si la interpretación no es considerada como un procedimiento rígido que culmina siempre en un resultado único (el verdadero sentido), hay que reconocer que el intérprete dispone de un margen de libertad, dentro del cual puede inclinarse en favor de uno de los sentidos posibles del texto legal y escoger tanto los argumentos a invocar, como la manera de presentarlos. El intérprete participa así directamente en la creación del derecho.

563 Desde esta perspectiva, el intérprete precisa, atribuyéndole un sentido, los alcances del texto legal en la medida en que el legislador no

---

89 GADAMER, p. 352.

90 Contra CASTÁN TOBEÑAS, p. 259.

logra hacerlo de manera nítida, en razón de la naturaleza particular del medio (lenguaje) que debe utilizar para comunicar sus mandatos. No obstante, esto no significa que goce de una libertad absoluta. En primer lugar, los casos límites en que se presenta este dilema de manera aguda son poco numerosos. En segundo lugar, su decisión debe ser integrada siempre en el orden jurídico en general y considerar, en particular, los logros teóricos y prácticos en el dominio de la interpretación. El intérprete, vinculado a la ley como cualquier otro destinatario, debe reconocer las disposiciones legales y justificar siempre sus decisiones que no pueden ser arbitrarias. Una cierta posibilidad de prever las decisiones judiciales es así asegurada. Como la experiencia enseña: "debe existir, al menos en los hechos, una vinculación del juez; pues la jurisprudencia no resuelve, de ninguna manera, los casos de modo versátil y según las reglas que descubre de caso en caso. La 'dirección de la jurisprudencia' puede ser reconocida en su orientación y marcadas sus estaciones"[91].

VIII. Límites de la interpretación

El proceso de interpretación debe desarrollarse respetando los límites del "sentido literal posible" del texto legal. Como lo hemos señalado, éste se extiende hasta el extremo de la zona de penumbra que rodea el núcleo connotativo de la expresión. Dicho límite carece de la nitidez necesaria, la cual permitiría saber cuándo se ha abandonado el marco del texto legal. Esto se debe, vale recordarlo, al hecho de que los límites de extensión del significado de las palabras o de las frases no están predeterminados de manera natural y obvia. Sus alcances están condicionados, sobre todo, por el contexto en el cual son empleadas. De modo que, el significado de una expresión no es el resultado de la adición de los significados parciales de los términos utilizados. 564

A pesar de estas dificultades, en la mayor parte de los casos, se reconoce el marco establecido por el texto legal y dentro del cual debe permanecer la labor interpretativa. Cuando ésta rebasa el sentido literal posible de la expresión o reduce los alcances del núcleo connotativo no puede seguir hablándose de interpretación. Lo pri- 565

[91] HASSEMER, 1994, p. 83.

mero, se realiza, usualmente, mediante la analogía y, lo segundo, a través de la reducción teleológica.

1. Analogía

566 En el Código Penal de 1991 se incorporó expresamente la prohibición de la analogía. Según el art. II del Título Preliminar: "No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde". Esta disposición está basada en uno de los principios de la administración de justicia. En el art. 139 de la Constitución, inciso 9, se dispone la "inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos"[92]. Estas declaraciones sólo son una confirmación de lo establecido mediante el principio de legalidad, previsto tanto en la Constitución como en el Código. Esto explica por qué las leyes penales no contienen con frecuencia disposiciones sobre la analogía. Sin embargo y sobrepasando los límites establecidos en la Constitución, en el CPP 2004, se extiende la prohibición a la interpretación extensiva. Así, en su art. VII, inc. 3[93], se estatuye que la ley "que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos". Además, en el inc. 4, se dispone que en "caso de duda insalvable sobre la ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo". Todo esto pone en evidencia que no se ha comprendido en qué consiste la interpretación y tampoco el papel del criterio de la duda favorable al momento de aplicarse la ley.

567 Ahora bien, en este contexto, hay que recordar que toda disposición legal constituye un esquema, un tipo abierto, no una descripción precisa y cerrada y que, por lo tanto, su aplicación implica que sea precisada en relación con el caso *sub iudice*. Esto se efectúa con más facilidad en los casos comprendidos en el núcleo de significación del texto, que en los abarcados en la zona marginal o de penumbra. Estos

---

92 STC, Exp. Nº 010-2002-AI/TC-Lima, § 81.

93 *Infra* Nº 886.

últimos son comparados con los casos típicos y la posibilidad de aplicarles la misma disposición está condicionada por la existencia de caracteres similares comunes. En consecuencia la adecuación del hecho a la norma (tipo legal) no puede ser comprendida como la correspondencia material del hecho al "molde legal" (plena identidad). Se trata más bien de un juicio de apreciación analógica, pues, basta sólo cierto grado de coincidencia para admitir la correspondencia. Esta similitud no sólo es de orden lógico o material. Se trata, sobre todo, de constatar la equivalencia a nivel normativo[94]: juicio de valor que justifica someter el caso en cuestión al imperio de la norma aplicable al otro caso. Este razonamiento por analogía es propio de la interpretación. Constituye uno de sus medios y es en particular evidente si se piensa en los casos de "interpretación extensiva". Desde este punto de vista, se puede afirmar que el hecho de prohibir la analogía implica la prohibición de la interpretación.

El texto legal en sí no puede servir para distinguir la analogía de la 568
interpretación (más precisamente de la interpretación extensiva). Tampoco puede serlo el procedimiento o el medio utilizado. Entre lo que se denomina interpretación (extensiva) y lo que se llama analogía sólo existe una diferencia de graduación: el problema reside en determinar si la regla prevé o no el caso concreto. La respuesta hay que buscarla en la manera como se recurre al razonamiento por analogía. En la medida en que éste sea utilizado para determinar –mediante el juicio de valor propio al razonamiento analógico– que el caso concreto reúne las características señaladas por el tipo legal, estamos aún en el campo de la "interpretación". Por el contrario, se trata de "analogía" si la aplicación de la regla a un caso que escapa a su campo de aplicación se hace con arreglo a la similitud de este caso con otro al que es aplicable la regla en cuestión.

Como lo hemos visto al estudiar el principio de legalidad[95], la analo- 569
gía está prohibida en derecho penal, en la medida en que se le emplee para fundamentar la represión de un comportamiento mediante la creación de un nuevo tipo legal o la ampliación de uno existente. Por el contrario, el razonamiento analógico que restringe el poder punitivo está permitido.

---

94 LARENZ, 1980, p. 256.
95 Cf. *supra* Nº 353 ss.

570 A pesar de estas explicaciones, no se logra despejar la duda sobre los esfuerzos hechos para distinguir la interpretación extensiva de la analogía. Los criterios utilizados se basan en elementos metajurídicos o políticos e ideológicos y no en convincentes razones teóricas. Pero esto no significa que el intérprete (en particular, el juez) obre necesariamente de manera arbitraria. La ley, no está demás reiterarlo, no es sólo una especie de proposición (de diversas soluciones) que el intérprete pueda ignorar a su antojo[96]. La aplicación de la ley se hace en un contexto determinado por el conjunto de normas legales, principios jurídicos y criterios establecidos por la jurisprudencia.

571 En las decisiones de los tribunales se recurre a la prohibición de la analogía para excluir la aplicación de alguna disposición legal. Sin embargo, por la manera como están redactadas, no es posible siempre apreciar la justeza del argumento. Así, debido a que no se relata[97] en qué consistió el comportamiento del procesado, resulta imposible saber por qué no se aplica el art. 198, inc. 8, a un procesado según el art. 246, inc. 5, del Código de 1924. En esta última disposición, se reprimía a quien "cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública". El art. 198, inc. 8, del código actual, incrimina como fraude en la administración de una persona jurídica el hecho de "usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona". Si se piensa en el fraude a la administración pública es debido a que, en la misma sentencia, se considera que no puede reprimirse al procesado por peculado debido a que no es considerado funcionario o servidor público. Esto último como consecuencia de que se afirma que el párrafo segundo del art. 40 de la Constitución de 1979 derogó el inc. 3 del art. 425, en el que se reconocía esa calidad a los empleados de las empresas estatales o de economía mixta. Si se conociera qué acto cometió el agente podría analizarse si era correcto, por ejemplo, afirmar que había incurrido en el delito de fraude a la administración pública conforme al art. 246, inc. 5, del Código de 1924, pero que no podía sancionársele porque en el nuevo Código no se había conservado esa disposición. Por último, que tampoco le era aplicable el art. 198, inc. 8, del nuevo código a pesar de haber cometido un acto similar al incriminado en esta disposición debido a que no constituye el

---

96 Zaffaroni/Alagia/Slokar, p. 110.

97 ES del 12 de agosto de 1994. Sala Penal, Exp. Nº 1688-94, en Rojas 1999a, p. 79.

acto que ésta prevé. Es determinante la similitud del comportamiento ejecutado y del previsto en la disposición legal que trata de aplicarse. Es equívoco afirmar, como lo hacen los jueces en la sentencia comentada, que "dicho supuesto delictivo [art. 246, inc. 5 del Código de 1924] ha sido descriminalizado en el Código Penal vigente, y no [es] posible asimilar dicho supuesto con el previsto en el artículo ciento noventa y ocho inciso octavo del Código Penal vigente por estar prohibida la aplicación de la ley penal por analogía".

Tampoco resulta clara la aplicación de la prohibición de la analogía en el supuesto que trata de una Fiscal Provincial de Lima que "permitía la injerencia de su esposo en asuntos propios de su despacho, como también su activa participación durante el turno y post-turno ocurrido entre el quince y el veintisiete de mayo de mil novecientos noventicinco, a lo que se agrega su presencia en el despacho mientras la señora Fiscal atendía al público, y el acceso, revisión y calificación de expedientes y denuncias en giro"[98]. En la denuncia fiscal para que se abriera instrucción penal, la conducta de la Fiscal fue calificada "de complicidad en la comisión del delito de usurpación presuntamente cometido por su cónyuge" y, además, se le imputó "la comisión del delito de Abuso de Autoridad". En la sentencia en que se decidió el no ha lugar a abrir instrucción, se afirmó que de conformidad con el art. III del "Título Preliminar del Código Penal, no es permitida la analogía para calificar un hecho como delito o falta, en consecuencia, no apareciendo de la denuncia fiscal antes glosada imputación concreta contra la denunciada por omisión, rechazamiento o retardo de algún acto de su cargo, no puede analógicamente imputársele a título de abuso de autoridad los hechos que en la mencionada denuncia se imputan como complicidad en usurpación de funciones, menos aún si no se ha señalado cuál acto de función omitió, rehusó o retardó, por tales razones". De esta confusa argumentación parece deducirse, más bien, que se trata de un problema de insuficiente determinación de los hechos que deberían ser calificados como típicos. 572

Por el contrario, el recurso a la prohibición de la analogía resulta en parte claro en el caso en el que se aprecia el carácter delictuoso del hecho, cometido por los directivos de una empresa comercial desti- 573

98 Exp. Nº 8741-97 Lima, 13 de noviembre de 1998, en ROJAS/INFANTES, p. 47.

nada a prestar dinero o captar recursos, sólo de sus socios accionistas. El asunto es saber si estas personas incurren en el delito de intermediación financiera, previsto en el art. 246. La cuestión es determinar si la condición fijada en esta disposición, de que el agente haya captado de manera "habitual recursos del público" sea realizada cuando sólo hubiera obtenido dinero de sus "socios accionistas". La Sala Penal que conoció esta causa[99] afirmó que debido a esta "restricción del universo de prestamistas" se "excluye la noción de 'público' exigible por el tipo penal de intermediación financiera, resultando por lo mismo amparable la excepción de naturaleza de acción en atención a los principios de legalidad y prohibición de aplicación analógica". Aceptado este criterio, resulta posible sostener que aplicar el art. 246 supondría hacerlo debido a que captar recursos de los socios es similar, análogo al hecho de captar recursos del público. Esta última característica se referiría a todas las otras personas aparte del propio agente y, llegado el caso, de los socios de la empresa dedicada a la captación. Sin embargo, otra sería la conclusión si se admitiera que es factible interpretar de manera extensiva la exigencia del tipo legal en el sentido de ampliar el círculo de los prestamistas a toda persona, comprendidos los socios de la empresa.

574 Un ejemplo interesante de la manera cómo se puede ir más allá del "posible sentido literal del texto legal" es el de una ejecutoria de la Corte Suprema[100] referente al delito de violación. Aunque relativo a la aplicación del Código derogado, conserva cierta vigencia porque este delito está también previsto en el Código de 1991. El caso juzgado trata del siguiente comportamiento: Juan, mayor de edad, con "el pretexto del juego entre hermanos", venció la resistencia de su hermana de 17 años y le hizo sufrir el acto sexual[101]. El fiscal consideró, en primer lugar, que es "preciso hacer notar que el Tribunal correccional sentenciador discurriendo sobre conceptos estrictamente legalistas, apoyando su decisión sobre la falta de un requisito legal, ha otorgado su absolución al acusado convicto y confeso, lo que constituye un grave error que es urgente enmendar". Luego niega –con

---

99 Sentencia del 17 de marzo de 1998, Corte Superior de Lima. Exp. Nº 5339-97B, en ROJAS/INFANTES, p. 47.

100 ES 6 de abril de 1964, en *AJ* 1964, p. 272.

101 Antes del DL Nº 20583, la víctima del delito de violación debía ser mayor de 16 años, actualmente el límite es de 14 años.

razón– que se trate de un delito de seducción, teniendo en cuenta la relación de parentesco existente entre ofensor y víctima[102]. Por el contrario, afirma que debe aplicarse el art. 196 (Código de 1924) que sanciona a quien haga sufrir el acto sexual a una mujer (fuera de matrimonio), empleando violencia o amenaza grave. Los argumentos que expuso son:

1. Que teniendo en cuenta el grado de educación del autor, "no pue- 575
   de exigirse que haya mediado violencia física, para la comisión de los hechos instruidos, sino que, probada como está la estrecha relación familiar entre acusado y agraviada, tiene que darse por establecido que, el acusado, abusando de su calidad de hermano mayor de la ofendida, venció su resistencia física y moral y la sometió...".
2. El absolver al acusado "establece un funesto precedente, porque 576
   de seguirse apreciando así estos hechos, importaría hacer ambiente para que los delitos incestuosos queden también impunes, y esto no puede ser...".
3. El "hecho cometido [...] no sólo es contrario a la moral, sino que 577
   es un acto manifiestamente punible, porque va contra las bases sustanciales de nuestra organización, jurídicamente organizada".

La cuestión consiste en determinar qué se debe entender por "vio- 578
lencia". Para este efecto, hay que tener en cuenta el contexto en que es utilizada esta palabra. El art. 196 del Código de 1924 dice: "el que por violencia o grave amenaza" (igual que el art. 170 del Código vigente) obliga a "una mujer a sufrir el acto sexual fuera de matrimonio" (en el artículo vigente, la víctima es una persona y el comportamiento la práctica del acto sexual u otro acto análogo). Es evidente que con el término violencia, se hace referencia al empleo de la fuerza bruta con el fin de vencer la resistencia de la mujer. Cabría preguntarse si también se refiere al empleo de la fuerza moral (*vis compulsiva*), Pero, es dudoso que abarque los casos de abuso de autoridad o del ascendiente que se tiene sobre la víctima. En el contexto del art. 196 (art. 170 vigente), no se puede responder afirmativamen-

---

[102] El DL Nº 20583 modifica el art. 201 en cuanto a la edad y a la agravante. Esta última consiste en la existencia de una relación especial entre el agente y la víctima; por ejemplo, familiar. De modo que el legislador parece admitir que es posible que el padre seduzca a su hija.

te a la pregunta de si el término violencia comprende el empleo de la fuerza moral, precisamente, porque a ella se refiere la palabra amenaza, utilizada en el mismo texto. Ahora bien, si la amenaza no es aludida mediante la palabra violencia, menos lo será "el abuso del ascendiente que se tiene sobre una persona".

579 Del primer argumento del fiscal, podría pensarse que se trata de una interpretación extensiva. Sin embargo, es evidente que no se puede admitir que el hecho, de que el hermano mayor, mediante el abuso de su ascendiente sobre su hermana, venza la resistencia de ésta pueda ser comprendido dentro del posible sentido literal del texto legal. Sólo desnaturalizando el lenguaje e ignorando el contexto en que aparece la expresión, podría afirmarse que el acusado ha ejercido "violencia".

580 Estamos ante un caso más de cómo se utiliza el razonamiento analógico. El juzgador consideró, primero, que la violación (acto descrito en la ley) y el incesto (no previsto como delito independiente en nuestra legislación) debían ser reprimidos por ser actos que van "contra las bases sustanciales de nuestra organización, jurídicamente organizada" y "no pueden permanecer impunes". En segundo lugar, que la situación de hecho era semejante; en ambos casos se trataba de un acto sexual cometido contra la voluntad de la víctima. La diferencia radica en que para la violación se requiere violencia o grave amenaza, elemento que no se presentó en el caso juzgado. De esta manera, se aplica una disposición legal a un caso no previsto en ella, valorando material y normativamente en el sentido de que se trata de casos análogos. Esto constituye una violación al principio de legalidad.

2. Reducción teleológica

581 La denominada reducción teleológica, en la medida en que no contradice el principio de legalidad, no está excluida del derecho penal. Se trata de un procedimiento que, en razón de criterios fundamentalmente de valor, restringe el ámbito de aplicación de la norma jurídica en relación con casos que están comprendidos, sin mayor duda, en su núcleo connotativo.

§ 6 Aplicación de la ley penal en el espacio

I. Derecho penal internacional. 1. Introducción 2. Función 3. Poder represivo, jurisdicción, competencia. 4. Derecho penal material y derecho procesal penal. 5. Principios del derecho penal internacional. 6. Legislación nacional. II. Principio de territorialidad. 1. Fuentes y límites. 2. Territorio. 3. Lugar de comisión de la infracción a. Las diferentes teorías. b. La solución legal y su interpretación c. Misiones diplomáticas. d. Principio de matrícula o del pabellón e. Actos de participación III. Principio de la competencia real. IV. Principio de la personalidad activa. 1. Noción y justificación 2. Agente nacional. 3. Identidad de normas. 4. Entrar en la República. 5. Factibilidad de extradición V. Principio de la personalidad pasiva. VI. Principio de la competencia universal, de la competencia de reemplazo o de sustitución. VII. Principio de la administración de justicia por representación. VIII. La extradición. IX. Aplicación de leyes penales extranjeras. X. Aplicación de sentencias extranjeras. XI. Caso de funcionario o empleado nacional que delinque en el extranjero. XII. Excepciones estatuidas en el art. 4.

I. Derecho penal internacional

1. Introducción

Debido a los importantes progresos que se han realizado en el ámbito de los medios de comunicación, el mundo actual[1], se caracteriza por las estrechas relaciones entre los pueblos y los Estados. Las distancias se han acortado y el desplazamiento tanto de personas como de cosas se ha ampliado e intensificado. De modo que, con frecuencia, los actos efectuados en un país están relacionados con otro debido a un factor personal o material. Este hecho da a los comportamientos una dimensión internacional, en la medida en que los Estados concernidos pueden estimarse interesados y competentes para reprimir a los responsables[2]. 582

En el ejercicio de su soberanía y sobre la base del aspecto foráneo del acto, cada Estado determina bajo qué condiciones el responsable está sometido al poder punitivo. Con este objeto, se han elaborado ciertos criterios denominados de conexión o relación (*Anknüpfungspunkte*). El conjunto de normas (art. 1 al 5 del CP) en los que están regulados constituye el llamado derecho penal internacional (*internationales Strafrecht*). 583

2. Función

Esta última denominación no es del todo exacta[3], puesto que las reglas en cuestión no son normas convencionales o consuetudinarias 584

---

1 SCHULTZ, 1963a, p. 305.

2 HUET/KOERING-JOULIN, p. 24.

3 SCHULTZ, 1953, p. 31; HAFTER, 1946, p. 48; OEHLER, 1983, p. 1; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem. §§ 3-7 Nº 1; JESCHECK, 1965a, p. 76 s.; FIERRO, p. 3 y 7.

relativas a las relaciones entre Estados[4]. Son más bien normas estatuidas por un Estado en virtud de su *ius puniendi*, sea teniendo en cuenta el aspecto del acto que lo vincula con el extranjero, sea de acuerdo con una convención internacional. En consecuencia, forman parte del derecho penal interno[5].

585 Diferente es el denominado derecho internacional penal (*Völkerstrafrecht, materielles internationales Strafrecht*), el cual está conformado por las disposiciones que reprimen las violaciones al orden público internacional o el derecho de gentes (crímenes contra la humanidad, crímenes contra la paz, crímenes de guerra)[6].

586 Mediante las reglas del derecho internacional penal se prevé en qué casos la ley penal nacional es aplicable. Estas normas cumplen, en este punto, la función de fundamento del derecho punitivo del Estado (*strafgwaltbegründende Funktion*), el cual amplía, de esta manera, su poder coactivo previendo que su derecho penal también se aplicará a delitos cometidos fuera de sus fronteras (*Ausdehnung der Strafgewalt*). Sin embargo, no se debe sobrestimar este aspecto, ya que el Estado sólo es soberano sobre su territorio.

587 En derecho internacional no existen normas en las que se regulen los límites de la soberanía de los Estados en materia penal. La delimitación se determina a través de las decisiones que cada uno de éstos, en función de su poder discrecional, establece respecto a la extensión del ámbito de aplicación de su derecho penal. Las normas que dictan, por lo tanto, fijan sólo de manera indirecta "el límite del dominio de los derechos penales de los demás países"[7].

588 El poder del legislador no es absoluto, en la medida en que debe respetar la regla del derecho internacional que prohíbe el abuso de derecho (*Verbot des Rechtsmissbrauches*) y, así mismo, sólo tomar en con-

---

4 SCHULTZ, 1967a, p. 307.

5 Cf. LOMBOIS, 1979, p. 13 s., propone llamarlo "derecho penal extranacional"; cf. también SCHULTZ, 1982b, I, p. 101; JESCHECK/WEIGEND, § 18 I Nº 1.

6 MERLE/VITU, Nº 287; PRADEL, 2003, Nº 52; cf. HUET/KOENIG-JOULIN, p. 25 s. No se gana en precisión buscando una noción general que comprenda el derecho penal internacional y el derecho internacional penal. Otorgar a la primera denominación un sentido amplio y otro restrictivo no es satisfactorio, ver TRIFFTERER, p. 1484.

7 SCHULTZ, 1960a, Nº 1208, p. 2.

sideración los hechos sobre los cuales tiene un interés legítimo para intervenir judicialmente[8].

Las normas del derecho penal internacional también tienen la función de establecer qué derecho penal se aplica en el caso concreto (*Strafanwendungsrecht*). Según la concepción mayoritaria, los jueces cuando aplican el derecho penal nacional sólo se limitan a concretar la soberanía del Estado. En algunas ocasiones, sin embargo, el legislador dispone que los jueces nacionales tengan en cuenta el derecho penal foráneo. Por ejemplo, cuando admite la aplicación de la *lex mitior*. De este modo, las normas del derecho penal internacional tienen el papel de límite (*Kollisionsrecht*)[9]. 589

Sin embargo, las reglas del derecho penal internacional no están destinadas, sobre todo, a solucionar conflictos entre las leyes promulgadas por los diversos Estados. Constituyen, más bien, el fundamento del ejercicio de su poder punitivo. A pesar de la similitud de la denominación, el derecho penal internacional es en sustancia distinto al derecho internacional privado[10]. 590

El fin principal perseguido por el legislador es el de excluir la impunidad de los comportamientos delictuosos. Con este fin, da poca importancia al hecho que pueda multiplicar los conflictos positivos de competencia. Tanto mejor si dos o más Estados pretenden ejercer su poder punitivo respecto a un caso particular (*kollisionsbegründende Normen*)[11]. 591

La amplitud y frecuencia de estos conflictos de competencia positivos están condicionados por los criterios empleados por el legislador. Así, éste puede optar por organizar la lucha contra la criminalidad sobre la base de una cooperación estrecha con los demás Estados, en lugar de hacerlo inspirado en la desconfianza respecto a éstos. En este caso, ampliaría el dominio de aplicación de su poder punitivo, mientras que en el primero lo restringiría[12]. Para regular dichos conflictos es indispensable jerarquizar los factores de conexión y las competencias a las que sirven de fundamento[13]. 592

---

8 JESCHECK/WEIGEND, § 18 I Nº 1.
9 SCHULTZ, 1963a, p. 307.
10 Cf. SCHULTZ, 1960a, Nº 1208, p. 2.
11 ESER, p. 1359.
12 Ver JESCHECK, 1965a, p. 78, nota 26.
13 Sobre la distinción entre competencia principal y competencia secundaria, cf. *infra* Nº 600 ss.

3. Poder represivo, jurisdicción, competencia

593 Fijar los límites del poder represivo del Estado no es lo mismo que establecer los límites de su poder jurisdiccional (*Gerichtsbarkeit*). En virtud de este último, el Estado somete a las autoridades judiciales nacionales el procesamiento de un imputado. Estas autoridades, en función de su poder jurisdiccional, base de todo procedimiento penal, aplican o dicen el derecho (*ius dicere*). Por lo general, el poder punitivo y el poder jurisdiccional coinciden ya que cada uno de los Estados trata de hacer valer el primero mediante sus propios órganos judiciales. Sin embargo, en raros casos el poder jurisdiccional falta a pesar de que se trate de aplicar la ley penal material (por ejemplo, en el caso del diplomático extranjero que comete una infracción en el territorio nacional)[14].

594 Así mismo, es indispensable distinguir entre el poder represivo del Estado y la competencia de los órganos judiciales nacionales. Esta competencia implica la aptitud de un órgano judicial para abocarse en exclusiva a un litigio. Los criterios de conexión del derecho penal internacional nada tienen que hacer con los criterios de la delimitación de la competencia *ratione loci* entre los tribunales y que determinan el foro.

4. Derecho penal material y derecho procesal penal

595 Las opiniones doctrinarias divergen respecto a la índole de las normas del derecho penal internacional. El criterio mayoritario sostiene que en general esas normas forman parte del derecho penal material y, por lo tanto, no al derecho procesal penal[15].

596 En la medida en que dichas normas fijen el dominio de aplicación del poder punitivo del Estado, pueden ser consideradas como normas penales primarias. Sin embargo, tienen un carácter secundario cuando estatuyen si el juez nacional debe aplicar al hecho concreto el derecho nacional en razón de uno de los factores de conexión. En ningún caso, por tanto, estas normas prescriben a las personas que

---

[14] JESCHECK /WEIGEND, § 18 I Nº 3.
[15] SCHULTZ, 1967a, p. 309.

actúen o se abstengan de obrar de cierta manera. Este papel lo desempeñan las normas penales que individualizan los comportamientos punibles. A estas normas primarias están vinculadas las normas secundarias[16] de aplicación de la ley.

En el derecho nacional se ha admitido este criterio, puesto que las 597
normas del derecho penal internacional están previstas en el Código Penal. Carece de importancia, en buena cuenta, la ubicación de dichas medidas en el ordenamiento jurídico, lo que más bien importa es el papel que realmente desempeñan. Así, el CdePP contenía también reglas de este tipo, las cuales fueron derogadas al dictarse el Código Penal de 1991[17]. El mismo criterio se sigue en el CPP 2004: "Si el delito es cometido fuera del territorio nacional y debe ser juzgado en el Perú conforme al Código Penal..." (art. 23).

En la legislación extranjera se encuentra regulado el dominio espa- 598
cial de aplicación de ley penal, ya sea en los códigos penales, en los de procedimientos penales o en las constituciones[18]. En doctrina, no faltan autores que consideran preferible reconocer el carácter complejo de las normas que lo regulan[19].

5. Principios del derecho penal internacional

Como hemos señalado con anterioridad, el legislador no puede deci- 599
dir de manera arbitraria qué casos están sometidos a su poder punitivo. Su decisión será correcta y oportuna en la medida en que tenga en cuenta la existencia de un vínculo entre la situación de hecho y sus legítimos intereses de protección jurídica. Éste puede consistir en la relación directa que tenga con el lugar de comisión de la infracción (principio territorial), con la nacionalidad del delincuente (principio de la personalidad activa), con la protección de bienes jurídi-

---

16 Cf. HART, p. 103 ss, en particular p. 105.

17 SAN MARTÍN, T. I, p. 25.

18 Su incorporación en los Códigos procesales se basó en la concepción, preconizada en el siglo XVIII, que sostenía que los códigos penales serían parecidos en todos los países y que las normas que estudiamos deberían determinar sólo la competencia de los jueces. Consultar: OEHLER, 1983, p. 30.

19 ZLATERIC, p. 22, dice: "es de naturaleza mixta o compleja: material o procesal, lo que tienen de común es que pertenecen al derecho público".

cos nacionales (principio de la competencia real o de defensa y principio de la personalidad pasiva), o con la defensa de intereses comunes a todos los Estados (principio de competencia universal). Además, hay que señalar que se admite un quinto criterio, denominado de "justicia por representación", para los casos en que un Estado no conceda la extradición de un delincuente, solicitada por otro que tenga expedito su derecho a reprimirlo.

600 Los legisladores no recurren a uno solo de estos criterios para regular su derecho penal internacional. En la actualidad, de acuerdo a su soberanía territorial, fijan como criterio básico el principio de territorialidad (*Territorialitätsprinzip*) y lo complementan con otros, fundamentados en cada uno de los factores que vinculan el comportamiento, cometido fuera del territorio nacional, a su Estado[20]. Estos factores de conexión son la nacionalidad de la víctima (Principio de la personalidad pasiva, *Individuallschutzpinzip*), la nacionalidad del autor (principio de la personalidad activa, *aktives Personalitätsprinzip, Heimatpinzip*), el interés del Estado (principio de la competencia real, *Staatsschutzprinzip*), el interés común de los Estados (principio de la competencia universal, *Weltrechtsprinzip*). Algunos de estos criterios (en general, el territorial y el de la competencia real) son utilizados para establecer una competencia principal, mientras que la fundamentada en los demás es calificada de secundaria[21] o subsidiaria.

601 Sin embargo, ambas formas de competencia son originarias y son indispensables para fundamentar una delegación para reprimir los actos cometidos en el extranjero. Ésta consiste en una demanda de las autoridades del Estado en que la infracción ha sido cometida a las autoridades del lugar en el cual se encuentra el autor de la conducta punible, para que sea perseguido y reprimido por el Estado requerido. Éste, al aceptar la solicitud, ayuda al Estado requeriente a ejercer su obligación de castigar al responsable (competencia por representación o, para evitar confusiones terminológicas, competencia por delegación, *stellvertretendes Strafrecht*) [22].

602 Si bien los Estados, como lo señalamos antes, deciden soberanamente sobre los límites de aplicación de sus leyes penales, no debe olvidarse

---

20 TRECHSEL, 1997, vor Art. 3 Nº 1.

21 SCHULTZ, 1967a, p. 311.

22 SCHULTZ, 1967a, p. 325 ss; COLOMBINI, p. 52 ss; MARKEES, 1986, *FJS* 424, p. 6 s.; BOUZAT/PINATEL, II, p. 1627; cf. ATF 118 IV 305/JdT 1995 IV 66.

la compleja interrelación económico-política del mundo, que determina la dependencia de los países más débiles de los poderosos, y la influencia que de éstos se deja sentir en todos los dominios. Muchos casos pueden darse como ejemplo, desde simples desconocimientos de las decisiones judiciales de un Estado[23], hasta los graves cuestionamientos o violaciones de las reglas de derecho internacional y humanitario.

6. Legislación nacional

El Código Penal de 1863 no contenía disposición alguna sobre el do- 603
minio de aplicación de la ley penal. Fue en el Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863, en donde figuraron, por primera vez, algunas normas al respecto. En los nueve acápites de su art. 2 se enumeraban, de manera desordenada, los casos que estaban "sujetos a la jurisdicción criminal de la Nación". En el primero, se consagraba el principio territorial; en el 4 y el 5 se regulaba el caso de delitos cometidos en naves nacionales; en el 3, el 6 y el 7, preveía el principio real o de defensa; en el 8, el principio personal; en el 9, el principio universal y, en el segundo, el caso de diplomáticos nacionales que en el ejercicio de sus funciones delinquieran en el extranjero. Además, se señalaban, en el art. 9, algunas circunstancias en que "cesa la jurisdicción nacional" y, en el art. 7, quiénes eran los jueces competentes en el caso de delitos cometidos en país extranjero, alta mar o aguas de ajena jurisdicción Al elaborar el Código de Procedimientos en Materia Criminal

---

[23] Se ha citado con frecuencia el llamado Caso *Cutting*. En 1886 Cutting, ciudadano norteamericano hizo publicar en un periódico de Texas (EE.UU.) un artículo difamatorio en agravio del mexicano Emigio Medina. Encontrándose tiempo después en la Ciudad Paso del Norte (México), fue detenido y condenado a un año de prisión El enjuiciamiento y la condenación de Cutting tuvieron lugar conforme al art. 198 del CP mexicano, que estatuye el principio denominado de personalidad pasiva (una forma de principio real o de defensa). El gobierno norteamericano protestó no sólo porque el tribunal juzgador no ofrecía –en su opinión– todas las garantías necesarias, sino también "porque la pretensión de las autoridades mexicanas atentaba contra los derechos de los EE.UU. de establecer su competencia penal según el lugar de ejecución del delito y la nacionalidad del delincuente". El incidente terminó con la sumisión de las autoridades mexicanas, lo que constituyó una "capitulación simulada". Cf. DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 107 s.; OEHLER, 1983, p. 420.

en 1920, nuestro legislador no conservó todas estas disposiciones. En los art. 9 y 10, se limitó a regular en sentido amplio, el principio real (delito "contra un peruano o contra la seguridad del Estado, falsificación de moneda, billetes o documentos nacionales"); y, señaló de manera diferente las condiciones de represión para estas infracciones.

604 Los art. 6, 7 y 8 del CdePP de 1940 son semejantes a las disposiciones del Código de 1920, notándose en ellos, con mayor claridad, la influencia francesa[24]. El texto de dichos artículos no está en completa armonía con lo dispuesto en los art. 4, 5 y 6 del Código Penal de 1924 y los cuales figuraban en el Proyecto de 1916 (art. 4, 5 y 6).

605 El principio de territorialidad sigue siendo el pivote sobre el que gira el sistema del derecho penal internacional. Su aplicación general está prevista en el art. 1 CP, salvo las excepciones contenidas en el derecho internacional. En el segundo párrafo de esta disposición, recordando la vieja idea de los territorios flotantes, se fijan las condiciones en las que la ley penal nacional también se aplica a los delitos cometidos en naves o aeronaves.

606 Los diversos casos de aplicación de la ley penal nacional a los delitos cometidos en el extranjero son enumerados en los diversos acápites del art. 2 CP. Así, de manera clara, se prevé el principio real o de defensa en el numeral 3. Con cierta relación a este criterio, se regulan separadamente los casos de atentados contra la seguridad o la tranquilidad pública y del funcionario o servidor público que delinque en el desempeño de su cargo. En el numeral 4 se dispone bajo qué condiciones se aplica la ley penal nacional cuando el delito es cometido contra un peruano (principio de la personalidad pasiva) o por un peruano (principio de la personalidad activa). Por último, en el numeral 5 se regula la competencia asumida por el Estado peruano mediante tratados internacionales.

607 En el art. 3 CP, se dispone que se aplicará la ley penal nacional cuando, por no haber accedido al pedido de extradición (Ley Nº 24710, del 27 de junio de 1987), el Estado peruano debe reprimir al responsable. La regulación es complementada, primero, mediante el art. 4 CP, en el que se prevén diversas excepciones a la aplicación de la ley peruana, en virtud de los incisos 2, 3, 4 y 5 de la misma disposición.

---

[24] Ver Code d'instruction criminelle, art. 5 y 7.

Segundo, por el art. 5 CP, en el que se estatuye el principio de la ubicuidad para resolver los problemas relativos a la determinación del lugar donde se reputa cometido el delito.

En cuanto al derecho internacional, hay que tener en cuenta, por 608
ejemplo, lo dispuesto en el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889[25] y el Tratado de La Habana de 1928 ("Código Bustamante")[26], cuyas disposiciones, a la vez que no concuerdan de manera exacta, entre sí, tampoco corresponden a los principios admitidos en el Código Penal.

De modo que en nuestro país hay una multiplicidad de normas sobre 609
el dominio de aplicación de la ley penal. Las reglas estatuidas en los tratados internacionales se aplicarán a todos los casos relacionados con los países contratantes y las normas del Código Penal regirán para los demás. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero. Además, la legislación peruana cuenta con una Ley de Aeronáutica Civil que regula qué norma es aplicable a las infracciones cometidas a bordo de aeronaves[27], así como con una Ley de Extradición Nº 24710, del 27 de junio de 1987)[28].

II. Principio de territorialidad

1. Fuentes y límites

De acuerdo con el principio de territorialidad, la ley penal se aplica a 610
todo delito cometido en territorio nacional, sin tener en consideración la nacionalidad del autor o el carácter de los bienes jurídicos lesionados.

---

25 Ratificado por Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Perú (Resolución Legislativa del 25 de octubre de 1889). El Tratado de 1940, no ha sido ratificado por el Perú. Ver Textos de los Tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado, p. 173 s.

26 Son partes Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú (Resolución Legislativa Nº 6462, del 31 de diciembre de 1928).

27 Ley Nº 27261 del 10 de mayo de 2000; ya el Código Bustamante se refería a esos casos, no así nuestro CP.

28 Los Tratados de Montevideo y de la Habana (Código Bustamante) también contienen reglas sobre esta institución; el Gobierno peruano ha firmado diversos tratados bilaterales de extradición; así por ejemplo con Bélgica, España, Estados Unidos, Reino Unido, etc.

611 La imprecisión del art. 4 del Código de 1924[29] ha sido corregida en el art. 1 del Código vigente, en el que se establece, expresamente, que: "La ley penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República". De esta manera, se deja de hacer referencia, como sucedía en el código derogado, sólo al hecho de que "será reprimido todo el que cometa una infracción en el territorio de la República..."[30].

612 El florecimiento del nacionalismo y del Imperio, durante el período de la Revolución Francesa, determinó la consagración en la legislación de Europa continental del principio territorial, como la regla fundamental para la determinación del dominio de aplicación de la ley penal[31]. Fue preconizado por diversos filósofos de la Ilustración, en especial por Montesquieu y Rousseau. La regulación del principio de territorialidad se inicia en la legislación francesa y, luego, se difunde en el derecho de los demás países, mediante la afirmación intransigente de que la justicia penal es territorial.

613 La preeminencia del principio territorial en el derecho inglés, por el contrario, tiene sus raíces en el sistema acusatorio, según el cual el jurado de acusación estaba autorizado para conocer sólo lo que sucedía en su condado[32].

614 En el derecho europeo y, por lo tanto, en el nuestro, el principio territorial se basa en la soberanía del Estado (*Grundsatz der Gebietshoheit*), una de cuyas expresiones es la dación de leyes penales [33].

615 El fundamento jurídico de este principio es, generalmente, hallado en razones de orden procesal, represivo e internacional[34]. Así, se estima que facilita la indagación de las pruebas, permite restaurar en

---

29 CORNEJO, 1926, p. 14.

30 El acápite primero del art. 2 del Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863 estatuía que están sujetos a jurisdicción criminal de la nación "los peruanos y extranjeros que delinquen en el territorio de la República". Tampoco se refería, pues, de manera expresa a que la ley aplicable es la peruana.

31 Cf. DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 5; OEHLER, 1983, p. 110 ss.; ZLATERIC, p. 157.

32 DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 5 s.

33 HART, p. 31, dice, con razón, que "el sistema jurídico de un Estado moderno se caracteriza por un tipo especial de soberanía e independencia territoriales"; cf. JESCHECK, 1965a, p. 85.

34 DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 11.

corto plazo el orden público en donde el delito ha sido cometido, y hace más eficaz el efecto ejemplarizador de la pena.

El primer deber del Estado, mencionado en la Constitución (art. 44, inc. 1), es el de "defender la soberanía nacional". En el dominio penal, el Estado trata de imponer un determinado orden para asegurar la protección de ciertos bienes que considera importantes. La violación de una de sus disposiciones es considerada como una desobediencia a su autoridad y cuya sanción sólo a él corresponde. La aplicación irrestricta de este principio conduciría a desconocer todo hecho delictuoso cometido fuera del país y a no tener en cuenta los procedentes judiciales extranjeros[35]. 616

2. Territorio

La amplitud del dominio de aplicación del principio territorial depende de lo qué se comprenda por "territorio" y de la manera cómo se determine el "lugar de comisión de la infracción". 617

El territorio[36] es, sobre todo, circunscrito mediante normas internacionales. Éstas constituyen la base de las disposiciones de derecho público interno que regulan su extensión. En ningún caso el Estado puede de manera unilateral establecer el ámbito de su dominio geográfico, el mismo que está constituido por la superficie del globo terrestre enmarcada por los límites estatales, el subsuelo, el mar territorial y el espacio aéreo que cubre tanto al suelo como al mar. A este espacio se limita la validez del orden jurídico y fuera de él queda el "extranjero". 618

En el artículo 54 de la Constitución se establece que el territorio "comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre". Respecto al dominio marítimo se dispone que está constituido por "el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley"[37]. Además, esta- 619

---

35 DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 12 s.; en relación con el derecho anglosajón, cf. OEHLER, 1983, p. 30 y s.

36 GRÜTZNER, 1964, p. 16.

37 El DS Nº 052-2003-RE, de 11 de abril de 2003, ha establecido los criterios para determinar las líneas de base relativas al Dominio Marítimo del Estado.

tuye que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, sobre su dominio marítimo y sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente, de conformidad con la ley y con los tratados internacionales ratificados.

620 La expresión territorio de la República del art. 1 del Código Penal debe comprenderse en este sentido amplio. El mismo que ya era supuesto en otras normas legales. Por ejemplo, en el DS del 1º de agosto de 1947, referente al mar territorial, se estatuía que "la soberanía y la jurisdicción nacional se ejercerán también sobre el mar adyacente a las costas del territorio nacional..." (art. 28). Con esta última expresión se hacía alusión, sin duda, sólo a la superficie terrestre, a la que también se designaba con el término territorio[38]. Un acto de soberanía nacional es, sin ninguna duda, la aplicación de la ley penal a los actos delictuosos cometidos en embarcaciones que se encuentran en esta zona marítima.

621 El empleo de la expresión dominio marítimo, en lugar de mar territorial, ha sido determinado por razones doctrinales y, en especial, por preocupaciones de política internacional. Esto se evidenció en la discusión que tuvo lugar en torno a la conveniencia o no de que el Perú suscribiera el acta final de la Convención del Mar. La respuesta negativa del Gobierno se inspiró en la noción estricta (física y normativa) de mar territorial[39].

622 La extensión del mar territorial[40] fue señalada por el Estado peruano en 200 millas (art. 3 del DS del 1º de agosto de 1947). Se ratificó el contenido de este Decreto en la Declaración de la Zona Marítima (Santiago de Chile, 18 de agosto de 1952), en la que se expusieron los fundamentos económicos y sociales. Esta extensión no es reconocida por todos los países; pero en ella es indispensable que el Estado peruano ejerza soberanía y jurisdicción para "reservar, proteger, conservar y utilizar los recursos y riquezas naturales de toda clase que en o debajo dicho mar se encuentran" (art. 2 del DS antes mencionado

---

38 Ver Ley de Aereonáutica Civil Nº 27261, del 10 de mayo de 2000 y su reglamento aprobado por DS Nº 050-2001-MTC de 26 de diciembre de 2001.

39 Cf. GARCÍA BELAUNDE, 1984, p. 22.

40 NOVAK/GARCÍA-CORROCHANO, T. II, vol. 1, p. 202 ss.

do)[41]. Los fines específicos que justifican la decisión peruana permiten, de otro lado, que admita un criterio distinto en relación con la represión penal. En el Tratado de Montevideo de Derecho Penal Internacional de 1889 se señalaban cinco millas[42]. La noción de mar territorial de una extensión de 200 millas ha sido reafirmada por el Perú, negándose a suscribir la Convención del Mar de 1982, aprobada en la Tercera Conferencia Mundial sobre el Derecho del Mar (1973), en la que se distingue una zona contigua que no debe superar las 24 millas y una zona territorial de 12 millas, además de una zona económica exclusiva hasta las 200 millas. Sobre la tercera se reconoce al Estado ribereño una soberanía modal o funcional (art. 3, 33 y 57).

Respecto a la navegación de naves extranjeras hay que considerar, 623
conforme a la fórmula "salvo las excepciones contenidas en el Derecho Internacional" del art. 1, el denominado "paso inocente". En términos de la Convención del Mar, por ejemplo, se trata del hecho de "atravesar mucho mar sin penetrar en las aguas interiores ni hacer escala" (art. 18, inc. 1, a). El carácter de inocente, según el art. 19 de esta misma Convención, significa que "no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño".

En cuanto al espacio aéreo, el gobierno peruano declaró, mediante 624
R. S. del 15 de noviembre de 1921, tener derecho absoluto sobre la parte que cubre su territorio y sus aguas territoriales (Reglamento de la Aviación Civil y Comercial). Por Resolución Suprema del 17 de setiembre de 1936, se adhirió a la Convención Internacional de Navegación Aérea de París de 1919 (CINA), renovada en 1929 y 1933,

---

41 Sobre mar territorial, consultar: GARCÍA BELAUNDE, 1989, p. 159 ss., en particular, p. 178 ss., y los autores citados; HERRERA PAULSEN, p. 59; PAREJA, p. 202 y s. En el plano internacional se discute mucho sobre su extensión: La Conferencia Panamericana reunida en Panamá en octubre de 1939, la fijó en 300 millas; la Convención Interamericana de Neutralidad, reunida en Río de Janeiro en setiembre de 1941, recomendó que se fijara en 12 millas. Cf. GARCÍA BELAUNDE, 1984, p. 20 y s.

42 El art. 12 de dicho Tratado estatuye que "se declaran aguas territoriales, a los efectos de la jurisdicción penal, las comprendidas en la extensión de 5 millas desde la costa de tierra firme e islas que forman parte del territorio de cada Estado". Esta norma ha sido reproducida en el Tratado de 1940 del cual el Perú es signatario; pero, que aún no ha ratificado.

en la que se reconocía tal derecho[43]. En el art. 3 de la actual Ley de Aeronáutica Civil (Ley Nº 27261, de 10 de mayo de 2000), se estatuye claramente que: "El Estado peruano ejerce soberanía completa y exclusiva sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y mar adyacente, hasta el límite de las 200 (doscientas) millas, de conformidad con la Constitución Política del Perú".

625 La referencia al espacio aéreo en el Código Penal es indirecta; así, en el art. 1, último párrafo, cuando se alude al "espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía" en relación con los delitos cometidos a bordo de aeronaves nacionales privadas, se supone que el Estado ejerce soberanía en el espacio aéreo. En qué consiste el mismo es una cuestión determinada a nivel internacional y declarada en el derecho público interno. Así, con claridad, se dice en el art. 54 de la Constitución que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas".

3. Lugar de comisión de la infracción

626 Para determinar si la ley penal nacional se aplica al caso concreto, hay que tener en cuenta si éste se ha producido en el territorio nacional. Se trata de localizar el delito en el espacio; dicho de otra manera, de fijar el lugar donde se le reputa cometido.

627 Para lograrlo, es indispensable tener en cuenta la índole de la conducta punible. En el caso del delito formal o de mera actividad

---

[43] En la Convención de Chicago del 7 de setiembre de 1944 se reafirmó los términos de la Convención de París relativos a la soberanía nacional en el espacio aéreo. En su art. 1 se dice que cada Estado tiene soberanía total y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio. Declaración que es precisada en el art. 2, en el que establece que "se consideran como territorio de un Estado las áreas terrestres y las aguas territoriales subyacentes a ellas que se encuentren bajo soberanía, dominio, protección o mandato de dicho Estado". La Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), creada por dicha Convención, ha propiciado convenios internacionales para reprimir los actos ilícitos que se ejecuten contra la aviación comercial: el "Convenio sobre las Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves", Tokio, 14 de setiembre de 1963, y aprobado por el gobierno mediante DL Nº 22092 del 21 de febrero de 1978; el Convenio sobre Piratería Aérea, La Haya, 1970; el Convenio sobre la sanción de actos de violencia contra la persona cometidos a bordo de aeronaves, Montreal, 1971.

(*Tätigkeitsdelikt*), su realización se agota con la acción ilícita (comisión u omisión). No requiere, por lo tanto, de la producción de un resultado diferenciado del comportamiento del agente (por ejemplo, el secuestro). Por el contrario, el delito material o de resultado (*Erfolgsdelikte*) implica que el autor, mediante su acción, sí lo produzca. Es el caso por ejemplo del homicidio, consistente en atacar a una persona y provocarle la muerte.

Respecto al primero, la localización en el espacio se complica cuando el comportamiento del agente se materializa en varios lugares. En otras palabras, cuando los elementos constitutivos del delito se dan en espacios diferentes. Así, cuando el delincuente desplaza a la persona raptada por diversos sitios o si el violador hace sufrir el acto sexual a la víctima en una estancia diferente de donde la puso en incapacidad de resistir. 628

En cuanto al delito material, puede suceder que el lugar donde ha atacado físicamente a la víctima y el lugar donde ésta fallece no coincidan. Este caso es el llamado delito a distancia (*Distanzdelikt*) y su localización espacial plantea muchas dificultades. 629

a. Las diferentes teorías

El problema ha tratado de ser resuelto mediante diversos criterios. Según la teoría de la acción (*Handlungs- oder Tätigkeitstheorie*), se reputa que el delito ha sido cometido en donde el agente la ha ejecutado. En favor de este planteamiento habría que tener en cuenta que la voluntad criminal se manifiesta en este sitio y que ahí es donde se pueden hallar con relativa seguridad las pruebas para el juzgamiento del responsable. En oposición a esta concepción, de acuerdo con la teoría del resultado (*Erfolgstheorie*), dicho lugar es donde éste se ha producido. Este factor constituiría el elemento decisivo en la medida en que su realización conlleva la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Por último, de conformidad con la teoría de la ubicuidad (*Ubiquitätstheorie*), el delito es reputado cometido tanto en donde el agente ha obrado, como en donde el resultado ha tenido lugar. Sin embargo, ninguno de estos criterios ha permitido superar todas las dificultades. El problema reside, sobre todo, en la imprecisión de las expresiones acción y resultado. 630

Para superar dichas dificultades, se han ideado diferentes soluciones, teniendo en cuenta las características específicas de los delitos. 631

Así, considerando que el resultado típico (la muerte en el homicidio) está precedido de un efecto inmediato, primera consecuencia del acto delictuoso que puede ser ya considerado como resultado (la lesión causada por el homicida), se propone que se repute cometido el delito donde se haya producido el efecto inmediato (teoría de la acción a distancia o *Zwischenwirkungstheorie*). También se ha propuesto que se tenga por lugar de comisión todo sitio donde se hubiera desarrollado el hecho punible; es decir, en donde se realicen total o parcialmente los elementos materiales de la infracción, así como donde se han producido el efecto inmediato o el resultado final (teoría de la ubicuidad absoluta). De modo que basta que el delito concierna de cualquier modo al territorio nacional. Este criterio multiplica necesariamente los conflictos positivos de competencia. Su aplicación irrestricta da lugar a situaciones absurdas, por ejemplo en relación con los llamados delitos de tránsito (*Transitverbrechen*). Así, debería considerarse lugar de comisión del delito de injurias todos y cada uno de los territorios por los cuales transita la carta de agravios remitida desde Pekín a Lima[44].

b. La solución legal y su interpretación

632 A diferencia del Código Penal de 1924, en el que no se optaba expresamente por uno de los criterios antes expuestos, en el vigente se acepta el principio de la ubicuidad. Según su art. 5, el "lugar de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos".

633 De manera correcta se consideran también los casos de participación delictuosa, aunque si se hubiera omitido la referencia expresa no se hubieran alterado significativamente los alcances de la disposición. Por el contrario, constituye una insuficiencia importante el que se haga referencia a los "efectos" del comportamiento, en lugar de limitarse al "resultado". Del texto legal, se deduciría, en consecuencia, que el legislador ha escogido la teoría de la ubicuidad absoluta. Lo que no concuerda con la breve explicación dada en la exposición de motivos. En ésta, se dice que la "novedad consiste aquí en aceptar el

[44] Así mismo en caso de un mensaje por internet que transita por varios países antes de llegar a destino.

criterio de la ubicuidad para determinar el lugar de comisión del delito, pudiendo ser aquel sitio en que se produjo la acción u omisión o el de la manifestación del resultado". Esta diferencia con relación al texto legal se debe quizás a que la exposición de motivos no fue, en realidad, redactada con referencia al texto definitivo. El texto vigente figura en los Proyectos de 1990 (art. 10) y 1991 (art. 5), mientras que en el art. 3 del Proyecto de octubre de 1984, donde se reguló por primera vez el citado principio, se establecía "así como donde se produjo o debería producirse el resultado". Esta fórmula fue conservada en los Proyectos de 1985 (art. 4) y 1986 (art. 4). Si bien dicha referencia a los "efectos" es confirmada en el art. 2, numeral 2, en la medida en que en esta norma se establece que los atentados contra la seguridad o la tranquilidad pública deben producir "sus efectos en el territorio de la República", resulta más significativo para no admitir el principio de ubicuidad absoluta el hecho de que, al fijar el momento de comisión del delito, se establezca, en el art. 9, que "es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca". Como en el caso de la localización de la conducta punible, la mención del resultado se hizo también en el Proyecto de 1984. En su art. 6 se considera cometido el delito "en el momento de la acción u omisión, aunque otro sea el del resultado". Por las razones indicadas antes, nos parece que el art. 5 debe ser interpretado en el sentido del principio de ubicuidad restrictiva.

El factor decisivo es que, al menos, uno de los elementos constitutivos del delito, parcial o totalmente, sea ejecutado en el territorio nacional. Poco importa que se trate de un caso de consumación o de tentativa. Respecto a esta última, se admite también que el delito se debe reputar cometido en el lugar donde, según el plan delictivo, el resultado debería haberse producido. 634

En el caso de omisión propiamente dicha, basta que el agente hubiera dejado en forma parcial de realizar el comportamiento ordenado de manera implícita por el tipo legal en cuestión. Sin embargo, no debe comprenderse, mediante una simple interpretación literal del art. 9, que también la omisión es cometida donde produce sus efectos, aun cuando éstos no constituyan elementos del tipo legal del delito de omisión propia. Así, no puede considerarse como lugar de comisión el sitio donde el menor de edad reside y no recibe la pensión alimenticia de parte de su padre, sino el lugar donde éste 635

omite cumplir con su obligación legal (art. 149). Caso diferente es el de la omisión impropia, en la que mediante su abstención el agente (garante) realiza el tipo legal de un delito material. El lugar de comisión es tanto donde el agente omite obrar, como donde el delito se consuma.

636 Los actos preparatorios y los actos posteriores a la consumación del delito no son considerados, en general, para determinar el lugar de comisión. Por ejemplo, en cuanto a la alteración o supresión de la filiación de un menor (art. 145), el fin del agente de alterarla o suprimirla es sólo un elemento subjetivo del tipo legal. En consecuencia, para su consumación, no es indispensable que el delincuente alcance su objetivo. Igualmente, los actos realizados para materializar este fin no son elementos constitutivos de este delito y, por tanto, no pueden ser utilizados para establecer cualquier factor de relación o de conexión.

637 Actualmente, debido al desarrollo de la informática, se plantean cuestiones interesantes respecto a la comisión de delitos mediante este medio técnico, en particular por intermedio de internet (por ejemplo, estafas, amenazas, injurias). A pesar de sus peculiaridades, no hay grandes dificultades en aplicar el principio de territorialidad. Así, debe considerarse como lugar de comisión del delito el sitio donde el agente actúa (por ejemplo, escribe y envía el mensaje electrónico injurioso) o donde el resultado se produce. Sin embargo, la aplicación del principio de territorialidad en su sentido absoluto produciría el efecto no deseado de considerar como competentes a todos los Estados donde la información ha sido difundida. Para evitar esto, deberían considerarse sólo los casos en los que el resultado típico se ha materializado (por ejemplo, donde la víctima de una estafa vía internet, se encuentre en el momento de efectuar el acto de disposición patrimonial perjudicial)[45].

c. Misiones diplomáticas

638 Los locales de las misiones diplomáticas de los Estados acreditados han sido considerados como territorio extranjero. Así, las parcelas del territorio nacional, ocupadas por éstas, eran tratadas como si fueran territorio del Estado representado ante el gobierno peruano. Esta

[45] Cf. SCHWARZENEGGER, p. 124.

ficción ya no es aceptada, pues, llevada a sus últimas consecuencias tendría que reconocerse también que el Estado foráneo fuera soberano sobre el subsuelo y el espacio aéreo relativo al territorio ocupado por su misión. De acuerdo con el criterio vigente, se estima que es una cuestión concerniente a la aplicación de la ley penal en cuanto a las personas[46]. El derecho nacional es aplicable en principio a los actos delictivos cometidos en los locales de las misiones; pero la competencia de las autoridades nacionales para ejercer su poder coercitivo es suspendida, mientras perdure la inmunidad que se les reconoce.

d. Principio de matrícula o del pabellón

639 También era admitido, tradicionalmente, que las naves o aeronaves constituían una extensión del territorio nacional (teoría de los territorios flotantes)[47]. Esta ficción es, hoy en día, rechazada y siempre fue muy criticada. Su admisión crea mucha confusión; pues, tendría que considerarse –en caso de nave– como territorio nacional la superficie de agua sobre la que navega, también la que la rodea y el espacio aéreo que la cubre. Aun cuando se afirme que la noción de territorio flotante no debe ser comprendida en un sentido naturalista sino jurídico, no deja de ser fuente de dificultades.

640 De lo que se trata es de reconocer que es necesario, debido a los caracteres propios de estos medios de transporte y el desarrollo que han alcanzado, establecer un tratamiento especial para los casos en que se cometan infracciones a bordo de ellos. Para lograrlo no es indispensable recurrir a la ficción de los territorios flotantes. Tampoco es correcto pensar que de lo que se trata es de "determinar si el delito se tendrá por cometido en el interior o en el extranjero"[48]. Lo que interesa más bien es fijar la conveniencia de que la ley penal nacional se aplique o no en tales casos.

641 En el art. 1, segunda parte, lo que hace en realidad el legislador peruano es, primero, reafirmar la regla de que su ley penal se aplica siempre a todos los actos cometidos en su territorio (suelo, mar terri-

---

46 Cf. *infra* Nº 900 ss.

47 MAURACH/ZIPF, § 11 Nº 14; BRAMONT ARIAS, 1950, p. 154-155.

48 SOLER, 1976a, T. I, p. 154; su criterio puede ser, tal vez, correcto de acuerdo a las disposiciones de la ley argentina que comenta.

torial, espacio aéreo); segundo, admitir la teoría del pabellón[49], para reprimir, en todos los casos, los comportamientos delictivos cometidos a bordo de naves o aeronaves nacionales públicas y, cuando sean efectuados en alta mar a bordo de naves o aeronaves nacionales privadas, a causa de que ningún Estado tiene soberanía sobre esta zona marina porque es "*res nullius*"[50]. Mediante la última regla, el legislador es consecuente con el criterio que le sirve de punto de partida (principio territorial), ya que deja en manos de los otros Estados la represión de las infracciones que se cometan en las naves nacionales que se hallen en las aguas territoriales de éstos. Además, debe tenerse en cuenta que el Estado peruano puede invocar cualquiera de los otros principios (real o de defensa, personalidad activa o pasiva, universal) para reprimir algunas de las infracciones que se cometan en naves o aeronaves nacionales que se hallen en el mar o espacio territorial de otro países.

642 En caso de naves, el reconocimiento de la jurisdicción del Estado ribereño para aplicar su ley a las infracciones cometidas a bordo de naves privadas peruanas que surcan sus aguas territoriales, supone que el Estado peruano se arroga la potestad de aplicar su ley a los responsables de delitos realizados a bordo de naves extranjeras que se encuentran en aguas territoriales del Perú.

643 Este criterio, estatuido también en la legislación vigente, nos parece incorrecto y no conforme a la orientación mayoritaria en la legislación extranjera. No resulta clara la manera de cómo se reafirmaría la soberanía nacional declarando la aplicación de la ley peruana a un crimen de lesiones cometido, a bordo de una nave mercante panameña, por un marinero griego en agravio de un libio. Tampoco es evidente el perjuicio que sufriría la soberanía nacional si no se afirma su competencia para reprimirlo conforme la ley del Perú. Más racional y práctico es limitar la aplicación de la ley nacional a las infracciones, cometidas a bordo de naves extranjeras que se encuentren en aguas peruanas, que por sus consecuencias se relacionan con intereses del país. En la Convención sobre el Derecho del Mar, art.

---

49 Este principio figuraba ya en el art. 8 del Tratado de Montevideo de 1889.

50 Definida en el art. 86 de la Convención del Mar; en el art. 92 se dispone que las naves navegarán bajo pabellón de un solo Estado, y en el art. 87, la libertad de navegación en alta mar.

27, se señalan los casos siguientes: primero, cuando el delito tenga consecuencias en el Estado ribereño, o sea de tal naturaleza que pueda perturbar la paz del país o el buen orden en el mar territorial; segundo, cuando el capitán o un agente diplomático del Estado del pabellón de la aeronave haya solicitado asistencia a las autoridades locales; tercero, si es necesario para la represión del tráfico de drogas (otro ejemplo es la fórmula empleada en la actual Ley de Aeronáutica civil, art. 6)[51].

Respecto a las aeronaves, hay que destacar que, en oposición a la 644
solución unitaria adoptada por el legislador nacional, por las diferencias que existen entre la circulación aérea y la marítima, los problemas que surjan por la comisión de un delito a bordo de una aeronave no pueden ser resueltos de manera idéntica en todos los aspectos[52]. La efectiva aplicación del principio territorial, por ejemplo, es poco practicable por la imposibilidad o gran dificultad que existe en ciertas circunstancias para saber en qué espacio aéreo se encontraba la aeronave al cometerse la infracción; como por el hecho de que las aeronaves sobrevuelan zonas en donde nadie ejerce soberanía y, por último, a que el Estado al que pertenece el espacio aéreo se desinteresa con frecuencia en ejercerla[53]. Por esto, hizo bien el legislador al establecer, en la Ley de Aeronáutica Civil, el principio de la nacionalidad de la aeronave. Regla que, además, es con frecuencia admitida en la actualidad[54].

Según el art. 5 de dicha ley, "los hechos ocurridos, actos realizados y 645
delitos cometidos a bordo de una aeronave civil peruana fuera del territorio del Perú también se someten a las leyes y tribunales peruanas en los siguientes casos cuando se encuentre sobre: a) Alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía, o b) Terri-

---

51 Este criterio fue aceptado en el Código Bustamante. Así, en su art. 2, se exige que debe existir una "relación entre el hecho delictuoso y el país y sus habitantes o perturbar su tranquilidad". También figura en el art. 19 de las Normas penales de las Convenciones sobre el Derecho del Mar de Ginebra de 1958; consultar: OEHLER, 1983, p. 305 s.; GRÜTZNER, 1964, p. 24 s.

52 MEYER, p. 605.

53 MEYER, p. 605 s.

54 Según ZLATERIC, p. 195, no se le debe asimilar al "principio del pabellón" porque las aeronaves, a diferencia de las naves, no enarbolan bandera. Ver Convención de Tokio de 1963.

torio extranjero, excepto que los efectos de tales hechos, actos o delitos afecten la seguridad o el orden público del Estado subyacente, o causen daños a personas o bienes dentro de dicho territorio". En el art. 7 se estatuye que los "hechos ocurridos, actos realizados y delitos cometidos a bordo de una aeronave civil extranjera en vuelo sobre territorio peruano, se rigen por las leyes del Estado de matrícula de la aeronave, excepto en los siguientes casos, en que se someterán a las leyes y tribunales nacionales, cuando: a) Afecten la seguridad o el orden público del Perú, o b) Causen daño a personas o bienes en territorio peruano"[55].

646 Debemos destacar, en primer lugar, el carácter general de estas disposiciones. Se refieren no sólo a los delitos cometidos a bordo, sino también a hechos ocurridos y actos realizados. Es decir, que comprenden también, por ejemplo, los actos jurídicos civiles que se lleven a cabo a bordo; las violaciones que cometan los pasajeros a los reglamentos internos de la aeronave, y los comportamientos indisciplinados realizados por los miembros del equipaje[56].

647 En segundo lugar, el legislador trata de hechos o actos sucedidos a bordo de una aeronave y durante el vuelo. Por lo que –*contrario sensu*– se debe deducir que la ley nacional se aplicará siempre que los actos sean cometidos cuando se hallen en aeropuerto nacional, según el principio territorial[57].

648 En doctrina y en las convenciones internacionales, se ha tratado de fijar desde qué momento se considera que la aeronave se encuentra en vuelo. Según la Convención de Tokio, una aeronave está en vuelo desde el momento en que "la fuerza motriz es empleada para despegar hasta el momento en que el aterrizaje ha terminado". Esta regla aparece ya en el art. 1, inc. 21, de la Convención internacional de Roma de 1952 y en el anexo 6 de la Convención de Chicago de 1944[58].

---

55 Ver también los art. 3 y 4 de la Ley de Aeronáutica Civil.

56 Algunos autores recomiendan, en parte con razón, que los atentados contra el reglamento interno de la aeronave o los actos de indisciplina de los miembros del equipaje sean siempre reprimidos por el Estado cuya nacionalidad tiene la aeronave. Arguyen que tales disposiciones son "*sui generis*" y de naturaleza "rigurosamente nacional". Cf. MEYER, p. 616 ss.

57 La aeronave no es en ese instante sino un inmueble sobre territorio nacional: art. 812, inc. 4, CC.

58 Cf. GRÜTZNER, 1964 p. 27.

Teniendo en cuenta las reglas establecidas en la Ley de Aeronáutica Civil, tampoco es necesario distinguir –como se hace en doctrina– entre delitos cometidos mediante aeronaves y los ejecutados a bordo de aeronaves. Un ejemplo de los primeros puede ser el ejecutar "cualquier acto que pone en peligro la seguridad de naves, aeronaves, construcciones flotantes o de cualquier otro medio de transporte colectivo o de comunicación destinado al uso público" (delito contra los medios de transporte colectivo o de comunicación, art. 280 CP). En este caso, es evidente que se aplicará la ley nacional en virtud del principio territorial. 649

En tercer lugar, subrayemos que las reglas de la Ley de Aeronáutica Civil se refieren sólo a las aeronaves civiles peruanas o extranjeras; y no a las aeronaves públicas. El art. 332 del Código de Justicia Militar (DL Nº 23214 del 28 de julio de 1980) estatuye la competencia de los tribunales militares nacionales sobre infracciones cometidas en alta mar o a bordo de aeronaves peruanas. 650

Son naves o aeronaves públicas peruanas las militares y las destinadas en exclusividad al servicio del poder público, tales como: correos, aduanas y policía. Todas las otras serán reputadas civiles, aunque sean de propiedad del Estado (por ejemplo, art. 38 de la Ley de Aeronáutica Civil). La nacionalidad de las últimas está determinada por su inscripción en el Registro Público de aeronaves del Perú[59]. 651

De lo expuesto, pareciera que las aeronaves del Estado destinadas exclusivamente al servicio de correos estuvieran fuera del régimen establecido por la Ley de Aeronáutica Civil. Sin embargo, en esta misma norma se estatuye que "las aeronaves de Estado que realicen actividades aeronáuticas conforme a la autorización otorgada se encuentran sujetas a la presente ley"[60]. 652

En el Código Bustamante se emplea una terminología semejante a la del Código Penal de 1924. Se hace referencia a "aeronaves de guerra" y "aeronaves mercantes" y se establece la regla de la nacionalidad de la aeronave para ambos casos (art. 300 y 301); limitando su aplica- 653

---

[59] Art. 39 de la Ley de Aeronáutica Civil. Normas sobre el establecimiento de tal registro se estatuyen ya en el convenio de París de 1919, en el de Madrid de 1926 y en los de la Habana de 1928 y de Chicago de 1944. Cf. CLAISSE, en *Jurisprudencia Argentina*, Nº 4600, del 25 de setiembre de 1974, p. 2 y 5.

[60] Art. 19, pf. 3.

ción para las "mercantes" a los casos en que las infracciones tengan "relación con el país y sus habitantes (o) perturban su tranquilidad" (art. 301, *in fine*).

654 Las reglas de la Ley de Aeronáutica Civil son más precisas sobre este punto. Tanto en el art. 6 como en el art. 7 se enumeran las condiciones que deben presentarse: a) daños a la seguridad o al orden público; y b) daños a las personas o a los bienes que se encuentren en territorio peruano.

655 El art. 6, pf. 3, de la Ley de Aeronáutica Civil de 1965 señalaba además otro caso en que se aplicaba la ley nacional a los delitos cometidos en aeronaves extranjeras que sobrevolaban el territorio peruano, "si hubiera la aeronave realizado en la República el primer aterrizaje posterior a su comisión"[61]. Esta previsión ha sido suprimida en la vigente Ley.

656 De este somero análisis de las disposiciones de la Ley de Aeronáutica Civil, hay que concluir que la regla fundamental –a diferencia de lo que sucede con las naves en que predomina el principio territorial– es que se aplica el principio de nacionalidad de las aeronaves civiles, conforme al cual se someterá a los agentes de infracciones cometidas a bordo de éstas a la ley del Estado en donde estén inscritas. Sólo en las situaciones especiales enumeradas por la ley se aplicará por excepción las disposiciones legales del Estado en cuyo espacio aéreo vuela la aeronave.

657 En el Código de 1991, la misma regla es aplicada a las naves y aeronaves, ignorándose así normas como las admitidas en las convenciones internacionales. Deben, por el contrario, perfeccionarse tales reglas y tratar de aplicarlas al caso de las naves para limitar, de manera prudente, la intervención de los órganos jurisdiccionales peruanos y la aplicación de la ley penal nacional.

e. Actos de participación

658 En el art. 1 CP, no se hace referencia a los actos de los participantes para determinar el lugar de comisión del delito. De modo que hay

---

[61] Sobre los inconvenientes de admitir esta solución, cf. MEYER, p. 638 s.; y Resoluciones de la Sétima Conferencia Interamericana de Estados Americanos de Montevideo de 1933.

que entender que la expresión "todo el que comete un hecho punible" se refiere tanto al que actúa solo, como a todos los que en conjunto intervienen en el acto delictivo. Por el contrario, en el art. 5 se dice "el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar". La redacción de esta disposición sólo pone en evidencia los casos de participación, implícitos en el texto del art. 1, sin aportar criterios para resolver los diversos problemas que se plantean en razón a la diversidad de formas que asume la participación delictiva (principal y secundaria).

Los coautores y el autor mediato participan en el delito a título principal. Los primeros, sin necesidad de cumplir actos de ejecución, se asocian a la decisión inicial de cometerlo o a la ejecución de éste con tal intensidad que aparecen como autores. De la noción mixta de participación de los coautores, se deduce que cada uno responde por lo que los otros han realizado, de modo que el delito cometido en coautoría es reputado como ejecutado en el lugar donde uno de los coautores ha ejecutado uno de los elementos del tipo legal. 659

El mismo criterio debe ser aplicado respecto al coautor que no lleva a cabo ningún acto de ejecución (coautor intelectual), como al autor mediato, a quien se le imputa el delito cometido por un tercero sin dolo, que él ha utilizado como intermediario material. 660

Tratándose de las formas accesorias o secundarias de participación, complicidad e instigación, se ha considerado que deben someterse los comportamientos que éstos cometan en el extranjero al derecho penal nacional, sólo cuando la conducta principal sea ejecutada en territorio peruano. Sin embargo, resulta más coherente aplicar el principio de territorialidad, pues, si el cómplice o instigador actúa en el extranjero y el delito se ejecuta, por el autor principal o el instigado, en territorio nacional, se le aplicará la ley nacional porque el "resultado" de su comportamiento se ha producido en éste. Pero una cuestión queda pendiente por contestar. ¿Es justificado reprimir al participante secundario que actúa en el extranjero a pesar de que el comportamiento principal no es típico de acuerdo con el derecho del Estado en donde obró? Para resolver este conflicto, se ha propuesto que se prevea la regla de la doble incriminación[62]. 661

[62] SCHULTZ, 1987, p. 13; cf., también TRECHSEL, 1997, Art. 7 Nº 7. Es interesante indicar que, según el art. 113-5 del CP francés, el cómplice, en territorio fran-

662 A diferencia de otras legislaciones, el Código peruano no prevé el reconocimiento de las sentencias extranjeras que hayan sido dictadas respecto a responsables de delitos cometidos en el territorio nacional. De modo que el principio de territorialidad (art. 1) estatuye que las autoridades peruanas podrán perseguirlos de nuevo, sin considerar si han sido absueltos o condenados y, en este último caso, que hayan cumplido total o en parte la pena impuesta. De la misma manera, procederán cuando ésta haya prescrito o haya sido remitida.

663 Esta regulación va demasiado lejos y constituye una expresión de desconfianza frente a la administración de justicia de los demás Estados. Una consecuencia evidente del carácter injusto de este criterio es el hecho de que no se prevea la imputación de la pena impuesta en el extranjero y cumplida total o parcialmente. Por el contrario, tratándose de la competencia secundaria fundada en los otros criterios de conexión, el Código reconoce de manera amplia las sentencias o decisiones dictadas en otro país en contra de los delincuentes que han obrado en el extranjero (art. 4, pf. 3).

III. Principio de la competencia real

664 El principio de la competencia real (o principio de la realidad, o principio de la cuasi-territorialidad, o aun principio de la protección estatal; *Real- oder Staatsschutzprinzip*) dispone que la ley penal nacional se aplica al autor de una infracción cometida en el extranjero, cuando lesiona o pone en peligro un bien jurídico cuyo titular es el Estado. En el ámbito del derecho internacional, la competencia basada sobre este principio se justifica sin mayor dificultad[63]. Si se admite de manera amplia que lo decisivo es que los bienes jurídicos atacados merezcan la protección del Estado, se podría pensar que el principio real o de defensa se desprende del principio de la personalidad pasiva[64],

---

cés, de un crimen o delito cometido en el extranjero, es reprimido por las autoridades francesas si, por un lado, el crimen o delito es penado tanto por la foránea como por la francesa y, por otro, si ha sido comprobado en una decisión firme de la jurisdicción extranjera. Según PRADEL, 2003, Nº 231, "la iniciativa de la persecución debe proceder de las autoridades extranjeras, pero el hecho de que el cómplice haya actuado en Francia no excluye la represión".

63 TRECHSEL, 1997, Art. 4 Nº 1.

64 Lo admitió en particular BINDING, 1885, p. 394; MERLE/VITU, Nº 290.

puesto que se debe aplicar la ley de la víctima a todo delito cometido en su agravio. Contra este criterio, se puede afirmar que constituye un aspecto del principio de la casi-territorialidad[65], en la medida en que se trata de una ampliación de la protección del Estado en favor de los intereses de los nacionales[66].

En la doctrina y legislación, se tratan por separado estos dos casos; se habla del principio de personalidad pasiva cuando el acto atenta contra bienes de nacionales particulares. Este es el criterio admitido por nuestro legislador. 665

El principio real o de defensa ha sido justificado invocando la idea de que el Estado tiene el derecho de recurrir a la legítima defensa frente a los ataques de que sea víctima[67]. Si bien es cierto que la idea es en parte correcta, en cuanto supone que el Estado busca protegerse y conservar tanto su integridad como su estabilidad, no es menos cierto, también, que es innecesario utilizar la expresión legítima defensa, que tiene una significación precisa en derecho penal. 666

En realidad, el Estado se arroga la potestad de reprimir –aun cuando hayan sido cometidos fuera de su territorio– los ataques dirigidos contra él, debido a que teme que el país en el que actúa el delincuente, por falta de interés o deficiencias legislativas, no persiga y castigue con la oportunidad y severidad requeridas este tipo de infracciones[68]. Así, se estima que siendo nacional el interés defendido, no es posible confiar ni en la ley foránea, ni en una jurisdicción extranjera para asegurar su protección[69]. Esta manera de concebir el principio real o de defensa ha sido muy criticada por considerarse que desnaturaliza la función del derecho penal, en la medida en que todo ataque con- 667

---

65 TRECHSEL, 1997, Art. 4 Nº 1; cf. COLOMBINI, p. 47; STRATENWERTH, 1996, § 5 Nº 15 ss., habla de "*Schutzprinzip*" (principio de protección) para designar los dos principios, según la doctrina alemana; cf. JESCHECK/WEIGEND, § 18 II Nº 4.

66 BINDING, 1885, p. 427; respecto a la correlación entre el principio protector personal (personalidad pasiva) y el principio protector estatal, SCHULTZ, 1967a, p. 319.

67 ZLATERIC, p. 200. Cf. MERLE/VITU, Nº 313.

68 Cf. LOMBOIS, 1979, p. 388. Ver Art. 338 de nuestro CP, según el cual será reprimido con la pena privativa de libertad no mayor de cinco años, quien practique –en territorio peruano– actos destinados a alterar por la violencia el orden político de un Estado extranjero. Cf. DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 314; JESCHECK, 1965a, p. 86; GERMANN, 1954, p. 246; SCHWANDER, 1966, Nº 67 s.

69 LOMBOIS, 1980, p. 59.

tra el Estado cometido en el extranjero no justifica su intervención. Este efecto es atenuado debido a que no tiene la función de regla principal en nuestro sistema penal[70].

668 A diferencia de la técnica detallista empleada en el Código de 1924 (art. 5, inc. 1), en el Código vigente (art. 2, numerales 1 a 3) se mencionan de manera general los delitos reprimibles de acuerdo con el principio real o de defensa. Con este objeto, se utilizan las expresiones empleadas al designar los Títulos de la parte especial. De esta manera, en el párrafo 2, se citan los ataques contra la seguridad o la tranquilidad públicas. En el párrafo 3, los agravios contra el Estado, la defensa nacional, los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario. Por el contrario, en el párrafo 1, se prevé un caso particular en el que los intereses son afectados por funcionarios o servidores públicos que, en el desempeño de su cargo, cometen cualquier delito. Sólo respecto a los hechos punibles mencionados en el párrafo 2, se limita la intervención del Estado a los casos en que los ataques enunciados deben producir "sus efectos en el territorio de la República".

669 Los delitos comprendidos en esta enumeración general son numerosos y diversos en cuanto a su gravedad. Para mayor precisión, hubiera sido conveniente, a imitación de otras legislaciones, aludir directamente a los Títulos de la parte especial. Así, el Título XII, "Delitos contra la seguridad publica", comprende los Capítulos I (Delitos de peligro común, art. 272 a 279), II (Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, art. 280 a 285), III (Delitos contra la salud pública, subdividido en dos Secciones: I (Contaminación y propagación, art. 286 a 295) y II (Tráfico ilícito de drogas, art. 296 a 303). El Título XIV, Delitos contra la tranquilidad pública, abarca los delitos contra la paz pública (art. 315 –reunión tumultuaria, 316– apología de un delito, 317 –agrupación delictuosa, 318– profanación de un muerto), el de terrorismo (art. 319 a 324). El Título XV, Delitos contra el Estado y la defensa nacional, está dividido en las Secciones: I (Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria, art. 325 a 334), II (Delitos que comprometen las

---

[70] La opinión extrema en relación a la importancia de este principio la sostuvo BINDING; quien llegó a considerarlo como criterio fundamental del "derecho penal internacional" y a los demás como casos especiales de su aplicación. Consultar: JESCHECK, 1965a, p. 86; DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 87.

relaciones exteriores del Estado (art. 335 a 343), III (Delitos contra los símbolos y valores de la patria, art. 344 y 345). El Título XVI, Delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional, está constituido sólo por la Sección I, Rebelión, sedición y motín (art. 346 a 350). Por último, el Título X, Delitos contra el orden financiero y monetario, contiene la Sección II, Delitos monetarios (art. 252 a 261).

Para comprender cabalmente los alcances del art. 2 CP, respecto al principio real o de defensa, debemos considerar que de acuerdo al art. 4 CP, el delincuente no será perseguido cuando la acción penal se halle extinguida conforme a la legislación nacional o de acuerdo con la del Estado en donde se cometió la infracción; cuando se trate de delitos políticos o hechos conexos con ellos o cuando el procesado haya sido absuelto en el extranjero; o, condenado, haya cumplido la pena, o, ésta se hallare prescrita o le hubiera sido remitida. Es decir, que podrá ser perseguido, fuera de estos casos en que no haya sido procesado en el extranjero, sólo cuando no hubiera cumplido totalmente la pena que se le hubiese impuesto. En este caso, se renovará el juicio ante los tribunales de la República y se computará la parte de la pena cumplida. 670

La excepción en favor de los delitos políticos o hechos conexos con éstos[71] limita bastante la aplicación del principio real. No sólo en relación con las infracciones "contra la seguridad del Estado" que son objetivamente delitos políticos (según el bien jurídico violado), sino también, de conformidad con el criterio subjetivo aceptado entre nosotros, con los hechos punibles comunes. Además, hay que considerar que el art. 2, pf. 3, amplía la excepción a éstos cuando son cometidos en conexión con los delitos políticos. Una restricción importante es la prevista en la Constitución. Según el art. 37, último párrafo, de la Carta política, no se consideran delitos políticos "el genocidio ni el magnicidio ni el terrorismo". 671

La razón de ser del principio real o de defensa es la protección del Estado. Si se le atribuyera un ámbito demasiado amplio, se comprenderían demasiados delitos cometidos en el extranjero y, en consecuencia, se debilitaría mucho el principio de territorialidad, el cual dejaría de ser el pivote principal del sistema. Sobre todo, en la medida en que se habla de efectos en lugar de resultado con relación a los 672

[71] Esta expresión es un reflejo de la influencia positivista del Proyecto Ferri de 1918.

delitos contra la seguridad y la tranquilidad pública. El exceso en que incurre el legislador es evidente, porque si fuera la producción del resultado la condición para limitar el número de los comportamientos punibles de esta índole comprendidos por el principio real, el párrafo 2 del art. 2, sería una referencia superflua al principio de territorialidad, en aplicación del criterio de la ubicuidad.

673 Una deficiencia de la regulación adoptada reside en que la referencia a los Títulos de la parte especial determina que se aplique la ley nacional a casos sin mayor importancia para la protección del Estado; por ejemplo, la perturbación de la paz de los muertos o los agravios a los símbolos de la patria.

674 Si el fin del principio real o de defensa es el de proteger al Estado, en razón a la falta de confianza en la acción represora del Estado extranjero, las excepciones previstas resultan un tanto incoherentes debido a que se excluye la aplicación de la ley nacional cuando se dé la prescripción de la acción, se trate de delitos políticos y fiscales, el responsable haya sido absuelto o haya cumplido con la condena impuesta en otro país.

IV. Principio de la personalidad activa

1. Noción y justificación

675 Conforme al principio la personalidad activa (*aktives Personalitätsprinzip*), se aplicará la ley penal nacional a todo nacional que hubiese cometido un delito fuera del territorio de la República. Las razones expuestas en favor de este principio son numerosas y variadas. Algunas constituyen "la manifestación de un nacionalismo intenso, que obliga al nacional a seguir los mandatos de su derecho sin consideración del lugar donde se encuentre. También puede ser la expresión de una fuerte voluntad política tendiente a controlar el comportamiento de los súbditos aún en el extranjero. [...] Además, el principio la personalidad activa puede ser invocado con el fin de evitar que el nacional cometa crímenes en el extranjero y, protegido por el principio de la no extradición de los nacionales, se refugie en su patria sin el riesgo de ser reprimido"[72].

---

[72] SCHULTZ, 1967a, p. 315; IDEM, 1987, p. 18; STRATENWERTH, 1996, § 5 Nº 11; TRECHSEL, 1997, Art. 6 Nº 1.

Este criterio se justifica cada vez menos en la medida en que se acepta la extradición de los nacionales, muchas veces con la restricción de que la persona concernida consienta[73]. En la Constitución peruana, art. 37, no se menciona expresamente el caso de los nacionales. Admitida de manera amplia en el primer párrafo de esta disposición, se le excluye, primero, "si se considera que ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar por motivo de religión, nacionalidad, opinión o raza" (pf. 2) y, segundo, cuando se trata de "perseguidos por delitos políticos o por hechos conexos con ellos. No se consideran tales el genocidio ni el magnicidio ni el terrorismo". 676

La regulación del principio la personalidad activa ha sido simplificada en el Código Penal de 1991, en la medida en que se derogan las disposiciones del CdePP que modificó las reglas establecidas en el Código Penal de 1924. El Código procesal hacía, en gran medida, del principio la personalidad activa el pilar principal del sistema de aplicación de la ley penal en el espacio. En el Código Penal vigente se vuelve, de manera correcta, a colocar el principio de territorialidad en el centro de este sistema. En el nuevo Código Procesal Penal de 2004 (art. 23), al estatuir sobre la competencia, hace referencia al caso del delito cometido fuera del territorio nacional y que "debe ser juzgado en el Perú conforme al Código Penal". 677

El principio la personalidad activa está previsto, de la misma manera y junto al principio de la personalidad pasiva, en el art. 2, pf. 4. Esta norma establece que la ley penal nacional se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando es perpetrado "[...] por peruano y el delito esté previsto como susceptible de extradición según la ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República". 678

El carácter subsidiario del principio de personalidad activa fue admitido desde la elaboración de la mayor parte de códigos europeos entre 1810 y 1850. Una excepción importante la constituían los sistemas austriaco y alemán, los cuales le daban la prioridad. Esto constituía la expresión extrema de un acentuado nacionalismo o de una fuerte voluntad política[74]. 679

---

[73] Cf. GAUTHIER 1982, p. 283 s.

[74] ZLATERIC, p. 212.

680 Se trata de una particular concepción del Estado, cuyos sostenedores dejan de lado su elemento material o territorial y lo conciben, sobre todo, como un grupo de personas sometidas a una autoridad común. Donnedieu de Vabres describió bien este criterio diciendo: "La ley es el instrumento de esta voluntad soberana. El juez es el instrumento de esta voluntad. De la vinculación de estas proposiciones, se deduce que la ley sigue a los súbditos del Estado cuando habitan fuera de su territorio y celebran contratos o cometen delitos; y que los jueces del Estado son aptos para conocer de todos estos casos"[75].

681 De esta manera los súbditos de un Estado tendrían un deber de lealtad en relación con el derecho de su país. Algunos autores y legisladores llegan a admitir que éste deber subsiste aun cuando su comportamiento, en el lugar donde actúe el nacional, no sea considerado delictuoso[76]. Hoy en día, este criterio es rechazado en general. En Alemania, se afirma que "se trata de una parte de la camisa de fuerza ideológica con la que el nacional-socialismo quiso someter a las personas desde la cuna hasta la tumba" y que hoy en día debe más bien exigirse "el derecho a vivir en una sociedad de acuerdo a las costumbres y leyes en ella vigentes"[77].

682 También se ha tratado de justificar la admisión del principio la personalidad activa afirmando que la aplicación de la ley nacional implica un reforzamiento del derecho de la nación y de los valores que protege. Todas estas razones son vagas y conducen a la aplicación indiscriminada de la ley nacional a los actos cometidos en el extranjero.

683 En la doctrina penal moderna se admite con más frecuencia una razón práctica y más precisa. Se trata, por un lado, de hacer respetar la regla *aut dedere, aut judicare* e impedir que el delincuente nacional permanezca impune y, por otro, de asegurar la igualdad de tratamiento de los delincuentes nacionales, sin interesar donde hayan actuado.

684 Cuando no se admite la extradición de nacionales, como sucedía durante la vigencia de la antigua Ley de extradición de 1888, se con-

---

[75] DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 78.

[76] Code d'instruction criminelle de Francia, art. 689 y art. 113-6 del *Code pénal* de 1992.

[77] JESCHECK, 1965a, p. 79 s.

sidera que el principio la personalidad activa viene a ser la contrapartida de esta prohibición. Grützner sostuvo que esta razón práctica es suficiente para aceptar tal principio en una futura Convención europea sobre la unificación de disposiciones concernientes a la jurisdicción. Oehler, por el contrario, rechaza esta opinión y cree que el fundamento lo da el simple hecho de que el delincuente no haya sido castigado en el extranjero. En su opinión, los preceptos jurídicos del lugar determinan primariamente la conducta de los individuos; pero su violación hace que las normas nacionales abarquen su comportamiento[78]. En la práctica, el principio de personalidad pasiva ha tenido la función de complemento a la regla de la no extradición de nacionales. Esta función del principio la personalidad activa impide que el país natal se convierta en asilo de delincuentes; con lo que adquiere una gran importancia en la política criminal de un Estado. De esta manera, va más allá que la regla de la competencia por substitución, pues, conforme a ésta es indispensable que el Perú rechace la extradición solicitada por la autoridad competente de un Estado extranjero (art. 3).

Las condiciones establecidas por el legislador de 1991 son: a) agente 685
de nacionalidad peruana; b) infracción que pueda dar lugar a extradición; c) que la ley del lugar de comisión considere el comportamiento también como punible; d) que el agente entre en la República (art. 5, inc. 2. CP).

2. Agente nacional

El elemento de la situación, creada en el extranjero y que permite al 686
Estado considerarse autorizado a intervenir, es la nacionalidad del agente. Es decir, "el vínculo de carácter político y jurídico que liga a una persona con un Estado determinado"[79]. La nacionalidad es un derecho fundamental de la persona (art. 1, inc. 21 Const.). Nadie puede ser despojado de ella. En el art. 52, se establece que son peruanos los nacidos en el territorio de la República (*jus solis*) y los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos (*jus sanguinis*), inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad. Así mismo dispo-

---

[78] JESCHECK, 1965a, p. 451 s.
[79] PAREJA, p. 355.

ne que lo son también los que adquieran la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú.

687 La nacionalidad de la persona concernida es aquella que poseía en el momento de cometer, sin importar que también sea titular de otra. Esta condición es expresada de manera clara en el texto legal, al estatuir que la ley penal peruana se aplica cuando el delito es perpetrado por un peruano.

688 El empleo estricto de esta regla significa que la ley nacional se aplicará aun cuando el agente o la víctima hayan perdido, con posterioridad a la comisión del delito, la nacionalidad peruana. Esta cuestión era, en particular, importante en la medida en que no se admitía la extradición de nacionales. En todo caso, no existiendo más la circunstancia que originaba el interés del Estado para aplicar su ley nacional, la regla debe ser la extradición del responsable de la conducta punible y, si no fuera pedido por otro Estado, las autoridades nacionales deben reprimir conforme a su ley y de acuerdo con la regla *aut dedere aut punire.*

689 Cuando el autor adquiera la nacionalidad peruana después de cometido el delito en el extranjero, la ley penal nacional podrá ser aplicada, si es que la infracción puede dar lugar a extradición

690 Aparece, pues, como relevante la existencia del vínculo de la nacionalidad en el momento en que se inicia la acción represiva[80]. Esta es una nueva razón para rechazar –como lo hemos hecho antes– el criterio de que el principio de la personalidad activa se fundamenta en la existencia de un deber de lealtad o una particular concepción del Estado o del nacionalismo.

3. Identidad de normas

691 Debido a que el Estado sustituye a otro Estado (en cuyo territorio se cometió el delito) para reprimir al delincuente, se explica que se establezca como condición la regla de la denominada identidad de las normas[81]. El hecho cometido debe ser delito y su autor merecer

---

80 Este es el criterio admitido en la legislación francesa, Code Pénal, art. 113-6. Cf. PRADEL, 2003, Nº 233 ss.

81 Cf. LOGOZ/SANDOZ, art. 6, Nº 4 b.

una pena tanto según la ley nacional, como conforme a la del país en que tuvo lugar.

El art. 2 CP dice: "siempre que sea punible también en el Estado en 692
que se cometió". Los artículos 1 y 5 de la Ley Nº 24710, del 27 de junio de 1987 (Ley de Extradición) requieren que la persona concernida haya sido "acusada o condenada". El Estado peruano no puede tratar con más severidad a sus súbditos que el Estado extranjero en donde se cometió el delito.

Esta manera de formular la condición presupone admitir que la apli- 693
cación de la ley no se realiza en abstracto, sino teniendo en cuenta el conjunto de disposiciones, materiales y procesales, que son aplicables al caso concreto. No se podría, sin contradecir los fundamentos de nuestra legislación, perseguir penalmente a alguien que ha cometido, en país extranjero, un comportamiento típico en circunstancias que justifican su conducta, según la ley de éste. Así mismo, cuando en el país donde cometió el delito, el responsable no puede ser reprimido porque el lesionado no se ha querellado según lo prevé la ley foránea, a pesar de que no lo exija la ley peruana. La razón de esta interpretación es lograr que el agente no sea tratado con más severidad de lo que pueda serlo en el Estado donde cometió la infracción.

Algunos autores son partidarios de que se limite la aplicación de la 694
identidad de reglas a los casos de aquellos nacionales que hayan residido bastante tiempo en el país extranjero y que, por tanto, se hayan familiarizado con las costumbres y hábitos vigentes allí, no debiéndose tener en cuenta para los que van a otro país a cometer actos delictuosos previstos sólo en su ley nacional[82]. Quienes sostienen este criterio, tienen presente algunas situaciones como la del aborto. Las mujeres interesadas en que se les interrumpa el embarazo y habitando en Estados, en donde se reprime dicho comportamiento como delito, viajan a países en los que se autoriza dicha interrupción bajo ciertas condiciones[83].

Nuestra legislación no contempla el caso en que el nacional fuera la 695
víctima o el autor de un acto delictuoso en territorio no sometido a soberanía alguna. Este hecho quedaría impune debido a que no se

---

82 Consultar GRÜTZNER, 1964, p. 41.
83 Ver §§. 5, inc. 9 y 8 del CP alemán.

daría la condición de la "identidad de reglas"[84], salvo que existiera otro elemento de conexión que fundamente la competencia del Estado peruano.

4. Entrar en la República

696 El delincuente debe, según el art. 2, numeral 4, *in fine*, ingresar "de cualquier manera al territorio de la República". El juzgamiento en ausencia está excluido, al menos, cuando el proceso comprende un sólo inculpado. Uno de los principios de la administración de justicia, previstos en el art. 139 de la Constitución, es el de "no ser condenado en ausencia" (numeral 12). En caso de un proceso con dos o más inculpados, el ausente puede ser juzgado (por permitirlo la ley procesal) y absuelto (por no prohibirlo la Constitución)[85].

697 El ingreso del delincuente en territorio nacional debe ser, en principio, voluntario; de esta manera acepta someterse a la autoridad judicial nacional. Sin embargo, no existen razones valederas para que escape a la represión cuando su entrada se produce por una causa de fuerza mayor o debida al azar; por ejemplo, por ser desviada hacia un aeropuerto nacional la nave en que viaja con otro destino. Lo que sí está excluido es que el responsable sea obligado –de manera ilegal– a retornar al país para ser juzgado (por ejemplo, mediante un secuestro).

5. Factibilidad de extradición

698 El art. 2, numeral 4, prevé además que "el delito esté previsto como susceptible de extradición según la ley peruana". En el art. 6 de la Ley de extradición se prevén los casos en que la extradición no es admisible, entre estos se menciona el que la "pena conminada al delito fuese inferior a un año de prisión" (numeral 5). Esto significa que sólo serán competentes las autoridades peruanas cuando el delito cometido por el nacional en el extranjero sea una infracción de cierta gravedad.

---

[84] Este problema ha sido planteado en Alemania y resuelto en el CP: §. 7, Nº 1 y 2: "El derecho penal alemán rige para los hechos cometidos en el extranjero [...] si en el lugar de comisión es amenazado con una pena o si tal lugar no se halle sometido a soberanía penal".

[85] Ver DLeg Nº 125, del 12 de junio de 1981, Ley Nº 26441, del 26 de junio de 1996, y CdePP, art. 318 al 322; cf. SAN MARTÍN, T. II, p. 1363 ss.

V. Principio de la personalidad pasiva

De acuerdo con el principio de personalidad pasiva (o principio de cuasi personalidad o de protección individual; *passives Personalitäts- oder Individualschutzprinzip*) la ley penal nacional es aplicable a los delitos cometidos –fuera de territorio nacional– en agravio de un nacional. Así, lo estatuye el art. 2, numeral 4, *in initio*, al referirse al delito "perpetrado contra peruano". 699

En opinión de Binding, este principio constituye un aspecto del principio real o de defensa y su fundamento está tanto en la afirmación de la soberanía estatal, como en la necesidad de procurar a los nacionales una amplia protección[86]. Este criterio ya no es admitido, puesto que la concepción de nacionalidad en que se basa ha sido superada. Además, para algunos autores su admisión va contra la facultad jurisdiccional de los otros Estados[87]. Su fundamento es sobre todo de orden pragmático, en relación con la falta de confianza respecto a la desconfianza que inspira la justicia extranjera cuando se trata de proteger las víctimas que no son sus nacionales[88]. Muchas veces, estas personas se encuentran en situación crítica[89] debido a la xenofobia, dificultades de comunicación y de asistencia. La finalidad sería, por lo tanto, proteger mejor a los nacionales que sean víctimas de delitos cometidos en el exterior[90]. Al respecto, Stooss explicó que si el Estado extranjero no garantizaba la protección penal, debido a un vacío en su legislación, a la dejadez de las autoridades u otras razones, debería ser aplicada la ley nacional[91]. En todo caso, en el ámbito del derecho internacional, la justificación de este principio es muy discutida[92]. 700

Por estas consideraciones, se le atribuye un papel subsidiario. Los efectos del principio de personalidad pasiva están limitados por las mismas condiciones del principio de personalidad activa[93]. Debido a la técnica legislativa de regular en conjunto estos dos principios, en 701

---

86 BINDING, 1885, p. 127.
87 OEHLER, 1983, p. 416; KOHLER, J., p. 72, 97; BERTHOLDY, p. 41.
88 SCHULTZ, 1967a, p. 318; IDEM, 1987, p. 13; TRECHSEL, 1997, art. 5, Nº 2.
89 SCHULTZ, 1987, p. 14.
90 OEHLER, 1970, p. 119.
91 STOOSS, 1894d, p. 13; SCHULTZ, 1963a, p. 312.
92 TRECHSEL, 1997, art. 5 Nº 1; SCHULTZ, 1974b, p. 378.
93 Cf. supra, *mutatis mutandis*, Nº 675 ss.

el art. 2, numeral 4 del Código, no se prevé, como se hacía en el Código derogado, que el autor deba ser un extranjero.

702 En el Código derogado, el carácter subsidiario del principio de personalidad pasiva resultaba con claridad del hecho de que se daba más preferencia a la extradición del delincuente. Sólo en el caso de que el Estado en cuyo territorio se ha cometido la infracción se desinteresara en perseguir al delincuente, el Estado peruano podía juzgarlo y condenarlo conforme a su legislación Aun cuando este no sea el hecho respecto al art. 2, numeral 4, hay que interpretar esta regla en el sentido de que el Estado peruano, en caso de que se le pida la extradición, debe preferir la entrega del responsable en vez de juzgarlo[94].

VI. Principio de la competencia universal, de la competencia de reemplazo o de sustitución

703 En sentido amplio, el principio de competencia universal o principio de universalidad del derecho de castigar (*Weltrechts- oder Universalitätsprinzip*) significa que todo Estado puede juzgar y condenar un delincuente sin tener en cuenta su nacionalidad o el lugar de comisión de la infracción No conocemos legislación en la que haya sido admitido de tal manera. En su versión extrema, la "competencia del juez sería determinada por la sola preocupación de una justicia pronta y eficaz; el lugar de arresto es el factor determinante; por tanto, es el juez de este lugar quien es competente. Todos los jueces del mundo tienen la pretensión de asumir la represión; ellos no son más considerados los órganos de una soberanía en particular, sino más bien de una represión universal"[95]. En cuanto a su fundamento, se trataría de reconocer una solidaridad sin fallas entre los Estados, la misma que permite al juez del lugar de arresto reprimir todas las infracciones que conoce, aun aquellas cometidas en el extranjero por extranjeros contra extranjeros.

704 En doctrina y legislación, por el contrario, se le reconoce un campo de aplicación restringido. Este dominio es el de ciertos actos graves que atentan contra intereses o bienes generales o intereses estatales.

---

94 Cf. art. 4 y 5 de la Ley de Extradición Nº 24710, del 26 de junio de 1987.

95 LOMBOIS, 1979, p. 19; PRADEL, 2003, Nº 224.

Se trata de crímenes mundiales, amenazando el interés común de todos los Estados[96]. Los bienes protegidos pueden ser de orden material (red telefónica, moneda), o consistir en "valores inmateriales que son el patrimonio moral de la humanidad"[97] (respecto a la trata de personas, piratería). Es decir, son los denominados delitos contra el derecho de gentes o delitos internacionales.

La admisión del principio universal significa, en buena cuenta, la aceptación de la competencia del *judex de aprehensionis* y no es necesario buscarle un fundamento en la filosofía. Lo importante es que existe un interés común en la represión de aquellos actos que constituyen una verdadera criminalidad mundial. Entre los Estados se da un sentimiento de solidaridad y de conveniencia, cuya finalidad es impedir la impunidad del autor de uno de esos actos graves[98]. 705

Entendido así, este principio es sobre todo subsidiario. El Estado competente no lo es en virtud de uno de los elementos en que se basan los demás principios: territorial, real, de personalidad activa o pasiva. 706

En nuestro ordenamiento jurídico, este principio es admitido en la medida en que, en el art. 2, numeral 5, se estatuye que la ley penal nacional se aplica a los casos en que el "Perú esta obligado a reprimir conforme a tratados internacionales". De modo que la competencia de las autoridades peruanas está determinada por la ratificación del convenio internacional, sin importar si existe uno de los tradicionales elementos de conexión con el extranjero. Así, se mejora la técnica legislativa porque ya no es más necesario indicar, respecto a cada delito concernido, que será reprimido conforme a la ley penal nacional cuando es cometido en el extranjero. Entre estos tratados, limitémonos a mencionar los referentes a trata de personas, tráfico de armas, etc. 707

También hay que tener en cuenta los casos en que el legislador prevé en el Código Penal o en alguna ley especial la competencia universal de las autoridades peruanas. 708

---

96 Según DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 143, esta forma del principio universal es cercano al sistema realista. No es en la circunstancia posterior al delito, la presencia del delincuente no castigado, que reside la competencia universal, sino en la índole del delito mismo y en sus consecuencias.

97 DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 144.

98 SCHULTZ, 1963a, p. 312; ZLATERIC, p. 223; DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 169; JESCHECK/WEIGEND, § 18 III 5.

709 En relación con los actos terroristas –fenómeno grave y de magnitud internacional–, no se ha impuesto la aplicación del principio universal. Su origen y carácter político han impedido que se piense en tal solución; por el contrario, se ha modificado la regulación de la extradición de los responsables de tal actividad. Así, el art. 37, último párrafo, de la Constitución dispone que quedan "excluidos de la extradición los perseguidos por delitos políticos o por hechos conexos con ellos" y de que no "se consideran tales el genocidio ni el magnicidio ni el terrorismo". Esta última parte complementa al art. 7 de la Ley de extradición, en el que no se mencionaban estos tres delitos.

710 Dada la gravedad de la infracción, se tiene por superfluo exigir que se dé la "identidad de normas" o "doble incriminación". Esto ha permitido a algún jurista considerar que estamos frente a una violación del principio de la legalidad. Según ellos, el inculpado, en el momento de actuar, no podrá prever la aplicación de la ley que se le quiere aplicar[99].

711 Debido a que su fundamento legal es la obligación asumida por el Estado peruano en un convenio internacional, la competencia que origina es principal. No está condicionada a la doble incriminación del delito, ni a que éste sea susceptible de extradición.

VII. Principio de la administración de justicia por representación

712 En doctrina se distingue, aunque no siempre de manera clara, la competencia universal propiamente dicha (*Weltrechtsflegeprinzip*) de la competencia de reemplazo, de sustitución o por representación (*stellvertretende Strafrechtspflege*)[100]. Esta última es distinta de la primera "en la medida en que la decisión de persecución no ha sido tomada aisladamente por el Estado que reivindica su competencia, pero sobreentiende una cierta tolerancia, sino que depende del acuerdo del otro Estado que es el más directamente interesado en la represión de la infracción; por ejemplo, el Estado en donde la infracción

---

[99] Cf. DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 165.

[100] Cf. al respecto OEHLER, 1983, Nº 143 ss, 802 ss.; COLOMBINI, 1983, p. 49.

ha sido cometida"[101]. En la práctica, la diferencia se reduce a dos aspectos ya mencionados: necesidad de una doble incriminación y subsidiaridad en relación con la extradición.

Este principio se ha desarrollado con ocasión de la discusión del problema de saber si deben castigarse y de qué manera las infracciones cometidas en el extranjero[102]. En un inicio se le concibió para los casos en que no se concedía la extradición de un delincuente que había cometido un delito en otro país, y se estimaba que desarrollaba todos sus efectos en relación con la no extradición de nacionales. Esta manera de concebir el principio de la administración de justicia por representación producía confusión por cuanto entraba en pugna con el principio de la personalidad activa. Ante este problema, se sostuvo que "al final este principio sólo significa que el [nacional], el cual ha cometido un delito en el extranjero, será juzgado y condenado –bajo ciertas circunstancias– conforme a las leyes nacionales. Si se trata sólo de una administración de justicia por representación o de un propio poder punitivo del Estado que reprime, es una cuestión secundaria"[103]. 713

En Alemania, se ha sostenido que según el principio aquí analizado, el derecho germano es aplicable al extranjero que delinquió fuera del territorio nacional si ha sido detenido, y aun cuando la ley autorice su extradición, o ésta no haya sido solicitada por el Estado interesado o no haya sido concedida o no fuera viable. De esta manera, ha sido consagrado en el § 7, Nº 2, pf. 2, CP[104]. 714

Se habla de administración de justicia por representación cuando se persigue un acto cometido en el territorio nacional y que sólo es delito conforme a la ley extranjera. La persecución penal es realizada en interés del Estado extranjero[105]. Otro caso en el que se hace refe- 715

---

[101] COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, Publicación del Consejo de Europa, Strasbourg 1990, p. 14.

[102] GRÜTZNER, 1960, p. 403.

[103] HAFTER, 1946, p. 51; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1959, p. 197, sostuvo, igualmente, que la pena se impone por representación en caso de los nacionales no entregados por vía de extradición y de los diplomáticos nacionales que delinquen en el ejercicio de sus funciones. BRAMONT ARIAS, quien cita a JIMÉNEZ DE ASÚA, parece ser de la misma opinión, 1950, p. 142.

[104] Ver art. 10, inc. 2, CP italiano.

[105] Ver GRÜTZNER, 1960, p. 403.

rencia a este principio, es el de ciertas infracciones leves cometidas en el territorio nacional; pero respecto a las cuales el Estado se limita a realizar una investigación preliminar y, luego, solicita al Estado de donde es originario el delincuente que lo sancione. Un ejemplo lo constituye el art. 101 del Código suizo de la circulación (1958)[106]. Concebido de esta manera, este principio adquiere una gran importancia sobre todo en Europa, donde se producen movimientos de población intensos, masivos y temporales (motivados por el turismo o la búsqueda de oportunidades de trabajo).

716 En el Código Penal de 1991, art. 3, se prevé la competencia por substitución para los casos en que, "solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente de un Estado extranjero". De acuerdo a la manera como, hoy en día, se regula la extradición, esta regla no puede ser considerada como compensación a la no extradición de los nacionales. Además, concierne sólo a los delitos que pueden dar lugar a extradición. Todas las demás formas a que hemos hecho referencia no son consideradas.

VIII. Extradición

717 Se trata de un acto de ayuda interestatal en asuntos penales, que tiene por objeto transferir a una persona, individualmente perseguida o condenada, de la soberanía de un Estado a la de otro[107]. Está en estrecha relación con la aplicación de la ley en el espacio. Se le menciona expresamente en el art. 2, inc. 4. Pero, no todas las infracciones dan lugar a la extradición[108].

718 Se justifica la existencia de esta institución porque, en el plano internacional, facilita y asegura la lucha contra la delincuencia. Esto no significa que su admisión sea suficiente para asegurar la persecución penal y, en particular, la ejecución de la pena, cuando el delincuente después de cometer la infracción o de ser condenado, huye al extran-

---

106 Por esta razón, SCHULTZ, considera que el Estado ejercerá su derecho a castigar en virtud de este principio, sólo cuando el Estado en que se cometió la infracción lo solicita y que es, en la mayor parte de los casos, un sustituto de una extradición no concedida. Cf. BUSSY-RUSCONI, comentarios al art. 101.

107 ZLATERIC, p. 339; JESCHECK, 1972, p. 584.

108 Cf. GRÜTZNER, 1960, p. 1 s.

jero. Durante mucho tiempo, pocos han sido los esfuerzos para evitar que los delincuentes concreten su propensión "muy marcada a sustraerse al castigo que les espera"[109].

En sus inicios, la extradición constituía un acuerdo entre soberanos 719
que se entregaban sus enemigos políticos. Esta índole contractual supervivió hasta después del siglo XVII, a pesar de que se amplió a los delitos de derecho común. Su regulación legislativa comenzó con la dación de la ley belga sobre extradición de 1833. Se uniformizó el régimen de extradición para todos los justiciables de un mismo país y estatuyeron algunas garantías en favor de la persona concernida. En esta época, fueron establecidos los principios básicos, por ejemplo, la doble incriminación, la exclusión de los delitos políticos[110] y que serían afirmados en numerosos tratados bilaterales. Después de la Segunda Guerra Mundial, se llevaron a cabo esfuerzos para instaurar un sistema convencional multilateral.

El mejoramiento de los medios de transporte, la aceleración del trá- 720
fico internacional y la globalización de la economía han conducido a nuevas formas de criminalidad (terrorismo, tráfico de drogas, desvío de aeronaves, etc.) y han multiplicado los casos presentando un factor de conexión entre países[111]. Debido a esto, los sistemas tradicionales de colaboración internacional han sido revisados y se han suscrito numerosas convenciones internacionales, particularmente en Europa bajo la égida del Consejo de Europa.

Si en sus orígenes fue un acto de índole política, en la actualidad 721
tiene un carácter sobre todo judicial. El aspecto político permanece en la medida en que, en algunos casos, su concesión o rechazo queda en manos sólo del poder ejecutivo. Este sistema mixto ha sido adoptado por el legislador peruano[112]. El Poder Ejecutivo decide en última instancia si la extradición tiene lugar o no. Es decir, si se solicita a un Estado extranjero al procesado, acusado o condenado (extradición activa, Ley de extradición, art. 4) o si se le pide la entrega del delincuente que ha cometido un delito en el exterior (extradición

---

109 SCHMID/FREI/WYSS/SCHOUWEY, p. 257.
110 SCHULTZ, 1974a, p. 499.
111 GAUTHIER, 1984, p. 51.
112 SAN MARTÍN, T. II, p. 1450.

pasiva, Ley de extradición, art. 5)[113]. Según la Constitución, art. 37, la extradición "sólo se concede por el Poder Ejecutivo previo informe de la Sala Plena de la Corte Suprema, en cumplimiento de la ley y de los tratados, y según el principio de reciprocidad".

722 De acuerdo con la Ley de extradición, en caso de extradición pasiva, la Corte Suprema dictamina si procede o no (art. 36), de acuerdo con el informe del juez de instrucción (art. 35) a cargo del procedimiento y emitido después de realizada la audiencia pública correspondiente. El Gobierno está vinculado a lo dictaminado por la Corte Suprema, cuando ésta la declara improcedente. En caso contrario, el Gobierno decide libremente y, por lo tanto, puede denegarla. La extradición comienza por iniciativa del juez instructor o Tribunal Correccional que la considere necesaria con ocasión de un reo ausente o contumaz. El expediente correspondiente es elevado a la Corte Suprema para que, en Sala Plena, decida y, en caso de considerarla pertinente, se dirija al Consejo de Ministros para que, por vía diplomática, requiera la misma al país donde se encuentra el imputado reclamado (art. 37). El Gobierno puede rechazar el pedido de la Corte Suprema (art. 38).

723 Según el art. 37 de la Constitución, la extradición no procede si "se considera que ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar por motivo de religión, nacionalidad, opinión o raza" (párrafo segundo) y están "excluidos de la extradición los perseguidos por delitos políticos o por hechos conexos con ellos", entre éstos "no se consideran tales el genocidio ni el magnicidio ni el terrorismo" (párrafo tercero).

724 De acuerdo al principio de la prioridad de los tratados internacionales, la extradición será concedida teniendo en cuenta lo dispuesto en éstos y en la Ley Nº 24710 (reglamentada por DS Nº 044-93-JUS) en lo referente a lo no previsto en dichos tratados (art. 2). Al respecto hay que tener en cuenta que en algunas convenciones se complementa la falta de un tratado específico. Así, la Convención Interamericana contra la Corrupción, art. XIII, pf. 3, dispone que si "un Estado Parte que supedita la extradición de otro Estado Parte, con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá consi-

[113] Art. 1 a 5 de la Ley de Extradición del 27 de junio de 1987, Ley que deroga la Ley de extradición de 1888 y los art. 345 a 348 del CdePP, así como cualquier otra norma que se le oponga (art. 46). Cf. ES del 26 de marzo de 1992. Exp. Nº 03-92-Lima, en ROJJASI PELLA, p. 458.

derar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto a los delitos a los que se aplica el presente artículo".

De modo excepcional, puede basarse en la reciprocidad[114], la misma 725
que tiene un carácter subsidiario respecto a los tratados y a la ley. No se trata de un criterio limitador de la concesión de la extradición. La condición para utilizarla como fuente es, más bien, de que se respeten los derechos humanos y lo dispuesto, en los art. 6 y 7, sobre la no admisibilidad y la no concesión de la extradición (art. 3). Para Donnedieu de Vabres[115], lo racional y deseable es que el régimen de ésta sea internacional y convencional, debido a que el pedido de la misma siempre comporta la presencia de dos o más Estados.

En el art. 6 de la Ley de Extradición, se prevén las diferentes causas 726
de no admisión de la extradición[116]. Junto a las indicadas en el art. 37 de la Constitución (inc. 6 de la mencionada ley), se establecen la falta de jurisdicción o competencia del Estado solicitante para juzgar el delito, el hecho de que la persona concernida hubiera sido absuelta, condenada, indultada o amnistiada (*ne bis in idem*), que la acción penal o la ejecución de la pena haya prescrito, que el caso fuera a ser de conocimiento de un tribunal de excepción, que la pena conminada al delito fuese inferior a un año de prisión o que sólo fuera una falta, que el delito fuera perseguible a instancia de parte (salvo en caso de estupro y violación) o que se trate de infracción de leyes monetarias y fiscales que no constituyan delito común La diferencia notable con la Ley de 1888, es que no se excluye la extradición de nacionales. El art. 3 de esta ley, se refería al caso de que el "delincuente reclamado fuere nacional por nacimiento o naturalización".

Así mismo, en el art. 7, se dispone que la extradición no será acorda- 727
da, si el delito por el que es requerida es considerado político o un hecho conexo a tal infracción o cuando, solicitada por un delito común, el objetivo es reprimir a la persona concernida por motivos de raza, religión, nacionalidad o de opinión política, así como si su situación puede agravarse por alguna de estas razones.

---

[114] Cf. ES del 18 de marzo de 1998. Exp. Nº 09-97, en ROJAS VARGAS, 1999b, p. 618.

[115] DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 250.

[116] ES del 26 de diciembre de 1997. Exp. Nº 05-97 Lima, en ROJAS VARGAS, 1999b, p. 618; ES del 15 de agosto de 1996. Exp. Nº 07-96 Lima, en ROJAS VARGAS, 1999b, p. 62.

728 La Ley de extradición reconoce, tácitamente y de manera limitada, el principio de la especialidad. La extradición se concede por una infracción determinada, y por la cual debe ser juzgado el delincuente. Así, según el art. 23, una vez concedida la extradición, no será entregado el extraditado si el Estado solicitante no asume el compromiso de no privarlo de la libertad o juzgarlo por un delito diferente del que la haya motivado y cometido antes de la extradición. Dos excepciones se prevén en esta misma disposición, por un lado, si el interesado consiente libremente y, por otro, si éste permanece en libertad en ese Estado, dos meses después de la absolución por el delito que dio lugar a la misma o por el cumplimiento de la pena impuesta. El consentimiento también es requerido en el Código Bustamante. En el art. 377 de este tratado internacional, se estatuye que "la persona entregada no podrá ser detenida en prisión ni juzgada por el Estado contratante, cuando se entregue por un delito distinto del que la hubiera motivado y cometido con anterioridad a la extradición; salvo que consienta en ello el Estado requerido, o que el delincuente permanezca en el primero hasta tres meses después de ser juzgado y absuelto por la infracción que la originó o que haya sido cumplida la pena de privación de la libertad impuesta"[117].

IX. Aplicación de leyes penales extranjeras

729 Por aplicación de la ley penal extranjera, se comprende –en sentido estricto– el hecho de que el juez nacional aplica al caso que juzga la ley extranjera en lugar de la ley nacional. En sentido amplio, se entiende no sólo esta forma directa de aplicación, sino también el hecho de tener en cuenta la ley penal extranjera en el momento de aplicar la ley penal nacional. En este caso, la ley extranjera condiciona –de cierta manera– la aplicación de la ley nacional. Un ejemplo es la regla de la doble incriminación o identidad de reglas como condición para reprimir al nacional que ha cometido un delito fuera del Perú[118]. Nos parece preferible hablar a este respecto de reconocimiento de la ley extranjera y, en cuanto al primer caso, de acuerdo a la opinión dominante, de aplicación directa[119].

---

[117] Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1959, p. 223.
[118] Cf. ZLATERIC, p. 294.
[119] Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 760.

En la doctrina y legislación, impera el criterio de la inaplicabilidad de la ley penal extranjera. Los tribunales nacionales no pueden aplicar sino la ley penal nacional, es decir, la *lex fori*. Esta regla no es muy antigua, se considera que alcanzó su vigencia en los primeros años del signo XIX y tuvo en Binding uno de sus más decididos defensores. Antes se admitía con frecuencia la aplicación de la ley extranjera; este criterio fue defendido por Bartolo, Grocio y Carpzov. En algunas legislaciones se le aceptó a través del principio de la *ley mitior*. 730

En la época moderna, Feuerbach defendió la aplicación de la ley extranjera. En el presente siglo, fue Donnedieu de Vabres quien provocó un fuerte movimiento a su favor. 731

Diferentes teorías fueron concebidas para justificar la aplicación de la ley penal extranjera: la Escuela holandesa del siglo XVII sostuvo el criterio de la "cortesía internacional"; algunos alemanes hablaron de "representación de intereses"[120] y otros, de "comunidad de intereses de diferentes Estados soberanos"[121], Donnedieu de Vabres se refirió al "ejercicio de la soberanía territorial"[122]. 732

Los argumentos que se esgrimen a su favor son numerosos. Entre éstos podemos señalar: representa una garantía a la libertad individual (en el sentido de *nullum crimen, nulla poena sine lege*); permite aplicar la ley que mejor se adecua a la infracción o al medio en que fue cometida; evita la arbitrariedad en la determinación de la ley aplicable e, igualmente, las desigualdades que pueden presentarse al juzgar a los copartícipes[123]. 733

Los argumentos en su contra son de orden teórico y práctico. En los de orden teórico, se dice que la aplicación de la ley extranjera representa un atentado contra la dignidad y la soberanía del Estado y, en los de orden práctico, que comporta inconvenientes para la administración de justicia, en cuanto al conocimiento de la misma y a la imposición por parte de ésta de una sanción desconocida por la legislación nacional[124]. 734

---

120 GRÜTZNER, 1960, p. 400.

121 BEMMELN, p. 615.

122 Respecto al derecho local y al voluntad del legislador que hace suya la ley extranjera, cf. DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 182.

123 Cf. SCHWANDER, 1960, p. 576 ss.

124 BINDING, 1885, p. 372 s.; cf. GRÜTZNER, 1960, p. 408 ss.; ZLATERIC, p. 302.

735 Como ya lo hemos expresado, en la legislación moderna prima el principio de que en el territorio de un Estado la ley aplicable es sólo la ley penal nacional. Este es el caso de nuestra legislación penal y la del Tratado de Montevideo (1889) y del Código Bustamante (1928), suscritos por el Perú. El art. 304 de este último estatuye que "ningún Estado contratante aplicará en su territorio las leyes penales de los demás". El Tratado de Montevideo no contiene una disposición general parecida a ésta. Por el contrario, admite la posibilidad de que se aplique la ley extranjera, cuando el delincuente mediante la infracción afecte a diferentes Estados. Según el art. 4, "se aplicará la pena más grave de las establecidas en las distintas leyes penales infringidas".

736 En el Código suizo, a nuestro conocimiento uno de los pocos en que se admite la aplicación directa de la ley extranjera, se establece que procederá si es que ésta es más favorable al delincuente (art. 5 y 6 que prevén los principios de personalidad pasiva y activa, respectivamente).

737 La ley extranjera es reconocida, en el art. 2, pf. 4, cuando prevé la doble incriminación y ordena que se tenga en cuenta si la pena impuesta en el extranjero ha prescrito o ha sido remitida, circunstancias que se determinarán conforme a la ley del Estado donde se impuso la sanción

738 Esta misma solución ha sido adoptada en el Código Bustamante en relación con la prescripción de la pena (art. 313); y en cuanto a la prescripción de la acción, se dispone que es de aplicación la ley del Estado al que corresponde conocer. El Tratado de Montevideo (1889) –ratificado por nuestro gobierno– no contiene disposición alguna que establezca el reconocimiento de la ley extranjera.

X. Aplicación de sentencias extranjeras

739 Como en el caso de la aplicación de la ley extranjera, se distingue la fuerza ejecutiva de la sentencia extranjera del simple reconocimiento de sus efectos. En el primer caso, el Estado que detiene al delincuente haría efectiva la condena impuesta por un tribunal extranjero. En el segundo, el Estado no podría, por ejemplo, perseguir al delincuente si es que un tribunal extranjero –por el mismo hecho– lo ha juzgado y absuelto.

740 En la actualidad, la mayor parte de las legislaciones parten del desconocimiento de la fuerza ejecutiva de las sentencias extranjeras. Dicho crite-

rio se sustenta en la afirmación de que la sentencia es expresión de la soberanía del Estado y que reconocerla implicaría inclinarse ante una voluntad extranjera[125]. Lo que no significa que se proclame el total desconocimiento de la resolución extranjera o se le tenga por inexistente.

La legislación peruana sigue esta concepción. Así, el art. 4 CP, numeral 3, reconoce plena validez a la sentencia extranjera absolutoria y, por lo tanto, las autoridades peruanas no podrán reprimir a la persona absuelta en virtud de los principios real, de la personalidad activa, de personalidad pasiva y de un tratado internacional. Así mismo, cuando la sentencia es condenatoria y ha sido totalmente ejecutada. Si lo ha sido parcialmente, el reconocimiento es limitado en la medida en que sólo se tiene en cuenta la parte de la pena ya cumplida en el momento de la fijación de la pena en el nuevo proceso. Es decir, que el Estado peruano no ejecutará la pena impuesta en el extranjero, sino que juzgará al procesado y, de condenarlo, computará la parte de la pena cumplida[126]. 741

Además, reconoce plena validez a la resolución que dispone la remisión de la pena o declara su prescripción 742

La no ejecución de la sentencia penal extranjera es admitida ampliamente en el Código Bustamante. En el art. 436, se dice: "Ningún Estado contratante ejecutará las sentencias dictadas en uno de los otros en materia penal, en cuanto a las sanciones de ese orden que impongan". La salvedad que se hace en último lugar es debido a que en el artículo siguiente se admite la ejecución de la parte de la sentencia extranjera referente a la responsabilidad civil y a sus efectos sobre los bienes del condenado (art. 437). La única excepción que hace en relación con las penas es la contenida en su art. 311. Según esta disposición, "la pena de interdicción civil tendrá efecto en los 743

---

[125] Cf. BRAMONT ARIAS, 1950, p. 178 ss.; ZLATERIC, p. 328. También se arguyen razones prácticas concernientes a las diferencias que hay en los sistemas de penas. En Alemania, se alegan razones de orden constitucional, consultar: OEHLER, 1983, p. 605 s.

[126] Corresponde al tribunal determinar, autónomamente, la correspondencia entre la pena impuesta –parcialmente cumplida– y la pena prevista por la legislación nacional. No creemos que se pueda deducir del sistema peruano la extinción de la acción penal, debido a que las penas sean cualitativamente diferentes; contra: BRAMONT ARIAS, 1950, p. 173.

otros Estados mediante el cumplimiento previo de las formalidades de registro o publicación que exige la legislación de cada uno de ellos".

744 En doctrina se reclama hace mucho tiempo la aplicación de la sentencia extranjera. Algunos juristas, como Donnedieu de Vabres[127], han negado que sea la mejor solución, el nuevo juzgamiento del delincuente y afirmado que sería conveniente reconocer su fuerza ejecutiva, lo que se adecua mejor al deber de colaboración internacional. Además, sostienen que no implicaría un atentado contra la soberanía del Estado, ya que para su aplicación es necesario que el mismo Estado la autorice legalmente.

745 En los congresos internacionales se ha sostenido este criterio. Así, ya en el Congreso Internacional de Derecho Penal de Bucarest (1929) se aprobó que a toda sentencia penal extranjera –dictada por autoridad competente– debe reconocérsele eficacia, conforme a las necesidades de la cooperación internacional. De manera más clara y en armonía con el criterio dominante en la doctrina, el IX Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal (La Haya, 1964) afirmó en sus resoluciones que: "En principio, conviene recomendar que las decisiones penales adoptadas en un Estado sean reconocidas en otro Estado. Este reconocimiento no es incompatible con la idea de la soberanía. En efecto, el nacionalismo excesivo que separa lo pueblos ha cedido terreno en numerosos casos y en especial en materia penal a una voluntad de cooperación conforme a la solidaridad internacional. Así mismo, las dificultades prácticas a que dan lugar las sentencias extranjeras pueden ser superadas gracias a los aportes recientes del Derecho comparado"[128].

746 La intensificación de ciertas formas delictivas a nivel internacional; por ejemplo, el tráfico de drogas, ha hecho necesaria la adopción de nuevos criterios en relación con la cooperación de los gobiernos. Es el caso de los convenios sobre cumplimiento de condenas penales suscritos por nuestro país, los Estados Unidos y el Canadá (6 de junio de 1979 y 22 de abril de 1980), aprobados por las Leyes Nº 23124 y Nº 23125 del 9 de julio de 1980.

747 En la Convención Europea de 1964, sobre la prevención de infracciones a la circulación, se da la posibilidad de que las penas impues-

---

[127] DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 324.
[128] Cf. *RIDP* 1964, p. 1141 s.

tas en uno de los países pueda ser ejecutada –a su pedido– en el país de residencia del infractor.

La legislación más avanzada en el dominio de la aplicabilidad de la sentencia extranjera se desarrolló en los países nórdicos. En 1948, Suecia, Noruega y Dinamarca se pusieron de acuerdo con relación a la multa, la confiscación y la reparación de daños. En la actualidad rige entre ellos, además en Finlandia e Islandia, un acuerdo más amplio. Un claro ejemplo de estos convenios es la Ley sueca del 22 de Mayo de 1963, referente a ciudadanos y residentes, la cual contiene un cuadro de equivalencia de las penas y contempla también los casos de la condena condicional y de la liberación condiciona[129]. 748

XI. Caso de funcionario o empleado nacional que delinque en el extranjero

De acuerdo con el art. 2, inc. 1, se aplica la ley peruana "a todo delito cometido en el extranjero", cuando el "agente es funcionario o servidor en el desempeño de su cargo". 749

En general, se sostiene que se trata de un caso particular del principio real o de defensa, ya que mediante tales actos, el funcionario o servidor obra directamente contra los intereses del Estado[130]. A pesar de esta estrecha relación existente, es preferible invocar el deber especial que tienen los funcionarios o empleados en relación con el Estado que los nombra. La violación de este deber constituye el factor decisivo que explica la intervención del Estado interesado[131]. Este criterio se pone en evidencia cuando se exige que el delito haya sido cometido "en el desempeño [del] cargo". No se trata de uno de los delitos contra la seguridad del Estado, ya que en este caso se invoca el principio real o de defensa. En principio han de comprenderse, las infracciones previstas en el Título XVIII, Capítulo II, "Delitos cometidos por funcionarios públicos", pero también otras como la de falsificación de documentos (art. 427)[132]. Esto se desprende de la referen- 750

---

[129] Cf. *RIDP* 1963, p. 256.
[130] JESCHECK/WEIGEND, § 18 III 3. Cf. Ricardo NÚÑEZ, 1974, p. 95.
[131] OEHLER, 1983, p. 394.
[132] Cf. CORNEJO, 1926, p. 28.

cia que el legislador hace a la comisión de "todo delito", como en el Código derogado a "infracciones de cualquier especie".

751 Esta expresión evita dudas en la interpretación de la expresión "en el desempeño de su cargo". La amplitud de la última frase hace casi inútil la referencia general a todo delito. Se descartan las dudas que hubieran si se interpreta "en el desempeño de su cargo" en el sentido de que el delito debe ser cometido "con ocasión del cumplimiento de los actos propios a la función o servicio" y no en que sea realizado "durante el ejercicio del cargo o mientras dure la prestación de los servicios al Perú".

752 En caso de que el servidor público incurra, en el extranjero y en tanto se encuentre en funciones, en un delito de prevaricato o de falsificación de documentos (al realizar uno de los actos de su cargo) el Estado peruano podrá reprimirlo conforme a la ley peruana. Tratándose de un delito de violación o de lesiones, cometido mientras el autor es servidor público y en el marco de su vida particular, el primer interesado en la represión es el Estado del país donde se cometió la infracción Si éste no puede sancionar al autor debido a su inmunidad diplomática, por ejemplo, el Perú deberá perseguirlo de acuerdo con el principio de la personalidad activa. Si se trata de un empleado al servicio del Perú, pero de nacionalidad extranjera, deberá ser sometido a extradición, en caso de haber ingresado al Perú y haber sido detenido.

753 La *ratio legis* del art. 2, inc. 1, es el interés del Estado en reprimir a sus servidores que han violado, aun en el extranjero, sus deberes especiales como tales. La competencia que se irroga el Estado respecto a la represión del funcionario o servidor públicos es absoluta, ya que excluye la aplicación de alguna de las excepciones prevista en el art. 4.

XII. Excepciones estatuidas en el art. 4

754 De acuerdo al sistema del Código Penal, el Estado peruano ejerce de manera exclusiva su derecho a sancionar a quienes hayan cometido una infracción en su territorio. Su extinción depende sólo de lo que disponga la ley nacional; por ejemplo, por prescripción. Si el agente hubiese sido castigado por esta misma infracción en el extranjero, los tribunales nacionales tienen aún expedita su facultad de perseguirlo penalmente.

En algunos ordenamientos jurídicos se reconoce al Estado también esta exclusividad, según el principio real o de defensa; por esto, se le denomina cuasi territorial[133]. No sucede esto en el nuestro. El art. 4 CP, por el contrario, dispone que la ley nacional no se aplicará basándose en este principio, así como en los la personalidad activa y pasiva, cuando la acción penal se halle extinguida conforme a una u otra legislación; cuando se trate de delitos políticos o de hechos conexos a éstos y cuando el acusado haya sido absuelto en el extranjero o, condenado, haya cumplido la pena o ésta hubiera prescrito, o le hubiera sido remitida. 755

El caso de la prescripción de la acción penal y de la pena es un problema de aplicación de la ley penal extranjera y lo hemos tratado antes[134]. Señalemos aquí que el inc. 3 del art. 4, no indica si la prescripción o la remisión de la pena se determinan de acuerdo a la ley penal nacional o a la extranjera. Es un caso de aplicación de la ley más favorable (nacional o extranjera)[135]. 756

Sin embargo, este no es el criterio admitido en el Tratado de Montevideo y el Código Bustamante. En sus art. 14 y 312, respectivamente, se estatuye que la prescripción se rige por las leyes del país al cual corresponde conocer el delito; sólo el Código Bustamante contiene una norma expresa respecto a la pena. Se trata del artículo 313 que dice: "La prescripción de la pena se rige por la ley del Estado que la ha impuesto"[136]. 757

En el acápite referente a la ejecución y reconocimiento de sentencias extranjeras, hemos tratado los casos señalados en el inc. 3 del art. 4. Recordemos, tan sólo, que lo discutido en este dominio es el efecto internacional de los derechos adquiridos del inculpado, que se ha beneficiado de una absolución, de una remisión o que ha cumplido la pena, a no volver a ser perseguido por el mismo hecho (*ne bis in idem*)[137]. 758

El legislador peruano ha admitido un criterio amplio en cuanto a los delitos políticos, en la medida en que se refiere también a los hechos 759

---

133 CP suizo, art. 4.

134 Ver *supra* Nº 739 ss.

135 Cf. BRAMONT ARIAS, 1950, p. 173.

136 El Tratado de Montevideo de 1940, no ratificado por el Perú, se refiere a ambos casos en una misma disposición: art. 16.

137 Cf: DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 303.

conexos con éstos (art. 4, inc. 2). El criterio determinante para saber qué infracciones revisten esta calidad es de carácter objetivo (según el bien jurídico violado). Pues, si se hubiese seguido hablando, como en el Código derogado, art. 6, inc. 2, de delitos políticos-sociales (según el fin político del agente)[138], hubiera sido inútil la referencia a los "delitos conexos"[139]. En todo caso, el criterio imperante en la doctrina y en la legislación es bastante amplio, lo que está en armonía con el extenso reconocimiento al derecho de asilo.

760 Esta concepción fue admitida en la Ley de Extradición de 1888, en la que se hace referencia a delitos que tuvieran un carácter político o se hubieran perpetrado en conexión con ellos. Aún de manera más general, en el DL Nº 18692 del 21 de diciembre de 1970, se concedió amnistía por "delitos políticos-sociales y conexos". En este sentido, el parlamento se refirió, en la Ley Nº 23215 del 28 de julio de 1980, a "hechos de naturaleza político-social o conexos, subordinados a éstos" (art. 1). Los alcances de esta expresión fueron limitados por la enumeración de casos que hizo el Parlamento en el art. 2 de esta misma ley de amnistía. Pero, en la Ley de Extradición de 1987, art. 7, se vuelve a la terminología empleada en la de 1888. En la Constitución de 1993, art. 37, último párrafo, al establecerse los delitos que están excluidos de la extradición, se habla de delitos políticos y hechos conexos, indicando en seguida que no están comprendidos el genocidio, magnicidio y terrorismo.

761 El único caso en que nuestro legislador admite el derecho exclusivo de perseguir a determinados autores de delitos cometidos fuera del territorio nacional, es el de los funcionarios o empleados al servicio del Estado que, en el ejercicio de sus cargos, ejecutaran una infracción en el extranjero (art. 2, inc. 1 CP).

---

[138] En el art. 13 de su Proyecto de CP italiano de 1921, FERRI, 1921, establece que "son delitos político-sociales aquellos cometidos exclusivamente por motivos políticos o de interés colectivo".

[139] Es interesante observar que en la Ley Nº 23215 del 28 de julio de 1980, el Gobierno concede amnistía e indulto a los inculpados, acusados y sentenciados por "hechos de naturaleza político-social o conexos subordinados a éstos" (art. 1 y 2).

§ 7 Aplicación de la ley penal en el tiempo

I. La ley y el tiempo. II. Derogación y desuso de la ley penal. III. Regulación legal. IV. Tempus regit actum. *V. Irretroactividad de la ley penal. 1. Nociones fundamentales. 2. La ley penal y su modificación. 3. Leyes interpretativas y leyes correctoras. 4. Leyes procesales y leyes de ejecución penal. VI. Retroactividad de la ley penal más favorable al momento de sentenciar. 1. Fundamentos. 2. Ley penal más favorable. 3. Abrogación de una disposición que reprime un hecho. 4. Combinación de leyes penales. 5. Momento de realización de la infracción. 6. Modificación de la ley durante la ejecución del delito. VII. Modificación de la ley penal y cosa juzgada. 1. Introducción. 2. Aplicación de la ley más favorable. 3. Alcances de la modificación de la sentencia. 4. Circunstancias en que se da la modificación. VIII. Medidas de seguridad y modificación de la ley. 1. Regulación. 2. Debate sobre la retroactividad de las medidas de seguridad. IX. Modificación de la ley referente a la ejecución de penas y medidas de seguridad. X. Leyes temporales y leyes excepcionales. XI. Leyes intermedias. XII. Leyes procesales. XIII. Modificación de la ley y prescripción de la acción penal y de la pena. XIV. Retroactividad y cambio de jurisprudencia. XV. Concurso real.*

I. La ley y el tiempo

Desde dos perspectivas se pueden analizar las relaciones del derecho con el tiempo. Primero, teniendo en cuenta que es un componente de situaciones jurídicas; y, segundo, considerando la temporalidad, la historicidad del primero[1]. Los temas estudiados, tradicionalmente, bajo el rubro de ámbito temporal de vigencia de la ley penal, se ubican en esta última perspectiva. 762

Es evidente que las normas jurídicas tienen un ciclo vital. El legislador, en una fecha precisa, las promulga y pone en vigencia; así mismo, las modifica o deroga. Una ley no podrá, por tanto, aplicarse si ella no ha entrado en vigor; de lo contrario, el principio de legalidad no sería respetado. Cada sistema jurídico contiene reglas que determinan las circunstancias en que aparecen y desaparecen las normas legales. Según el art. 109 de la Constitución, la "ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte". 763

En principio, la validez temporal de las normas legales es indefinida ya que tienen la "sorprendente capacidad de sobrevivir a quienes las hicieron y a quienes las obedecen". Vale decir, que "pueden tener una limitada relación temporal; no necesitan limitarse al futuro o a actividades futuras de un legislador, sino que pueden referirse, igualmente, al pasado y vincularse a actos legislativos de un legislador del pasado"[2]. 764

---

1 LEONE, Mauro, p. 16 s.

2 HART, p. 78 s.

II. Derogación y desuso de la ley penal

765 Según nuestra legislación, una ley sólo puede ser derogada mediante otra ley (art. I del título preliminar del Código Civil). El desuso no puede dar lugar, en momento alguno, a su derogación[3].

766 Esto explica, muy bien, el hecho de que una ley dictada muchos años atrás –a pesar de su no aplicación– constituye derecho vigente. Como ejemplo folklórico de este fenómeno, cita Hart, el caso –sucedido en 1944 en Inglaterra– de una mujer acusada y juzgada por actos reprimidos por una ley sobre brujería, dictada en 1735.

767 En nuestro medio, no podría afirmarse que un juez comete prevaricato al sancionar, de acuerdo al art. 450, inc. 5, a quien "destruye las plantas que adornan jardines, alamedas, parques y avenidas", a pesar de que tal disposición, a nuestro conocimiento, no es aplicada[4]. El hecho cotidiano de arrojar basura a la calle o a un predio de propiedad ajena, sin que se aplique el art. 451, inc. 6, no comporta su derogatoria. Lo mismo puede afirmarse en relación con las disposiciones que regulan la aplicación de las medidas de seguridad, por ejemplo, la "internación" de delincuentes inimputables (art. 74). Si el Gobierno construyera los locales necesarios, no necesitaría, dictar nuevas disposiciones legales, porque las contenidas en el Código Penal no han sido derogadas por desuso[5].

768 La entrada en vigor de una ley sólo condiciona en parte su aplicación en el tiempo. Los problemas que se plantean son regulados por el denominado derecho penal intertemporal o derecho penal transitorio (*Intertemporales Strafrecht oder Uebergagsrecht*). Ellos surgen no tanto por la coexistencia de leyes, sino más bien por la manera como se suceden. Los conflictos son, sobre todo, entre leyes antiguas y leyes nuevas[6]. En el ámbito penal, puede de forma breve describirse la situación del siguiente modo. No se plantea ningún problema si la

---

[3] El desuso no es sino el efecto jurídico negativo de la costumbre; cf. KELSEN, 1968, p. 140. Cf. BRAMONT ARIAS, 1950, p. 41, 223.

[4] Con este ejemplo no preconizamos la aplicación de la norma legal citada, los medios represivos no son los mejores para combatir el alcoholismo.

[5] La opinión contraria de KELSEN no tiene, en nuestra opinión, validez en derecho penal. Cf. IDEM, 1968, p. 140 s.

[6] ROUBIER, p. 4.

misma ley está vigente tanto en el momento de la comisión del delito como cuando se juzga al responsable. Surgen las dificultades cuando esta ley es abolida y reemplazada o modificada por una nueva ley que está vigente en el momento del juzgamiento del procesado. Entonces hay que determinar qué ley debe aplicarse: la vigente cuando la infracción fue cometida o aquella vigente al juzgarse su autor.

III. Regulación legal

Los sistemas que se han ideado son diversos y numerosos. De manera esquemática, pueden resumirse tres de los que han sido planteados con mayor frecuencia. 769

Según el primero, la ley regula todos y sólo los actos y situaciones posteriores a su puesta en vigencia. Si un acto o situación debe ser juzgada por una nueva ley, la precedente será aplicada a pesar de haber sido abolida; de modo que se le considera post activa[7]. 770

Desde otra perspectiva, se propone que la ley se aplique tanto a los actos y situaciones posteriores a su entrada en vigencia, como a los anteriores. Este planteamiento es incompatible con el principio de legalidad y, por tanto, inaplicable en derecho penal. 771

El principio de la no retroactividad de las leyes penales, previsto por primera vez en el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789[8], fue estatuido en el art. 11 de la Declaración Universal, adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, así como en el art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), del 4 de noviembre de 1950. La interdicción de la retroactividad es, en buena medida, una consecuencia directa de la legalidad y, con frecuencia, es estudiada en este contexto[9]. 772

Por último, se propone el criterio de la aplicación inmediata, según el cual cada una de las dos leyes en presencia, la antigua y la nueva, se 773

---

7 ROUBIER, p. 11.

8 "La ley sólo debe establecer las penas evidente y estrictamente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada".

9 Cf. STRATENWERTH, 1996, § 4 Nº 10 ss.; SCHULTZ, 1987, p. 10.

aplica sólo en su ámbito. La nueva ley rige para todos los efectos de los actos y situaciones que existan o surjan a partir de su vigencia, al mismo tiempo que respeta los efectos de los actos o situaciones pasados[10].

IV. *Tempus regit actum*

774 La ley penal es aplicable a los actos cometidos durante su vigencia: *tempus regit actum*. Este principio general no ha sido establecido, expresamente, por nuestro legislador. Figura en algunos códigos extranjeros[11], así como en algunos proyectos. Entre estos últimos, citemos el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica; en su art. 7, se prevé que "los delitos se juzgarán de acuerdo con las leyes vigentes en la época de su realización".

775 La regla *tempus regit actum*, se halla implícita en el art. 1 (art. 2, inc. 24, letra d de la Const.), relativo al principio de legalidad. Según este principio, para determinar si un comportamiento es delictuoso y qué sanción debe imponerse al agente hay que aplicar la ley vigente "al tiempo de cometerse".

776 El legislador ratifica tal exigencia al disponer en el art. 103, pf. 2, de la Constitución, que "ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo". Esta excepción presupone –como regla general– la aplicación de la ley vigente en el momento de la comisión del delito.

777 La certitud, de un lado, de la vigencia de la ley en el momento de la ejecución del acto y, de otro, del instante en que éste se ejecutó, son elementos necesarios para la determinación de la ley aplicable. Es decir, no existen imprecisiones respecto a la sucesión temporal de las leyes penales. Si esta situación se presentara, debido a una técnica legislativa deficiente, toda duda debería ser resuelta de acuerdo a "lo

---

[10] Según ROUBIER, p. 466, hay que hacer todavía una excepción: la ley nueva no puede pretender obrar sin retroactividad sobre los elementos anteriores a la ley para darles efectos jurídicos que la ley anterior no preveía.

[11] Por ejemplo, CP austriaco, § 61, *ab initio*: "Las leyes penales son aplicables a actos cometidos después de su entrada en vigor"; en el mismo sentido, art. 2 del CP suizo. El § 2 del CP alemán estatuye que las penas y sus consecuencias se determinan según la ley vigente en el momento de la perpetración del hecho punible.

más favorable al reo". En la Constitución (art. 139, inc. 1), se hace referencia de manera amplia, a la aplicación de lo más favorable al reo "en caso de duda o de conflicto entre leyes penales". Esta norma constituye una ratificación de la retroactividad benigna de la nueva ley (consagrada en el art. 103, pf. 2, de la Const.) y, al mismo tiempo, una referencia a la ultractividad benigna de la ley antigua.

Dos observaciones deben hacerse para mayor claridad de lo expues- 778
to. Primera, esta regla no se aplica en caso de dudas sobre la interpretación de la ley. La segunda se refiere a que es distinto el caso cuando existen dudas sobre los hechos imputados al procesado. Se trata del principio procesal *in dubio pro reo*, previsto en la primera parte del art. 103, pf. 2, de la Constitución[12].

V. Irretroactividad de la ley penal

Tempus regit actum e irretroactividad de la ley penal son, en realidad, el 779
anverso y el reverso de una misma moneda. La no retroactividad de la ley penal se funda en "el principio de legalidad de la represión, de la que constituye el corolario indispensable y la consecuencia directa"[13].

El art. 25 de la Constitución de 1933 prohibía de manera absoluta la 780
retroactividad de toda ley. Esta manera de formular esta prohibición[14], común a varias legislaciones, condujo a que algunos juristas cuestionaran la legalidad de la disposición que estatuye la retroactividad de la ley más favorable[15].

La inconsistencia de esta opinión era evidente cuando se tenía en 781
cuenta que el fin perseguido por el legislador en la norma constitucional era el de garantizar la seguridad de las personas y que, por tanto, no podía ser interpretada sino en el sentido de que "se refiere a la inaplicabilidad de la ley más gravosa, posterior a la comisión del

---

12 RUBIO/BERNALES, p. 438, se equivocan, en consecuencia, cuando afirman que la aplicación de lo más favorable al reo se da también por falta de claridad de las leyes penales al juzgar el caso. Aquí se trata de un problema de interpretación de la ley.

13 LEVASSEUR, 1971, p. 194; PRADEL, 2003, Nº 205.

14 En Italia, art. 45 de la Constitución; España, art. 19 del Fuero de los españoles.

15 RODRÍGUEZ DEVESA, p. 165; ESPOSITO, T. IV, p. 505.

hecho"[16]. El texto de la Constitución vigente elimina, en nuestro medio, toda duda.

782 Del principio de legalidad (art. 1 y 2, inc. 20, letra d, de la Const.) se deduce, sin dificultad, que la prohibición de la retroactividad de la ley se dirige al juez. En materia penal significa que éste sólo podrá considerar como delito un acto y sólo impondrá la sanción cuando hayan sido previstos en la ley antes de la comisión del hecho punible. Sin embargo, aun cuando no aparece muy claro que esta interdicción se refiera también al legislador, como acontece con la prohibición de retroactividad contenida en el art. 103 de la Constitución, hay que admitir que éste no puede prever la retroactividad general de la ley penal. Es evidente que los constituyentes al regular el principio de legalidad, limitaron así mismo sus facultades legislativas. Restricción que tiene su justificación en el afán de excluir un abuso de poder en detrimento de las personas[17]. En este marco, hay que interpretar los art. 6 a 9, que suponen la irretroactividad de la ley penal más severa[18].

783 Desde este punto de vista, se comprende, fácilmente, que la justificación de la irretroactividad de la ley penal más grave se halla en la protección de la seguridad jurídica y la libertad personal[19].

784 El origen de esta regla, como el del principio de legalidad, es de carácter político. De manera expresa, fue consagrada, por primera vez, en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1791 (art. 8) y, luego, en la Constitución francesa de 1793 (art. 14). Pero en estas disposiciones la prohibición se refería sólo a las leyes penales. Por el contrario, en la Constitución del 5 de Fructidor del Año III, se mencionaban también las leyes civiles. Su art. 14 era muy claro al ordenar que "ninguna ley criminal o civil puede tener efecto retroactivo".

785 La regla de la aplicación de la ley penal más favorable fue así mismo reconocida en el derecho de la Revolución Francesa. Se le incorporó

---

16 SOLER, 1976a, T. I., p. 188. Cf. SINISCALCO, T. III, p. 248; CASABÓ, en CÓRDOBA RODA/RODRIGUEZ MORULLO, p. 46 s.

17 Consultar: PAREJA, p. 316. Cf. RUBIO/BERNALES, p. 356.

18 Cf. ES del 17 de octubre de 1995, Exp. Nº 306-92-A Callao, en ROJJASI PELLA, p. 74.

19 Cf. TRAEGER, p. 355; HAFTER, 1946, T. I, p. 44; MANZINI, T. II, p. 34; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 626.

de manera accesoria en los nuevos códigos o leyes; por ejemplo, en el Código Penal del 25 de setiembre de 1791.

1. Nociones fundamentales

Si todos los delitos fueran instantáneos y si la reacción social (juzgamiento y ejecución de sanción) contra los autores fuera inmediata, casi no se presentarían problemas en relación con la sucesión de las leyes penales en el tiempo. 786

Esto no sucede en la realidad, diversos son los casos en que la acción delictuosa es descrita por el legislador como un hecho que tiene lugar en un lapso determinado (delito continuado, permanente, etc.); todo proceso penal puede durar bastante antes de culminar con una sentencia, en la que se impone una pena; la que con frecuencia consiste en privación de la libertad por cierto tiempo. De modo que la ley vigente puede ser modificada o derogada mientras se comete la infracción, durante el desarrollo del proceso penal o la ejecución de la penal impuesta. 787

Para resolver los problemas que esto origina, el legislador ha elaborado una serie de reglas comprendidas en el Capítulo II, Aplicación temporal, del Título I del Libro primero (art. 6 a 9) y la cuarta disposición transitoria. 788

La comprensión del sentido de cada una de las reglas contenidas en dichas disposiciones, presupone la determinación de lo que significan las expresiones ley penal y ley más favorable. 789

2. La ley penal y su modificación

La expresión ley penal comprende todas aquellas normas legales que determinan la situación jurídica de un delincuente y de la cual depende la posibilidad, el tipo y la forma de su punición[20]. Es decir, no sólo las disposiciones que describen los actos delictuosos, como las de la parte especial del Código Penal o las de las leyes complementarias, sino también las contenidas en la parte general. Entre estas hay 790

[20] TRÖNDLE, en EBERMAYER/LOBE/ROSENBERG, *LK*, T. I, § 2, Nº 39.

que señalar, a manera de ejemplo, las referentes a las causas de justificación, de inculpabilidad y a las clases de pena. Así mismo, deben considerarse las normas jurídicas no penales (por ejemplo, civiles o administrativas) que condicionen de modo substancial la existencia o los alcances de una incriminación. Este es el caso, por ejemplo, de una modificación de las reglas del derecho de la propiedad que puede influenciar sobre la manera de interpretar las disposiciones sobre los delitos contra el patrimonio.

791 Las modificaciones a la ley penal pueden ser directamente realizadas por el legislador, o pueden ser el resultado indirecto del dictado de una ley, que no pertenece al derecho penal sustantivo. Numerosos son los casos de la primera clase en nuestro medio; basta pasar revista a las diversas modificaciones efectuadas al CP de 1991. Son menos frecuentes los que podrían ser clasificados en la segunda. Estos últimos, se presentan, en particular, cuando en la misma disposición penal se incorpora un factor que puede ser modificado mediante una ley que no tenga éste carácter. Por ejemplo, el límite entre, por un lado, los delitos de hurto (art. 185) y de daños (art. 205) y, por otro, las faltas contra el patrimonio (art. 444, primer párrafo) depende del monto que representen cuatro remuneraciones mínimas vitales. Del mismo modo, la separación entre el delito de abigeato (art. 189-A) y la falta prevista en el art. 444, segundo párrafo, depende del monto que comporte el tercio de la Unidad Impositiva Tributaria. De modo que las disposiciones legales que modifiquen el quántum de la remuneración mínima vital o de la Unidad Impositiva, implicarán cambios esenciales de las disposiciones penales indicadas. Así mismo, el contenido del art. 230, que reprime un delito contra los bienes culturales, depende de que los bienes objeto del comportamiento imputado al agente hayan sido, antes, declarados como tales. Igual efecto tienen las modificaciones que se hagan de las listas I y IIA de las substancias calificadas de drogas que pueden ser objeto del delito de tráfico ilícito (art. 296). Conforme a la disposición complementaria 86 del DL Nº 22095: "La inclusión de una nueva sustancia o la exclusión de alguna de las comprendidas en las listas anexas, podrá hacerse por Resolución Suprema, refrendada por el Ministro de Salud". Si una sustancia es agregada o suprimida de estas listas, el hecho de comercializarla sin autorización constituirá o no delito, según los casos. Teniendo en cuenta que la modificación tiene lugar mediante una norma de inferior jerarquía resulta cuestionable la constitucionalidad de la modificación de la ley penal.

Podría presentarse un caso de este tipo de modificaciones si el legislador cambiara las disposiciones civiles sobre el derecho de posesión o propiedad. Algunos delitos contra el patrimonio, como la apropiación ilícita, podrían ser alterados en sus elementos. Lo decisivo es que la modificación de la ley no penal represente una alteración verdadera de la norma jurídico penal. Así, la ley que declare fuera de circulación uno de los tipos de papel moneda de curso legal en el país no puede determinar que los actos de falsificación de la moneda excluida ya cometidos dejen de ser considerados como delitos. En este caso, no varía la norma penal, el objeto de la tutela penal sigue siendo el mismo (la moneda)[21]. 792

Por el contrario. en el caso de las faltas contra el patrimonio o del tráfico ilícito de drogas, las modificaciones practicadas o posibles de realizarse producen una alteración de la represión penal: transformando, por un lado, en faltas acciones que son delitos y, por otro, en delitos acciones que no eran y viceversa, según que se incluya en la lista una nueva droga o se excluya alguna de las previstas. 793

También han de considerarse dentro de las modificaciones de la ley penal, aquellas que son una variación de la ley que complementa una ley penal en blanco. Por ejemplo, si se modifican las disposiciones civiles a que se hace referencia en el art. 192, inc. 1[22]; o la ley que fija el límite del interés que debe superarse en un contrato de crédito para que sea cometido el delito de usura (art. 214), o se dictan o derogan las leyes por las que se especifica qué especies de flora o fauna acuática son en especial protegidas (art. 309). 794

3. Leyes interpretativas y leyes correctoras

Existen dudas, por el contrario, para considerar como "nueva ley penal" a las denominadas leyes interpretativas y leyes correctoras. 795

Un ejemplo de estas últimas, aun cuando no tan conforme al derecho vigente, es el DL Nº 18140 del 10 de febrero de 1970. Mediante 796

---

[21] SOLER, 1976a, T. I, p. 193; TRÖNDLE, en EBERMAYER/LOBE/ROSENBERG, *LK*, T. I, § 2, Nº 40.

[22] Según el texto de esta disposición será reprimido: "el que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro, y se apropiare de la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del código civil".

este Decreto se corrigió la omisión de una palabra en que se había incurrido en el art. 3 del DL Nº 17388, del 24 de enero de 1969, al disponerse la modificación del art. 199 del CP de 1924. Tratándose de menores entre 7 y 16 años, se intentaron distinguir los casos en que el agente incurría o no en la circunstancia agravante prevista en el párrafo tercero de la misma disposición; pero como se omitió un "no" resultó que no se indicaba la pena para quien violaba a uno de estos menores sin incurrir en la circunstancia agravante, mientras que se preveían dos penas diferentes para cuando esta circunstancia existiera. Como era cuestión de un error material de técnica legislativa y no implicaba ningún cambio sustancial en la descripción del delito ni de la circunstancia agravante, el decreto ley, por el que se enmendó el error, no podía ser considerado como una nueva ley. El error hubiera podido ser corregido mediante la interpretación del texto legal. Quien entonces hubiera violado a uno de los menores indicados, no podía alegar impunidad invocando la irretroactividad de la ley, ya que tanto el delito como la pena estaban en realidad previstos[23].

797 En cuanto a las leyes interpretativas, la solución no puede ser idéntica. Y la explicación es que mediante ellas el legislador puede, en realidad, modificar a fondo una ley penal, ampliando o restringiendo su campo de aplicación.

798 Al estudiar el principio de legalidad[24], hemos constatado cómo el legislador peruano, mediante la reglamentación de leyes o decretos leyes generales que contienen normas penales, da una verdadera interpretación de estas últimas y llega a ampliar sus alcances. Recordemos, a título de ejemplo, el caso del DL Nº 19609 del 21 de noviembre de 1972, que en su art. 5 estatuía la represión penal de la "persona responsable de la conducción de las instituciones de salud públicas y privadas", cuando en los establecimientos a su cargo no se prestara "atención médico-quirúrgica" a las "personas que se encuentren en riesgo grave de salud o vida", a causa de situaciones de emergencia; y como en el reglamento de ese Decreto Ley, DS Nº 0023-73-SA, del 25 de enero de 1973, art. 8, se dispuso que era responsable de este delito el "médico que efectúa la calificación" del estado de salud del paciente, "solidariamente con los representantes de la Institución".

---

[23] Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 66.

[24] Cf. *supra* Nº 353 ss.

De esta manera precisó quiénes eran las "personas responsables de la conducción de las instituciones de salud". Pudo haber señalado someramente, también, a otras, que por diferentes motivos considerara necesario reprimir. El recurrir a esta técnica legislativa constituye un abuso de poder, por lo que en los casos en que se presenta y sean admitidas las nuevas disposiciones, éstas deben ser sometidas a las reglas de la validez temporal de la ley[25]. Las disposiciones citadas han perdido relevancia penal, pues, la sanción prevista para los responsables fue suprimida, indirectamente, al ser derogadas mediante el DLeg Nº 121, art. 12, las disposiciones del derogado Código Sanitario a las que el DL Nº 19609 hacía referencia. Estas circunstancias hacen de este caso un claro ejemplo de la deficiente técnica legislativa usada, frecuentemente, entre nosotros.

4. Leyes procesales y leyes de ejecución penal

En doctrina, se admite, con frecuencia, que la expresión ley penal no comprende las leyes procesales y las leyes sobre ejecución de penas. 799

Por la multiplicidad de problemas que implica este criterio, lo estudiaremos en acápite aparte, en este mismo capítulo[26]. 800

VI. Retroactividad de la ley penal más favorable al momento de sentenciar

1. Fundamentos

El punto de partida de nuestro legislador es el principio *tempus regit actum*[27]. Así, el art. 6 dispone que la ley aplicable es la vigente en el momento de la comisión de la infracción. Esta regla general es confirmada, en la segunda parte de la disposición citada, al admitirse la posibilidad de que "no obstante" –como excepción– se aplicará la ley más favorable dictada después de la ejecución del hecho punible. Lo mismo se puede decir respecto a la segunda posibilidad creada por la 801

---

25 JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 660.
26 Cf. *infra* Nº 872 ss.
27 Cf. *supra* Nº 774 ss.

excepción señalada y consistente en que la ley vigente en el momento de la comisión del delito, pero modificada o derogada por una nueva ley más severa, sea aplicada en el momento de juzgarse al responsable. Esta supervivencia de la ley precedente es denominada ultractividad de la ley más favorable. Se trata de la solución clásica adoptada en la mayor parte de las legislaciones[28].

802 La justificación para aplicar la ley posterior más favorable es de naturaleza político-criminal. Si en este caso se pretendiera seguir aplicando la ley vigente en el momento de la comisión del acto, se reprimiría al agente en virtud de una "concepción jurídica desechada por el mismo legislador"[29]. Esto es evidente, en particular, cuando el legislador deja de considerar como delictuoso un comportamiento previsto en la ley como tal. Así mismo, está presente el criterio de proporcionalidad en el sentido de que la aplicación de la ley vigente en el momento del hecho resulte desmesurada, tanto por razones jurídicas como de política criminal, en comparación con la ley vigente en el momento del juzgamiento[30].

803 Sería una grave injusticia juzgar y castigar en virtud del art. 212 del CP de 1924, por ejemplo, al casado que mantuvo relaciones sexuales fuera de matrimonio antes de la entrada en vigencia del CP de 1991, ya que en éste no figura más el delito de adulterio.

2. Ley penal más favorable

804 En el art. 6 el legislador dispone que "se aplicará la [ley] más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales" (pf. 1)

---

[28] Algunos autores han sostenido un criterio, diferente: la ley nueva se aplica inmediatamente, salvo que la ley anterior sea más favorable; entre estos es de citar: SEEGER, p. 82 s.; BAR, p. 71 s.; GABBA, p. 336 s.; ROUBIER llega a la misma conclusión partiendo de su "teoría de la situación jurídica" y negando validez a la presunción de la superioridad de la nueva ley, afirmada por los autores antes citados. Por último LEVASSEUR, 1971, p. 192 s., afirma lo mismo que los defensores de la concepción clásica; pero parte de la "teoría de la situación jurídica" de ROUBIER, y no por la sentencia, como sostenía ROUBIER. Los defensores de la escuela positivista italiana defendieron la retroactividad de la ley penal por razones de defensa social. Cf. FLORIAN, T. I, p. 201 s. Para una más amplia visión de la evolución de la doctrina, consultar: JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 612 s.

[29] MAURACH/ZIPF, § 12 Nº 2.

[30] TIEDEMANN, 1974a, p. 193 ss.

y que si "durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley". Por último, indica que si "según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho". Normas que deben ser interpretadas y aplicadas conforme al art. 139, inc. 11, en el que se estatuye como garantía de la administración de justicia "la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales".

Del texto de estas disposiciones nada se deduce de cómo debe determinarse cuál es la ley más favorable (*lex mtior*). En un principio, puede considerarse que, en ciertos casos, basta con comparar las leyes en cuestión. Así, si la ley modificada, vigente en el momento de la comisión del delito, preveía sólo pena de multa para reprimir al autor y que la nueva ley, vigente al momento del juzgamiento, reprime ese delito con una pena privativa de la libertad, podría pensarse que la nueva ley es más favorable. Esta comparación abstracta no está de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2. En esta disposición, lo mismo que en la Constitución, se estatuye que se aplicará la ley más favorable al condenado. Esto significa, por un lado, que la comparación establecida exige que se aplique una de las dos leyes y que la escogida debe ser la más favorable. No se trata, por lo tanto, de comparar sólo la severidad de las penas, sino todos los factores de los que depende la posibilidad, el tipo y la forma de punición[31]. Por otro, la calificación de más favorable, según el texto expreso de la ley, debe fijarse en relación con el "condenado", mejor dicho con el procesado que será reprimido. En consecuencia, no es cuestión de precisar cuál de las leyes en conflicto es la menos severa en general, sino en concreto[32] respecto del imputado. En relación con el ejemplo dado al inicio de este párrafo, puede imaginarse que la ley que prevea la pena más severa admita de manera más amplia la concesión de la condena condicional o de la libertad provisional[33], lo que puede significar que sea

805

---

31 Cf. BRUNS, 1967, p. 51 s.

32 ES del 10 de junio de 1998, Exp. Nº 1697-98-Lima, en *NL*, T. 721, Trujillo, 1998, p. A-17.

33 Respecto a la prescripción ver ES del 18 de setiembre de 1997, Exp. Nº 4117-97-Puno, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 241; ES del 18 de diciembre de 1991, Exp. Nº 369-91 Huánuco, en *AJ*, 1999, p. 91.

más benigna para el procesado y si fueran varios, bien puede suceder que no sea la misma ley la escogida como la más favorable.

806 El problema consiste, en esta perspectiva, en escoger una de las leyes. Al momento de sentenciar, el juez debe de considerar como coexistentes las leyes que se han sucedido desde que la infracción fue cometida[34] y deberá compararlas no *in abstracto* sino *in concreto.* De acuerdo con el resultado a que llegue en relación con el caso *sub iudice,* aplicará la ley que permita reprimir con menos severidad al acusado. Por esto, resulta inoportuno el análisis de determinados casos abstractos que realizan ciertos autores, con el fin de extraer reglas generales. Esto puede conducir a malos entendidos y errores.

3. Abrogación de una disposición que reprime un hecho

807 Sin duda alguna que se trata de un caso de la ley más favorable cuando, en la nueva ley, se deja de calificar como delito un hecho que era reprimido como tal por la ley precedente[35]. Este es, tal vez, el único caso que permite afirmar, por una comparación en abstracto, cuál es la ley más favorable. Se trata con evidencia de una hipótesis comprendida en el art. 6, primer párrafo. Por esto resulta innecesario declararlo de manera expresa, como se hacía en el Código derogado. El legislador creyó, entonces, conveniente estatuir, en el art. 9, *ab initio,* que nadie "puede ser penado por un hecho que según la ley posterior no constituye delito". Esta regla fue retomada en el Proyecto de 1985 (agosto), pero luego abandonada. Entre los delitos que figuraban en el Código de 1924 y que no están previstos en el vigente, podemos señalar la riña y el adulterio. Son numerosos los nuevos delitos incorporados en el Código de 1991 y que no estaban previstos en el Código derogado; baste citar los delitos contra el medio ambiente (art. 304 ss.) y contra el patrimonio cultural (art. 226 ss.).

4. Combinación de leyes penales

808 En la doctrina y jurisprudencia, en oposición a lo afirmado antes, se ha interpretado el art. 6 en el sentido de que "permite la aplica-

---

[34] SOLER, 1976a, T. I, p. 193.

[35] ES del 10 de junio de 1998, Exp. Nº 4210-97-Puno, en PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 52.

ción del principio de combinación de leyes, tomando lo más favorable de las leyes aplicables al caso"[36]. Así, respecto a saber si ha prescrito la acción penal en el caso del delito de receptación, cometido durante la vigencia del Código derogado y juzgado durante el vigor del Código actual, los jueces de la Corte Suprema[37] han argumentado lo siguiente. En el Código de 1924 se preveía, por un lado, la pena máxima de prisión no mayor de dos años (art. 243) y, por otro, el plazo de prescripción de la acción penal de cinco años en caso de una pena del mismo tipo (art. 119, inc. 4). Mientras que según el Código de 1991 la pena es de no mayor de tres años y el plazo de prescripción de la acción penal de cuatro años y medio (conforme al art. 83: el máximo de la pena prevista para el delito incrementada en una mitad). Por lo que hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 243 del Código derogado (pena de dos años) y en el art. 83 del Código vigente y, en consecuencia, admitir que la acción penal ha prescrito ya que han transcurrido más de tres años desde la comisión del delito.

De este razonamiento se deduce que los jueces han tenido en cuenta, de manera separada, las diversas disposiciones de las dos leyes penales en conflicto; es decir, el Código derogado y el nuevo Código. Así, se está considerando, en realidad, cada disposición del código como una ley y, al mismo tiempo, se estipula una comparación en abstracto de las disposiciones en conflicto temporal. Por esto es que les basta escoger la disposición, de uno de los códigos, que prevé la pena menos severa (ley favorable) y la que establece un plazo de prescripción de la acción penal menos largo. De esta manera, se aplica, en realidad, una ley que no existe, pues, no hay Código en el que aparezcan conjuntamente, las dos disposiciones más favorables de los Códigos que se han sucedido en el tiempo. 809

En favor del denominado principio de la combinación se alega que no se trata de un problema de tercera ley[38] (*lex tertia*), sino de una interpretación que completa el art. 6. Resulta difícil aceptar que se trate de una mera interpretación de esta índole, puesto que no se 810

---

36 ES del 20 de enero de 1998, Exp. Nº 6459-97-Ica, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 91.

37 ES del 5 de abril de 1994, Exp. Nº 3437-93-Lima, en ROJJASI PELLA, p. 81. Cf. ES del 9 de diciembre de 1994, Exp. Nº 590-93-B-Lima, en GÓMEZ MENDOZA, p. 314.

38 VILLAVICENCIO, 2001, p. 54; *AJ* 1991, T. LXXXIX, Lima 1993, p. 304.

explica en qué consiste. Es más bien una reducción teleológica del texto, en la medida en que excluye la confrontación de las leyes tomadas globalmente para sólo limitarla a la de las disposiciones en particular. Ni el artículo de la Constitución, ni el del Código Penal se refieren a aplicar, en caso de conflicto temporal, los aspectos de las leyes opuestas que sean más favorables al acusado[39]. Una propuesta para contrarrestar estas objeciones es la de distinguir los casos de leyes complejas, como los códigos penales, de los de leyes simples (por ejemplo, la que modifica las circunstancias agravantes de un delito determinado o la descripción del tipo legal). Un ejemplo de estas últimas es el de las diferentes normas legales dictadas sucesivamente para definir o establecer la pena del delito de terrorismo. En este caso, se debería comparar cada uno de los decretos o leyes en su conjunto para fijar cuál es la ley más favorable. Por el contrario, en cuanto a las leyes complejas se podrían comparar sólo las disposiciones a condición de que sean divisibles y se "tomen preceptos íntegros de cada una de ellas para aplicarlos al caso preciso". Las dificultades que presenta esta propuesta están relacionadas con los criterios para hacer la distinción planteada. Por ejemplo, en relación con los ejemplos dados, cómo se puede considerar una división entre las penas fijadas para los delitos y los plazos de prescripción determinados de acuerdo con el quantum de las mismas.

811 Invocando lo dispuesto en la Constitución, los jueces de la Corte Suprema[40], en un caso relativo también a la prescripción de la acción penal, han rechazado el principio de combinación. Afirman que "si bien este supremo tribunal en reiterada jurisprudencia ha establecido la posibilidad de aplicar el principio de combinación, conforme al artículo sexto del Código Penal vigente; sin embargo, en atención a la facultad conferida por el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es el caso precisar que dicho principio no se puede aplicar de manera irrestricta, sino que debe respetar la coherencia normativa de las instituciones en comparación, a fin de evitar su desnaturalización y la creación judicial de una tercera norma, lo que es incompatible con nuestro sistema constitu-

---

[39] En este sentido y con más detalles, CARO JOHN, 1994, p. 733 ss., en particular 738 ss.

[40] ES del 20 de noviembre de 1998, Exp. N° 2476-98-A-Lima, en PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 452.

cional". Si bien el resultado del razonamiento es correcto, la argumentación no es clara ni suficiente; en particular, por la manera como en otros párrafos de la sentencia se invocan criterios de política criminal, sin explicar por qué el principio de combinación es contrario a la Constitución.

5. Momento de realización de la infracción

Como en el párrafo primero del art. 6, se dice que la ley penal aplica- 812
ble es la vigente "en el momento de la comisión del hecho punible", resulta indispensable que se fije, primero, en qué momento se considera la infracción como "cometida". En el art. 9, se dispone que el "momento de la comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca".

Antes de analizar estas disposiciones, debemos recordar que la deter- 813
minación del momento de la comisión del acto es importante para diversas instituciones jurídicas. El criterio a adoptarse no puede ser unitario, ya que estas instituciones son diferentes y variados son, así mismo, sus fines. Así, deberá distinguirse en cuanto se trate de precisar el momento según el cual se determinará la imputabilidad o la peligrosidad del encausado, el inicio de la prescripción de la acción penal, etc.

Sólo el análisis de cada uno de estos institutos, a través de la especifi- 814
cación de sus características y de su "*ratio*", en especial del papel que en ellos juega el factor tiempo, puede proporcionar los elementos necesarios a la solución[41].

Tampoco debe confundirse este problema con el de la determina- 815
ción del lugar de comisión de la infracción, importante para resolver los casos de aplicación de la ley en el espacio. Si bien es cierto que, como respecto a la ubicación del hecho punible en el espacio, hay que tener en cuenta si se trata de un delito formal o de uno material, así como si se consuman instantáneamente o su realización se prolonga en el tiempo, también es correcto sostener que no existe en

---

[41] SINISCALCO, p. 238; este autor es seguido por CASABÓ en España, en CÓRDOBA RODA/RODRIGUEZ MORULLO, T. I, p. 36 s.

realidad ninguna imposibilidad en el plano lógico, para determinar el tiempo de comisión del acto de manera diversa al lugar de comisión[42]. Por la índole de los problemas que se plantean, no es conveniente recurrir al criterio de la teoría de la ubicuidad, prevista en el art. 5, para precisar el tiempo de comisión del acto, en el sentido de que éste sería tanto el momento de la ejecución de la acción como el de la producción del resultado[43].

816 El criterio aceptado para determinar el lugar de comisión de la infracción no es el idóneo para resolver en qué momento fue ejecutada. Ambos problemas son de índole distinta, como diversos son, también, los fines perseguidos por el legislador mediante las disposiciones con que trata de regularlos.

817 Con las normas referidas a la validez espacial de la ley, el legislador busca asegurar la persecución penal y, de esta manera, proteger mejor determinados bienes jurídicos (estabilidad e integridad del Estado, bienes de nacionales lesionados en el extranjero, etc.). La aceptación de la teoría de la ubicuidad en este dominio, evita la existencia de conflictos de competencia negativos entre diferentes Estados[44].

818 Las reglas sobre la validez temporal de la ley, tienden –partiendo del principio de legalidad– a completar y mejorar la garantía de seguridad de la libertad de las personas frente al poder estatal. Además, sólo el derecho penal en vigencia en el momento del acto permite responsabilizar al autor por su determinación culpable. El autor "no exterioriza esta determinación mediante el resultado, sino ejecutando con su acción o su omisión el acto definido como punible por la ley penal"[45]. Es por estas razones que consideramos correcto que en el art. 9, siguiendo la opinión dominante en doctrina, se haya establecido como momento de ejecución del hecho punible el de la perpetración de la acción por parte del agente o partícipes; y, en caso de omisión, en el que hubieran debido actuar.

---

42 SINISCALCO, p. 236. Este mismo autor cita como contrario a esta opinión a GERLAND, p. 6.

43 Cf. HAFTER, 1946, T. I, p. 43 y 72; LOGOZ/SANDOZ, art. 2, Nº 4. Contra SCHULTZ, 1958, *FJS* Nº 1203, p. 5. BRAMONT ARIAS, 1978, p. 239 s.

44 Cf. *supra* Nº 630 ss.

45 SCHULTZ, 1958, *FJS* 1203, p. 5; IDEM 1982b, T. I, p. 95.

En el CP de 1924, por el contrario, no se preveía disposición alguna respecto a este problema[46]. Sin embargo, el criterio admitido tenía también base en nuestra ley. Bastaba considerar que nuestro legislador, al regular el principio de legalidad, del cual se deduce la regla general del "*tempus regit actum*", se refería al tiempo en que había sido cometido el "acto u omisión". Por lo tanto, en este sentido debía comprenderse la expresión "perpetración del hecho punible" contenida en el art. 7 del Código de 1924. El elemento temporal presente en el principio de legalidad es el mismo que de manera implícita contenía esta disposición. En ambos casos es determinante el momento en que el agente hace u omite y no el instante en que tiene lugar el resultado. 819

Por la mención a la obligación de actuar y a la producción de un resultado, se percibe que la norma ha sido establecida pensando en los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión (art. 13). Sin embargo, no existe ningún inconveniente para considerar que comprende también los delitos de omisión propia. Estos se consuman con la simple abstención de parte del agente, ya que al preverlos en la ley no se hace depender su represión del hecho de que se produzca un resultado. Por lo tanto, con mayor razón resulta aplicable la teoría de la acción para determinar el momento de su realización. 820

La referencia a los participantes en el art. 9 es correcta y conveniente. También respecto a éstos muestra ventajas la teoría de la acción. El carácter accesorio de la participación secundaria no juega aquí ningún papel. Son los actos de participación los que son determinantes, no el accionar del autor principal, a diferencia de lo que pasa en materia de localización de los hechos punibles en el espacio[47]. Por ejemplo, si el autor de un delito, cometido del todo bajo el imperio de la ley nueva, ha sido convencido por un tercero, cuando la ley antigua estaba todavía en vigencia, de cometer este delito, los actos de instigación serán reputados haber sido ejecutados bajo el imperio de la ley antigua. El instigador será, por tanto, en principio reprimido según ésta; salvo si la ley nueva le es más favorable. 821

---

46 Sobre el lugar de comisión, cf. *supra* Nº 635 ss.

47 SCHULTZ, 1958, *FJS* 1203, p. 5; cf. también la doctrina alemana: ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 8 Nº 5; SAMSON, en RUDOLPHI/HORN/SAMSON, *SK*, § 8 Nº 2; JESCHECK/WEIGEND, § 15 IV Nº 2b.

822 A pesar de que la ley no lo prevé de manera expresa, la regla del art. 9 es aplicable, como se deduce de su texto, a todas las variaciones de la norma que se hayan sucedido desde el momento del hecho punible (de comisión u omisión) hasta el momento en que se juzga al responsable (momento de dictarse la sentencia). Además, el legislador ha previsto, en este sentido, una regla especial para las denominadas leyes temporales. Así, en el art. 8, estatuye que las "leyes destinadas a regir sólo durante un tiempo determinado se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieren en vigor, salvo disposición en contrario".

6. Modificación de la ley durante la ejecución del delito

823 A diferencia de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 7, del Código derogado, el art. 6 del Código vigente no se refiere a que la modificación de la ley se produzca después de la perpetración del hecho punible, sino más bien a que se aplicará la ley vigente en el momento de la comisión del delito. De modo que comprende también los casos de cambios legales que tengan lugar mientras el hecho punible es ejecutado. Así, cuando la acción delictuosa se prolonga en el tiempo, ya sea que el tipo legal singular lo prevea (delito continuo o permanente; por ejemplo: la privación ilícita de la libertad, art. 152), o que, mediante una ficción, una pluralidad de acciones sea transformada por el legislador en un delito único (delito continuado, art. 49)[48].

824 El delito continuado o sucesivo (*fortgesetztes Delikt*) es definido en el art. 49 como una pluralidad de actos ejecutivos que violan la misma ley, provienen de una misma resolución delictuosa y son cometidos en el momento de la acción o en momentos diversos. Esta pluralidad de actos es considerada como un solo delito. De esta manera, en sus orígenes, se trataba de evitar ciertos casos de reiteración. Este criterio ha sido admitido por nuestro legislador en la disposición citada.

825 Es incompatible con esta concepción afirmar que los últimos actos ejecutados por el agente son el factor decisivo para determinar el momento de la comisión del delito continuado y que, por tanto, debe

[48] Cf. *infra* Nº 2426 ss.

aplicarse la nueva ley[49]. Si se aceptara que la nueva ley más severa fuera aplicable porque los últimos hechos fueron cometidos después de su entrada en vigencia, y para esto se arguyera que se trata de un solo delito, se iría contra la clara y determinada finalidad de tal figura jurídica. Tampoco cabe aceptar que la entrada en vigor de la nueva ley determina un fraccionamiento del delito continuado, debido a que esto supondría la existencia de una nueva decisión. De esta manera desaparecería la unidad de resolución requerida para la configuración criminal. De modo que los actos cometidos durante la vigencia de la nueva ley deben ser reprimidos conforme a ésta, sea o no más severa que la anterior; y los actos anteriores de acuerdo a la regla de "la ley más favorable".

Tal fraccionamiento del delito continuado implica la aceptación de 826
la presunción de que toda persona conoce la ley. En nuestra opinión, no es conveniente recurrir a más ficciones y es necesario tener en cuenta la finalidad de la regla que regula el delito continuado. En nuestro ordenamiento, se trata de atenuar la pena, por lo que debe aplicarse "la ley más favorable" entre aquellas vigentes desde el inicio de su ejecución hasta el momento de la sentencia[50].

En lo referente al delito permanente o continuo, la situación es más 827
compleja. Históricamente, su configuración no se orienta a evitar la severidad en la represión. Se trata, como en el caso del delito continuado, de un solo hecho punible; pero la determinación de las infracciones que merecen tal calificativo depende de la descripción contenida en el tipo legal. Ejemplo típico de delito permanente es la privación ilícita de la libertad (art. 152). El autor crea una situación antijurídica y, mediante actos u omisiones, la mantiene o no la hace cesar[51].

En un principio, resulta evidente que, fuera del caso de los delitos ins- 828
tantáneos, el momento en que se comete una infracción se inserta en la

---

49 El párrafo 2 del § 2 del CP alemán estatuye: "si la amenaza penal variara durante la comisión del acto, es aplicable la ley vigente al término del acto". Cf. TRÖNDLE, en EBERMAYER/LOBE/ROSENBERG, LK, T. I, § 2, Nº 61.

50 En favor del fraccionamiento del delito continuado y de la aplicación de la nueva ley en todo caso; SCHULTZ, 1958, *FJS* Nº 1203, p. 5 s.; ESER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 2 Nº 13 ss. Por el mantenimiento de la unidad del delito continuado y la aplicación de la ley favorable, se pronuncia JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 636; en su apoyo cita a VON LISZT-SCHMID.

51 Cf. *infra* Nº 1097.

duración[52] de la comisión del comportamiento punible. Cuando entra en vigencia una nueva ley después de iniciado el hecho delictuoso y antes de que éste sea finalizado, este delito que constituye una unidad, debe ser localizado bajo el imperio de la ley precedente y de la nueva que ha entrado en vigor[53]. Esta circunstancia no está expresamente regulada en el art. 6, en la medida en que supone la sucesión de leyes en relación con un antes y un después de la comisión del comportamiento delictuoso; pero no mientras se está cometiendo el mismo delito.

829 Según la doctrina dominante, el hecho punible debe reputarse cometido bajo el imperio de la ley nueva, si el agente obra en todo o en parte en ese momento[54] y, por lo tanto, es reprimido con arreglo a sus disposiciones. Con el fin de evitar la violación de la regla de la no retroactividad, la nueva ley penal sólo será aplicada sin restricciones si implica una modificación de la pena, puesto que los hechos indiferentes para el derecho penal y cometidos antes de su puesta en vigencia no pueden ser calificados de delictuosos conforme a lo que ella estipula. La responsabilidad y la pena serán, en consecuencia, sólo determinadas respecto a los hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley. Conforme a la doctrina dominante en Alemania, esta es la solución prevista en el § 2, inc. 2, del Código penal de este país[55].

830 La aplicación de la nueva ley, cuya vigencia comienza mientras persista dicha situación antijurídica, es defendida por aquellos que tienen en cuenta, sobre todo, la voluntad del agente de seguir cometiendo la infracción[56].

831 Teóricamente, se puede considerar correcta esta opinión. Pero, su aceptación conduciría a dejar en manos del legislador una ilimitada libertad para modificar a su arbitrio las condiciones de la represión de estos delitos. Modificación que, dadas las circunstancias, constituye, muchas veces, una reacción inmediata, apresurada y desmesurada. Respecto al delito de privación de la libertad, este problema se presentó con la derogación de la Ley Nº 15590, del 20 de agosto de

---

52 Cf. la expresión alemana "*Dauerdelikt*".

53 Cf. ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 8 Nº 6.

54 SCHULTZ, 1958, FJS 1203, p. 5.

55 RUDOLPHI, en RUDOLPHI/HORN/SAMSON, *SK*, § 2 Nº 3 s.; MAURACH/ZIPF, § 12 II Nº 11; JESCHECK/WEIGEND, § 15 IV Nº 2b; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 2 Nº 13 ss.

56 Sostienen este criterio los autores alemanes ver Nº 2454 ss.

1965, en la que se consideró como autores del delito de traición a la patria a quienes actuaran, "para proporcionar recursos a las guerrillas", delitos contra la vida, la libertad y el patrimonio, y se establecieron como penas las de prisión o penitenciaría no menor de 10 años, la de internamiento o muerte; al tiempo que se declaró inaplicable en estos casos el art. 148 del Código derogado, que preveía la atenuación de la pena para los menores de 21 años y mayores de 18 (imputables relativos). Además, disponía que los extranjeros fueran reprimidos con pena de muerte, aun cuando hayan sido meros cómplices (art. 1).

La aplicación de esta ley a comportamientos iniciados antes de su puesta en vigor, hubiese sido injusta; en particular, si se tiene en cuenta que se trataba de la agravación de la pena para casos consistentes en la comisión –con un motivo determinado– de infracciones ya previstas por la ley. 832

La nueva ley que haga más severa la pena de un delito permanente, en consideración de una circunstancia agravante específica, será aplicada sólo si el autor incurre en agravante después de su entrada en vigor, aun cuando esa agravante ya hubiera estado prevista en la ley anterior; pero si es cometida antes de que se dicte la nueva ley más severa, sólo será aplicada la ley anterior. 833

Por ejemplo, suponiendo que no se hubiera previsto, en el inciso 2 del art. 200, como agravante el hecho de que el secuestro dure más de cinco días y sólo hubiera sido prevista después que fuera liberada la persona secuestrada después de veinte días, la nueva ley no le podrá ser aplicada. Tampoco si la duración de cinco días se da por la adición del tiempo de privación de libertad de la víctima transcurrido antes y después de dictada la nueva ley. Es indispensable que el agente incurra en la nueva circunstancia agravante, luego de ser puesta en vigencia la ley que la establece, a fin de que pueda ser reprimido conforme a esta última. 834

VII. Modificación de la ley penal y cosa juzgada

1. Introducción

Hasta ahora, hemos analizado los casos en que las leyes se suceden en el lapso comprendido desde el momento de la comisión del acto 835

y el momento en que se sentencia. Si bien no hemos aclarado cuál era este segundo momento, se comprende, fácilmente, que se refiere al de la sentencia definitiva. Es decir, al de aquella que crea la denominada cosa juzgada. La sentencia es firme por el vencimiento de los plazos fijados para impugnarla o porque los recursos presentados con este fin son declarados inadmisibles o infundados.

836 Por esto, cuando, por ejemplo, la Corte Suprema conozca de una sentencia dictada por una sala penal, debido al recurso de nulidad presentado por el condenado, deberá aplicar la nueva ley que se haya puesto en vigencia después de pronunciada la primera sentencia y antes de que se absuelva el grado.

837 En doctrina, se ha discutido mucho sobre los efectos que pueden tener las modificaciones de la ley penal sobre las sentencias ya dictadas; mejor dicho, sobre la cosa juzgada. A causa de la intangibilidad de ésta, en general, se admite su ineficacia. Es el criterio imperante en Francia[57] y en Alemania[58] y, en Italia, se le reconoce eficacia sólo si la nueva ley descriminaliza el comportamiento causante de la condena[59]; lo mismo acontece en el derecho suizo[60].

838 Un criterio del todo distinto prima en el ordenamiento español desde 1870, fecha en que se reconoció, mediante ley, sin restricciones la modificación de las sentencias firmes por el dictado de una nueva disposición favorable[61].

839 Esta concepción es la admitida en nuestra legislación. En el art. 7 se establece que si, "según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho". Este es un caso particular de la regla prevista en el último párrafo del art. 6, en la medida que en esta norma se estatuye que la ley más favorable dictada durante la ejecución de la sentencia se aplicará al condenado, para lo cual el juez deberá sustituir la sanción impuesta por la que corresponda conforme a la nueva ley.

---

57 Cf. PRADEL, 2003, Nº 203 ss.

58 TRÖNDLE, en EBERMAYER/LOBE/ROSENBERG, *LK*, T. I, § 2, Nº 70 y la bibliografía citada.

59 MANZINI, T. I, vol I, p. 344 ss. Ver CP italiano, art. 2, pf. 2 y 3.

60 SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 86.

61 Art. 23 del CP de 1870; art. 48, pf. 2, del CP de 1886 y art. 24 del CP vigente.

Estas reglas constituyen excepciones a la prohibición de revivir pro- 840
cesos fenecidos (cosa juzgada), establecida en el art. 139, inc. 13, de la Constitución. Según esta disposición, constituye garantía de la administración de justicia la "prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada".

2. Aplicación de la ley más favorable

Dicha excepción se justifica debido a la importancia de los bienes 841
afectados por una sentencia penal; por la inutilidad de seguir reprimiendo con la misma pena un acto que –según la nueva concepción del legislador– merece un tratamiento menos severo o que no vale la pena seguir siendo considerado como delictuoso; y porque el formalismo de la intangibilidad de la cosa juzgada no puede tener los mismos alcances en materia penal que en la civil. El tratamiento diferente que se debe dar a la cosa juzgada en estos dos ámbitos fue destacado por nuestro legislador en la Exposición de motivos del anteproyecto del CdePP y lo hizo con el fin de justificar la permanencia del recurso de revisión, introducido en nuestro ordenamiento mediante el Código procesal de 1920. Debido, quizás, a que tuvo presente las razones avanzadas por el legislador de ese año[62], al fundamentar el Anteproyecto del Código Procedimientos Penales de 1940, no hizo alusión al art. 8 del CP de 1924, en el que ya se consideraban los efectos durante la condena.

El que no se tuviera en cuenta esta disposición al elaborarse el Códi- 842
go procesal, impidió que no se previera la vía que permitiera la modificación de una sentencia firme, con base en el dictado de una ley que atenuara la represión después del fallo, puesto que entre los casos que podían dar lugar al recurso de revisión no se le enumeraba[63].

La administración de justicia no hizo, quizás por no haber sido exigi- 843
da por los interesados o sus abogados, prueba de iniciativa y de crea-

---

62 En la exposición de motivos, afirmó, p. XXX, que "la cosa juzgada en los juicios civiles puede ser absoluta; pero no lo puede ser respecto de la condena que pesa sobre un inocente. La cosa juzgada no es aplicable a la pena. El derecho a la inocencia es inalienable, imprescriptible".

63 Ver art. 361 CPP.

tividad para colmar ese vacío procesal. Claro que la mejor solución sería la legislativa, por lo que sorprende que el Ministerio de Justicia no hubiera propuesto un proyecto de ley, sino que creyó suficiente y pertinente encargar, mediante el DS Nº 017-81-JUS, del 9 de septiembre de 1981, a la Corte Suprema el dictado de pautas que permitieran aplicar la retroactividad benigna regulada en el art. 8 del Código derogado. La incorrección de esta solución se agravó en razón a que, según el art. 1 del citado decreto, la regulación estaba sólo destinada a la aplicación de los D. Leg 121 y 122, dejando de lado los demás casos existentes y los que pudieran presentarse después.

844 En el Código de 1991 se ha optado por la solución de la intervención de oficio del órgano judicial competente. Respecto a las modificaciones favorables al condenado, en el último párrafo del art. 6 se dispone que el juez "sustituirá la sanción impuesta". De modo que no es indispensable que sea a pedido del interesado. Sin embargo, éste resulta necesario frente a la imposibilidad práctica de que los jueces, que han dictado sentencia condenatoria, revisen de oficio cada una de las sentencias cada vez que se modifique la ley penal, hecho además bastante frecuente entre nosotros. En cuanto al caso de la descriminalización de un hecho punible, hasta antes del dictado de la nueva ley, la regulación legal es más clara. En el art. 7, se estatuye que, en estas circunstancias, de "pleno derecho" se extinguen la pena y sus efectos.

3. Alcances de la modificación de la sentencia

845 Tratándose de la modificación de una sentencia es necesario que sus alcances sean determinados por la autoridad judicial, juez o tribunal que la dictó. Obviamente, esto no puede ser tarea de la autoridad administrativa, ni puede tampoco dejar de practicarse por insuficiencia de la ley procesal.

846 De las disposiciones del Código de Ejecución Penal se deduce el criterio de que la autoridad administrativa no hace sino cumplir con el mandato judicial. En este Código, se va, conforme a la legislación moderna, aún más lejos.

847 El juez o tribunal que dictó la sentencia debe proceder de oficio, aunque en la práctica se haga indispensable la solicitud del interesado o su abogado, en razón al volumen excesivo de causas a cargo de

jueces y tribunales. Esto se deduce, con relación a los casos de abolición de un delito, por lo establecido en el art. 7 CP, en el que se declaran extinguidas las penas impuestas de acuerdo a la ley anterior. Sin embargo, la autoridad administrativa responsable de una cárcel debe hacer lo indispensable para evitar que un detenido continúe privado de su libertad a pesar de ser beneficiado por la desaparición del delito por el que fue condenado.

4. Circunstancias en que se da la modificación

En el art. 6, segundo párrafo, se establece que la nueva ley debe intervenir "durante la ejecución de la sanción". Esta regla es menos amplia que la prevista en el art. 8 del Código derogado. De acuerdo con esta disposición, la nueva ley debía intervenir "después de la sentencia o durante la condena". De modo que, a diferencia de la norma vigente, podía aplicarse la nueva ley favorable aun a los casos en que el condenado no hubiera, por diferentes motivos (por ejemplo: fuga, condena condicional), comenzado a cumplir con la pena que se le había impuesto. La nueva regla recuerda la fórmula española, la cual se refiere a que "hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena". Esta exigencia implica que el condenado deba ponerse a derecho, cuando haya evitado la ejecución de la condena (fuga, juzgamiento en ausencia), para poder beneficiarse de los efectos de la ley más favorable. 848

En todo caso, es evidente que no comprende los casos en que la sanción ha sido ejecutada. Esto es establecido de modo expreso en el art. 7, que regula el caso extremo relativo a la abolición de un delito. Este artículo se refiere a la "pena impuesta" y, por tanto, comprende tanto la que aún no ha sido ejecutada (sin importar la causa) como a la que se esté ejecutando. Una vez ejecutada totalmente la sentencia, la nueva ley no tiene ningún efecto. El delincuente no podría considerarse lesionado y pedir una reparación de parte del Estado. Esto es ratificado en la misma disposición, en la que –a diferencia del Código derogado– declara extinguidos los efectos de la pena impuesta (por ejemplo, sanciones accesorias, inscripción en el registro de condenas). 849

Estas consideraciones corresponden, sin duda alguna, a los casos en que se haya impuesto pena privativa de la libertad o inhabilitación, pero no a la pena pecuniaria. 850

851 Debemos observar aquí que la situación no es tan clara en relación con la pena pecuniaria de naturaleza diferente a las demás sanciones. Podría considerarse que procedería la devolución de la suma pagada, en caso de que no se calificara más el comportamiento como delictivo y por el que se impuso la multa. Un argumento en favor de tal criterio sería que una interpretación distinta puede implicar un trato diferenciado entre quien evita con malicia el cumplimiento de la multa y quien cumple con cancelarla: el primero sería favorecido. Si bien casos de esta clase pueden presentarse, su poca frecuencia y la posibilidad de que la multa sea convertida en prisión, no justifican un tratamiento diferente. En los demás casos, si ha sido cumplida no tiene influencia alguna la nueva ley; si su ejecución tiene lugar por pagos parciales (art. 44 CP, primer párrafo), su monto será disminuido según la ley favorable.

852 El mandato de que el "juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley" (art. 6 CP), así como el empleado en el Código derogado ("limitarán a la pena conforme a la ley más favorable"), no debe conducir a error y hacer pensar que la modificación de la ley debe consistir sólo en la modificación de la pena. También se puede limitar de manera directa la sanción por otros medios; por ejemplo, con la incorporación de una causa de justificación: el Director de prisión condenado por un delito contra la administración de justicia, debido a que concedió permiso (no permitido por la ley) a un delincuente que aprovechó la ocasión para fugarse, podrá ser dejado en libertad si durante el cumplimiento de la condena se autoriza mediante la ley la concesión de tales salidas. En este caso, no se hace desaparecer un tipo legal. Más bien, el comportamiento es justificado conforme a la causa de justificación prevista en el art. 20, inc. 8: obrar "por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo". Así mismo, cuando se amplía el campo de aplicación de la condena condicional (elevar el límite de la pena cuya ejecución puede ser suspendida) o derogar una ley que no permitía su aplicación en el caso particular[64].

---

64 Cf. También el DL Nº 20583 del 9 de abril de 1974. Al disminuir el límite máximo de la edad de la víctima del delito de seducción, de 21 a 18, varía la situación jurídica de los que fueron condenados por haber cometido este delito contra una joven mayor de 18 años.

VIII. Medidas de seguridad y modificación de la ley

1. Regulación

La no aplicación de las medidas previstas en el Código derogado, a excepción del internamiento o colocación en un hospital de delincuentes inimputables, ha sido el factor decisivo para que su número haya sido limitado. Aun la aplicación de las pocas previstas en el Código vigente es muy incierta y convierte el análisis de la aplicación en el tiempo de las reglas que las prevén en un asunto casi puramente teórico. 853

Ante todo, recordemos que el principio de legalidad, conforme al art. 2 del Código vigente, se refiere tanto a las penas como a las medidas de seguridad[65]. De esta manera, el legislador va más allá del art. 2, inc. 24, letra d, de la Constitución que sólo se refiere a la pena. Lo que es posible en la medida en que no constituye una restricción de los derechos individuales que son protegidos por el principio de legalidad. De modo que no puede aplicarse una medida al autor de un hecho que no estaba previsto como delito antes de la entrada en vigor de la ley que la establece. En este sentido, se dispone, en el art. 72, numeral 1, que el agente deberá haber "realizado un hecho previsto como delito" (no hay delito sin ley previa). Tampoco, podrá aplicarse cuando, constituyendo ya delito, dicha medida de seguridad no estaba prevista en el momento en que fue cometido (no hay medida de seguridad sin ley previa). 854

El legislador, sin embargo, no ha tenido en cuenta todas las consecuencias del principio de legalidad al establecer las reglas sobre la aplicación temporal de la ley penal. Éstas están orientadas, sobre todo, a la determinación, en el momento de condenar, si el hecho es punible y, así mismo, a la individualización de la pena. La represión debe ser menos severa conforme a la ley más favorable al procesado. De modo que al establecerlas no se tuvo presente el caso de las medidas de seguridad; a pesar que en el párrafo 2 del art. 7 del Código de 1924, se preveía que "se aplicará la ley vigente en el momento en que 855

[65] Cf. *supra* Nº 439 ss.

deban ser ejecutadas" y que en el Proyecto 1985 (art. I, Título Preliminar) se previera que "nadie puede ser... condenado a pena o medida de seguridad".

856 Esta falta de técnica, se manifiesta de manera evidente cuando, en el caso de dejarse de calificar un hecho como punible, se decreta la extinción de la "pena impuesta y sus efectos" (art. 7), sin hacer referencia a las medidas. No puede pensarse que se haya creído que éstas estaban comprendidas en los "efectos" de la pena impuesta, ya que la internación de inimputables se aplica a autores no culpables y, por tanto, no punibles. Esta deficiencia del Código no impide, sin embargo, que se sostenga, como simple consecuencia del principio de legalidad, que también respecto a las medidas de seguridad debe aplicarse la ley más favorable. Además, este criterio encuentra apoyo en el hecho de que, en el párrafo segundo del art. 6, se utilice el término de sanción, comprensivo de pena y medida de seguridad, para determinar la aplicación de la ley más favorable que entra en vigencia "durante la ejecución de la sanción".

2. Debate sobre la retroactividad de las medidas de seguridad

857 En doctrina y legislación se admitió la retroactividad general de las leyes que estatuían medidas de seguridad, debido a que se partía de una concepción dualista del sistema de sanciones. Dicha concepción se fundamentaba en una radical diferencia entre pena (sanción que causa sufrimiento, impuesta en relación con la culpabilidad del agente) y las medidas de seguridad (sanción de carácter preventivo que busca corregir o neutralizar al agente, impuesta según su peligrosidad). Se consideró que las leyes que preveían o modificaban las medidas tenían efecto inmediato, debido –justamente– a que se presumía que constituían un progreso; que favorecían al agente y que su aplicación dependía de su carácter peligroso. Desde esta perspectiva, se debía continuar aplicando la medida de seguridad, aun cuando durante su ejecución se derogara la disposición que declaraba delictuoso el acto que había dado ocasión a su imposición. Debido a que el cambio en el juicio de valor del legislador sobre dicho acto o su convicción de que ya no era necesario reprimirlo no constituían una mutación que pudiera hacer variar el pronóstico sobre la peligrosidad del infractor, elaborado en función de su personalidad y no

con relación al mero acto; el cual sólo brinda la ocasión para imponer la medida de seguridad[66].

A pesar de la aprobación casi general que recibió la regla de la 858
retroactividad de las leyes referentes a las medidas de seguridad, diversos autores sostuvieron la necesidad de aplicarla de manera diferenciada. Exigían de que se tuviera en cuenta la índole de cada una de las reglas que las contenían y que comportarán una restricción de la libertad[67]. Este criterio fue imponiéndose en la doctrina, en la medida en que ganaba terreno la concepción de un dualismo relativo respecto a las relaciones entre la pena y las medidas de seguridad. El mismo que implicaba reconocer que algunas de éstas, como las privativas de la libertad, no se diferenciaban en esencia de las penas de ésta índole. Así mismo, prestar la debida atención al hecho de que el agente imputable sometido a una de ellas, lo experimentaba como una verdadera sanción. Así, se retorna al principio de legalidad, ya que el sujeto capaz de culpabilidad debe tener la posibilidad de conocer que puede incurrir en una sanción penal (pena o medida de seguridad)[68].

Todo esto determinó que se incorporara en la legislación de algunos 859
países una regla, excluyendo la aplicación retroactiva de algunas medidas. Así, en el nuevo CP alemán se estatuye que las disposiciones referentes a las mismas son de aplicación retroactiva, salvo que la ley disponga lo contrario[69]. Esta manera de resolver el problema fue adoptada por la comisión que elaboró el Proyecto oficial de 1962 (§ 2, Nº 6). Los autores del Proyecto alternativo de 1966 sostuvieron la aplicación total del principio de legalidad a las penas y medidas de seguridad y, por lo tanto, la sujeción de ellas a las reglas referentes a "la ley penal en el tiempo"[70]. Este criterio fue incorporado en el Proyecto del CP austríaco de 1964 (§ 1, pf. 2) y fue retomado en el § 1 del nuevo CP (1975)[71].

---

66 Cf. BRAMONT ARIAS, 1950, p. 240.

67 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 660; THORMANN-VON OVERBECK, T. I, art. 2 Nº 15.

68 MARINUCI/DOLCINI, p. 259.

69 § 2, pf. VI: "Salvo disposición legal en contrario, las medidas de corrección y seguridad se han de decidir conforme a la ley que rija al tiempo de la decisión". Cf. HASSEMER, 1990b, § 2, p. 143.

70 Ver Jürgen BAUMANN, 1969, p. 31.

71 LEUKAUF-STENINGER, p. 33; FOREGGER-SERINI, sub § 1, p. 25 ss.

860 En el Código peruano de 1991, como lo hemos indicado, se ha seguido el criterio de comprender en el principio de legalidad a las medidas de seguridad. Las reglas sobre la aplicación temporal de la ley penal deben, en consecuencia, ser interpretadas teniendo en cuenta todas las garantías que implica dicho principio. Para la aplicación de las medidas de seguridad hay que considerar la ley más favorable, la misma que será más fácil de determinar respecto a las medidas que por su índole implican la privación de la libertad.

861 Son por tanto anticonstitucionales las normas que prevén la aplicación de medidas de seguridad *ante delictum* o con efecto retroactivo. Así, por ejemplo, en el art. 107, *ab initio*, del antiguo Código de Menores, se preveía la imposición de medidas a: "los menores que se encuentran en estado de abandono o peligro moral o que hayan cometido acto considerado como delito o falta,...". Este tipo de disposiciones constituía una supervivencia de criterios superados y que figuraban en el Código de 1924. En su art. 145, se estatuía: "Las autoridades competentes y los jueces aplicarán preventivamente las disposiciones protectoras de este título en todos los casos en que fuere necesaria la preservación o la asistencia de los niños o de los adolescentes moralmente abandonados, moralmente pervertidos, o en peligro moral, aun cuando todavía no hubieren cometido hecho reprimido como delito".

IX. Modificación de la ley referente a la ejecución de penas y medidas de seguridad

862 Un caso claro de aplicación de la ley más favorable durante la ejecución de la pena es el previsto en el art. 7. Según esta disposición, "la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho", si, de acuerdo con la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior no es más punible.

863 El Código de Ejecución Penal (DL Nº 654, del 31 de julio de 1991), regula la ejecución tanto de las penas privativas de libertad, restrictivas de libertad y limitativas de derechos, así como de las medidas de seguridad (art. 1) Con este objeto, se hace referencia, en forma general, al "régimen penitenciario" (art. V) y al "Sistema penitenciario Nacional" (art. X, 138). La inconveniencia de esta terminología es evidente, en la medida que se trata de comprender todos los aspectos de la ejecución de las sanciones penales.

Respecto al dominio temporal, se dispone, en el art. VII, que la 864
"retroactividad y la interpretación de este Código se resuelve en lo más favorable al interno". Disposición que se refiere a la aplicación en el tiempo de las disposiciones legales relativas a la ejecución de penas, pero también a los problemas que pueden presentarse en su comprensión al momento de aplicarlas. Así, parece que se hace referencia a las dos hipótesis consideradas en el art. 139, inc. 11 de la Constitución, en el sentido de comprender, como no se hizo al redactarse el Código Penal, que la norma constitucional hace referencia, mediante la expresión "en caso de duda" a los problemas de interpretación y, por la de "conflicto entre leyes penales", a la aplicación de éstas en el tiempo. Estas imprecisiones son debidas al afán de reiterar en las leyes los principios establecidos expresamente en la Constitución, sin el debido cuidado y coherencia.

Cuando se dice "retroactividad [...] de este Código", debe entender- 865
se de toda norma legal referida a la ejecución de las sanciones penales. El hecho que la norma constitucional estatuya que nadie será "sancionado con pena no prevista en la ley", no es obstáculo para que se prevea que tampoco será sometido a una manera de ejecución de la sanción penal no prevista en la ley. De modo que una ley que agrave el régimen de ejecución de las sanciones penales no deberá ser aplicada al detenido que está cumpliendo una de estas sanciones. Por ejemplo, si la duración de la sanción disciplinaria del aislamiento (art. 27, inc. 5, CEP) fuera aumentada de treinta días a sesenta, la ley que dispusiera este último máximo no puede ser aplicada que a los que hayan sido internados después de su entrada en vigor. Como es una ley desfavorable a los demás detenidos se aplica el criterio de la irretroactividad de la ley más severa (art. VII, CEP).

Otro ejemplo es el relativo a la redención de la pena mediante el 866
trabajo. Según el art. 44 CEP, ésta corresponde a "un día de pena por dos días de labor efectiva". Mediante la Ley Nº 27770, del 21 de junio de 2002, se ampliaron las excepciones de aplicación de esta regla a los responsables por delitos contra la administración de justicia (art. 1 y 2). En el art. 4, se dispone que la redención de la pena por el trabajo y la educación en el caso de los condenados por los delitos indicados en los dos primeros artículos se hará "a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio debidamente comprobada". También, se puede considerar el caso del beneficio de la semi-libertad, que puede ser concedida al sentenciado, según el art.

48 del CEP, "cuando se ha cumplido las dos terceras partes de la pena y previo pago del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil y de la multa o, en el caso del interno insolvente, la correspondiente fianza en la forma prevista en el artículo 183 del Código Procesal Penal [de 1991]". Esta regla también ha sido modificada por la Ley Nº 27770, respecto a los delitos contra la administración pública, fijando que sólo procede "cuando se haya cumplido las dos terceras partes de la pena ...". En ambos casos, la cuestión a determinar es la de si esta ley que agrava lo dispuesto en el Código de Ejecución Penal debe o no ser aplicada con efecto retroactivo.

867 La respuesta depende del punto de referencia que se tome para especificar qué casos son considerados como anteriores a la entrada en vigor de la nueva ley. Respecto a las leyes que conciernen las condiciones de punibilidad de un comportamiento y las referentes a las sanciones penales (derecho penal sustantivo), se admite, como lo hemos explicado[72], el momento en que el delito ha sido cometido, conforme al principio de legalidad. Este momento no puede ser considerado respecto a las disposiciones legales relativas a la ejecución de penas o medidas de seguridad. El mismo art. VIII del Código de Ejecución Penal se refiere a su propia retroactividad y, por tanto, sólo puede tomarse en consideración el momento en que corresponde aplicarlo. El orden jurídico no reconoce a las personas el derecho a que les sea ejecutada la sanción, una vez condenadas, según la manera como era aplicada cuando cometieron el delito por el que han sido penadas. Las leyes penales buscan más bien que no cometan delitos. De este hecho ilícito no puede deducirse un derecho como el indicado. La situación es distinta en cuanto a las garantías que se brinda a todo procesado mediante el principio de legalidad y el debido proceso. Además, dicho Código, así como la Ley Nº 27770, se refieren a las personas condenadas y suponen que estén cumpliendo sus penas. De manera que podría admitirse como criterio el momento en que se dan las condiciones para que sean otorgados. De esta manera, se podría disminuir el riesgo de que el Estado agrave la situaciones de algunos detenidos por razones otras que la correcta ejecución de las sanciones penales[73].

---

[72] Cf. Nº 774 ss.

[73] JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 680, dice que "el Estado no puede imponer mayores obligaciones que las establecidas por la ley, conforme a la cual fue pronunciada la sentencia condenatoria".

Una vez explicados estos criterios, está abierta la cuestión de la conveniencia de admitir la retroactividad de las leyes sobre ejecución de sanciones penales más favorables. Su índole particular y su finalidad de lograr el mejor resultado en la ejecución de la sanción, hace muy difícil y delicada la aplicación absoluta de esta regla. En realidad, ésta debe concernir sólo a las disposiciones que están estrechamente relacionadas con la agravación o atenuación de la sanción penal. Por ejemplo, la aplicación de una ley que introduzca nuevas directivas en relación con la obligación de trabajar o con la clasificación de internados no debe depender si es o no más favorable que la precedente. De lo contrario, se multiplicarían los regímenes de ejecución en detrimento de la buena marcha del establecimiento de detención. 868

X. Leyes temporales y leyes excepcionales

En general, se distingue entre leyes temporales y leyes excepcionales, teniendo presente si la misma ley contiene o no la fecha de su abrogación. Esta diferenciación nos parece artificial y, en buena medida, depende de la buena voluntad del legislador. Debido a lo cual, consideramos inconveniente su admisión; sobre todo, si se tienen en cuenta sus consecuencias. En realidad, se hace depender de ella la aplicación de las reglas sobre la vigencia temporal de la ley. Tampoco creemos que sea criterio correcto el que se refiere al carácter más o menos excepcional del evento que provoca la promulgación. No existen razones claras para realizar esta calificación. Lo cierto es que en ambos casos la supervivencia de la ley depende de una causa exterior, haya fijado o no el legislador la fecha de la abrogación, y que ésta no comporta un cambio de su manera de concebir el derecho penal[74]. En este sentido, hay que entender lo dispuesto en el art. 8 respecto a las "leyes destinadas a regir sólo durante un tiempo determinado". 869

De acuerdo con esta disposición, dichas leyes "se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieren en vigor, salvo disposición en contrario". Admitir el criterio opuesto significaría desvirtuar los alcances de las leyes temporales y constituiría una fuente de iniquidades, puesto que la imposición de las penas conforme a sus disposiciones se haría depender de la celeridad del 870

---

[74] SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 101.

procedimiento en cada caso particular. Además, en los últimos días de su vigencia, perderían su eficacia. Los delincuentes esperarían este período para, de ser detenidos y juzgados, escapar a la severidad de las sanciones penales. De esta manera, el objetivo de prevención general, que casi siempre motiva esta clase de leyes, no podría ser alcanzado[75]. El principio de la ley más favorable es, por el contrario, aplicable en relación con los actos anteriores a la puesta en vigencia de la regla temporal y, así mismo, en caso de sustitución de ésta por una norma aún más severa.

XI. Leyes intermedias

871 Del amplio texto del art. 6 se deduce que la regla de la ley más favorable se aplica a todas las leyes que se suceden entre el momento de la comisión del hecho punible y el juzgamiento. El caso más frecuente del conflicto entre la norma anterior y la nueva ha servido de base al análisis realizado. Ahora, se trata de plantearnos la cuestión relativa a las leyes intermedias; es decir, aquellas que no estuvieron en vigencia ni en el momento de la ejecución del delito ni en el del juzgamiento. Este problema se presenta sólo cuando una de éstas es la más favorable de todas. El criterio doctrinal mayoritario está a favor de tener en cuenta la ley intermedia más favorable, considerando que el retardo en la administración de justicia no debe perjudicar al procesado. Sin embargo, de esta argumentación no se debe deducir que éste tenga el derecho a ser juzgado de inmediato[76]. En todo caso, tener en cuenta la ley intermedia más favorable, no contradice los criterios del art. 6 que tienen en consideración los momentos en que se comete el delito y es juzgado el agente.

XII. Leyes procesales

872 Ni el Código Penal ni el Código de Procedimientos Penales contienen regla alguna sobre la retroactividad o irretroactividad de las dis-

---

75 Los argumentos esgrimidos por BRAMONT ARIAS, 1950, p. 237, en favor de la ultractividad de las leyes temporales son, desde nuestra perspectiva, también aplicables al caso de las leyes excepcionales.

76 ROUBIER, p. 480.

posiciones procesales con relación al momento en que se cometió el delito que dio lugar al proceso. Cosa diferente es si el punto de referencia es el instante en que se ejecutó el acto procesal. En esta segunda hipótesis, se parte de que se aplica la ley vigente en el momento en que dicho acto fue llevado a cabo. Es importante tener en cuenta esto para comprender que algunos autores hablen de irretroactividad de la regla procesal, considerando que no afecta los actos procesales cumplidos durante la vigencia de la ley derogada o modificada[77].

En la perspectiva que nos interesa, la cuestión es saber lo que sucede respecto a los procesos iniciados antes de la vigencia de la nueva ley procesal y, por lo tanto, en razón de un delito cometido con anterioridad. 873

En nuestro medio, en la doctrina, jurisprudencia y la legislación, se ha admitido, siempre la retroactividad de la ley procesal[78]. Por ejemplo, en el DLeg Nº 638 del 25 de abril de 1991, se fijó la primera fecha para la entrada en vigor del CPP y, al mismo tiempo, se decretó (art. 2) que algunas de sus disposiciones fueran puestas "en vigencia al día siguiente de la publicación del presente Decreto Legislativo". De esta forma, se aceptó de manera implícita que esas normas procesales eran de aplicación directa e inmediata a todos los procesos en curso. Para justificar la aplicación inmediata de esas disposiciones, en los considerandos de este Decreto Legislativo, se señaló que "es objetivo del gobierno garantizar la seguridad de los ciudadanos, mediante un efectivo control social" y, en buena cuenta, se afirmó que eran más favorables que las anteriores. 874

En doctrina, se considera que las leyes procesales se aplican de inmediato, aun a los procesos iniciados por infracciones cometidas antes de su entrada en vigor. Los argumentos utilizados son lo mismo que los esgrimidos en el extranjero. Se parte de la presunción de que las nuevas reglas procesales conducen a una "aplicación más exacta y 875

---

77 Cf. CLARIÁ OLMEDO, T. I, p. 141.

78 Cf. GARCÍA RADA, p. 14; VALLE RANDICH, p. 103; CORNEJO, Ángel Gustavo, 1932 p. 9. ES del 7 de julio de 1964, en *RJP* 1964, p. 967; DL Nº 10124, art. 5; DL Nº 10202, art. transitorio; DL Nº 15590, art. 4; DL Nº 17083, art. 5; DL Nº 18850, art. 2; DL 19030, art. 3; DL Nº 19049, art. 7; DL Nº 19962, art. 3; DLeg Nº 124, primera disposición transitoria; DLeg Nº 126, disposición transitoria. De opinión diferente, MIXÁN MASS, p. 45; SAN MARTÍN, T. I, p. 27 ss.

justa de las leyes punitivas", y de la convicción de que ellas son "establecidas en el interés de la buena administración de justicia"[79].

876 Esta manera de pensar no es del todo correcta. Deben dejarse de lado las ficciones o presunciones *a priori*; sobre todo, para resolver problemas como los que ahora analizamos. Si bien es justo pensar que, en general, la razón por la que el legislador modifica la ley procesal es la de mejorar la administración de justicia, no siempre ésta es la única o más importante. Con frecuencia el motivo es el afán de acentuar el efecto intimidatorio (prevención general) de la represión penal, lo que no corresponde siempre a un mejoramiento de dicha administración. Además, en los casos en que el legislador actúa, en verdad motivado por este interés, no significa que en todo caso escoja la solución correcta y justa.

877 Las modificaciones en la ley procesal pueden, también, significar –de ser aplicadas inmediatamente a los procesos pendientes– una agravación sensible de la situación jurídica del encausado. Fue el caso, por ejemplo, de la segunda disposición transitoria del DL Nº 17110, del 8 de noviembre de 1968 ("Normas para activar los procesos penales"), que dejaba sin efecto el recurso de nulidad interpuesto por un condenado contra la sentencia del tribunal correccional conforme a las normas procesales modificadas. El acusado tiene el derecho de que la ley le proporcione los medios y el procedimiento para hacer que se reconozca su inocencia o que se le disminuya la pena que considera excesiva. De modo que la "posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada"[80].

878 Este criterio fue admitido en el DLeg Nº 124, del 12 de junio de 1981. En sus disposiciones transitorias (segunda y tercera), se dispone que los procesos afectados en su tramitación por la nueva regulación del procedimiento sumario continuaran realizándose –conforme al Código procesal– si se encuentran en los tribunales correccionales o en la Corte Suprema. Por el contrario, admite su aplicación inmediata, o sea su retroactividad plena, en los casos en que su tramitación haya comenzado. En el DL Nº 257080, del 10 de setiembre de 1992, relativo a los procedimientos en los juicios por delitos de traición a la patria, se estatuyó que se aplique el procedimiento sumario establecido

---

[79] JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 666.
[80] JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 671.

en el Código de Justicia Militar y que el recurso de nulidad procede ante el Consejo Supremo de Justicia Militar. Su aplicación inmediata fue decretada al establecerse, en su art. 5, que se derogaban, modificaban o dejaban en suspenso, según sea el caso, las disposiciones que se le opongan. De esta manera, se agravó la represión penal en detrimento de las reglas del proceso debido.

El desconocimiento que tenía el procesado del derecho de utilizar un recurso de impugnación, no puede ser justificado alegando la ficción de que la nueva ley sirve mejor al interés de administrar bien la justicia. Sin embargo, esto hizo la Corte Suprema cuando afirmó, resolviendo un caso determinado por la aplicación inmediata del art. 191, inc. 5, de la derogada Ley Orgánica del Poder Judicial, del 25 de julio de 1963, que "es lógico convenir que en el Tribunal Correccional termina el proceso", ya que el fin del legislador es acelerar los trámites. Pero, si bien es cierto que la celeridad procesal es una meta a alcanzar; no es menos cierto también, que la seguridad del procesado no puede ser sacrificada en beneficio de dicha celeridad. 879

Las mismas objeciones son valederas para los casos en que la nueva ley varíe la competencia de los tribunales, disponiendo que algunos procesos que se siguen en el fuero común continúen en el fuero privativo. No podría alegarse en este caso que la nueva ley tienda a perfeccionar la administración de justicia, porque pone el proceso en manos de un tribunal mejor. No es posible distinguir entre buenas y malas jurisdicciones. Lo más probable es que el fin perseguido sea hacer más expeditiva y severa la represión. Por esto, sería conveniente que no se aplicaran con efecto retroactivo normas procesales de esta clase. Con relación a este punto, hay que recordar que el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos estatuye que el tribunal u órgano jurisdiccional competente es el establecido por ley antes de la comisión del delito. 880

En el art. 4 de la Ley Nº 15590, sobre delitos de traición a la Patria y servicio a las armas de potencia extranjera, se dispuso que estos delitos "serán juzgados y sentenciados por Consejos de Guerra, conforme a las normas del Código de Justicia Militar, para los casos de guerra nacional". De modo que no se consideraron los casos de los procesos en curso en el momento de dictarse la ley. De manera diferente, en el DL Nº 25659, del 13 de agosto de 1992, relativo al delito de traición a la patria y en el que se establecía (art. 4) que, a partir de la fecha de vigencia del mismo decreto, dichos comportamientos serían de la competencia del Fuero Privativo Militar, se previó que los procesos en 881

curso en el Fuero Común siguieran sustanciándose "de acuerdo a lo establecido en el DL Nº 25475, hasta su culminación" (art. 7).

882 Debemos preguntarnos, así mismo, si convendría la aplicación retroactiva de la ley procesal que dispone que un delito, antes perseguido por querella, se persiga desde entonces de oficio. Nuestra legislación no contiene disposición general al respecto; pero, teniendo en cuenta la amplitud con que se admite la retroactividad en materia procesal, se podría pensar que la nueva ley fuera aplicada sin reservas. Sin embargo, el mismo legislador previó –en un caso particular– una solución distinta. Se trata en buena cuenta de una aplicación inmediata y condicionada. La Ley Nº 13984, del 6 de febrero de 1962, referente al juzgamiento de delitos de lesiones por negligencia, disponía en su art. 2 que "las instrucciones y juicios que se inicien después de la promulgación de la presente ley y los que se encuentren en trámite, por delitos que, conforme a esta ley requieren denuncia de parte, no continuarán si el agraviado renuncia expresamente a la prosecución de la acción".

883 Es diferente el caso de una ley que declare perseguible por querella un delito reprimido de oficio según la ley anterior, puesto que no constituye problema alguno, ya que su aplicación inmediata no implicaría una agravación de la represión.

884 Nosotros consideramos preferible una aplicación discriminada de la regla de la retroactividad de las leyes procesales[81]. No hay que admitirla en los casos en que comporte una agravación de la situación del procesado, quien no es siempre el delincuente[82]. Esta es la situación, en general, cuando la nueva ley restringe los derechos individuales o amplía y acentúa el poder coactivo de los órganos de represión. La comparación debe hacerse con referencia directa a los derechos del procesado, lo mismo que a las condiciones del debido proceso. Por el contrario, no resulta muy adecuado realizarlo, debido a la imprecisión del criterio, recurriendo a la orientación de política criminal[83] dada al proceso por la nueva ley.

885 El mismo legislador parece haber tenido en cuenta, algunas veces, esta posibilidad. Además del caso antes señalado, existió en nuestra

---

81 RAGUÉS Y VALLÉS, 2004, p. 129 ss.

82 CARBONELL MATEU, p. 150.

83 Cf. SAN MARTÍN, p. 28 y la bibliografía citada. Cf. el criterio variable del Tribunal Constitucional: STC del 6 de enero 2003, Exp. Nº 290-2002-HC/TC; STC del 8

legislación otro en el art. 5 del DL Nº 17083[84], referente a la tramitación de la acción de hábeas corpus. En esta disposición, se decía que "los procesos de esta clase que se encuentren pendientes de resolución en los tribunales correccionales seguirán su tramitación de acuerdo con la ley anterior; pero contra la resolución que expidan, procederá el recurso de nulidad que interpongan dentro del tercer día, cualquiera de las partes y, en este caso, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior". A pesar de que la magistratura ha aceptado la aplicación inmediata de la ley procesal, el legislador consideró necesario referirse a este problema expresamente.

Un paso decisivo hacía la aplicación de la ley procesal penal más favorable fue dado en el CPP de 1991, pero que sólo en una mínima parte entró en vigencia. En el art. IX del Título Preliminar, se disponía que la ley procesal se aplica "desde su vigencia, inclusive para lo que resta del proceso por un delito cometido con anterioridad y cuya sentencia no ha quedado firme, siempre que se trate de disposiciones más favorables al imputado". En el nuevo Código Procesal Penal de 2004, se dispone, en su art. VII[85], que la "Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios de impugnación ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado" (inc. 1) y que cuando está "referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible" (inc. 2). 886

XIII. Modificación de la ley y prescripción de la acción penal y de la pena

Entre los casos respecto a los cuales se discute sobre si el carácter de las disposiciones es penal sustantivo o procesal, las referidas a la prescrip- 887

---

de agosto 2002, Exp. Nº 1724-2002-HC/TC; STC del 27 de marzo 2003, Exp. Nº 0539-2003-HC/TC; STC del 27 de marzo 2003, Exp. Nº 0506-2003-HC/TC.

84 La nueva regulación del hábeas corpus está contenida en la Ley Nº 28237, Código Procesal Constitucional, del 31 de mayo de 2004.

85 *Supra* Nº 566.

ción de la acción penal y de la pena son de particular importancia[86]. Admitir que se trata de normas procesales, materiales o mixtas es determinante, en la concepción de los autores, para reconocer si tienen o no efecto retroactivo. Sin embargo, se debe también tener en cuenta de manera especial la función reconocida al criterio de la irretroactividad.

888 Atribuyen aplicación inmediata a dichas disposiciones, aun cuando agraven la situación del delincuente, quienes afirman que pertenecen al derecho procesal penal. Así, admiten *a priori* la bondad de las nuevas reglas respecto a las anteriores. En sentido contrario, se pronuncian quienes las consideran parte del derecho penal sustantivo. Los que sostienen el criterio mixto, no tienen una opinión unitaria sobre el particular; por ejemplo, Welzel está a favor de la retroactividad[87], y Jescheck/Weigend en contra[88]. La discusión en Alemania ha sido bastante intensa debido al caso de los criminales de guerra nazis.

889 Para mejor analizar el problema, hay que distinguir dos situaciones de manera clara. La primera concierne los casos en que el plazo de prescripción se ha vencido. Entonces, la nueva ley no puede ser más invocada para revivir la acción penal o la pena impuesta ya prescritas. La segunda se refiere a la situación en que el plazo de prescripción aún no se ha cumplido. Si la nueva ley abrevia el plazo, el legislador manifiesta la falta de interés o de necesidad a seguir reprimiendo los autores de los delitos o a ejecutar la pena que se les impuso. Por tanto, es claro que resulta inconveniente e incoherente la supervivencia de la ley anterior que preveía un plazo de prescripción más largo. Por el contrario, si el plazo es prolongado, no es tan evidente la respuesta. Están a favor de aplicar la nueva ley desfavorable, quienes, partiendo de la idea que el principio de irretroactividad tiene como finalidad de garantizar que las personas sepan previamente con qué pena y en qué medida pueden ser sancionadas, afirman que el orden jurídico no reconoce al delincuente el derecho a la prescripción de la acción de la pena o de la pena. De modo que no tiene por qué asegurar al delincuente cuánto tiempo debe permanecer escondido para volver sin preocupaciones a la vida diaria. Contra este criterio, sobre todo en países como el nuestro, se puede alegar que las

---

86 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 550 s.; ROXIN, 1997a, § 23 Nº 41 ss.

87 WELZEL, 1967, p. 23.

88 § 15 IV 4.

prolongaciones de la prescripción puede constituir armas para reforzar la represión del Estado y servir de coartada a su ineficacia.

Nuestro Código Penal, a diferencia del Código de 1924, no contiene 890
regla alguna referente a la "extinción de la acción penal y de la pena". En el título I del Libro Cuarto del Código derogado, art. 396, se establecía que las "disposiciones del Código relativas a la prescripción de la acción penal y de las penas, se aplicarán a las infracciones cometidas y a las penas pronunciadas antes de la vigencia del Código, en cuanto tales disposiciones sean más favorables al autor de la infracción. Se tendrá en cuenta el tiempo corrido de la prescripción antes de la vigencia del Código". De esta manera, el legislador resolvió de modo expreso el problema que analizamos[89].

Este criterio no es incompatible con la regulación prevista en el Có- 891
digo vigente. En su favor hay que tener en cuenta que uno de los fundamentos de la prescripción es la inutilidad de la represión penal cuando ha transcurrido un lapso más o menos largo desde la comisión del delito o la imposición de la sentencia penal. Por lo tanto, resulta contraproducente aceptar un criterio que podría conducir a una continua prolongación de los plazos; es decir la competencia del Estado para castigar[90]. Además, la admisión del criterio propuesto evitaría abandonar en manos del Estado un excesivo poder, lo que debilitaría la seguridad jurídica. Por más grave que sea el delito cometido o más deseada o justificada que sea la represión en determinados casos, no creemos que sea conveniente para la seguridad personal admitir la retroactividad de las nuevas disposiciones concernientes a la prescripción que sean más severas que las anteriores[91].

Por esto, consideramos acertado que los jueces se planteen las cues- 892
tiones relativas a la aplicación de la ley en el tiempo respecto a la prescripción. Así, lo hemos visto[92] al analizar el problema de la determinación de la ley más favorable.

---

89 Es interesante señalar que este es el criterio admitido en doctrina y jurisprudencia suizas. El art. 396 del CP 1924 era una traducción literal del art. 362 del Anteproyecto de CP suizo de 1915.

90 JAKOBS, 1991, § 4/9; RAGUÉS Y VALLÉS, 2004, p. 138.

91 Por ejemplo, las contenidas en el DL Nº 17106 del 8 de noviembre de 1968, derogado por el DLeg Nº 121, art. 12.

92 Cf., *supra* Nº 804 ss.; respecto a la jurisprudencia relativa al Código derogado, ver, por ejemplo, ES del 17 de agosto de 1940, 1º de abril de 1941, 19 de setiem-

XIV. Retroactividad y cambio de jurisprudencia

893 Las normas del derecho penal temporal se refieren sólo a los cambios de ley, por lo tanto, no pueden aplicarse en el caso de producirse un cambio de criterio admitido en la jurisprudencia. En otras palabras, la cuestión es saber si ha de aplicarse el nuevo sentido atribuido a la ley mediante la interpretación a situaciones ocurridas durante el período en que se le daba otro contenido.

894 Si, de manera tradicional, se comprende la interpretación como el simple hecho de precisar el sentido contenido en la ley, no habría dificultad en concluir que no hay modificación de ésta y, en consecuencia, tampoco conflicto de leyes en el tiempo. Diferente es la situación cuando se le concibe como un proceso lógico valorativo por medio del cual los jueces dan un contenido a la disposición legal interpretada y aplicada. En esta perspectiva, si un criterio, admitido por los magistrados de manera amplia y durante mucho tiempo, por ejemplo, por los de la Corte Suprema, es abandonado en favor de otro menos represivo, se puede decir que se ha producido un cambio sustancial en el contenido de la ley y, por tanto, resultaría coherente plantearse si éste debe ser tenido en cuenta en función de los casos anteriores que fueron juzgados de acuerdo al sentido más represivo atribuido antes a la regla en cuestión.

895 En estos casos, en los que la frontera entre lo punible y lo que no lo es depende del juez, la aplicación con efecto inmediato de un cambio de jurisprudencia parece discutible[93]. Así, se ha llegado a sostener, por parte de la Comisión Europea de Derechos del Hombre, que "una modificación jurisprudencial por interpretación extensiva de una disposición penal supone un problema respecto al art. 7 § 1 CEDH, cuando tiene por efecto agravar la pena infligida"[94].

896 El problema se agudiza cuando la fuerza creadora de los jueces da lugar a la producción real de una regla de la que depende la represión de determinados comportamientos. Por ejemplo, en Alemania,

---

bre de 1942 y 6 de noviembre de 1943; en *RT* 1940, p. 982; *AJ* 1941, p. 25; *RT* 1943, p. 94 y *AJ* 1943, p. 269, respectivamente.

93 Cf. ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 2 Nº 9.

94 Decisión del 4 de marzo de 1985 en la causa *Enkelmann contra Suiza*, en *JAAC* 49 (1985), Nº 76.

el Tribunal Federal Supremo estatuyó que 1.35 ‰ de alcohol en la sangre bastaba para retirar el permiso de conducir a un chofer que originara un accidente, en lugar de 1.5 ‰ que desde tiempo atrás venía considerando[95]. De modo que cabría preguntarse si este nuevo límite debió o no ser tenido en cuenta para decidir sobre comportamientos cometidos antes de que fuera establecido por la jurisprudencia. Según la concepción dominante en Alemania, el principio de la irretroactividad no se aplica en estos casos, debido a que del texto legal se desprende que su aplicación está vinculada sólo a la ley y, así mismo, porque el juez no crea mediante la interpretación nuevas disposiciones legales[96]. De acuerdo con este criterio, la jurisprudencia alemana[97] trata de encontrar una solución recurriendo al error de prohibición[98]. En contra de esta opinión, se hace referencia, primero, al desconocimiento de la estrecha relación existente entre la ley y su interpretación, que implica su admisión; y, segundo, al hecho de que un cambio en la jurisprudencia comporta más que un pequeño cambio en la legislación[99].

Teniendo en cuenta la organización de nuestro sistema judicial y el 897
hecho de que los precedentes judiciales no obligan a los órganos jurisdiccionales inferiores, la discusión planteada antes no puede continuarse en los mismos términos[100]. Por esto, las explicaciones precedentes no tienen más valor que el de ser informativas y de cierta utilidad en relación con el análisis del denominado error de prohibición. En esta perspectiva y también en razón de las grandes dificulta-

---

95 BGHSt. 21, p. 157; 32, p. 229. Cf. TRÖNDLE, en EBERMAYER/LOBE/ROSENBERG, *LK*, T. I, § 2, Nº 53-55 y la amplia bibliografía allí citada.

96 RIESE, p. 549; TRÖNDLE, en EBERMAYER/LOBE/ROSENBERG, LK, T. I, § 2, Nº 53.

97 Cf. SCHREIBER, p. 348.

98 Cf. *infra* Nº 1720 ss.

99 Cf. ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 2, Nº 9 a, considera que la ley y su aplicación judicial comportan una unidad, a partir de la cual se distingue entre lo prohibido y lo permitido. En base a esto, admiten que la irretroactividad se aplica a los casos en que se produce un cambio en la jurisprudencia que de manera uniforme existe sobre un problema determinado.

100 El art. 141 de la Constitución vigente, de la misma manera como lo hacía el art. 24 de la Constitución de 1979, señala que corresponde a la Corte Suprema fallar en Casación. Dicha Corte ha considerado que no existiendo ley que regula el ejercicio de esta facultad, no existe base para interponer o conceder el recurso de casación. Cf. ES del 15 de diciembre de 1981, en *El Magistrado*, 1982, 1er. Semestre, p. 223.

des, sobre todo procesales, que implica comprender estos casos en relación con la aplicación temporal de la ley penal, consideramos inconveniente admitir que alguien pueda prevalerse del cambio de jurisprudencia diciendo que le es favorable o desfavorable. Por el contrario, bien puede invocar este hecho, según las circunstancias del caso concreto, para alegar haber actuado bajo la influencia de un error sobre el carácter ilícito de su comportamiento[101].

XV. Concurso real

898 De acuerdo al art. 50, se da concurso real cuando el agente comete varios hechos punibles que física y cronológicamente constituyen delitos independientes. En este caso, el responsable debe ser sancionado con la pena del delito más grave, aumentada teniéndose en cuenta los otros delitos de acuerdo con lo establecido en el art. 48.

899 En cuanto a la aplicación de la ley penal en el tiempo, hay que destacar que debe emplearse la regla de la irretroactividad respecto a cada uno de los delitos. Por lo que está excluido que, por ejemplo, el carácter delictuoso sea determinado con arreglo a la ley nueva y la pena conforme a la ley precedente.

---

[101] DUBS, 1949, p. 173; STRATENWERTH, 1996, § 4 Nº 37; cf. TRECHSEL, 1997, art. 1, Nº 19.

§ 8 Aplicación de la ley penal en relación con las personas

I. El principio de la igualdad. II. Privilegios penales establecidos en el derecho público interno. 1. Congresistas: inviolabilidad, inmunidad y antejuicio. 2. Presidente de la República: inmunidad y antejuicio. 3. Ministros de Estado. 4. Vocales de la Corte Suprema de la República. 5. Fiscal de la Nación y Fiscales Supremos. 6. Magistrados del Tribunal Constitucional. 7. Defensor del Pueblo. 8. Contralor General. III. Privilegios penales establecidos en el derecho internacional. 1. Jefes de Estado extranjeros. 2. Embajadores y Ministros Plenipotenciarios. 3. Fuerzas armadas extranjeras. IV. Derecho penal de menores. V. Justicia militar. 1. Marco constitucional y evolución de la legislación militar. 2. Criterios de aplicación de la ley penal militar. a. Criterio personal. b. Criterio material. c. Criterio del lugar de comisión. 3. Noción de delito en la parte general del Código de Justicia Militar. 4. Catálogo de delitos de la parte especial del Código de Justicia Militar.

I. Principio de la igualdad

De manera imperfecta, se repite al inicio del art. 10 ("La ley penal se aplica con igualdad"), el principio de igualdad previsto en la Constitución. En el art. 2, inc. 1, de esta última se establece como derecho fundamental el derecho de la "igualdad ante la ley". Además, se precisa: "Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Por último, en el art. 103, primer párrafo, se dispone que pueden "expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas". Disposiciones semejantes figuraban en los art. 2, inc. 2, y 187, pf. 1, de la Constitución de 1979. Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas habrán de estar de un modo taxativo previstas en las leyes o tratados internacionales. 900

Comentando la carta fundamental de 1979, Pareja Paz Soldán sostiene que la Constitución afirma "una igualdad de derecho, no de hecho, igualdad en la partida, pero no en la llegada"[1]. En relación con el derecho penal, dice Bramont Arias que "el principio de que ahora nos ocupamos sólo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros, en idénticas circunstancias, esto es, que todos los habitantes sean tratados del mismo modo, siempre que se encuentren en iguales circunstancias y condiciones", y concluye: "en pocas palabras: igualdad de tratamiento en igualdad de condiciones"[2]. 901

Sin embargo, este principio que se ha convertido en elemento esencial de la idea de justicia, debe ser observado en su realización concreta. La simple exigencia formal de igualdad no tiene mayor impor- 902

---

1 PAREJA, p. 562. Cf. RUBIO/BERNALES, p. 98 s.

2 BRAMONT ARIAS, 1950, p. 242.

tancia en sí misma, debido a que la demanda de justicia, en la práctica, depende de presupuestos que están fuera del principio que la regula; es decir, las circunstancias sociales y los criterios decisivos para igualar o diferenciar las personas y las condiciones en que se aplica la ley. Por este fundamento, tiene razón Hart, cuando afirma que sin la determinación de tales criterios, el principio de igualdad es una fórmula vacía[3]. Pero aun cuando esas razones fueran establecidas, como lo hace la Constitución italiana de 1947[4], las graves diferencias sociales existentes entre las personas hacen ilusoria una real igualdad en la ley y ante ella. Por lo que, en el mejor de los casos, la formulación de tal principio significa una exigencia formal de que la decisión (legislativa o judicial) sea tomada sobre la base de valoraciones y consideraciones generales, y no en forma caprichosa o arbitraria[5].

903 El principio de igualdad tiene dos aspectos, la igualdad de las personas, por un lado, *en* la ley y, por otro, *ante* la ley. Por lo tanto, en materia penal, sus alcances son también dobles. Así, el legislador debe dictar sólo leyes generales y comunes. En consecuencia, la incriminación de un comportamiento, la fijación de la pena o medida de seguridad no deben hacerse en razón de privilegios personales o de clase o jerarquía sociales. Así mismo, las autoridades competentes deben ejercer la acción pública, dadas las condiciones legales (*ratione temporis* y *ratione loci*), contra quien cometa un delito sin distinción de sexo, edad, nacionalidad, raza, confesión, rango social. Este criterio no se respetó en el art. 1, del DL Nº 25662, del 13 de agosto de 1992. En esta disposición se dispuso, de manera general, que los miembros de la Policía Nacional, en actividad, retiro o dados de baja por medida disciplinaria, serían sancionados con el doble del tiempo máximo de la pena prevista en el Código penal o leyes especiales cuando "incurran en hechos punibles calificados de delitos comunes". Por el contrario, no constituye violación del principio de igualdad cuando, de manera específica, se atenúa o agrava la represión de ciertos delitos por la calidad del sujeto activo (la condición de madre en caso de infanticidio o de tutor, curador, albacea en el delito de apropiación

---

3 HART, p. 198.

4 En su art. 3, expresa: "Todos los ciudadanos [...] son iguales ante la ley, sin consideración a su sexo, raza, idioma, religión, convicciones políticas y posición social y personal".

5 ROSS, 1970, p. 227-278.

ilícita). En este sentido, una Sala Penal ha considerado que el doble de la pena correspondiente al delito común establecido para reprimir a los miembros de la Policía Nacional, según el decreto ley antes mencionado, es inaplicable por violar el principio de igualdad ante la ley y del carácter general de las normas establecidas en la Constitución, así como del principio de la proporcionalidad de las sanciones establecido en el Código Penal[6].

La consagración constitucional de la igualdad formal no excluye que, en nuestra legislación, se reconozcan algunas excepciones. No obstante, éstas no están relacionadas con la calidad de las personas, sino con la función que desempeñan. Constituyen circunstancias que excluyen de la esfera de aplicación del derecho penal común a las personas favorecidas, ya sea de manera temporal o definitiva, en relación con todos sus actos o sólo con algunos. El mismo criterio de la igualdad supone que se traten dos situaciones de modo semejante en la medida en que son parecidas, y de manera diferente en la medida en que son distintas[7]. Si según las reglas referentes a la aplicación de la ley penal en cuanto a las personas, ésta no se aplica siempre de forma igual, estas excepciones legales no merman sin embargo el carácter obligatorio absoluto de la misma. La ley es siempre obligatoria para todos los que, encontrándose en situaciones equivalentes, merecen un tratamiento similar. Además, hay que tener en cuenta si la exclusión se dirige a la aplicación de la ley penal sustantiva o la jurisdicción penal. Nos referiremos sólo a los problemas vinculados con la aplicación del derecho penal material[8] y no a los concernientes a la jurisdicción, ya que ésta corresponde al derecho procesal. 904

II. Privilegios penales establecidos en el derecho público interno

Las derogaciones al principio de igualdad se distinguen de las reglas relativas al ámbito territorial o temporal de la ley porque no delimi- 905

---

6 Sentencia de la Sétima Sala Penal de la Corte Superior de Lima, Exp. Nº 412-94, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, T. 5, GJEJ. Cf. ES del 17 de octubre de 1995. Exp. Nº 3319-95 Arequipa, en ROJJASI PELLA, p. 109; cf. ES del 17 de octubre de 1995. Exp. Nº 3319-95-Lambayeque, en ROJJASI PELLA, p. 122.

7 Cf. ATF 107 Ia 228.

8 Cf. JESCHECK/WEIGEND, § 19 I; SOLER, 1976a, T. I, p. 199.

tan de manera directa un cierto ámbito de aplicación, sino que constituyen un sistema de excepciones, algunas de las cuales son consideradas con frecuencia como simples restricciones al derecho penal internacional[9].

906 Así, se extraen del dominio de aplicación de la ley penal común a algunas personas (menores de 18 años[10], diplomáticos, funcionarios) o se les somete a reglas especiales (adolescentes, militares). Las reglas en las que se establecen estas excepciones forman parte sea del derecho sustantivo o del derecho procesal. Su fundamento se encuentra en el derecho interno o el derecho internacional; de esta manera, en el art. 10, se dice que las prerrogativas "habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales". En este sentido se puede hablar de que la legalidad de las excepciones implica un *numerus clausus* de las mismas.

1. Congresistas: inviolabilidad, inmunidad y antejuicio

907 En tanto que representantes de la Nación, los congresistas no "están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación". Esta inviolabilidad es indispensable para que puedan ejercer en libertad y tranquilidad sus funciones. Así, no pueden ser objeto de medidas de coerción directas; por ejemplo, detenidos o sometidos a proceso como cualquier persona. Este privilegio está complementado por la inviolabilidad del recinto del Congreso, estatuida mediante la prohibición de que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional ingresen a éste (art. 98, pf. 2, Const.). Sin embargo, esto no significa que los actos por ellos cometidos no sean infracciones. Debiéndose, por lo tanto, admitir la legítima defensa, por ejemplo, en relación con uno de tales actos[11].

908 En el ámbito penal, este privilegio implica que su titular no pueda ser perseguido ni sancionado mientras ejerza su cargo. De acuerdo con el tercer párrafo del art. 93 de la Constitución, los congresistas "no

---

9 STRATENWERTH, 1996, § 5 Nº 2 y 26; cf. también MAURACH/ZIPF, § 11 I Nº 2 y § 11 II Nº 39.

10 Ley Nº 26447, del 21 de abril de 1995, que deroga el DL Nº 25564. Según el art. 18 CPP 2004, la jurisdicción ordinaria no es competente para conocer "los hechos punibles cometidos por adolescentes" (inc. 2).

11 Cf. JESCHECK/WEIGEND, § 19 II 3.

pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento"[12]. Esta inmunidad penal es un obstáculo de orden procesal.

Por el contrario, respecto a algunos actos que cometan en el ejercicio de su función se otorga el beneficio de la inviolabilidad. Así, según el art. 93, pf. 2, de la Constitución, "no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones". De allí que ellos no pueden ser sancionados por ningún delito de expresión que cometan al exponer opiniones durante el desempeño de su cargo; por ejemplo, difamación (art. 132 CP), injuria (art. 130 CP), disturbios (art. 315 CP). Se trata en buena medida de una causa de justificación, en el sentido de que realizan un acto típico en el ejercicio de sus funciones[13]. 909

2. Presidente de la República: inmunidad y antejuicio

Al Presidente de la República no se le otorga el privilegio de la inviolabilidad, en el sentido que ha sido reconocido en favor de los congresistas, sea respecto a delitos de función o delitos comunes. La ley penal no deja de aplicársele. Pero, para ser perseguido penalmente es necesario, primero, que sea suspendido en el ejercicio de su cargo por el Congreso y sometido a antejuicio (art. 100 Const.), el mismo que debe ser iniciado por la acusación constitucional a cargo de la Comisión Permanente del Congreso (art. 99 Const.)[14]. 910

De conformidad con el art. 117 de la Constitución, el Presidente "sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o 911

---

12 SOLER, 1976a, T. I, p. 199; BRAMONT ARIAS, 1950, p. 251; PEÑA CABRERA, 1995, p. 244.

13 FIANDACA/MUSCO, p. 119; cf. *infra* Nº 1528 ss.

14 El trámite parlamentario está previsto en el denominado Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso, publicado el 30 de junio de 1998.

municipales; por disolver el Congreso ["si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros"], salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral". Para comprender mejor los alcances de este privilegio hay que considerar, que terminado el mandato presidencial, queda la acción expedita para perseguir al ex Presidente por los otros delitos que hubiera cometido "durante su período", sin que el tiempo transcurrido pueda ser tenido en cuenta para los efectos de la prescripción[15].

3. Ministros de Estado

912 Los Ministros de Estado sólo gozan del privilegio procesal de antejuicio (art. 99 Const.), puesto que el art. 128, pf. 1, declara que "son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan". Y, en el pf. 2, que "son solidariamente responsables por los actos delictivos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente"[16].

4. Vocales de la Corte Suprema de la República

913 En relación con estos funcionarios, a los que la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce el rango de Ministros, los art. 99 y 100 de la carta fundamental estatuyen el privilegio del antejuicio por las infracciones que cometan contra la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en éstas.

5. Fiscal de la Nación y Fiscales Supremos

914 El primero es, en relación con los segundos, *primus inter pares*. De acuerdo al penúltimo párrafo del art. 158 de la Constitución, los miembros del Ministerio Público tienen las mismas prerrogativas que los

---

15 BRAMONT ARIAS, 1950, p. 249.

16 PAREJA, p. 266.

integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías. En consecuencia, el Fiscal de la Nación y los Fiscales Supremos se benefician del privilegio del antejuicio, regulado en los art. 99 y 100 de la Carta Política. Así lo reconoce, expresamente, el art. 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público[17].

6. Magistrados del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, denominación preferible a la de Tribu- 915
nal de Garantías Constitucionales empleada en la Constitución de 1979, es el órgano, autónomo e independiente, de control de la Constitución. Sus siete miembros, elegidos por cinco años, gozan de la misma inmunidad y de los mismos privilegios que los congresistas (art. 201 Const.). Los mismos derechos y prerrogativas son mencionados en el art. 15 de la Ley Nº 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, del 23 de julio de 2004. En su art. 14, se estatuye, a semejanza de lo establecido respecto a los congresistas, que sus miembros no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucción de ninguna autoridad; así mismo de que gozan de inviolabilidad. En este sentido y para asegurar su libertad y autonomía, se decreta también que no responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo. También gozan de inmunidad. Además, se dispone que no pueden ser detenidos ni procesados sin autorización del Pleno del Tribunal, salvo flagrante delito. En caso de infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, conforme a los arts. 99 y 100 de la carta magna, sólo serán procesados previo antejuicio, iniciado mediante acusación constitucional.

7. Defensor del Pueblo

La Defensoría del Pueblo tiene la función de "defender los derechos 916
constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía" (art. 162 Const.). Su representante, el Defensor del Pueblo, elegido y removido por el Congreso con el voto de los dos tercios de su número legal,

[17] Cf. HURTADO POZO, 1984, p. 113 s.

según el art. 161, pf. 3, de la Constitución goza de la inmunidad y de las mismas prerrogativas de los congresistas. En este marco, en el art. 5 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (Ley Nº 26520 del 8 de agosto de 1995), se establece que el Defensor del Pueblo goza de "total independencia en el ejercicio de sus funciones, no está sujeto a mandato imperativo, ni recibe instrucciones de ninguna autoridad"; así mismo que se beneficia de "inmunidad" y "no puede ser detenido ni procesado sin autorización del Congreso, salvo flagrante delito" (también, arts. 99 y 100 Const.).

8. Contralor General

917 Responsable de la Controlaría General de la República (art. 82 Const.), órgano superior del Sistema Nacional de Control, es elegido por el Congreso a propuesta del Poder Ejecutivo y goza del privilegio del antejuicio, conforme a los artículos 99 y 100 de la carta fundamental.

III. Privilegios penales establecidos en el derecho internacional

1. Jefes de Estado extranjeros

918 De acuerdo al art. 297 del Código Bustamante, están exentos de las leyes penales de cada Estado contratante los Jefes de los otros Estados, que se encuentren en su territorio. De esta manera, se consagra la inviolabilidad de los Jefes de Estado, representantes oficiales de la soberanía de sus propios Estados. Su sometimiento a las leyes extranjeras no estaría acorde con los intereses del Estado que representan. Sin embargo, este privilegio no significa impunidad, en razón a que queda sujeto a lo estatuido en la legislación de su propio país.

919 El Tratado de Montevideo de 1889, suscrito y ratificado por el Perú, no contiene disposición expresa en relación con los Jefes de Estado. Por el contrario, en el de 1940 sí se contempla de modo expreso su caso, extendiendo el goce del privilegio además a los miembros de su séquito[18].

[18] Ver art. 7, pf. 2.

2. Embajadores y Ministros Plenipotenciarios

La costumbre de enviar y recibir embajadores permanentes se desa- 920
rrolló a fines del siglo XV y parece que tuvo su origen cuando en los principales Estados europeos se organizaron fuerzas armadas permanentes. Y casi desde sus inicios, los juristas consideraron su inviolabilidad como la piedra angular del "*jus legationis*"[19]. Los problemas surgieron cuando se comprendió que la independencia de los Embajadores era el complemento necesario de su inviolabilidad y que la misma no podía ser alcanzada sino con su no sometimiento a la jurisdicción penal o civil del Estado huésped. Fue Hugo Grocio, quien luego de aceptar las opiniones tradicionales de que el Embajador personificaba a su Soberano y que llevaba consigo su propia ley, afirmó que éste debía ser considerado jurídicamente como encontrándose "*extra territorium*"[20]. Este criterio de la extraterritorialidad fue en general aceptado hasta inicios del siglo pasado.

En la actualidad, esta justificación ha sido abandonada por constituir 921
una ficción innecesaria. Se invoca la denominada teoría del interés de la función, estatuida en el preámbulo de la Convención de Viena sobre las relaciones diplomáticas[21]. Según este criterio, la finalidad de los privilegios reconocidos a los diplomáticos (*völkerrechtliche Privilegien*) no es la de "conceder ventajas a los individuos, sino de garantizar el cumplimiento eficaz de sus misiones diplomáticas en tanto que representantes de los Estados"[22]. De modo que es en el interés común de las relaciones internacionales que los representantes diplomáticos gozan de ciertos privilegios jurídicos.

De acuerdo con la Convención de la Habana sobre funcionarios di- 922
plomáticos (del 20 de febrero de 1928), los mismos están exentos de toda jurisdicción civil y/o criminal del Estado ante el cual se encuentran acreditados, no pudiendo, salvo autorización de su gobierno para renunciar a tal privilegio, ser procesados ni juzgados sino por sus propios Tribunales (art. 19). Además, se establece que la inviolabilidad se extiende a todo funcionario diplomático, al personal oficial

---

19 Consultar el excelente trabajo de SIMMONDS, p. 170 ss.
20 Cf. CAHIER, p. 186; KRAFFT, p. 141.
21 Aprobada el 18 abril de 1961.
22 KRAFFT, p. 150; cf. BRAMONT ARIAS, 1950, p. 245.

de la representación, a los familiares que viven bajo el mismo techo, y a los papeles, archivos y correspondencia de la misión (art. 14). Casi lo mismo se establece en el art. 298 del Código Bustamante.

923 A los representantes consulares, que se limitan a ejercer funciones de índole comercial y administrativa, se les excluye, con frecuencia, de la inviolabilidad reconocida a los Embajadores y a su séquito[23].

3. Fuerzas armadas extranjeras

924 El art. 299 del Código Bustamante establece, en el supuesto caso de que un Estado contratante haya autorizado la ocupación temporal y parcial de su territorio, que tal Estado no perseguirá ni aplicará sus leyes penales a los autores de delitos cometidos en el perímetro de las operaciones militares. La represión penal incumbe, de esta manera, al Estado al cual pertenezcan las tropas extranjeras. En el Tratado de Montevideo de 1889, no se estableció norma alguna con relación a esta situación. En el año 1940, se determinó que el juzgamiento de los miembros de un cuerpo de ejército sería realizado conforme a "los principios señalados por el Derecho Internacional Público", cuando el delito haya sido cometido en el perímetro de su sede y tuviera relación legal con dicho ejército.

IV. Derecho penal de menores

925 En el Código de los Niños y Adolescentes se trata de regular todo lo referente a los menores, comprendidas las cuestiones de derecho penal. De esta manera, han sido derogadas o modificadas las disposiciones sobre menores contenidas en el Código Penal. Sin embargo, no se ha mantenido la debida concordancia entre ambas leyes. Es notable, por ejemplo, el hecho de que el mencionado código de menores contradiga el criterio básico consistente en rechazar toda regla fundada en el denominado derecho penal de autor.

926 En el Código de los Niños y Adolescentes, desde el título, se distingue entre niños y adolescentes. El criterio utilizado para efectuar esta

[23] Ver art. 335 CP que reprime la violación de las inmunidades del jefe de un Estado o de algún agente diplomático, en tanto que infracción contraria a las relaciones exteriores del Estado.

clasificación es bastante confuso respecto al derecho penal, pues, resulta más apropiado para el carácter general del mismo código, el que comprende, por ejemplo, tanto el aspecto civil como el represivo.

En el primer párrafo del art. I del Título Preliminar, se determinan dos categorías de menores. Se considera, "niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad". Esta edad límite corresponde a la de la minoría penal estatuida en el art. 20, inc. 2, del Código Penal. 927

Según los art. IV y 184 del Código de los Niños y Adolescentes, en "caso de infracción a la ley penal, el niño será sujeto de medidas de protección". La consecuencia absurda y no pensada es que se abre la posibilidad de aplicar estas medidas a partir de la concepción del nuevo ser y que también se comprendan, como posibles agentes de comportamientos penales al embrión y al feto, incluidos en la definición de niño. Los niños están del todo fuera del derecho penal. 928

En cuanto a los adolescentes, con falta de técnica legislativa, se ha considerado necesario definir al "adolescente infractor de la ley penal" (fórmula correspondiente a la denominación del Capítulo III, Libro Cuarto, Título II del Código de los Niños y Adolescentes). En el art. 183 de este Código se dispone que se considera como tal a "aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible como delito o falta en la ley penal". Si se suprime esta disposición la ley no pierde nada, ya que dicha definición se desprende lógicamente del texto legal. Por esto, no se define, en el Código Penal, al "infractor de la ley penal". De conformidad con los art. IV y 217 del Código de los Niños y Adolescentes, a los adolescentes se les aplicarán medidas socio-educativas. De este modo, éstos también son excluidos del ámbito del derecho penal común. Sin embargo, si se leen con cuidado las disposiciones que les conciernen, son sujetos de un derecho penal especial bastante represivo[24]. 929

La delimitación genérica de las categorías de niños y adolescentes en el art. I del Código correspondiente tiene también efectos indeseados respecto a la parte especial del Código penal. Así, al disponerse en el párrafo segundo, *in initio*, del art. I que el "Estado protege al concebido para 930

[24] Cf. *supra* Nº 1590 ss.

todo lo que le favorece" y, en el art. II, que el "niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica", al mismo tiempo que, en el artículo 1, se estatuye que "el niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción", cabe preguntar si es aún coherente distinguir entre aborto y homicidio, puesto que se está considerando que el embrión es una persona y, por tanto, víctima según lo previsto en el art. 106 del Código Penal.

931 La regulación de las medidas carece de técnica legislativa, en cuanto están establecidas junto a las aplicables a los niños o adolescentes en "presunto estado de abandono" (art. 243). En primer lugar, se indican las medidas socioeducativas correspondientes a los adolescentes (art. 229 ss.) y luego las medidas de protección aplicables a los niños (art. 242). Si bien se afirma que están sobre todo destinadas a la protección de los menores y adecuadas a su personalidad, en varios casos su aspecto punitivo no puede ser ocultado por la simple terminología utilizada. Por ejemplo, el hecho de designar una de las sanciones con la expresión "libertad restringida" (art. 234) es sólo un eufemismo, ya que consiste en "la asistencia y participación diaria y obligatoria del adolescente en el Servicio de Orientación al Adolescente" para sujetarse al "Programa de Libertad Restringida, tendente a su orientación, educación y reinserción", por "un término máximo de doce meses". Lo mismo se puede decir en relación con la medida de "internación en un establecimiento para tratamiento", la que está definida, en el art. 235, como "una medida privativa de libertad", que se "aplicará como último recurso por el período mínimo necesario, el cual no excederá de tres años". Esta medida ha sido prevista para los casos de "un acto infractor doloso, que se encuentra tipificado en el Código Penal y cuya pena sea mayor de cuatro años" (art. 237, literal a, de "reiteración en la perpetración de otras infracciones graves" (art. 237, literal b) y de "incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socio-educativa impuesta" (art. 237, literal c). Tratándose de adolescentes entre 12 y 18 años que cometan el denominado "pandillaje pernicioso" (art. 193 a 199), la internación, según las circunstancias, puede durar hasta seis años (art. 195) y ha sido prevista para diversos hechos.

932 Las circunstancias de reiteración en la comisión de infracciones graves y en el incumplimiento injustificado de medidas socioeducativas, constituyen violaciones flagrantes de los principios del derecho penal liberal y su carácter represivo supera al del derecho penal de adultos. En éste, se excluye no sólo la reiteración, sino también la reincidencia como circunstancia agravante. Tampoco, se considera como delito el

no sometimiento a la ejecución de una pena o medida de seguridad, como prácticamente lo hace el Código de los Niños y Adolescentes.

933 Atención particular y condena firme merece la regulación del denominado "pandillaje pernicioso" (art. 193 a 199). La definición de este "pandillaje" contradice el principio de legalidad. En el art. 193 se estatuye que "se considera pandilla perniciosa al grupo de adolescentes mayores de 12 años y menores de dieciocho que se reúnen y actúan para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes públicos o privados utilizando armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas". La ambigüedad de la redacción permite comprender que basta que los agentes considerados constituyan, aún de modo ocasional, una pandilla y cometan actos tendientes a (elemento subjetivo del tipo legal) realizar uno de los comportamientos enumerados, sin que sea necesario que lo consuman realmente. La medida prevista para esta figura delictiva básica es la de internación no mayor de tres años y, en el caso agravado del art. 195, de hasta seis años. De acuerdo con el art. 235, "la internación es una medida privativa de libertad"; por tanto, no difiere de una pena privativa de la libertad por más que se le llame medida socio-curativa.

934 La trapacería legislativa es doble. Por un lado, se nota al ocultar la represión presentándola como medida de protección y tratamiento y, por otro, al pasar de contrabando una figura delictiva que está muy vinculada a actividades subversivas y desvirtuar lo dispuesto en el art. 3 de la Ley Nº 26447, que dejó sin efecto la disminución a 14 años del límite de la capacidad penal, fijado en 18 años en el art. 20, inc. 2, del Código Penal. Se trata de un acto de politiquería criminal criolla, encubierta en un discurso de política criminal tuitiva. Este proceder muestra falta de ética, además de la ignorancia y desconocimiento de la técnica legislativa, de quienes favorecieron este tipo de disposiciones.

V. Justicia militar

1. Marco constitucional y evolución de la legislación militar

935 Si bien el aspecto a tratar es la manera como se regula la aplicación de la ley penal en cuanto a los militares y policías, esto no puede

llevarse adelante sin tener en cuenta el contexto general constituido por la legislación penal militar material y procesal. Es conveniente, aunque sea de manera muy breve, describir en forma somera la denominada justicia militar.

936 La legislación penal militar ocupa un amplio campo en el sistema jurídico nacional. La causa de esta situación anómala no hay que buscarla en el ámbito limitado de las instituciones militares y policiales, sino en la excesiva influencia castrense en la vida del país. Es así mismo desmesurada la amplitud alcanzada por la competencia de los órganos judiciales militares. La evolución de la legislación militar muestra una permanente y acentuada tendencia hacia la represión y la violación tanto de los principios del derecho penal liberal como del debido proceso.

937 En el art. 139 de la Constitución se prevé como "jurisdicción independiente" la militar. Dos errores contiene esta declaración, por un lado, contradecir la unidad y exclusividad de la jurisdicción del Estado, afirmada en el primer párrafo de la misma disposición y, por otro, confundir jurisdicción con competencia. En relación con esto último, hay que referirse más bien a competencia de los jueces militares, los cuales deben estar integrados en el sistema judicial general, constituyendo órganos especializados para conocer los asuntos penales militares y no un sistema independiente. En la práctica y a pesar de lo dispuesto en el art. 141 de la Constitución, la Corte Suprema no tiene ninguna posibilidad de conocer en casación las decisiones de los tribunales castrenses[25].

938 En cuanto a las personas sometidas a la competencia de la justicia militar, en el art. 173, se menciona a los militares y policías en el caso de "delito de función", pero al mismo tiempo se amplía esta competencia a los civiles cuando se trate de delitos de traición a la patria y de terrorismo. De esta manera, se acentuó la tendencia seguida en las Constituciones de 1933 y 1979, abandonándose de manera radical el criterio establecido en el art. 156 de la Constitución de 1920. Según esta disposición, "la Justicia militar no podrá por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el Ejército, a no ser en caso de guerra nacional".

939 La admisión constitucional de este criterio liberal constituyó el triunfo de una corriente favorable a restringir, de manera conveniente,

---

[25] García Belanunde, 1993, p. 247.

los alcances del fuero militar. Criterio que se impuso, así mismo, en la elaboración del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920. En el numeral 31, pf. 10, de este Código, se estatuía que "para el juzgamiento de los delitos son competentes exclusivamente los jueces y tribunales que designa este Código. Se exceptúan únicamente los delitos puntualizados en el Código de Justicia Militar cuando sean cometidos por militares".

Mariano H. Cornejo, Presidente de la Comisión parlamentaria que redactó el mencionado Código, manifestó: "no podíamos prescindir de resolver la cuestión, entre nosotros, tan grave, de asignar límites precisos a la jurisdicción militar" y de que "el Código de la materia (1898) que somete múltiples delitos a los jueces militares aunque sean personas civiles quienes los cometen, establece en realidad para el Perú un estado permanente de sitio"[26]. En su opinión, justamente, "crear tribunales distintos de los ordinarios que puedan imponer penas comunes por delitos comunes a ciudadanos que no son militares es algo que está en contradicción absoluta con toda la evolución del derecho, que ha disuelto todos los privilegios en la penalidad y el procedimiento"[27]. 940

Pero, no obstante el pensamiento meridiano de Cornejo en la Exposición de motivos, al amparo de la Constitución de 1933, se vuelve a reconocer, en los Códigos de Justicia Militar de 1939 y 1950, un amplio dominio al fuero privativo militar. De modo que se nota en ellos una afirmación de los criterios fundamentales del Código de 1898[28]. 941

Resulta oportuno recordar lo que, respecto del Código de Justicia Militar de 1963[29], retomado casi integralmente en el Código vigente, afirmó Abraham Talavera. Según este autor, "todos los cuestionamientos que se han ido haciendo en cada uno de los cuerpos legales comentados (Códigos de Justicia Militar de 1898, 1939 y 1950), se consolidan en este Código, de tal manera que no contiene nada positivo, siendo una involución jurídica"[30]. Así mismo, destacó que son características de este Código "el juzgamiento de ausentes, 942

---

26 CORNEJO, Mariano H., p. XVI.
27 CORNEJO, Mariano H., p. XVII.
28 PEREIRA CHUMBE, p. 357 ss.
29 DL Nº 14613 del 24 de julio de 1963.
30 Abraham TALAVERA, p. 132.

gran apertura a considerar dentro de su jurisdicción a la civilidad, incorporación de figuras delictivas cuyos bienes jurídicos (protegidos) corresponden al Derecho penal común"[31].

943 En 1980, la legislación relativa a la justicia militar fue modificada para adaptarla a la Constitución de 1979. Así, se promulgó, mediante el DL Nº 23214 del 24 de julio de 1980, un nuevo Código de Justicia Militar y, mediante el DL Nº 23201 del 19 de julio de 1980, la Ley Orgánica. La celeridad con la que el Gobierno militar, en las postrimerías de su régimen, procedió a realizar esta reforma implicó que, una vez más, las "leyes" fundamentales de la justicia militar fueran elaboradas de manera pretoriana por los mismos interesados. Esta circunstancia explica por qué la nueva legislación no constituye una renovación esencial. La parte relativa al derecho penal del Código de Justicia Militar sigue, en buena cuenta, manteniendo reglas provenientes del primer Código Penal común de 1863. De modo que las nociones fundamentales de la parte general son diferentes a las consagradas en el vigente código sustantivo de 1924; el mismo que –como sabemos– fue influenciado por los proyectos suizos, caso raro de duplicidad normativa en un mismo dominio y en el mismo país.

944 A pesar de la reforma constitucional que culminó con la adopción, en 1993, de una nueva Constitución, no se procedió a una inmediata reforma de la legislación penal militar, como sucedió respecto a la anterior carta fundamental. Las modificaciones efectuadas han sido condicionadas, en cambio, por la situación política. Así, a través de la Ley Nº 26677, de 24 de octubre de 1996, se reformaron diversos artículos de la Ley Orgánica de Justicia Militar y del Código de Justicia Militar. De esta manera, el derecho penal y el sistema judicial castrenses han continuado siendo utilizados de manera intensa y resulta difícil pensar que, en un futuro cercano, la situación cambie de manera significativa, pues, se sigue con la llamada "política de evitar el Poder Judicial" y de excepción con respecto al derecho penal común.

945 En el año 2001, el Ministerio de Defensa del denominado Gobierno de transición a la democracia dio a conocer un proyecto de reforma de la legislación penal militar[32], solicitando sugerencias y comenta-

---

31 Abraham TALAVERA, p. 212.

32 Diario Oficial *El Peruano* del 1 de julio de 2001.

rios a todo aquel que creyera conveniente hacerlas. Así mismo, el Poder Ejecutivo, en vísperas de finalizar este período, presentó al Congreso sendos proyectos para reformar el Código de Justicia Militar y la Ley Orgánica de la Justicia Militar (Proyecto de Ley Nº 1966/2000-CR y Proyecto de Ley Nº 1967/2000-CR, respectivamente). Archivados al finalizar el período parlamentario del gobierno de transición, su trámite fue actualizado en octubre del 2001 en el nuevo Congreso. Instalada la nueva representación congresal, el 12 de octubre del mismo año, fueron designados con la numeración siguiente: Proyecto de Ley Nº 1107/2001-CR y Proyecto de Ley Nº 1108/2001-CR. El Consejo Supremo de Justicia Militar tomó también la iniciativa de presentar nuevos proyectos. El Congreso les dio trámite bajo las designaciones 1203/2001-CR y 1204/2001-CR.

Todas estas iniciativas de reforma están condicionadas a los resultados de las discusiones y trámites orientados a revisar la Constitución. Por la Ley Nº 27600, la Comisión de Constitución del Parlamento fue encargada de revisar de manera integral la Constitución y proponer un proyecto de reforma total, tomando en consideración, en especial, la Constitución de 1979. Así mismo, hay que indicar que diversas propuestas se han planteado al respecto. Los Proyectos de Ley Nº. 267/2001-CR 607/2001-CR, Nº 611/2001-CR, 3534/2002, 3676/2002 proponen que se restituya la vigencia de la Constitución de 1979 y se declare la nulidad de la Constitución actual. Mientras que en los Proyectos de Ley Nº 1081/2001-CR y Nº 1514/2001-CR, se sostiene la imposibilidad de estos planteamientos y se exige la reforma integral de la misma. 946

En el Proyecto redactado por la Comisión de Constitución, Reglamento y acusaciones constitucionales del Congreso (2001/2002)[33], art. 201, se adopta una concepción bastante restrictiva de la competencia de la justicia militar, en reacción a los excesos que hasta ahora han sido cometidos. En dicha disposición se establece, primero, que "los miembros de las Fuerzas Armadas en actividad que cometan delitos estrictamente castrenses, están bajo la competencia de jueces especializados del Poder Judicial, de conformidad con la ley". La eficacia de esta restricción depende, por lo tanto, de la manera como se definan y regulen los "delitos militares". En la misma perspectiva de 947

[33] *Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución*, Lima 2002.

integrar el procesamiento de los responsables militares al sistema judicial ordinario y a cargo de jueces especializados, también se pueden insertar en el Código Penal común las disposiciones generales consideradas muy propias a los militares y, en una sección determinada, los tipos legales en los que se describan y sancionen los delitos castrenses.

948 En la misma disposición, se estatuye así mismo que el ámbito de las atribuciones de los jueces especializados en materia militar "no se extiende, en ningún caso, a los civiles" y que "corresponde a la Corte Suprema de Justicia revisar las resoluciones judiciales dictadas por dichos jueces, en los casos que establezca la ley".

2. Criterios de aplicación de la ley penal militar

949 De la manera como se denomina al Título Segundo del Libro Segundo del Código de Justicia Militar ("A quienes se extiende la jurisdicción militar", art. 318 ss.), se puede creer que se circunscribe al grupo de personas sometidas a esta legislación. Sin embargo, de la lectura de las diversas disposiciones de este Título, se percibe que la condición personal de militar sólo es uno de los criterios utilizados para estatuir cuándo se aplica dicho Código. En realidad, el factor decisivo es el hecho de que se cometa uno de los delitos previstos en la parte especial del mismo cuerpo legal. Criterio formal determinado por el amplio catálogo de infracciones, el cual no está determinado por la índole castrense de los comportamientos tenidos en cuenta. De modo que se amplía el dominio de aplicación de la ley penal militar a civiles[34]. Por último, se recurre al criterio del lugar donde ha sido cometido el delito.

a. Criterio personal

950 En el art. 319, inc. a, se utiliza una terminología equivocada para designar este concepto. Se dice en "razón del delito" y, luego, en el art. 320, se indica que por este motivo "la jurisdicción militar conoce de las causas seguidas [por delitos comprendidos en el mismo Códi-

[34] SAN MARTÍN, T. I, p. 168 s.

go] contra los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales y, en general, de cualquier otra fuerza dotada de armas que, militarmente organizada, se encuentre al servicio del Estado". El factor que se destaca no es la especificidad del delito cometido, sino la condición personal de militar. Esto es confirmado cuando, en los artículos 321 y siguientes, se enumeran quiénes son "militares para los efectos de este Código". Al respecto, hay que señalar la inconsecuencia con el criterio aplicado en la medida en que, por ejemplo, se asimila a la condición de militares a "los civiles por delitos de traición a la patria, en caso de guerra exterior; y por infracciones en la aplicación de la Ley de Servicio Militar" (art. 323). Pero la admisión del criterio personal implica aceptar que no existe un tipo de delito propiamente castrense, ya que la ley penal militar y la competencia de los órganos están determinados por el hecho de que un militar o policía cometa cualquiera de los delitos previstos en el Código, muchos de los cuales, no son delitos militares[35].

b. Criterio material

La expresión en "razón del delito" se refiere más bien al criterio de 951
orden material, consistente en determinar la aplicación de la ley en consideración de la índole militar de la conducta punible[36]. Esta especificidad del delito castrense es relacionada con el bien jurídico atacado, el cual debe ser individualizado teniendo en cuenta, por un lado, que el comportamiento incriminado debe constituir la violación de un deber de función y, por otro, que este deber supone el cumplimiento de tareas de una índole especial y propias a la actividad militar. Este no es, sin duda, el criterio aplicado en el Código militar, lo que es confirmado por el hecho que, en el art. 324, se amplíe la "jurisdicción militar" a los "delitos comunes cometidos en actos de servicio cuando agraviado e inculpado son militares". Así, se confirma una vez más que la idea es, sobre todo, establecer un foro personal en beneficio de los militares, que poca atención se ha dado al hecho de determinar qué comportamientos constituyen delitos militares y que no sólo se trata de señalar el ámbito de aplicación de la ley penal militar, sino también de prever cuándo

---

35 Cf. *infra*, Nº 958 ss.

36 SANDOVAL, p. 173 ss.; SAN MARTÍN, T. I, p. 165 ss.

los órganos judiciales militares juzgarán y sentenciarán aplicando la ley penal común.

c. Criterio del lugar de comisión

952 La poca importancia dada a la índole del delito se pone aún en evidencia cuando, en el art. 326, se prevé el criterio del lugar de comisión de la infracción. Se estatuye la competencia de la "jurisdicción militar" para los "delitos cometidos en plazas sitiadas o bloqueadas, cuarteles, campamentos, maestranzas, fábricas, talleres, centros de instrucción militar y demás establecimientos militares". De modo que poco importa la conducta punible que se cometa, lo determinante es la protección de los locales mencionados. No existe ninguna justificación para hacer de los establecimientos militares territorios cerrados para la jurisdicción común.

953 El criterio de la índole material del delito militar, comprendido de manera correcta, es el que más se adecua al sentido de la regla constitucional, la cual se refiere, repitámoslo, a delitos de función. La dificultad reside en determinar qué bienes deben ser considerados como militares o policiales. Al respecto sería inconveniente remitirse de manera amplia a "la moralidad, el orden y la disciplina" (art. II, del Título Preliminar de la Ley Orgánica de la Justicia Militar, modificado por la Ley Nº 26677) necesarios al buen funcionamiento de las instituciones militares y policiales. La interpretación debe ser restrictiva en el sentido de tener en cuenta los deberes estrictamente militares que deben ser violados para calificar el comportamiento de delito de función o delito militar. Como lo constataremos luego[37], pocos son los delitos enumerados en la parte especial del Código que responden a este criterio.

3. Noción de delito en la parte general del Código de Justicia Militar

954 Los alcances de la competencia penal de los órganos judiciales militares están muy relacionados con la manera como se comprenda la

[37] Cf. *infra* Nº 958 ss.

expresión "delito de función", utilizada en el art. 173 de la Constitución. El análisis debe abarcar tanto la cuestión referente a las características generales que debe reunir dicho delito de función, así como la relativa a los comportamientos específicos que son considerados como delitos militares. Con este fin resulta necesario indagar qué criterios han sido tenidos en cuenta al establecerse las características generales del delito (secciones I y II del Libro Primero del Código de Justicia Militar [parte general])[38], así como al estatuirse el catálogo de delitos (secciones III a IX del Libro Primero del mismo Código [parte especial]).

Según el art. 2 del Código, se "consideran delitos y faltas militares las infracciones previstas en este Código". Se trata de un criterio formal y vacío porque no dice qué deberes relativos a la función militar deben ser violados para que un comportamiento sea calificado como un delito sometido al fuero privativo. De este modo, se abren las puertas para que se comprenda en este fuero cualquier delito por el simple hecho de ser incorporado en la parte especial del Código de Justicia Militar. 955

Este defecto legislativo es acentuado por la manera como se establecen las condiciones de punición. Así, se estatuye que los delitos militares son intencionales o culposos (art. 4), se prevén las diferentes formas de participación delictuosa y de tentativa. Si, por la terminología empleada, parece que se trata de las mismas condiciones previstas en la parte general del Código penal común, lo cierto es que sus contenidos no son los mismos. Existen diferencias que son debidas al hecho de que la legislación penal militar permanece fiel al viejo modelo español, seguido en el Código de justicia militar de 1898 y, de esta manera, se ha mantenido ajena a la evolución de la legislación penal común, llevada a cabo, primero, mediante el abandono del modelo hispano del primer Código Penal republicano de 1863, al adoptarse el Código de 1924, copia de los proyectos suizos, y, después, al promulgarse el Código de 1991, inspirado en diversos modelos foráneos. 956

El esfuerzo realizado ha sido vano porque la noción general de delito sólo puede ser concebida de manera unitaria, ya que el delito militar es infracción penal en el mismo sentido de cualquier delito co- 957

[38] MEINI, 2002, p. 197 ss.

mún. El resultado es la situación absurda de que en nuestro país no se estatuyan, en el derecho penal común y en el militar, las mismas condiciones para fundamentar la privación o restricción de los derechos fundamentales a título de pena. Lo correcto y objetivo es que sean las mismas, salvo alguna excepción justificada por un aspecto muy particular. Sin embargo, estas raras particularidades no justifican, de ninguna manera, que se prevea una parte general integral en la legislación militar.

4. Catálogo de delitos en la parte especial del Código de Justicia Militar

958 El estudio de la parte especial tampoco permite afirmar que todos los delitos integrados en ella sean aquellos a los que se refiere la fórmula constitucional de "delito de función". Analicemos algunas disposiciones ante la imposibilidad de pasar revista a todas. De acuerdo a quien pueda ser el autor, estas disposiciones distinguen entre los delitos que pueden ser cometidos tanto por militares como por civiles y los que sólo pueden ser ejecutados por militares. Entre estos últimos cabe distinguir aquellos que son semejantes a los delitos comunes de los que son en particular castrenses.

959 Un ejemplo interesante de los primeros es el delito de traición a la patria (art. 78). Se considera autor de esta infracción a "todo peruano cuando practica cualquiera de los actos siguientes...", mientras que en el art. 325 del Código Penal común se dispone que lo es todo aquel que comete "un acto dirigido a...". De modo que el mismo delito es definido de manera diferente, lo que resulta contraproducente de manera general en función de la unidad y coherencia de la legislación penal y, de modo especial, en relación con el principio de la legalidad. Uno de los efectos negativos es que, según una interpretación restrictiva del art. 78, los extranjeros no podrían cometer traición a la patria; pero sería posible, sin dificultad alguna, de acuerdo con la disposición más general del art. 325 del Código común. Y como el inciso 2 del art. 78 agrava la pena cuando el autor es un militar, hay que concluir afirmando que la traición a la patria no es un delito de función militar propiamente dicho, ya que también pueden cometerlo los civiles que no ejercen función castrense. La situación de estos últimos resulta doblemente agravada, pues,

por un lado, son substraídos de su fuero propio para ser sometidos al militar y, por otro, se les aplica una disposición que define de manera más vaga la traición a la patria en comparación a la regulación causal del Código militar.

Un caso parecido es el del delito de espionaje, que es descrito de 960
manera diferente en los art. 81 del Código militar y 330 ss del Código Penal común. Situación que se complica, primero, porque puede ser cometido tanto por militares como por civiles y, segundo, porque en el art. 84 del Código militar se agrava la pena en el caso de los primeros estableciéndose que si el espía es un militar peruano su delito es considerado, "en todo tiempo, como traición a la patria". Entonces, se plantea la cuestión de saber por qué, en la disposición del Código militar, se comprende a los civiles, ya que éstos sólo hubieran podido ser sometidos al fuero privativo militar si el espionaje hubiera sido considerado, también para ellos, como traición a la patria. Por lo tanto, tampoco el espionaje es un delito castrense propio en el sentido constitucional.

Los delitos que, según el Código de Justicia Militar, sólo pueden ser 961
cometidos por militares son, casi en su totalidad, delitos previstos en el Código Penal común. Sin embargo, no son regulados de la misma manera. Las diferencias no se deben a que se hayan tenido en cuenta ciertas condiciones especiales para caracterizar los delitos militares, sino a que no se ha utilizado la misma técnica legislativa, ni los mismos criterios de fondo. Así, por ejemplo, el robo en el Código de Justicia Militar, art. 285, es descrito como el hecho de apoderarse, en provecho propio o ajeno, con violencia sobre la persona o fuerza en las cosas, de armas, municiones, o de cualquier bien mueble del Estado destinados al servicio y depositados bajo custodia de las autoridades militares. Mientras que en el art. 188 del Código Penal común, se dispone que hay robo sólo cuando el agente ejerce violencia sobre la víctima o la amenaza y no cuando practica violencia sobre las cosas. Nada justifica esta diferencia. Se explica porque en la ley militar se sigue repitiendo el viejo modelo hispano, abandonado hace tiempo en nuestra legislación penal común. Comentarios semejantes pueden hacerse respecto a muchos otros delitos, por ejemplo al secuestro, las falsificaciones. No cabe duda que se trata de las mismas conductas punibles. Esta superflua redundancia, agravada por la índole anacrónica de las disposiciones del Código de Justicia Militar, pone

en evidencia que dichos delitos militares, en realidad, no lo son tales. De modo que resulta imposible justificar esta duplicidad de normas.

962 Además, hay que destacar la desnaturalización de la represión de ciertos delitos reprimidos por el Código Penal común; a tal punto que resulta difícil explicar las razones que impulsaron a los redactores del Código militar. Por ejemplo, cómo justificar que se considere como "delito de insulto al superior" el hecho de matar al superior "en acto de servicio o con ocasión de él" y que el autor sea castigado con "internamiento" (art. 143).

963 En realidad, el homicidio cometido por un militar contra su superior es un homicidio agravado, como queda confirmado cuando, en el art. 144, se establece que la misma pena se impondrá si la muerte es ocasionada en otras circunstancias. ¿Cómo justificar esta agravante que equipara este homicidio con el asesinato del derecho común? Se puede pensar que es debido a que viola la disciplina militar ya que la Sección V, donde figura este delito, se intitula "Delitos que afectan la disciplina de los Institutos Armados". Pero lo mismo podría decirse cuando la víctima y homicida tienen el mismo grado. ¿Es acaso la vida de un militar más importante que la de un civil? ¿Por qué no se considera también la vida de los inferiores? ¿La del soldado de tropa? Sucede lo mismo cuando se califican como insulto al superior, art. 147, los casos de coacción al mismo, privarlo de la libertad, injuriarlo o calumniarlo y, de modo contrario al principio de la legalidad, "faltarle el respeto debido".

964 También resulta poco comprensible que se prevea, bajo el título de "Delitos de cobardía y contrarios al honor, decoro y deberes militares", la comisión de "actos deshonestos o contra natura con persona del mismo sexo, dentro o fuera del lugar militar" (art. 269); en el Código militar de 1898, se decía "crimen nefando". Se trata, en realidad, de la comisión de actos homosexuales. Como se alude a "persona", no está claro si sólo es asunto entre militares. La situación se complica porque en el párrafo 2 del art. 269, se regula el caso en que el autor coaccione o intimide a la víctima.

965 En cuanto a la pena, se presenta la situación siguiente: en la figura básica, si el autor es un oficial, la pena es la expulsión; mientras si es un individuo de tropa es la de prisión. En la forma agravada, si es oficial, la pena es la de prisión con la accesoria de expulsión. Si es miembro de la tropa, esta circunstancia se tendrá como atenuante.

¿Debe la homosexualidad considerarse como un delito propiamente militar? [39]

Por último, hay que admitir que son pocos los delitos que sólo pueden ser cometidos por militares en razón de su función. Entre éstos cabe señalar, por ejemplo, el abandono de servicio o de destino. Estos delitos no justifican, de modo alguno, que exista una parte especial autónoma en la legislación militar. 966

[39] De manera correcta, en la STC del 9 de mayo 2004, Exp. Nº 0023-2003-AI/TC, el artículo 269 del Código de Justicia Militar ha sido declarado inconstitucional.

Tercera parte

§ 9 Teoría de la infracción

I. Noción de teoría. II. Origen y evolución. 1. Concepción clásica. 2. Concepción neoclásica. 3. Concepción finalista. 4. Concepción funcionalista. III. Concepción francesa. IV. Influencias doctrinarias.

I. Noción de teoría

El término teoría[1] es utilizado por los juristas en general y, en particular, por los penalistas con bastante ligereza. Se tiene la impresión, muchas veces, que los juristas al presentar sus ideas bajo esta designación creen que explican un aspecto de la realidad, el funcionamiento o la naturaleza de una institución o de un concepto jurídico. Si fuera así, se tendría que aceptar el carácter científico de la teoría sobre la base de su mayor o menor concordancia con la realidad. 967

La teoría del delito aparece, por ejemplo, como la descripción de la infracción penal. De esta manera, la dogmática ofrecería una definición general válida y de necesaria aplicación a todo derecho positivo. Esta teoría, elaborada sobre la base de una ley penal concreta, debería ser aplicada a todas las demás[2]. Esto no podría ser de otra manera puesto que toda ley, para ser eficaz y justa, debe tener en cuenta la descripción objetiva establecida por la teoría. Esta aparente paradoja es ínsita a la dogmática penal[3]. 968

Al interior de la teoría del delito se han ideado otras teorías parciales; por ejemplo, la teoría de la culpabilidad. De esta manera, se habría logrado perfeccionar este instrumento conceptual, así como reforzar la idea de que no hay pena sin culpabilidad. Pero si bien es cierto que toda ley penal moderna consagra, más o menos de modo claro, el principio de la culpabilidad, es también evidente que no todas las leyes han sido formuladas de acuerdo con la misma teoría. 969

El hecho de que un código penal haya sido elaborado bajo la influencia de una concepción en particular, no significa que no pueda 970

---

1 NINO, 1974, p. 55 y 77 s.; CARRIÓ, 1976, p. 74; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 357 s.
2 JESCHECK/WEIGEND, § 21 II 1, GERMANN, 1942, p. 21.
3 HURTADO POZO, 1987b, p. 28 s.

ser interpretado con arreglo a una teoría distinta. Así por ejemplo, el Código Penal de 1924, de inspiración suiza, fue redactado en una época en la que predominaba la concepción causalista. Esto no impidió, sin embargo, que se interpretaran sus disposiciones a la luz de la concepción normativa o de la teoría finalista. De la misma manera el código vigente puede ser interpretado desde la perspectiva de la concepción funcionalista.

II. Origen y evolución

1. Concepción clásica

971 La teoría del delito, en el sentido que nosotros la estudiamos, es el fruto, sobre todo, de la elaboración doctrinaria llevada a cabo por los juristas alemanes. Su influencia se extiende, por un lado, a gran parte de los sistemas penales pertenecientes al derecho europeo continental, salvo la excepción notable de Francia y, por otro, a los sistemas penales de los países latinoamericanos, surgidos de los movimientos de independencia de la colonización española y portuguesa. En el caso de los países hispanohablantes, la recepción de las concepciones alemanas ha tenido lugar por intermedio de los juristas españoles y, en las últimas décadas, también de manera directa debido al progresivo aumento de juristas latinoamericanos que realizan estudios en Alemania. Debido a esta influencia, nuestro análisis tiene por objeto la teoría del delito marcada por la influencia germánica. La breve explicación de las doctrinas francesas tiene por finalidad mostrar que existen otras maneras de concebir las condiciones de la punibilidad.

972 En Alemania, la elaboración de la explicación moderna del delito comenzó a plasmarse a partir de finales del siglo XIX. Influenciados por el desarrollo de las ciencias explicativas, los penalistas de aquel entonces se esforzaron en descubrir los "elementos naturales" de la infracción. Las nociones utilizadas procedían de la física o de la biología[4]. En la historia de la ciencia, es necesario recordar, por ejemplo, que la química no tuvo el rango de ciencia sino con el descubrimiento del oxígeno por Lavoisier y con la elaboración de la noción de "elemento" químico. Las ciencias naturales lograron entonces devenir autónomas en relación con la filosofía natural (*Naturalphilosophie*).

[4] CERRONI, p. 29 s.

La filosofía botánica y la zoológica fueron reemplazadas por la botánica y la zoología; la alquimia por la química; etc. Esta evolución supuso la eliminación técnica de las "prenociones" mediante el recurso a la investigación experimental e histórica. La reconstrucción metodológica propuesta en la mitad del siglo XIX buscó otorgar a las ciencias humanas bases independientes de las de las ciencias naturales, pero inspirándose en su metodología.

En el campo de la teoría del delito, si hay que fijar un hito –ciertamente de modo más o menos arbitrario– es indispensable considerar, sin duda, la publicación del *Lehrbuch* de Franz von Liszt[5], que tuvo lugar diez años después de la entrada en vigor del Código Penal alemán de 1871. Refiriéndose a las ideas de Ihering[6], von Listz distinguió las nociones de culpabilidad y de antijuricidad. En 1906, Ernst von Beling[7] propuso un tercer elemento: la tipicidad. Desde entonces, la infracción es concebida como una acción humana (controlada por la voluntad), típica, ilícita y culpable. La acción fue entendida, desde una perspectiva sólo naturalista, como un movimiento corporal, causante de un resultado (cambio en el mundo exterior). Mediante la expresión "típica", se hacía referencia a la conformidad de la acción con la "descripción circunstanciada" del aspecto exterior u objetivo del acto incriminado en la norma penal (tipo legal, *Tatbestand*; tipicidad, *Tatbestandsmässigkeit*). Esta noción, sin embargo, es diferente a la que comprende el conjunto de condiciones requeridas por la ley penal[8] y que se asemeja a la noción francesa de "elemento legal de la infracción"[9]. Este último aporte fue, en su época, considerado como un descubrimiento revolucionario. La antijuricidad fue explicada con la ayuda del positivismo jurídico, el mismo que, junto con el positivismo científico sirvieron de base a la concepción de von Liszt. Según el primero, el derecho era concebido como el conjunto de normas promulgadas por el legislador. En esta perspectiva, para establecer el sentido de las disposiciones, mediante la interpretación, no era indispensable recurrir a valoraciones. El carácter ilícito del comportamiento fue entendido, en consecuencia, como la violación

973

5 1912; 1929.
6 IHERING, 1867.
7 BELING, 1906.
8 Cf. Nº 1059.
9 Cf. Nº 993 ss.

del derecho positivo. La culpabilidad, aspecto subjetivo del comportamiento (suceso físico exterior), se comprendió como la relación psicológica existente entre el autor y su acción. Se consideró, por un lado, a la imputabilidad (*Zurechnungs-fähgigkeit*) como su presupuesto psicológico y, por otro, al dolo (*Vorsatz*) y a la culpa (*Fahrlässigkeit*) como sus formas o especies. De esta manera, se distinguieron los elementos objetivos del delito (acción, tipicidad y antijuricidad) de los elementos subjetivos (imputabilidad y culpabilidad).

974 La descripción clásica del delito devino –conforme al sistema conceptual del positivismo jurídico[10]– en la tarea central de las investigaciones de los juristas. Su esquema (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) ha sobrevivido hasta ahora; pero el contenido de los conceptos ha sido modificado de manera significativa. Se puede decir que esta explicación clásica de la infracción proviene de la idea del positivismo que se caracteriza, respecto al análisis de los problemas jurídicos, por la utilización exclusiva de nociones de esta misma índole (*Begriffsjurisprudenz*). No obstante, el descrédito de esta primera doctrina se produjo a fines del siglo XIX e inicios del XX. Su abandono progresivo se debió, en primer lugar, a las críticas formuladas contra sus fundamentos filosóficos[11]. Éstas provenían de la llamada teoría neokantiana del conocimiento, cuya idea básica era la separación radical de la realidad (*Sein*) y del mundo normativo (*Sollen*). La primera conclusión extraída a partir de este criterio fue la constatación de que no se podía, de un análisis empírico de la realidad, establecer una medida normativa idónea para apreciarla valorativamente. La noción de delito fue, de esta manera, analizada en consideración con los fines axiológicos del derecho penal. Fines que la ley no prevé en su totalidad, en oposición a lo que pensaban los partidarios del positivismo jurídico.

2. Concepción neoclásica

975 La nueva definición del delito, denominada neoclásica o teleológica[12], se fundamenta en tres "descubrimientos" esenciales. Primero, en el

---

10 BOBBIO, p. 43; NINO, 1980b, p. 322 ss, en particular p. 325 s.

11 Cf. LARENZ, 1927, p. 82 s., RADBRUCH, 1974. Este autor sigue las ideas de LASK, 1902 y STÄMMLER, 1932.

12 Ver MEZGER, 1946. La expresión *teologische Verbrechenslehre* es utilizada por JESCHECK/WEIGEND, § 22 III 1.

ámbito de la tipicidad, el hallazgo de los elementos normativos y de los subjetivos[13] del tipo legal. Este cambio hizo posible superar la concepción de la jurisprudencia de los conceptos. Con este objeto, se tuvo en cuenta la idea del bien jurídico, la misma que se transformó en factor decisivo para la interpretación de la ley.

Segundo, en la constatación de que, en consideración a la finalidad de 976
las disposiciones penales, era indispensable concebir la antijuricidad[14] desde una perspectiva material, es decir, tener en cuenta el carácter dañino de la acción (violación tanto de los bienes jurídicos como de las normas). Lo que permitió modificar de modo substancial la manera de concebir las causas de justificación, en la medida en que dio lugar a la elaboración de criterios regulativos generales; por ejemplo, el del "medio adecuado para un fin justo", el del principio de "más provecho que perjuicio" y el de la "ponderación de bienes o deberes".

Tercero, en el reconocimiento del carácter normativo de la culpabili- 977
dad[15]: formación de una voluntad contraria al deber. Así, la culpabilidad fue concebida como un reproche contra quien actúa libremente contra el orden jurídico. De esta manera, se superaron los obstáculos encontrados por la explicación psicológica de la culpabilidad, base de la teoría clásica del delito, para comprender y justificar las circunstancias de exclusión de dicho elemento del delito y admitir la negligencia inconsciente. Una muestra evidente del abandono de la perspectiva positivista jurídica, en favor de la toma en consideración de criterios de valor, fue la admisión de la noción de la no exigibilidad como circunstancia supralegal de exclusión de la culpabilidad.

Los defectos de la doctrina neoclásica fueron criticados por los par- 978
tidarios de la teoría finalista[16]. A la distinción radical entre el mundo normativo y la realidad concreta defendida por el neokantismo, Hans Welzel opuso dos ideas básicas: primera, la de las "estructuras lógico-objetivas" previas a toda regulación jurídica y, segunda, la de la "naturaleza de las cosas". Según Welzel[17], el comportamiento humano orientado a un fin –en tanto constante antropológica– debe ser tenido en

---

13 Cf. *infra* Nº 1078 ss., 1180 ss.

14 Cf. *infra* Nº 1338 ss.

15 Cf. *infra* Nº 1573 ss.

16 WELZEL, 1964, p. 421; NIESE, 1951; PIOTTET, p. 385 s.; STRATENWERTH, 1965, p. 179 ss.

17 WELZEL, 1967, p. 30. Cf. Arthur KAUFMANN, 1966b.

cuenta por el legislador al elaborar las normas legales. Sobre la base de estas ideas fundamentales, Welzel producirá un cambio substancial en la sistemática de la teoría del delito.

3. Concepción finalista

979 Su idea clave es la referente a la acción humana[18]. Ésta es caracterizada en esencia por su estructura finalista, lo que supone que su autor tenga la capacidad de proponerse diferentes objetivos y de orientar su comportamiento hacia ellos. La capacidad del autor está en relación con sus posibilidades de prever las consecuencias de su acto y con el conocimiento que tiene de la causalidad.

980 Los criterios de Welzel implican variaciones esenciales en la sistemática de los elementos de la infracción. La tipicidad no es más concebida como la descripción objetiva del acto incriminado, sino que debe también comprender la finalidad con que éste es cometido para llegar a integrar sus aspectos necesarios. Por esto, resulta indispensable prever junto al tipo legal objetivo un tipo legal subjetivo.

981 De esta manera, en los delitos dolosos, la finalidad de la acción –que no es otra cosa que la intención o dolo– y los otros elementos de naturaleza subjetiva (por ejemplo, el móvil con el cual actúa el agente) devienen en partes integrantes del tipo legal subjetivo.

982 Las modificaciones en el ámbito de los delitos imprudentes han sido también importantes. La nueva estructura de la tipicidad hace necesario que se distinga con claridad entre los delitos dolosos y los culposos. La naturaleza ilícita de estos últimos no puede ser reducida al simple hecho de causar un resultado perjudicial para un tercero. Para superar esta deficiencia, los finalistas colocan en primer plano la violación del deber general de no dañar los intereses jurídicos de los demás.

983 La concepción finalista logra, de esta manera, eliminar de la noción de culpabilidad los elementos psicológicos que habían sido conservados por la doctrina neoclásica y cuyo origen se encuentra en las tesis positivistas. La culpabilidad es, en consecuencia, concebida sólo como un puro juicio de reproche expresado contra el autor del acto típico, ya que el dolo es desplazado hacia la tipicidad.

---

[18] Cf. *infra* Nº 1004 ss.

Estos cambios determinaron que se modificara la noción material de antijuricidad. Los elementos subjetivos fueron utilizados para destacar que no bastaba con tener en cuenta el carácter perjudicial de la acción (desvalor del resultado) sino que había que considerar, también, la actitud negativa del agente frente al orden jurídico (desvalor de la acción). Así, se llegó a dar una dimensión marcadamente subjetiva a la antijuricidad. 984

Además, el finalismo obligó a explicar, de manera autónoma, las infracciones de omisión, pues, su naturaleza especial exigía un análisis específico. En efecto, éstas constituyen siempre la no realización de un comportamiento exigido por el orden jurídico. La naturaleza normativa del comportamiento de omisión impone la revisión de cada uno de los elementos de la infracción. Los "descubrimientos" del finalismo permitieron, de alguna manera, la rectificación global de las imprecisiones y contradicciones propias del neoclacisismo. 985

4. Concepción funcionalista

La doctrina se ha desarrollado, sobre todo, de acuerdo con los criterios elaborados por la corriente neoclásica y la finalista. Cada vez más, los autores han adoptado la sistemática de la segunda; en particular, el desplazamiento del dolo de la culpabilidad a la tipicidad. Sin embargo, esto no significa que acepten siempre la teoría final de la acción. Esta actitud supone el rechazo de la idea de las categorías lógico objetivas y, al mismo tiempo, la aceptación de que no es posible comprender el sentido social de las acciones conforme a los tipos legales sin tener en cuenta el dolo con el que actúa el agente. 986

En los trabajos de estos últimos años, se percibe una renovación de la teoría del delito. La confrontación radical y estéril de las concepciones causalista y finalista ha sido superada. A partir de la convicción de que ninguna de ellas es suficiente para fundamentar todos los aspectos de la teoría del delito, se buscan nuevas perspectivas para tener en cuenta los aportes positivos de ambas corrientes. Entre los esfuerzos realizados en las últimas décadas merecen destacarse dos. El primero es, sobre todo, encabezado por Roxin[19]. Este autor califi- 987

[19] ROXIN, 1997a, § 7, Nº 24 ss.; 1972; cf. HASSEMER, 1974, p. 133 ss.; STRATENWERTH, 1982b, p. 30; SCHÜNEMANN, 1984, p. 45; LAMPE, 2003, p. 211 ss.

ca a su sistema de "racional-final o teleológico (funcional del Derecho penal)". Su objetivo es replantear, con la finalidad de establecer la unidad sistemática del derecho penal y la política criminal, las categorías tradicionales de la teoría del delito, sobre la base de criterios de política criminal desarrollados y orientados en función a los fines de la pena. Un ejemplo claro de esta orientación es la elaboración de las nociones de imputación objetiva[20] y de responsabilidad[21]. Mediante el primer concepto, se trata de sustituir el criterio lógico de causalidad por un conjunto de reglas destinadas a demostrar que el resultado puede ser imputado al autor cuando la producción de un peligro prohibido tiene lugar en el marco del fin de la protección de la norma. Criterio que implica un cambio significativo en la determinación de la tipicidad del comportamiento atribuido al agente. La noción de responsabilidad supone una ampliación de la culpabilidad, en tanto que necesidad preventiva de carácter general o especial de recurrir a la sanción penal. La culpabilidad sigue siendo considerada como factor indispensable para la imposición de penas. Un efecto importante de este planteamiento es el reemplazo del criterio tradicional de la no exigibilidad, como fundamento de la exclusión de la culpabilidad, por el criterio de la falta de necesidad, ya sea de orden preventivo general o preventivo especial, de la sanción represiva.

988 Las diversas críticas dirigidas contra la concepción de Roxin son de orden tanto general como particular. Así, se le objeta el hecho de situar su sistema dentro de la denominada corriente funcionalista. Recordando que el mismo Roxin admite, al sentar las bases de su sistema, que "se debe partir de la tesis de que un moderno sistema del derecho penal debe estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas"[22], se estima que debería denominársele "sistema teleológico-políticocriminal"[23] y, por tanto, no considerarlo como "funcionalista". Adoptar esta última perspectiva tendría como consecuencia oscurecer la exposición y debilitar la fuerza del sistema propuesto por Roxin. De manera más concreta, se le reprocha, por ejemplo, la vinculación que establece entre

---

20 Cf. *infra* Nº 1130 ss.

21 Cf. *infra* Nº 1553 ss.

22 ROXIN, 1997, § 7, Nº 52.

23 Cf. ROXIN, 1997, § 7, Nº 51 ss. En este sentido, la Política Criminal jugaría un papel decisivo de orientador del Derecho penal.

la culpabilidad y la idea de necesidad preventiva de pena. Lo que lo ha obligado a precisar mejor su pensamiento recurriendo a la prevención de reintegración, consistente en el "fortalecimiento de la conciencia jurídica general a través de la satisfacción del sentimiento jurídico". Según este criterio, sólo se hace responsable al autor por acciones que se puedan evitar individualmente.

La segunda tendencia, impulsada por Jakobs[24], se basa, por un lado, en el esquema, los principios y los conceptos de la teoría de los sistemas sociales desarrollada por Luhmann y, por otro, de manera cada vez más acentuada, en el idealismo alemán tradicional, representado sobre todo por Hegel[25]. Según el mencionado autor, las categorías conceptuales del derecho penal en general y, en particular, las de la teoría del delito sólo pueden ser precisadas en función de garantizar la "identidad normativa de la sociedad" y, por tanto, de las necesidades de la regulación jurídica (criterio sistémico). A diferencia de Roxin, quien orienta su sistemática hacia los fines preventivos de la pena según una concepción determinada de política criminal, Jakobs concibe el sistema penal como parte de un sector del sistema social, el mismo que tiende a mantener, mediante la pena, su configuración normativa ante los ataques constituidos por los delitos. Esta renovación de marcada connotación normativa de las categorías penales comporta abandonar todos los criterios ónticos de las teorías precedentes. 989

La idea de la prevención, concebida por Jakobs al explicar el fin de la pena, adquiere un papel decisivo en la determinación del sentido de los conceptos penales. Así, por ejemplo, la culpabilidad es explicada al interior de la prevención general, conforme a la idea de lo que es indispensable para el adiestramiento en la lealtad al derecho y sin tener en cuenta la capacidad individual del agente para actuar en un sentido determinado. Para comprender estos planteamientos, hay que tener en cuenta que Jakobs separa, por un lado, el objeto de la culpabilidad, el mismo que es percibido como la imputación objetiva del riesgo prohibido y su realización y, por otro, la misma culpabilidad en tanto imputación subjetiva. 990

El funcionalismo, en el sentido de Jakobs, tiene como pilar central la idea de que el derecho penal debe cumplir con la "función de man- 991

---

[24] JAKOBS, 1991, 1/27 ss., 35 ss.; LAMPE, 2003, 21 s.

[25] Cf. JAKOBS, 1995b, p. 844 ss.

tenimiento de la sociedad", sin orientación teleológica, ni valorativa[26]. El servicio brindado por el derecho penal consistiría en reaccionar contra los comportamientos que contradicen la identidad normativa de la sociedad. En esta perspectiva, la pena es concebida, "no sólo [como] un medio para el sustento de la identidad de la sociedad", sino ya como "el mismo mantenimiento". Así, la explicación es circular, opera dentro de un sistema jurídico, sin orientarse a finalidades valorativas (por ejemplo, de política criminal). Por esto, Jakobs llega a afirmar que "la pena significa ya [...] autoaseguramiento"[27].

992 Si bien estas nuevas corrientes influyen cada vez más los estudios penales[28], una explicación global de esta índole aún no ha logrado imponerse. Si esto sucederá y cuáles serían las ventajas que produciría son cuestiones a las que aún no se puede responder de manera tajante. Lo cierto es que constituye una nueva fase en la evolución de las ideas básicas de la teoría del delito. De manera que se trata de una nueva perspectiva de interpretación de las condiciones de la punibilidad. Sus resultados no podrán ser juzgados a partir de criterios de verdad o falsedad, sino más bien a partir de criterios normativos y de eficacia en la protección de los bienes jurídicos dentro de un estricto respeto de los derechos humanos y de los principios del Estado de derecho. La persona como objeto y fin del derecho penal no puede ser utilizada como un instrumento con miras a perfeccionar el sistema de control penal sobre todo represivo.

III. Concepción francesa

993 El peso de la influencia teutona es tan fuerte que los estudiosos nacionales desconocen en realidad las concepciones penales desarrolladas en otras latitudes y siguiendo una tradición jurídica propia. En razón a las fuentes legislativas de nuestra legislación penal sustantiva, resulta lógico que las obras consultadas sean las alemanas o las elabo-

---

26 Cf. JAKOBS, 1995b, p. 844.

27 JAKOBS, 1995b, p. 844.

28 En el Perú, entre los pocos jóvenes juristas que han estudiado y siguen más de cerca las tesis de JAKOBS destaca Percy GARCÍA, con su obra sobre parte general del derecho penal económico, 2003; así mismo José CARO JOHN, 2003a, p. 49 ss., Julio MAZUELOS, 2003, p. 147 ss.

radas en otros bajo la influencia de las ideas germánicas (en especial las españolas e italianas). Mirar lo que se hace en Francia, por ejemplo, es de gran interés para comprender mejor la labor de los juristas y la naturaleza de los resultados de su trabajo. Allí también existe, por ejemplo, una concepción global para explicar, partiendo de la legislación nacional, en qué consiste el delito. Se trata, en consecuencia, de estudios que constituyen la doctrina penal francesa o, en el lenguaje alemán, la ciencia o dogmática penal. A veces se ha pretendido negar el carácter científico de las concepciones francesas, por oposición a la dogmática alemana, que constituiría la verdadera ciencia. Esta manera estrecha de juzgar debe ser rechazada y las razones pueden deducirse del análisis que presentamos.

La noción de delito (*infraction*), elaborada por los juristas franceses[29], 994
recurre también al concepto de elementos[30], los cuales tienen diversos orígenes y han sido concebidos en períodos distintos. En una primera etapa, se afirmó que toda infracción estaba formada por dos partes: el hecho que constituía el aspecto material del delito y la intención, previa al hecho y determinante del elemento moral. Esta idea, inspirada por la filosofía cartesiana, supuso la distinción, en el sentido clásico, de la *imputatio facti* y de la *imputatio iuris*. Los juristas franceses lograron, por esta vía, sistematizar una concepción global del hecho punible. Según Jacques-Henri Robert[31], fue Victor Molinier quien, en 1851, inventó esta sistemática. Retomando las palabras del Presidente Barris, según Robert, Molinier afirmó: "Todo hecho incriminado y penado mediante la ley presenta dos elementos: un elemento material constituido por los actos externos; un elemento puramente moral, referente al autor y que constituye la culpabilidad".

A estos dos elementos se agregó con posterioridad el llamado "ele- 995
mento legal": la violación de la ley, como condición indispensable para la realización de la infracción. Así, ésta es definida basándose en el "célebre trío de elementos": legal, material y moral.

En la doctrina francesa, este análisis clásico ha sido aceptado en ge- 996
neral. Sin embargo, no se le ha dejado de criticar. Ciertos autores

---

[29] Descripción detallada, en DANA, p. 23 ss.
[30] DANA, p. 57 ss.
[31] ROBERT, Jacques-Henri, 1977, p. 273.

rechazan el elemento legal. Según ellos, en primer lugar, el hecho de admitirlo significaría que la ley es parte de la infracción. En segundo lugar, decir que es un elemento de la infracción, "no es más que una manera de hablar, y no la mejor para recordar el principio de la legalidad de las infracciones"[32].

997 Otros juristas[33], al mismo tiempo que excluían el elemento moral, agregaron a la noción de infracción el elemento injusto. Fue Garraud quien tomó la iniciativa al explicar, influenciado por las ideas germánicas, que la infracción comporta también la violación del bien jurídico protegido por la norma. En realidad, según Garraud, el elemento injusto no es sino una condición negativa: el acto incriminado es justificado por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho[34].

998 La negación del elemento moral de la infracción fue sin duda condicionada por el hecho de que los juristas consagraban al análisis de la personalidad del delincuente un capítulo separado[35] del dedicado al estudio de la infracción. La índole psicológica de dicho análisis hizo superfluo el análisis del elemento moral en tanto que factor constitutivo del delito.

999 El retorno al "trío de elementos" sólo fue posible gracias a una reestructuración del elemento moral. Con una parte del contenido perteneciente a éste (estudio de la irresponsabilidad y de los menores), se elaboró la teoría del delincuente, concebida de manera independiente de la teoría de la infracción. Los demás aspectos (dolo, error, coacción, etc.) fueron considerados como la materia del mismo. El desinterés de la doctrina por el citado elemento, en opinión de Robert, no fue sino "pasajero"[36].

1000 Valga citar, por último, a título de ejemplo la noción de infracción elaborada, a finales de la primera década de los años cincuenta, por Vidal y Magnol[37]. Estos autores decían que es "la violación de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, producto de un acto externo del hombre, positivo o negativo, socialmente

---

32 Vouin, p. 231.
33 Garraud, 1922, T. 2, Nº 433; 1934, p. 324 s.; Pradel, 2003, p. 270.
34 Garraud, 1922, T. 2, Nº 433; 1934, p. 324 s.
35 Pradel, 2003, p. 361 ss.
36 Robert, Jacques-Henri, 1977, p. 280.
37 Vidal/Magnol, I, p. 76.

imputable, no justificándose por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho y sancionado con una pena por la ley".

Las concepciones alemana y francesa del delito divergen claramente. 1001
Existen entre ellas, sin embargo, semejanzas en cuanto al método y las técnicas utilizadas para sistematizar las nociones obtenidas mediante la abstracción. No es sorprendente entonces que ambas formas de análisis hayan sido criticadas por un abuso del formalismo jurídico y, en consecuencia, por su rechazo a tener en cuenta la realidad social[38].

IV. Influencias doctrinarias

Resulta interesante observar que tanto los penalistas alemanes como 1002
los franceses se limitan a utilizar la bibliografía de sus propios países, sin recurrir a la del vecino; salvo en los autores que buscan dar a sus obras una coloración comparativa. No se trata, evidentemente, de un simple problema lingüístico, sino más bien del resultado de la historia y de la tradición cultural de cada uno de los países. Entre nosotros, como también en otras latitudes, lo característico es el recurso a fuentes de información diversas. Situación que puede ser comprendida como necesaria, si se tiene en cuenta la pobreza de la bibliografía nacional. Esta apertura hacia horizontes diferentes puede constituir una riqueza; pero puede revelar, también, un esnobismo: constituye nota distintiva y de prestigio el hecho de que un trabajo contenga citas de tratadistas germanos, lo que lleva a los autores a utilizar referencias indirectas y hasta citar en alemán sin conocer este idioma. Además, revela una actitud intelectual especial, consistente en abordar las obras doctrinales extranjeras sin tener en cuenta ni la legislación que les sirve de punto de partida, ni la legislación nacional que debe ser interpretada recurriendo a las doctrinas importadas.

Uno de los efectos negativos de esta actitud es que no se llega a desa- 1003
rrollar, de modo conveniente, un pensamiento propio, aunque modesto, que constituya el contexto doctrinal indispensable para la interpretación y aplicación de las disposiciones legales nacionales. Esta situación puede compararse a la que se presenta en el dominio de la

[38] ANCEL, 1981, p. 211, 215 s.

economía: la falta de una política adecuada necesaria para hacer funcionar y desarrollar el sistema económico del país. La jurisprudencia de los tribunales, en especial la de la Corte Suprema, no es publicada de manera regular y completa. Esto impide, a pesar de algunos esfuerzos particulares, por un lado, que se establezca un intercambio de ideas entre quienes aplican la ley y los que la comentan y, por otro, que existan criterios de interpretación y aplicación de las normas que orienten a las instancias inferiores. Las pocas obras publicadas, muchas veces, son ignoradas en el momento de hacer otras nuevas. De modo que no se da una continuidad en el esfuerzo de estructurar una doctrina que sea el resultado del análisis del derecho propio. Cada esfuerzo penal se transforma en una iniciativa que parte de cero, apoyándose en obras foráneas. Si bien éstas son indispensables para tener una idea cabal de la concepción doctrinal que inspira y fundamenta nuestro sistema penal, no deben dejarse de tener en cuenta los estudios referentes al derecho nacional. Además, se descuida la relación dialéctica que existe entre criterios de política criminal, redacción de leyes y aplicación de las mismas. El evitar estos errores constituye la condición básica para desarrollar los estudios de derecho penal.

§ 10 Acción

I. Introducción. II. Teorías: 1. Noción causal o natural de acción. 2. Noción finalista de acción. 3. Noción social de acción. 4. Noción personal de acción. 5. Noción negativa de acción. 6. Noción funcional de acción. 7. Situación actual. III. Legislación nacional. IV. Ausencia de acción.

I. Introducción

En el sistema tradicional del derecho penal europeo continental, el hecho punible siempre consiste en una acción humana. Por la influencia anglosajona, desde hace unas décadas ha comenzado ha admitirse la responsabilidad penal de las personas jurídicas o entidades colectivas. Esto significa un cambio sustancial, el mismo que se encuentra en pleno desarrollo y en una etapa de consolidación tanto a nivel nacional como internacional[1]. 1004

La reforma de 1991 ha mantenido el criterio de la exclusiva responsabilidad penal de las personas individuales. La referencia inicial de la reacción punitiva es, en consecuencia, la acción: hecho descrito en el tipo legal, objeto de la ilícitud penal y base de la declaración de responsabilidad del autor. El derecho penal es, en este sentido, un derecho de actos[2]. Resulta entonces necesario determinar qué factores hacen que un comportamiento humano sea una acción relevante para el derecho penal. 1005

La noción de acción debe cumplir tres funciones esenciales[3]. Primero, constituir el fundamento de todas las formas en que puede presentarse el obrar humano (acción de comisión o de omisión, dolosa o culposa). Segundo, servir de elemento vinculante para los demás aspectos del delito. Debe ser autónomo en relación con cada uno de éstos y, al mismo tiempo, punto de referencia constante. Así, la acción será calificada sucesivamente de acción típica, acción ilícita y acción culpable. Tercero, permitir excluir, sin considerar los límites establecidos en los tipos legales, los simples sentimientos o ideas, los 1006

---

1 Cf. *infra* Nº 1798 ss.

2 Villavicencio, 1990, p. 113.

3 Cf. Zaffaroni/Alagia/Slokar, 381 ss.

sucesos provocados por animales, los resultados causados por actos reflejos o automáticos, etc.

1007 Los esfuerzos[4] efectuados para elaborar la noción de acción se han materializado en las denominadas teorías de la acción y caracterizado, sobre todo, por el afán de determinar un factor específico.

II. Teorías

1. Noción causal o natural de acción

1008 Según esta concepción la acción es un movimiento corporal voluntario que causa o no impide una modificación del mundo exterior (resultado)[5]. Se trata, pues, de una comisión u omisión voluntaria. Su fase externa u objetiva supone el dominio sobre el cuerpo: activación o retención de los nervios motores. La "voluntariedad" constituye la fase interna o subjetiva[6].

1009 De acuerdo con este criterio, lo importante es determinar si la acción de comisión o de omisión concretiza la voluntad del agente[7]. Lo querido por el sujeto o, mejor dicho, el contenido de la voluntad no constituye un factor decisivo para saber si se da o no una acción, pero sí para determinar la forma de culpabilidad, que puede ser dolosa o culposa[8].

1010 Con el pasar del tiempo, este planteamiento original fue modificado. Así, Baumann[9], uno de sus principales representantes, afirmó que la acción sólo es conducta humana guiada por la voluntad, siendo superfluo que esté dirigida hacía un objetivo. Según su opinión, esta concepción únicamente puede ser calificada de "causal" si se considera que "la voluntad tiene que ser la causa de la conducta corporal". En esta perspectiva, se ha definido, también, la acción como un "comportamiento humano generalmente factible de ser controlado por la voluntad". Así mismo, se ha sostenido que basta concebirla como un

---

4 Villavicencio, 1990, p. 118.
5 von Liszt, 1912, p. 122 ss; Schultz, 1982b, T. I, p. 257 s.
6 Beling, 1930a, p. 14 ss.
7 Mezger, 1950, p. 12 ss.
8 Graven/Sträuli, p. 59.
9 Jürgen Baumann, 1973, p. 97; cf. Baumann/Weber/Mitsch, § 13 22 ss.; Heimann-Trosien, Einleitung Nº 31.

simple "comportamiento humano", sin hacer referencia a un factor común a los diversos tipos de acciones[10]. Por último, se ha afirmado que, en realidad, nadie ha sostenido la teoría causal en su estado puro, en la medida en que el elemento de voluntariedad ya se refiere, sin duda alguna, a la finalidad.

La teoría causal no logra explicar de manera conveniente los com- 1011
portamientos omisivos que no provocan un cambio en el mundo exterior, ni tampoco los casos en los que no existe un impulso de voluntad (las omisiones inconscientes o los olvidos). Por ejemplo, el chófer que se duerme conduciendo su vehículo y provoca un accidente, produciendo así la muerte de su acompañante. En consecuencia, la noción causal no cumple la función de servir de base a todos los tipos de delitos. Así mismo, la simple voluntariedad considerada como factor decisivo para delimitar el comportamiento no permite identificar con suficiente nitidez la acción respecto a los casos de actos reflejos o de reacciones automáticas. Además, en la medida en que es presentada como una noción acromática, termina siendo un concepto espectral y, por lo tanto, inútil como elemento vinculante de los demás elementos de la infracción[11].

La noción causal es demasiado amplia, ya que, por ejemplo, el hecho 1012
de lesionar a una persona podría ser considerado como una acción de matar debido a que la víctima muere tiempo después. A pesar del nombre que se le da ("causal o natural"), este criterio no describe, en realidad, la "naturaleza" de la acción. Se trata más bien de una noción normativa: la voluntariedad causal es elegida como nota distintiva a pesar de que no es propia sólo del comportamiento humano[12]. Éste puede ser, y de hecho es, considerado desde otras perspectivas.

2. Noción finalista de acción

Welzel[13], creador de esta concepción, partió de la idea de que la fu- 1013
sión entre elementos ónticos y axiológicos se encuentra en las "estructuras lógico-objetivas" del mundo (impregnado de sentido por la

---

10 DREHER/TRÖNDLE/FISCHER, vor §13, Nº 2 ss. Cf. WESSELS/BEULKE, Nº 93.
11 ROXIN, 1997, § 8 Nº 16.
12 ARTHUR KAUFMANN, 1966b, p. 94.
13 1961, p. 1 ss.

vida comunitaria). Describió dichas estructuras como constantes antropológicas que preceden al derecho y que el legislador no puede, por lo tanto, modificar: debe atenerse estrictamente a ellas. En su opinión, la estructura lógico-objetiva fundamental es, respecto al derecho penal, la acción humana, la cual se caracteriza, en particular, por estar orientada hacia un fin determinado. Toda persona es considerada capaz, gracias a su consciencia de la causalidad, de prever –en cierta medida– los efectos posibles de su actividad, proponerse el logro de diversos fines y de dirigirla, según un plan, hacia un objetivo previsto[14].

1014 La acción, según la teoría finalista, presenta dos fases. La primera se da en la mente del autor y comprende, por un lado, la selección del fin que quiere alcanzar y, por otro, la elección (con arreglo a su saber causal) de los medios necesarios para realizar dicho objetivo y el cálculo de los efectos concomitantes o accesorios que están vinculados a los factores causales considerados junto al logro del fin. La segunda fase se desarrolla en el mundo exterior y consiste en el hecho de que el agente, después de haber efectuado las operaciones antes señaladas, pone en movimiento, conforme a un plan, los medios (factores causales) elegidos con anterioridad. El resultado es el logro del objetivo y los efectos concomitantes comprendidos en el complejo total.

1015 Welzel[15] trata de aclarar su concepción mediante el siguiente ejemplo: Pedro y Pablo se proponen robar a Juan, inhabilitándolo antes para que no ofrezca resistencia. Con este fin, deciden –en un inicio– utilizar un cinturón para sujetar a la víctima por el cuello; luego, estimando que Juan podría morir asfixiado, proyectan aturdirlo golpeándolo con una cachiporra. Así, los autores han escogido una meta, seleccionado el medio idóneo y calculado los efectos concomitantes de su acto. Al pasar a la acción, no logran aturdir a la víctima golpeándola con la cachiporra; por eso recurren entonces al medio en el que habían pensado en primer lugar. Estrangulan a Juan con un cinturón hasta hacerle perder el conocimiento, dejándolo apretado en el cuello de la víctima. Cuando, después de haberse apoderado del botín, aflojan el cinturón, constatan que Juan ha fallecido asfixiado. En esta segunda fase, los delincuentes han concretizado su plan de robar a Juan después de haberlo reducido a la impotencia. Al modificar la direc-

---

[14] Welzel, 1969a, p. 33.
[15] Welzel, 1969a, p. 3.

ción originaria de su acción –destinada a evitar la muerte de la víctima–, han considerado los posibles efectos concomitantes como formando parte del resultado global a realizar para lograr su objetivo.

La finalidad, así comprendida, no es lo mismo que la voluntariedad 1016
destacada por la tesis causal. En oposición a ésta, el contenido de la voluntad, dirigida hacia la meta escogida y rectora del suceso causal, constituye la columna vertebral de la acción.

En el caso de los delitos dolosos, la voluntad de actuar orientada ha- 1017
cia un fin determinado (fundamento de la acción, finalidad), es identificada con el dolo (despojado de todo contenido ético), ya sea que se agote en éste o lo comprenda como parte de sí misma[16]. Así, pues, el dolo no es una forma de culpabilidad, sino un elemento subjetivo de la acción descrita en el tipo legal y, por lo tanto, del ilícito.

La idea esencial del finalismo es criticada con la afirmación según la 1018
cual la finalidad del comportamiento humano depende del sistema normativo. Son los objetivos de éste los que permiten caracterizar la finalidad de la acción. La noción de acción de la teoría finalista no sería, entonces, en contra de sus afirmaciones, una noción óntica y prejurídica, sino más bien una noción de carácter normativo. De modo que no se podría seguir recurriendo a la noción de "estructuras lógico-objetivas" para justificar el análisis de la infracción.

Respecto a esta manera de concebir la acción, se puede, en efecto, 1019
observar que las personas, aunque capaces de proponerse fines y de orientarse hacia ellos, no siempre actúan de esta manera. Es entonces exacto afirmar que "la acción final sólo es un tipo", un "modelo" de conducta humana, "una forma excepcional de acción"[17], pero no la regla general que ha de verificarse en todos los casos.

En los delitos de comisión (en particular, los de tránsito), la noción 1020
de finalidad no explica de modo suficiente el caso de los actos automáticos que constituyen un aspecto esencial de la conducción de vehículos de motor. Por ejemplo, cuando ante un suceso imprevisto se frena o gira el timón bruscamente, no hay control consciente del acto. Para superar esta dificultad, se habla de "finalidad inconsciente" (porque falta el momento voluntario en el sentido tradicional de

---

[16] BUSCH, 1949, p. 19.

[17] ARTHUR KAUFMANN, 1966b, p. 94, 108; cf. BOCKELMANN, 1979, p. 48.

la teoría de la acción) y, "no obstante su carácter inconsciente, se les considera acciones dirigidas de tal modo que pueden resultar conscientes"[18]. De esta manera, se trata de explicar que algunos actos inconscientes puedan ser dirigidos hacia un fin y que, sólo en la medida en que lo sean, deberían entonces ser comprendidos como objeto posible de la valoración jurídico penal. Esta explicación supone, en realidad, el abandono de la premisa fundamental del finalismo[19].

1021 El concepto finalista de la acción tampoco explica cabalmente la acción culposa. La meta del autor en estos casos constituye un proceso psicológico real referido a un resultado no previsto en un tipo legal (en general sin relevancia penal)[20]. Por esto, Welzel[21] calificó de finalidad real la de los delitos dolosos y de finalidad posible (potencial) la de los culposos. Por ejemplo, conducir un automóvil para llegar a un lugar determinado es una acción "realmente finalista"; y el atropello sobrevenido, a causa de una imprudencia del conductor, implica una "finalidad potencial" que condiciona la valoración jurídico-penal. Pero esta "finalidad potencial", por definición, no es una finalidad presente. En consecuencia, la finalidad no es el elemento específico común de los diferentes tipos de acciones[22].

1022 Para superar estas críticas, Welzel[23] se refirió a la noción de acción cibernética, pues este término se adecua más a la peculiaridad determinante de la acción (es decir, su dirección y encauzamiento). La acción sería entonces un suceso controlado por la voluntad. El factor control sería, por lo tanto, común a sus diferentes formas (comisión u omisión, dolosa o culposa), en la medida en que el comportamiento resultaría así identificado con la capacidad de actuar o permanecer corporalmente pasivo bajo la dirección de la voluntad orientada hacia un fin[24].

1023 En buena cuenta, hay que admitir que la "historia de la teoría finalista es la historia de sus diversos y cambiantes intentos para explicar los

---

18 Stratenwerth, 1974, p. 289.
19 Cf. Roxin, 1997, § 8, Nº 22 s.
20 Cf. Schultz, 1982b, T. I, p. 260 s.; Stratenwerth, 1996, § 7, Nº 8; Donatsch, 1987, p. 30 ss.; cf. Arthur Kaufmann, 1966b, p. 95.
21 Welzel, 1967, p. 124.
22 Roxin, 1997, § 8, Nº 20.
23 Welzel, 1975, p. 35.
24 Welzel, 1969a, p. 31.

delitos culposos"[25]. Si bien es cierto que la acción, en un comportamiento culposo, también es un comportamiento final, sin embargo su finalidad es irrelevante en el ámbito penal (por no constituir un perjuicio o peligro típico). Por consiguiente, ésta tampoco es objeto de las valoraciones penales (antijuricidad y culpabilidad)[26].

La noción finalista tampoco explica de modo satisfactorio la omi- 1024
sión. Si ésta es la causa del resultado, quien se abstiene no tiene relación de causalidad alguna que controlar y, por lo tanto, no actúa para alcanzar un fin determinado[27].

Señalemos, por último, que la teoría finalista también es criticada, 1025
por un lado, por concebir el dolo como algo natural (considerándolo sólo como fenómeno psicológico, intención) y, por otro, porque la manera como comprende la finalidad no permite explicar el denominado dolo eventual, en el que el agente no persigue alcanzar el resultado sino sólo lo asume[28].

La teoría finalista de la acción, en la actualidad, ha sido casi abando- 1026
nada[29]. Pero han sido conservados, en lo fundamental, su sistemática y diversos criterios propugnados por sus defensores. Por ejemplo, el análisis del dolo al nivel de la tipicidad, en oposición a la teoría causal que lo consideraba como una forma de culpabilidad. Así mismo, la afirmación de que lo ilícito está también determinado por la valoración negativa de la acción y no sólo por la valoración negativa del resultado como consideraban los partidarios de la tesis causal.

3. Noción social de acción

Según los partidarios de la concepción social, el criterio común que 1027
permite elaborar un concepto único de acción (comprensivo del hacer y del omitir) es el carácter socialmente relevante del comportamiento humano[30]. Este planteamiento constituye una solución intermedia entre los criterios ontológicos y los normativos puros.

---

25 ARTHUR KAUFMANN, 1966b, p. 95.
26 BOCKELMANN, 1979, p. 59.
27 HIRSCH, 1981, p. 851.
28 Cf. *infra* Nº 1205 ss.
29 SCHMIDHAÜSER, 1986, p. 116.
30 JESCHECK/WEIGEND, § 23 VI 1; MAURACH/ZIPF, § 16, Nº 13; WESSELS/BEULKE, Nº 91.

1028 Por comportamiento, según esta teoría[31], se entiende cada respuesta del ser humano a las exigencias del mundo circundante, conocidas o cognoscibles, mediante la realización de una de las posibilidades de acción que, de acuerdo con su libertad, tiene a su disposición. Esta respuesta puede consistir en la ejecución de una actividad final (orientada hacia un fin determinado); en la no realización (abstención) de un acto ordenado (no siempre por la ley); o, en ciertos casos límites, en la producción de un resultado mediante un hecho normalmente controlable (causalidad). El carácter socialmente importante del comportamiento humano implica la relación del individuo con su entorno, el cual es afectado por los efectos de su conducta. Por eso es necesario que ésta sea eficaz hacia el exterior. En el caso de la omisión, basta la no producción de los efectos que hubiese ocasionado la acción que debió ejecutarse. De esta manera, se intenta, corrigiendo las deficiencias de la noción causal, comprender las diversas formas de comportamientos.

1029 La tesis de la acción social –continuadora de la teoría causal– también es un criterio normativo que tiene que dejar de lado el substrato fáctico del comportamiento a fin de constituir una noción unitaria y general. Así, determinar la importancia de la acción supone adoptar un punto de referencia que es, por supuesto, de naturaleza normativa. Un ejemplo claro es el de las abstenciones. Esta forma de acción se explica sólo con referencia al comportamiento omitido; es decir se espera que alguien realice una acción determinada y esta expectativa está prevista por una norma.

1030 La buena aceptación que tuvo esta concepción se debió, sobre todo, al hecho de que respondía mejor a la búsqueda de un concepto que comprendiera las diversas formas de acciones (comportamientos activos o de omisión, dolosos o culposos). Sobre todo cuando sus defensores afirmaban que la nota específica de la acción era simplemente la circunstancia que constituía una respuesta a las diversas posibilidades de actuar.

1031 Este criterio no permite, sin embargo, excluir del campo punitivo sucesos que, bajo ciertas circunstancias tienen significación social, pero que deberían quedar fuera del Derecho penal; por ejemplo, los

---

[31] Jescheck/Weigend, § 23 VI 1.

actos reflejos, algunos hechos cometidos bajo la influencia de la fuerza física absoluta[32].

Además, la definición de lo que es "socialmente relevante" está en gran parte fundada o muy influenciada por la constatación de si el acto es o no conforme al tipo legal. Esto determina una relación de estrecha dependencia entre la noción de acción y la noción de tipicidad. Una acción puede ser típica o no, socialmente importante o insignificante: el criterio escogido por los defensores de la teoría de la acción social es, pues, una calidad propia a algunas conductas humanas, pero no el elemento común a todas ellas[33]. 1032

4. Noción personal de acción

Según Arthur Kaufmann[34], la "acción humana" es una configuración de la realidad llevada a cabo de manera responsable y plena de sentido mediante efectos causales que la voluntad puede dominar y que son, por lo tanto, imputables al autor. Sin embargo, es difícil imaginar que la omisión constituya una "configuración de la realidad" o, así mismo, admitir que la configuración del mundo practicada por un enfermo mental no constituya una acción por carecer de sentido y no ser responsable[35]. 1033

Roxin[36] ha tratado de sistematizar y completar los diferentes esfuerzos realizados desde esta perspectiva. Con este objeto, ha propuesto, según su propia terminología, un "concepto personal de la acción". Este concepto está basado en la afirmación según la cual el elemento específico de toda acción humana es el hecho de que ésta siempre constituye "una expresión de la personalidad". Es, pues, acción todo suceso que pueda ser atribuido a una persona en calidad de centro psíquico y espiritual de actividad. No lo son, por el contrario, aquellos que escapan al control de la instancia psíquica y espiritual y que corresponden más bien a la esfera sólo somática, instintiva, material del individuo (actos reflejos, hechos realizados en estado de delírium 1034

---

32 ROXIN, 1997, § 8, Nº 29; JAKOBS, 1991, I/12 ss., en particular, I/16 s.
33 Cf. STRATENWERTH, 1996, § 7, Nº 11.
34 1966b, p. 116.
35 ROXIN, 1997, § 8, Nº 47.
36 ROXIN, 1997, § 8, Nº 44 ss.

o inconsciencia, etc.). Tampoco constituyen acciones las ideas o los deseos, aunque pertenecen a la esfera psico-espiritual de una persona, mientras no se concreten en el mundo exterior.

1035 Según Roxin, este concepto de acción satisface plenamente la función de elemento básico de la noción de delito, así como también la de límite respecto a otros sucesos y la de vínculo de los demás elementos de la infracción. Respecto a la primera, el criterio de "expresión de la personalidad" no sólo permite identificar todos los tipos de acción penalmente relevantes (omisión, comisión, dolosa, culposa), sino también los que se encuentran fuera del ámbito del derecho penal[37]. En relación con la función de límite, además de las ideas y de los deseos, las actividades de las personas jurídicas no podrían ser consideradas como acciones cometidas por éstas (por carecer de instancia sico-espiritual) sino por sus "órganos", es decir, personas que actúan a nombre de las primeras. En relación con la función de elemento vinculante, el criterio personal lo cumple debidamente porque es conforme a la comprensión de la acción en un nivel previo al del derecho penal; lo que explica que la noción propuesta no se oriente hacia el naturalismo o el normativismo. Sin embargo, si bien es cierto que en general el hecho de averiguar si se trata o no de una acción es independiente de la conformidad del acto a un tipo legal, hay que admitir que se dan casos en los que la determinación de si existe o no una omisión depende de lo que disponga una disposición legal[38]. Pero esta constatación no priva de valor al criterio propuesto, puesto que un concepto de acción conforme a la realidad no debe encubrir los factores materiales sino permanecer abierto para tenerlos en cuenta. Corresponde a la realidad de la existencia humana que el sentido de las manifestaciones de la personalidad sean determinadas no sólo por elementos corporales y síquicos, sino también por categorías valorativas de orden privado, social o jurídico[39].

5. Noción negativa de acción

1036 Según esta teoría, la acción consiste en el hecho de no evitar lo que puede ser evitado, cuando se está obligado a actuar y se tiene la posi-

---

37 Roxin, 1997, § 8, Nº 53 ss.
38 Roxin, 1997, § 8, Nº 54 ss
39 Roxin, 1997, § 8, Nº 55 ss

bilidad de hacerlo[40]. Dicha obligación no concierne sólo a los delitos de omisión, sino también a los de comisión. En este último caso, consiste en evitar el peligro creado por la acción de comisión. Se considera el hecho de "no evitar" como el rasgo común de las dos formas básicas de acción.

Las críticas conciernen a este factor supuestamente compartido por 1037
las diversas formas de acción. Si bien puede aceptarse, en principio, que concierna a ambos casos, hay que destacar que no se presenta de la misma manera en el uno o en el otro. Respecto a la comisión, se trata de un "no no – hacer"; es decir, de un "no omitir". Mientras que en el caso de la omisión, se trata de un "no hacer"; dicho de otra manera, de una real omisión. Así, se considera frente a una "no omisión" (comisión) una "omisión". Esto va en contra de la unidad de la noción de acción. Este criterio tampoco cumple la función de vínculo en la medida en que la descripción de la comisión como un "no no – hacer" no concuerda con la manera cómo la acción es descrita en los tipos legales relativos a los delitos de comisión. Esta situación pone en evidencia un juicio negativo de valor que se confunde entonces con el expresado mediante la antijuricidad (ausencia de causa de justificación). Así mismo, se puede afirmar que los procesos intelectuales también pueden ser considerados como un "no evitar", de modo que la noción negativa de acción no es apropiada para excluir los sucesos que no deben ser considerados como acciones.

Según la noción negativa de acción, en el caso de la acción de comi- 1038
sión, el autor debía haberse abstenido de obrar. Tratándose de la omisión, debía haber intervenido realizando la acción esperada. Esta formulación constituye más bien una manera de afirmar que el acto es objetivamente imputable al agente, pero no es ésta una función de la noción de acción[41].

6. Noción funcional de acción

En el contexto de su concepción general del derecho penal, Jakobs 1039
considera que no es satisfactoria la idea dominante de considerar la

---

[40] HERZBERG, 1972, p. 177.
[41] ROXIN, 1997a, § 8, Nº 39.

acción como producción de un resultado que puede ser evitado individualmente. Destaca, en particular, dos objeciones contra esta manera de concebir la acción. Por un lado, señala que es incompleta por no comprender tanto las acciones sin resultado (tentativas) como las omisiones, debido a que no consisten en el hecho de evitar un resultado. Por otro, indica que dicha concepción sólo tiene en cuenta el aspecto "individual antropológico" del problema y, así, ignora su dimensión social[42].

1040 Jakobs busca establecer la noción de acción en derecho penal con referencia al sentido global del hecho, con la finalidad de dar unidad a la imputación penal (evitabilidad y culpabilidad). En forma parecida a la concepción negativa de acción, ésta es definida, en principio, como "comportamiento exterior evitable"[43]. La especificidad del concepto propuesto por Jakobs está determinada por su concepción general del derecho penal. En su opinión, como la finalidad del derecho penal es devolver a la norma defraudada por el comportamiento del agente, su estabilidad, la acción debe ser definida, entonces, como la "comunicación de un ciudadano" que defrauda una expectativa normativa de carácter esencial. Así, según Jakobs, la noción de acción tiene un contenido comunicativo-simbólico: el no reconocimiento de la vigencia de una norma mediante un comportamiento, ya sea de comisión o de omisión. El aspecto decisivo es el sentido jurídico-penal atribuible al comportamiento como quebrantamiento de una norma o defraudación de expectativas normativas esenciales. Con expresiones propias a Jakobs, la acción debe ser concebida como la "objetivación de la falta de reconocimiento de la vigencia de la norma"[44]. De esta manera, estima liberar a la noción de acción de las referencias a los fenómenos subjetivos del individuo; así como considerarla la culminación de un proceso de atribución de sentido según ciertos criterios normativos.

7. Situación actual

1041 Las discusiones dogmáticas han girado mucho tiempo en torno al problema de la acción. Desde hace pocos años, la intensidad del de-

---

[42] Jakobs, 1997, p. 111 s.
[43] Jakobs, 1974b, p, 307 ss.
[44] Jakobs, 1997, p. 118.

bate se ha amainado y se han adoptado nuevas perspectivas. Estas han girado en torno a consideraciones de política criminal. Un ejemplo claro es el planteamiento hecho por Roxin, consistente en revisar, en esta perspectiva, los conceptos tradicionales del derecho penal; así como, el interesante y complejo planteamiento de Jakobs.

En la sucinta exposición que hemos hecho de las diferentes concep- 1042
ciones sobre la acción, es posible observar que se tratan, en el fondo, de nociones elaboradas con la intervención decisiva de un elemento normativo. Es decir, que los hechos calificados como acciones, en el dominio del derecho penal, son finalmente aquellos considerados como tales por el sistema normativo jurídico. De modo que la acción no es el substrato general y previo de las categorías penales (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad). De la noción de acción causal (movimiento voluntario accionar) o de la noción de acción finalista (consideración óntica de la acción dirigida hacia una meta) no se pueden deducir, de modo simple, las características y los alcances de dichos elementos de la infracción. Es más bien con la ayuda de éstos que se logra determinar lo que para el derecho penal constituye una acción; ya sea una actividad dirigida hacia un fin, la producción causal de un resultado o el simple hecho de no hacer algo determinado. Esto resulta también cierto tanto en relación con la noción social, como con la concepción personal de la acción; respecto a esta última, Roxin ha tenido que aceptarlo aunque de manera limitada.

No se ha encontrado, pues, un concepto unitario, a pesar de los es- 1043
fuerzos realizados. Esto se debe a que las diversas maneras que reviste la actividad humana no puedan ser definidas globalmente y de modo neutro, salvo que se recurra a una fórmula vacua. La elaboración de un tal concepto resulta superflua[45]. Esto se deduce así mismo del hecho de que el legislador no fundamenta siempre la consecuencia penal en el mismo factor. Lo decisivo es saber cuándo un hecho es imputado normativamente a una persona concreta. Esta afirmación hace ver que el legislador tiene una gran libertad para vincular un determinado suceso con una sanción penal. Lo que explica que su proceder no siempre sea correcto y justo. Aquí entran en juego criterios tanto axiológicos como de política criminal que deben ser discutidos abiertamente.

---

[45] KAUFMANN, Arthur, 1974, p. 307 ss.; 1982, p. 21 ss.

1044 En esta perspectiva, puede ser más conveniente considerar la acción como una manifestación o expresión de la falta de respeto a la pretensión de validez de los bienes jurídicamente protegidos. Esta actitud del agente puede concretarse mediante un hacer o un omitir doloso o culposo. En el caso de la omisión, constituye una exteriorización de la personalidad del autor consistente en la representación de permanecer inactivo a pesar del peligro en que se encuentra el bien jurídico protegido. La referencia a un comportamiento real y a la actitud de no respetar la pretensión de validez de los bienes jurídicos revela la presencia de un aspecto objetivo y de otro normativo. Esto es conforme a la naturaleza del derecho que busca instaurar un estado de paz social en la comunidad, lo que supone una relación mínima entre el dominio a regular y el instrumento utilizado.

1045 De lo afirmado se pueden deducir dos consecuencias. La primera es de índole general: la caracterización de la infracción no está en definitiva condicionada por la determinación de la noción de acción, sino más bien por la manera cómo se concretizan las categorías de tipicidad, ilícito y culpabilidad. La segunda está más relacionada con la problemática de la acción: se trata de la importancia práctica de la función delimitadora que desempeña la noción de acción para eliminar los hechos sin importancia para el derecho penal. Sin embargo, cuando un acto reflejo o automático no es considerado como acción (por no ser en lo mínimo controlable), aún debe comprobarse si existe o no un comportamiento precedente que sea relevante para el derecho penal (omisión por parte de la persona concernida de las medidas necesarias para descartar el daño resultante del acto incontrolable)[46].

1046 Contra esta manera de presentar el problema, Roxin[47] estima que no es suficiente comenzar a construir el esquema del delito sobre la base de la "acción típica", pues, siempre se plantea la cuestión de saber qué es la acción. Esta constatación resulta evidente, pero no implica siempre que sea indispensable definirla según el método tradicional (género próximo y diferencia específica). Con respecto a los efectos del derecho penal, resulta más conveniente señalar los diferentes casos que, a pesar de su diversidad, pueden ser designados como acciones humanas. Esto es en principio posible recurriendo a los criterios normativos implícitos en las normas penales.

---

[46] Trechsel/Noll, p. 76.
[47] Roxin, 1997, § 8, Nº 42 s.

III. Legislación nacional

La terminología utilizada por el legislador para designar los comportamientos penalmente relevantes es variada e imprecisa, lo cual es una consecuencia inevitable de las deficiencias de la técnica legislativa empleada. Si bien su objetivo no es la precisión dogmática, bien pudo haber logrado sin embargo cierta uniformidad en los vocablos empleados, lo que hubiera redundado en favor de la claridad y precisión del texto legal. 1047

En el art. II del Título Preliminar, que consagra el principio de la legalidad, se habla de "acto". Pero se emplea el término "hecho" en el art. III del mismo Título, al prohibir la aplicación de la analogía. Esta diferencia de terminología puede explicarse de la manera siguiente: mediante el vocablo "acto" se hace referencia a los comportamientos antes de que sean descritos en un tipo legal. Por el contrario, la palabra "hecho" es utilizada para designar a los actos ya declarados punibles. Lo que estaría confirmado, primero, porque en el art. X se emplea la expresión "hechos punibles" al declararse aplicables los principios generales a las leyes especiales. Segundo, porque al regular las condiciones de punibilidad se agrupan las disposiciones concernidas bajo el título de "hecho punible". 1048

Esta terminología no resulta sin embargo coherente, pues, el término "hecho" no se refiere sólo a las acciones humanas sino también a todo suceso (fenómeno natural, comportamiento animal, etc.). Salvo, por supuesto, que ambos términos hayan sido comprendidos como sinónimos. A esto se debe aparentemente que, en el art. 72 CP que regula la aplicación de las medidas de seguridad, se diga: "el agente haya realizado un hecho previsto como delito". En realidad, mediante esta fórmula se hace referencia a un "hecho no punible", es decir, un acto que no constituye un delito y, por consiguiente, no puede ser la ocasión para imponer una pena. En este sentido, también hay que entender el texto del art. 20, inc. 1 CP, referente a la inimputabilidad, que dice: "facultad de comprender el carácter delictuoso [del] acto". Estas imprecisiones lingüísticas son sin embargo limitadas por la declaración contenida en el art. 11 CP, según el cual los delitos y las faltas son "las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley". Pero así se incurre en una nueva imprecisión: el término acción es empleado en el sentido de "acción positiva" (comisión). Con lo que debería volverse a pensar que el término genérico es "acto". 1049

1050 El empleo de la expresión "hecho punible" puede deberse a la influencia de la terminología germana: tanto en la doctrina como en la legislación alemanas se habla de "*Straftat*" (hecho punible). En el § 1 del derogado CP de Alemania, se definía al delito como un "*Tat*" (un hecho) y esto incitó sin duda a los juristas de este país a buscar una definición unitaria para toda forma de acción. Pero nuestro art. 11 que señala que hay dos tipos de comportamientos, "acciones" (mejor dicho comisiones) y "omisiones", constituye más bien una norma de origen español.

IV. Ausencia de acción

1051 En el art. 20, inc. 6 CP, se establece que esta exento de responsabilidad penal: "el que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza". Esta regulación es incompleta en el sentido de que la fuerza física irresistible, tal como se verá en seguida, no es la única causal que excluye la acción. En otras palabras, si se asume que es imprescindible que se prevean de modo expreso las causales que la eliminen, de igual manera como se reguló la fuerza física irresistible, se debió proceder con los estados de inconsciencia y los movimientos reflejos. Por el contrario, si se entiende que resulta prescindible establecer en el texto legal las causales que excluyen la acción, ni siquiera la previsión legislativa de la fuerza física irresistible tendría sentido.

1052 A partir del encabezado del art. 20 ("está exento de responsabilidad penal") no se puede afirmar que "el legislador confunde responsabilidad o culpabilidad con la ausencia de acción que enerva la tipicidad"[48], pues, tal como se analizará en detalle después[49], la acepción del término responsabilidad que se emplea en el art. 20 hace alusión a la necesidad de comprobar la concurrencia de los elementos de la teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y responsabilidad propiamente dicha) necesarios para sancionar a una persona por la comisión de una infracción. Luego, ante la presencia de alguna causal que excluya la tipicidad (acción), antijuridicidad o culpabililidad de las que prevé el art. 20, cabe decir que el sujeto no

[48] Como lo hace, por ejemplo, Villa Stein, p. 199.
[49] Cf. *infra* Nº 1553 ss.

es responsable en el sentido de que no se le impondrá una pena. De seguirse la interpretación que aquí se critica, habría que afirmar que el legislador confunde también la antijuridicidad con la culpabilidad cuando regula en el art. 20, inc. 3 la legítima defensa que, como se sabe, es una causa de justificación.

El suceso realizado bajo la influencia de una fuerza física irresistible[50] (prevista en el art. 20, inc. 6), no puede ser considerado como una acción. El violentado carece de voluntad; de hecho, es un instrumento ciego de quien ejerce la violencia. El resultado causado no es producto de su actividad. En realidad, la acción no le pertenece. Por ejemplo, si Pedro, hace bruscamente que Juana con su cuerpo rompa una vitrina, quien produce el daño al patrimonio ajeno es Pedro, y lo mismo da que se sirva del cuerpo de Juana o de una piedra. Por lo mismo, la simple coacción (*vis compulsiva*) no es suficiente, pues el coaccionado –a diferencia del sometido a una fuerza física irresistible– actúa con voluntad, aun cuando ésta padezca una deformación que la afecta de modo sustancial. Obra coaccionado quien hace o se abstiene de hacer algo por "miedo insuperable de un mal igual o mayor" (art. 20, inc. 7). 1053

No pueden ser calificados de acciones los movimientos reflejos que se presentan como una reacción inmediata, involuntaria, a un estímulo interno o externo; por ejemplo, convulsiones, vómitos y, en ciertas circunstancias, los movimientos instintivos de defensa. En estos casos, es necesario, por supuesto, que el movimiento sea de índole puramente somática y producido fuera de toda influencia de la voluntad[51]. 1054

Sin embargo, un acto automático interiorizado mediante el aprendizaje y el constante ejercicio constituye una acción a pesar de que sea efectuado sin ninguna o casi ninguna reflexión. El efecto penal se presenta, pues, cuando se trata de una reacción interiorizada o cuando ésta es inadecuada. Este tipo de actos es común a diversas actividades; por ejemplo, en la utilización de aparatos o vehículos (en caso de la conducción de automóviles, la reacción brusca ante un obstáculo inesperado)[52]. 1055

---

[50] Bramont Arias, 1966, p. 177 s.
[51] Roxin, 1997, § 8 Nº 66.
[52] Roxin, 1997, § 8 Nº 62.

1056 De la misma manera, no son acciones los movimientos llevados a cabo en estado inconsciente; por ejemplo, el sueño profundo producido por narcóticos o la embriaguez extrema debida al alcohol[53]. Estas últimas hipótesis deben ser analizadas según las circunstancias de cada caso particular. Lo decisivo es que el suceso aparezca como resultado de un accionar sin relación consciente con el mundo, de modo que no sea posible imputárselo a la persona concernida[54]. Si se trata de estados en los que la falta de conciencia no es total, sino que el agente sólo sufre una grave alteración de la misma, no puede decirse que no hay acción. Este estado puede afectar sólo la imputabilidad del agente, pero éste es perfectamente capaz de accionar (art. 20, inc.1). En relación con los actos realizados en estado hipnótico[55], se discute mucho. Algunos autores consideran que no existe acción y que el hipnotizado se convierte en un instrumento sin voluntad en poder del hipnotizador. Y este último se hace responsable, a título de autor mediato, de los actos delictivos cometidos por el primero.

1057 Por último, cuando se trate de constatar una circunstancia excluyente de la acción (movimiento reflejo, fuerza física irresistible, estados de inconsciencia), deberá siempre verificarse si el comportamiento inmediato anterior tiene importancia para el derecho penal. En el conocido ejemplo de la madre que causa, por asfixia, la muerte de su hijo recién nacido mientras duerme junto a él, no se puede decir que haya realizado una acción. Sin embargo, puede imputársele el acto de haber conservado, de manera consciente, al niño junto a ella, sin tomar las precauciones necesarias para evitar causarle daño (*actio libera in causa*).

---

53 En el Proyecto de CP de 1985, se estatuyó que no hay acción en caso "de sueño natural o provocado", "sugestión hipnótica" y "violencia física a la que (el autor) no haya podido resistir o sustraerse" (art. 11, pf. 1).

54 Roxin, 1997, § 8 Nº 70 ss.

55 Se planteaba ya la cuestión Arias, p. 83; Bramont Arias, 1966, p. 170; Villa Stein, p. 218.

§ 11 Tipicidad

I. Tipo legal. II. Tipo legal, bien jurídico y norma. III. Tipicidad y antijuricidad. 1. Ratio congnoscendi *y* ratio essendi *de la antijuricidad. 2. Elementos negativos del tipo legal. IV. Tipo legal objetivo. 1. Introducción. 2. Elementos descriptivos. 3. Elementos normativos. 4. Sujeto activo. 5. Objeto del delito. 6. Acción típica. 7. Relación de causalidad e imputación objetiva. a. Introducción. b. Teoría de la equivalencia de las condiciones. b.1. Descripción. b.2. Deficiencias. b.3. Criterios limitadores. b.4. Fórmula de la condición conforme a las leyes de la naturaleza. c. Teoría de la causalidad adecuada. d. Teoría de la relevancia. e. Teoría de la imputación objetiva. e.1. Introducción. e.2. Causalidad como base. e.3. Creación de riesgo no permitido. e.4. El agente responde por crear un peligro. e.5. Realización del riesgo no permitido. e.6. Riesgo prohibido por la norma. e.7. Delitos de peligro e imputación objetiva. f. Apreciación global. V. Tipo legal subjetivo. 1. Noción. 2. Dolo. 3. Elementos subjetivos. 4. Consciencia. 5. Voluntad. a. Dolo directo de primer grado. b. Dolo directo de segundo grado. c. Dolo eventual. c.1. Introducción. c.2. Prioridad al elemento intelectual. c.3. Prioridad al elemento voluntad. c.4. Doctrina mayoritaria. c.5. Diferencias con culpa consciente. c.6. Hipótesis posibles. c.7. Formas de dolo en relación con el momento de la decisión. VI. Error de tipo. 1. Generalidades. 2. Objeto del error. 3. Error vencible y error invencible. 4. Consciencia de la relación de causalidad. 5. Aberratio ictus. 6. Dolus generalis. 7. Error in obiecto.*

I. Tipo legal

Toda disposición jurídico-penal completa está constituida por dos partes: el precepto y la sanción. La primera contiene la descripción de la acción humana que el legislador declara punible. En este sentido restringido, se denomina tipo legal a tal descripción. Una de sus funciones es la de servir de base para sistematizar los demás elementos constitutivos del delito (*Systemtatbestand*)[1]. Por ejemplo, en el precepto del art. 106 el legislador incrimina el homicidio diciendo: "El que mata a otro..." y prevé como sanción que el homicida será sancionado "con pena privativa de libertad...". La conformidad de un comportamiento concreto (María mata a Pedro envenenándolo) con dicha descripción permite saber de qué delito se trata (homicidio). Este procedimiento constituye el primer paso para comprobar si el acto realizado constituye un hecho punible. 1058

En sentido amplio, el tipo legal es concebido como el conjunto de todos los presupuestos necesarios para aplicar una pena. Es decir, todas las circunstancias (antijuricidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad, etc.) que caracterizan las acciones punibles y que, por tanto, fundamentan la consecuencia jurídica. En este caso, se habla del llamado tipo de garantía (*Garantietatbestand*)[2], estudiado con ocasión del análisis del principio de legalidad[3]. 1059

En un inicio[4], el tipo legal fue concebido como la mera descripción objetiva de una conducta determinada, ajena a todo juicio de valor 1060

---

1 LACKNER/KÜHL, vor § 13 Nº 15; MAURACH/ZIPF, § 20 II Nº 40.

2 Cf. MAURACH/ZIPF, § 19 Nº 39; ROXIN, 1997, § 10 Nº 2; ENGISCH, 1954, p. 129; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 13 ss. Nº 43 s.

3 Ver *supra* Nº 1058.

4 BELING, 1906, p. 112, 145, 147; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 425 s.; POLAINO NAVARRETE, 2000 I, p. 403 ss.

jurídico. Los elementos subjetivos (intención, móviles) utilizados por el legislador para realizar tal descripción, eran entonces considerados como formas de culpabilidad. Desde esta perspectiva, constatar que la acción correspondía a un tipo legal no implicaba reproche alguno para el autor. Así, la muerte causada por un asesino (art. 107) era equiparada al fallecimiento de una persona por causa natural. La primera valoración de esta acción tenía lugar sólo al determinar que era contraria al orden jurídico.

1061 Esta concepción fue criticada por separar de manera radical los aspectos objetivo y subjetivo del delito. En contra de este criterio, se demostró[5] que no sólo la culpabilidad está determinada por la existencia de elementos subjetivos[6] sino que, muchas veces, éstos son decisivos para constatar el carácter ilícito del acto. En el caso del art. 159, por ejemplo, sólo teniendo en cuenta la subjetividad del comportamiento del autor puede determinarse si el hecho de penetrar en la casa del derechohabiente, sin su autorización, constituye violación de domicilio. De esta manera, dicha separación devino entonces tan difusa que resultó imposible equiparar el tipo objetivo a la antijuricidad.

1062 Esta evolución teórica culminó con el planteamiento de los representantes de la teoría finalista de la acción[7]. Partiendo de la afirmación según la cual la acción se caracteriza, sobretodo, por estar orientada hacia un fin determinado, ellos consideraron la intención como uno de sus elementos y, por tanto, del tipo legal. Por esta razón distinguieron, por un lado, un tipo objetivo, referido a la acción, resultado, sujetos activo y pasivo, etc. (*objektiver Tatbestand*) y, por otro, un tipo subjetivo, referido al dolo, móviles, etc. (*subjektiver Tatbestand*).

1063 Además, la percepción del tipo legal como una descripción carente de todo juicio de valor apareció incongruente al constatarse la presencia de elementos normativos en las descripciones legales de los comportamientos delictuosos. Mediante estos elementos, el legislador no sólo describe objetivamente el comportamiento punible, sino que fundamenta su carácter ilícito. Por ejemplo, la exigencia de que, en el caso del hurto (art. 185), la cosa sea ajena, expresa ya un juicio de valor

---

5 NAGLER, GRAF ZU DOHNA, MAX E. MAYER, SAUER y MEZGER.

6 MAYER M. E., p. 185 ss.; MEZGER, 1924, p. 205; IDEM, 1926, p. 13 ss.; GALLAS, 1955, p. 36.

7 WELZEL, 1969a, p. 64; NIESE, 1951 p. 9; ver *supra* Nº 1013 ss.

negativo respecto al acto de apropiación cometido por el agente. Si al comienzo[8], se atribuyó a estos elementos normativos una significación limitada y se estimó que formaban parte tanto del tipo legal como de la antijuricidad, su importancia fue muy pronto reconocida. Hoy en día se admite que hasta los denominados elementos objetivos tienen una dimensión normativa[9]. De modo que el tipo legal no puede concebirse más como puramente objetivo. Se trata más bien de una entidad normativa y conformada por elementos de diversa índole.

II. Tipo legal, bien jurídico y norma

Punto de partida e idea rectora de la elaboración del tipo legal es el bien jurídico[10], ya que es el lesionado de manera directa o puesto en peligro mediante las acciones delictuosas. Este papel central del bien jurídico se explica porque el legislador, al elaborar el tipo legal, utiliza elementos que están siempre relacionados con dicho bien. De allí que la determinación y el análisis del bien jurídico protegido por la ley constituyen excelentes medios para su interpretación. Además, éste facilita la clasificación de los delitos en la parte especial del Código Penal. 1064

La protección de los bienes jurídicos se realiza reforzando las pautas culturales que se manifiestan en forma de prohibiciones y de mandatos. En las disposiciones penales, estas prescripciones son estatuidas mediante la descripción de acciones. Por esto se afirma que en toda regla penal se halla incluida una norma prohibitiva o preceptiva. Por ejemplo, la acción (comisión u omisión) que realiza el tipo legal del art. 106 (matar a una persona) infringe la norma "no matarás", implícita en este precepto. Dicha acción constituye el fundamento material de lo que es ilícito. 1065

III. Tipicidad y antijuricidad

1. *Ratio congnoscendi y ratio essendi* de la antijuricidad

Cuando una acción reúne los requisitos señalados en un tipo legal, se dice que se conforma con el tipo, que es una acción típica. La 1066

---

8 MAYER, M. E., p. 184.

9 Ver *infra* Nº 1083.

10 JESCHECK/WEIGEND, § 26 I; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 13 ss. Nº 9.

característica de una acción de adecuarse a un tipo legal constituye la tipicidad (*Tatbestandsmässigkeit*). A la acción legislativa de elaborar un tipo legal, se le designa con el término tipificar.

1067 Mediante la elaboración del tipo legal (*stricto sensu*), el legislador distingue las acciones penalmente relevantes de aquellas otras que no lo son. Por esto se puede decir que como concepto de la teoría del delito y como grado de valoración, el tipo legal cumple una función discriminadora[11].

1068 La adecuación de un acto a la descripción legal implica la violación de la norma prohibitiva o preceptiva implícita en la disposición penal. Pero esto no significa todavía que dicho acto sea antijurídico. Estando conformado el ordenamiento jurídico no sólo de prohibiciones y mandatos, sino también de preceptos permisivos, es posible que un acto típico no sea ilícito. Por ejemplo, la muerte intencional de un hombre causada en legítima defensa, se adecua al tipo legal del art. 106 CP; pero no es antijurídica porque la norma del art. 20, inc. 3 CP la justifica. El carácter antijurídico de un acto típico se deduce, pues, de la combinación de normas prohibitivas y permisivas. Teniendo en cuenta que la conducta típica supone la violación de una norma y que, en buena cuenta, implica la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, se debe afirmar que el tipo legal constituye una valoración penal previa[12]. A su vez, ésta representa una señal que indica el límite de una norma prohibitiva sancionada penalmente[13] (por ejemplo, los alcances de la norma prohibitiva de matar una persona implícita al art. 106). El legislador señala en el tipo legal todos los elementos de los cuales se deduce de manera provisional la específica naturaleza prohibida de un comportamiento determinado. El tipo legal proporciona de esta manera un indicio, una presunción *juris tantum* de que el acto es antijurídico[14].

---

11 WESSELS/BEULKE, Nº 120; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 16 Nº 14.

12 WELZEL, 1969a, p. 47, p. 67.

13 JESCHECK/WEIGEND, § 26 I 2; LARENZ, 1980 p. 191. Este último autor afirma: "A los acontecimientos individuales, estados o demás 'datos' que –cada vez determinados de modo general– constituyen en suma –y lo constituyen en una conexión especialmente configurada– un supuesto de hecho, los llamamos elementos del supuesto de hecho".

14 Cf. MAURACH/ZIPF, § 24 I Nº 7 ss.; JESCHECK/WEIGEND, § 25 IV 2 b; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 13 ss. Nº 18; POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 408 ss.

En contra de este criterio[15], se ha sostenido que el carácter ilícito del comportamiento forma parte del tipo legal, de modo que la realización de este depende de que, dadas las circunstancias, se constate que es contrario al ordenamiento jurídico. De manera que el juicio de valor en que consiste la antijuricidad es ínsito al tipo legal. De donde se deduce que la comprobación de la tipicidad de la acción implica la constatación de su índole ilícita. En este sentido, la tipicidad es considerada el "fundamento real y de validez (*ratio essendi*) de la antijuricidad" y el delito como un acto "típicamente antijurídico..."[16]. Sin embargo, se admite, como lo hacen los partidarios de la noción de *ratio cognoscendi*, que el acto puede ser justificado, por lo que no es ilícito a pesar de su tipicidad[17]. De esta manera se incurre en una incoherencia, lo que ha permitido afirmar que esta concepción es sólo formalmente distinta a la que considera la tipicidad como un indicio de la antijuricidad[18]. 1069

La importancia de adoptar el criterio de la *ratio essendi* es más de orden sistemático que práctico, pues, hace posible el análisis escalonado de la teoría del delito. En el fondo, tanto esta opinión como la de la *ratio cognocendi* tienen algo significativo en común: cuando se considera un comportamiento adecuado a un tipo legal, se le valora negativamente. Esto significa que, a pesar de ser lícito en razón a una causa de justificación, no se le equipara al comportamiento sin relevancia penal por ser atípico. De esta manera, se está lejos de la concepción que equiparaba la muerte provocada por el asesino con la causada por un hecho natural; siendo la primera conforme a un tipo legal implica una apreciación negativa, ya que el tipo legal no es una descripción acromática del comportamiento incriminado. 1070

2. Elementos negativos del tipo legal

Según algunos autores[19], el tipo legal debe ser concebido como el conjunto de todas las circunstancias que determinan el carácter ilíci- 1071

---

15 MAYER M. E., p. 184 s.; MEZGER, 1926, p. 41 ss.; HAFTER p. 93 s.; SCHULTZ, 1982b, p. 146 s.; STRATENWERTH, 1996, § 8 Nº 14 ss.

16 MEZGER, 1946 I, p. 376.

17 MEZGER, 1946 I, p. 90.

18 WESSELS/BEULKE, Nº 122.

19 ENGISCH, 1958, p. 583; 1960, p. 406; ARTHUR KAUFMANN, 1983, p. 102; OTTO, 1998, § 5 III; GÜNTHER, en RUDOLPHI/HORN/SAMSON, *SK*, vor § 32 Nº 6 ss.; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 13 ss., Nº 15 ss.

to del hecho, es decir, tanto aquellas que constituyen su fundamento como aquellas que lo niegan (causas de justificación, por ejemplo). En consecuencia, al lado de los elementos positivos del tipo legal, se deben considerar los aspectos negativos correspondientes.

1072 De esta manera, niegan la diferencia valorativa entre la tipicidad y la antijuricidad. En su opinión, puesto que la constatación del carácter ilícito del acto sólo se logra después de haber comprobado su tipicidad además de la ausencia de causas de justificación, ambas categorías constituyen, en buena cuenta, una sola. Por esto, no se justifica que los elementos del tipo legal referentes a la antijuricidad y a las circunstancias excluyentes de ésta sean considerados separadamente en dos categorías diferentes. En consecuencia, ellos estiman que forman parte del tipo legal, junto a los elementos que deben presentarse (por ejemplo, respecto al hurto, art. 185, el hecho de sustraer, una cosa mueble ajena, el acto de apoderamiento, el deseo de enriquecerse), los elementos que no deben presentarse (por ejemplo, la ausencia de un estado de necesidad al hurtar la cosa). De modo que si esta circunstancia de justificación concurre, el acto no es conforme al tipo legal. Si estos elementos justificativos no han sido establecidos en cada uno de los tipos legales es, sólo, una cuestión de técnica legislativa. Por último, los partidarios de los elementos negativos del tipo legal concluyen proponiendo una sistemática de dos niveles: ilícito típico y culpabilidad; en oposición a la sistemática a tres niveles: tipicidad, ilícitud y culpabilidad.

1073 Muchos son los juristas que aceptan la idea de la teoría del delito a dos niveles. Esta concepción es sostenible tanto desde una perspectiva lógica como axiológica[20]. Los factores que fundamentan el carácter ilícito y aquellos que lo excluyen, en consideración a su índole y finalidad, pueden ser estimados como parte de una sola categoría. Además, la referencia a estos factores en los tipos legales no es siempre uniforme ni constante. Aparecen, muchas veces, sin distinción, como relativos a la tipicidad o al ilícito. El "provecho ilícito" necesario en caso de estafa (art. 196) constituye una alusión directa al ilícito, pero su ausencia excluye ya la tipicidad. En caso de coacción (art. 151), el actuar de acuerdo con la ley no sólo justifica el acto sino que impide que sea conforme al tipo legal.

---

[20] ROXIN, 1997, § 10 Nº 16.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la tipicidad y la antijuricidad tienen funciones diferentes, además de la que las une y que consiste en la determinación del carácter ilícito del comportamiento en cuestión[21]. La tipicidad, derivada directamente del principio de la legalidad, indica en abstracto, en general, cuáles son los actos incriminados. Constituye así un instrumento eficaz para influenciar la conciencia de las personas y desempeña por consiguiente un papel importante en la prevención general. Las causas de justificación se hallan en relación negativa con el ilícito, ya que su presencia determina la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico. Su efecto decisivo se da, en consecuencia, en relación con el caso concreto y no con el acto descrito de manera resumida y breve en el tipo legal. Las causas de justificación no son reguladas en relación con cada uno de los tipos legales, sino más bien apreciadas conforme a criterios generales de equidad, justicia y proporcionalidad. Su fuente es todo el ordenamiento jurídico y no sólo la ley penal. Estas constataciones justifican que se mantenga separada la tipicidad de la antijuricidad y se prefiera, por lo tanto, el análisis del delito a tres niveles (tipicidad, ilícito y culpabilidad)[22]. Por esto debe afirmarse[23] que la tipicidad es la *ratio essendi* del ilícito (constituido por el acto que es típico y antijurídico), pero sólo la *ratio cognoscendi* de la antijuricidad (ausencia de toda causa de justificación) en el caso concreto. 1074

IV. Tipo legal objetivo

1. Introducción

Si en la estructura del tipo legal se distinguen un aspecto de índole objetiva y otro de naturaleza subjetiva, esto no significa que sea el resultado de la suma de ambos. El tipo legal debe ser percibido, por el contrario, como una entidad única, puesto que la acción descrita tiene siempre una dimensión externa y otra interna. Además, los diversos factores que la conforman no pueden ser ubicados con facili- 1075

---

21 ROXIN, 1997, § 21 Nº 20.

22 ROXIN, 1997, § 21 Nº 23.

23 GALLAS, 1955, p. 23, nota 53a; JESCHECK/WEIGEND, § 21 III 1; MAURACH/ZIPF, § 24 Nº 1 ss.; RUDOLPHI, en RUDOLPHI/HORN/SAMSON, *SK*, AT, vor § 1 Nº 34, 37; WESSELS/BEULKE, Nº 123.

dad en uno u otro aspecto: lo subjetivo y lo objetivo del comportamiento humano están estrecha e indisolublemente vinculados. Por lo que resulta casi imposible una división concluyente del tipo legal en una parte objetiva y otra subjetiva.

1076 Como criterio práctico, puede considerarse que pertenecen al tipo objetivo, en particular, todas aquellas referencias que se hacen a lo que se encuentra fuera de la esfera psíquica del agente, a lo que no forma parte de su mundo interno[24]. De esta manera, se subraya que el aspecto objetivo del tipo legal no sólo se refiere a las circunstancias del mundo exterior que pueden ser aprehendidas directamente por la simple observación, sino también a aquellas, por ejemplo, que forman parte de la esfera interna de la víctima (la grave alteración de la conciencia que sufre la persona objeto de una violación presunta: art. 172) o a aquellas cuya apreciación exige una valoración jurídica, ética o social (el ser ajena y mueble la cosa objeto de un hurto: art. 185; la obscenidad del objeto del delito de ofensa al pudor público: art. 183)[25].

1077 Sin embargo no hay que olvidar, primero, que las referencias a las circunstancias externas del comportamiento suponen, con frecuencia, tener en cuenta la psiquis del agente (por ejemplo, respecto a la misma acción: matar, sustraer, defraudar). Segundo, que en algunas oportunidades se menciona de modo directo un fenómeno subjetivo propio a la persona del autor (por ejemplo, la emoción violenta en el homicidio pasional, art. 109).

2. Elementos descriptivos

1078 Como venimos de señalarlo, entre los elementos del tipo legal objetivo, se distinguen, en la doctrina, los elementos descriptivos de los normativos[26]. Esta diferenciación es importante en relación con la separación entre tipicidad y antijuricidad, así como con referencia al contenido del dolo.

---

[24] JESCHECK/WEIGEND, § 27 I 1; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor § 13 ss. Nº 62; WESSELS/BEULKE, Nº 136 ss.; GROPP, § 5 Nº 2 ss.

[25] RN Nº 2117-97 Lima, del 31 de marzo de 1998, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 153 s.

[26] POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 427 ss.

Los elementos descriptivos son conceptos tomados del lenguaje co- 1079
mún que se refieren a "determinados hechos, circunstancias, cosas, estados y procesos corporales o anímicos [ajenos al autor]" y que, caso por caso, deben ser "comprobados por el juez cognoscitivamente"[27]. Por ejemplo, "matar" (art. 106); "bien" (art. 185).

3. Elementos normativos

Los elementos normativos se refieren, por el contrario, a aquellos 1080
factores que sólo pueden ser determinados mediante una apreciación de valor[28]. Esta última puede tener un fundamento jurídico: así, la noción de "total o parcialmente ajeno" (art. 185), o de "funcionario público" (art. 377). En ciertos casos, reposa sobre la experiencia y sobre criterios morales y culturales, como el concepto de "carácter obsceno" (art. 183).

En otros casos, ciertos tipos legales contienen elementos muy ligados 1081
a la noción de antijuricidad. Para apreciarlos, el juez formula un verdadero juicio normativo. Jiménez de Asúa[29] estimaba que se trataban de "impaciencias del legislador" y que estos elementos normativos debían ser comprendidos de manera restrictiva. En su opinión, estos componentes dan al juez un poder muy grande, haciendo así demasiado elástica la definición legal. Estos elementos están indicados en las disposiciones legales por términos como: "ilegítimamente" (art. 185), "indebidamente" (art. 157), "sin derecho" (art. 159).

Con relación a la ilicitud, elemento del delito, es necesario tener en 1082
cuenta si el adjetivo "ilícito" o "antijurídico" se refiere a algún elemento singular del tipo legal (por ejemplo, art. 196: "el que se procura para sí o para otro un provecho ilícito") o al comportamiento descrito en su totalidad (por ejemplo, art. 152: "el que sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal..."). En el primer caso, se trata de un verdadero elemento del tipo; en el segundo, de una referencia superflua al carácter antijurídico de la acción.

---

27 TRECHSEL/NOLL, p. 75 s.; ROXIN, 1997, § 10 Nº 58; JESCHECK/WEIGEND, § 26 IV 1.

28 ENGISCH, 1954, p. 147; MEZGER, 1946 I, p. 388.

29 1964 III, p. 181; 1959, p. 257: "Es evidente que los elementos descriptivos del tipo legal consolidan la igualdad y la seguridad jurídicas; los elementos normativos por el contrario, las ponen en peligro".

1083 La distinción entre elementos descriptivos y normativos es bastante vaga y muy discutida[30]. En buena cuenta debe, más bien, hablarse de elementos preponderantemente descriptivos o normativos. El elemento "bien" del art. 185 no es sólo descriptivo, ya que el intérprete debe practicar un juicio de valor para fijar su amplitud.

4. Sujeto activo

1084 La mayor parte de las disposiciones de la parte especial del Código comienzan por la expresión: "el que..." para indicar al autor del delito. En consecuencia, cualquier persona puede obrar como sujeto activo, sin importar el sexo. Para abarcar mejor a las mujeres bien podría emplearse el término "quien", en lugar de "el que" (relativo a las personas de sexo masculino). Pocas son las disposiciones que prevén como ejecutantes del delito sólo a hombres o sólo a mujeres. Por ejemplo, el infanticidio puede ser cometido únicamente por la madre como autora principal; el tercero que interviene, según las circunstancias, será autor de homicidio o cómplice secundario.

1085 En algunas disposiciones, se circunscribe esta condición a un círculo determinado de personas. De acuerdo con la manera según la cual los tipos legales han sido elaborados, la calidad especial del autor está determinada, en primer lugar, por el hecho de que éste es titular de un deber especial y que lo viola mediante su comportamiento. Por ejemplo, en el caso de abuso de autoridad, sólo quien es funcionario público y, por tanto, portador del deber de función puede realizar el tipo penal del art. 376. El fundamento de la represión es la violación de dicho deber. A esta clase de infracción, se le denomina "delito especial propio" y no existe un delito común correlativo.

1086 La violación de un deber particular está prevista, a veces, como una circunstancia agravante de la pena. Así, en relación con la apropiación indebida cometida por quien obra en calidad de curador, tutor, albacea, etc. (art. 190, inc. 2). El tipo legal básico puede ser realizado por cualquiera a quien la víctima haya confiado un bien mueble. El carácter ilícito de este comportamiento se acentúa por el hecho de que, por ejemplo, el tutor, además de no respetar su deber general de devolver la cosa a quien se la había confiado, infringe su deber

[30] ROXIN, 1997, § 10 Nº 58.

específico como tal. Esta circunstancia justifica la pena mayor. En este caso, se habla de delito especial impropio.

En algunos tipos legales, el legislador determina quién puede ser autor de manera más o menos indirecta. Con este objeto, a veces, describe la situación de hecho o la relación entre las personas concernidas de la cual surge el deber especial; otras veces, se refiere al deber expresamente. Por ejemplo, la aceptación ilegal de un cargo público (art. 381, pf. 2) sólo puede ser cometida por quien, a pesar de que no cuenta con los requisitos legales, es designado por un funcionario público. 1087

5. Objeto del delito

Se trata de la persona o cosa sobre la cual recae la acción delictuosa[31]. Tratándose de personas, en algunos casos, el objeto del delito es, también, el titular del bien jurídico dañado o puesto en peligro. Por ejemplo, en los delitos contra la vida la acción recae sobre una persona viva, la misma a quien pertenece el derecho a la vida. En otros casos, ambos se distinguen con claridad; por ejemplo: en el hurto, la cosa mueble ajena y la persona que tiene el derecho de propiedad sobre la cosa. Así mismo, en el delito de corrupción de funcionarios, por ejemplo, el magistrado que recibe la propuesta de donativo, promesa o cualquier otra ventaja (art. 398) es el objeto del delito, pero no el titular del bien jurídico (administración pública). De esta manera, el legislador prevé condiciones particulares respecto a la persona que es el objeto del delito. Así, el caso del menor de edad respecto al delito de sustracción de menor (art. 147) o del comerciante y acreedor con relación a los delitos de insolvencia fraudulenta (art. 209 y ss.). 1088

6. Acción típica

El elemento esencial del aspecto objetivo del tipo legal consiste en un acto designado por el verbo principal de la descripción legal (por ejemplo: matar, apoderarse, no prestar ayuda, falsificar). El mismo es a veces precisado aludiendo a sus modalidades (ser ejecutado en territorio nacional: art. 336, 338), los medios utilizados (violencia o 1089

[31] STRATENWERTH, 1996, § 9 Nº 12; JESCHECK/WEIGEND, § 27 II 2; MAURACH/ZIPF, § 19 Nº 14 ss.

intimidación: art. 188, astucia o engaño: art. 196), el objeto del delito sobre el que recae la acción (persona: art. 106, bien mueble: art. 185, documento: art. 427).

1090 Según como el legislador ha descrito la acción, se distinguen diferentes clases de tipos legales[32]. A veces, el delito es descrito como el simple hecho de llevar a cabo una acción y, por tanto, sin tener en cuenta alguna modificación del mundo exterior fuera de la consistente en la misma ejecución del comportamiento. De conformidad con la primera hipótesis prevista en el art. 159, la violación de domicilio es consumada mediante la simple penetración, sin derecho, en morada o casa de negocio ajena. Para que se configure la bigamia basta que quien, estando casado, contraiga nuevo matrimonio (art. 139). El carácter ilícito de estos comportamientos está determinado por sus modalidades y las circunstancias en que son ejecutados. Debido a que se cometen por la mera ejecución, ya que el tipo legal no prevé un resultado, estas infracciones son designadas con el nombre de "delitos de pura actividad"[33].

1091 En gran número de casos, por el contrario, la acción es descrita en relación con la producción de un resultado determinado. Por tanto, para la realización del tipo legal debe producirse una modificación determinada del mundo exterior, física y cronológicamente separada de la misma acción. Por esto, se denomina "delitos de resultado"[34] a este tipo de infracciones. El resultado puede consistir en la destrucción del objeto del delito (la persona viva en el homicidio, art. 106 y ss.; el bien mueble o inmueble ajeno en los daños contra la propiedad, art. 205) o en la creación de una situación de peligro concreta (la exposición a peligro de muerte o grave e inminente daño, art. 125). El carácter ilícito del comportamiento prohibido está determinado tanto por la acción (golpear, apuñalar, destruir, inutilizar) como por el resultado (muerte y perjuicios materiales). Constituyen elementos del aspecto objetivo del tipo legal, tanto el resultado como el nexo de causalidad y la imputación objetiva[35] de dicho resultado al autor.

---

32 POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 433 ss.

33 ACALÉ, 2003, p. 74 ss.

34 JESCHECK/WEIGEND, § 26 II 1 a; ROXIN, 1997, § 10 Nº 102; WESSELS/BEULKE, Nº 22; JAKOBS, 1991, 6/78. Cf. LAURENZO COPELLO.

35 Cf. *infra* Nº 1130 ss.

En estos ejemplos, se percibe sin gran esfuerzo en qué consiste el resultado porque el tipo legal determina de modo bastante claro el objeto del delito: la persona viva y el bien mueble o inmueble. Este objeto debe ser distinguido de los bienes jurídicos correspondientes: vida y patrimonio. Es menos fácil cuando el bien jurídico carece de base material; por ejemplo, los delitos contra el honor cuyo fundamento ("base material") es la dignidad de la persona. En caso de la injuria (art. 130), por ejemplo, el tipo legal no se agota en la sola ejecución de la acción (escribir una nota insultante), sino que las expresiones escritas deben ser conocidas y comprendidas por el destinatario, pues, sólo así se explica que se ofenda o ultraje. Sólo entonces, el tipo legal es realizado de manera plena. Desde este punto de vista, el resultado es siempre determinado según el sentido del tipo legal. Así, puede ser definido como todo efecto del comportamiento incriminado, previsto en el tipo legal y que se distingue físicamente de la misma acción (el perjuicio o puesta en peligro concreto del objeto del delito). De modo que el criterio de referencia no puede ser el bien jurídico, pues, si por efecto y consecuencia de un hecho se entendiera su menoscabo, todo delito sería de resultado, puesto que los delitos de pura actividad también atacan a los bienes jurídicos. Esta agresión se comprende más bien como la relación entre la acción típica y la exigencia de respetar el bien jurídico protegido por la disposición penal (por ejemplo, el cuestionamiento de la pretensión de conservar la integridad corporal como una condición para vivir en libertad). 1092

En cuanto a los efectos de la acción sobre el objeto del delito, se distingue entre delitos de lesión y delitos de peligro[36]. En los primeros, dicho objeto debe ser dañado (muerte o lesiones de una persona, destrucción o inutilización de una cosa, incendio de un inmueble). Respecto a los segundos, es suficiente que el agente mediante su acción cree un riesgo para el objeto del delito. Esta situación puede tratarse, según los tipos legales en cuestión, de una presunción consistente en considerar que la acción en sí misma es un comportamiento riesgoso y que, en consecuencia, basta su ejecución para con- 1093

---

[36] STRATENWERTH, 1996, § 9 Nº 15; JESCHECK/WEIGEND, § 26 II 2; MAURACH/ZIPF, § 20 Nº 31; ROXIN, 1997, § 10 Nº 122 ss.; WESSELS/BEULKE, Nº 27 ss.; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 13 ss. Nº 129 Cf. *infra* Nº 1987 ss.

siderar realizado el tipo legal. En éste, no se prevé la situación de peligro, distinta a la misma acción, como un elemento constitutivo de la infracción, la cual es calificada de "delito de peligro abstracto". Por el contrario, cuando la creación del peligro está prevista en el tipo legal, éste no será consumado sino hasta que la acción haya producido una situación de la cual pueda derivarse un perjuicio para el objeto de la infracción. Se habla entonces de "delito de peligro concreto". Un ejemplo de este último, es la exposición o abandono de personas en peligro (art. 125), así como la creación de un peligro común mediante incendio (art. 273). La omisión de auxilio de personas heridas o en peligro (art. 127) es, por el contrario, un delito de peligro abstracto.

1094 Si se consideran las formas fundamentales de la conducta humana, se distinguen los delitos de comisión de los de omisión; según que la realización del tipo legal consista en la ejecución de un acto que viola una norma prohibitiva o en la no ejecución de un comportamiento esperado. Además, hay que diferenciar los delitos de omisión y los de omisión impropia (art. 13)[37]. Los primeros son delitos de pura actividad, ya que en el tipo legal no se hace referencia a la "consecuencia" de la omisión. Los segundos, denominados también delitos de comisión por omisión, son delitos materiales que consisten en no evitar la producción de un resultado: mediante la violación de una norma preceptiva se infringe una norma prohibitiva. Por ejemplo, la madre que mata a su hijo recién nacido mediante inanición (art. 106, en concordancia con el art. 13).

1095 De índole substancial es también la distinción que se hace entre delitos dolosos y culposos. Antes diferenciados en razón de la culpabilidad, ahora son considerados como dos formas específicas de comportamientos delictuosos. Por regla general, sólo se reprimen los delitos dolosos, esto es, aquellos que son cometidos con conciencia y voluntad[38]. En casos excepcionales, cuando la ley lo declara de modo expreso, se pena a quien actuó culposamente (art. 12)[39]. Al lado de estas formas básicas, se han considerado los denominados delitos preterintencionales. Estos últimos, se caracterizan por la realización

---

37 Ver *infra* Nº 1928 ss.
38 Ver *infra* Nº 1171 ss.
39 Ver *infra* Nº 1839 ss.

de un acto doloso seguido por la producción culposa de un resultado más grave. Por ejemplo, las lesiones graves seguidas de muerte (art. 121, pf. final), el aborto consentido o no, seguido de muerte de la madre (art. 115, pf. 2 y 116, pf. 2). Estas formas sobrevivientes de la responsabilidad objetiva deben ser derogadas[40], pues, en la práctica sirven para desvirtuar el principio *in dubio pro reo*. Considerando que no basta imponer una pena sólo por el delito que se quiso cometer y no pudiendo sancionar por el resultado más grave por falta de pruebas fehacientes, se prefiere, aprovechando indebidamente la facilidad brindada mediante la preterintención, agravar la pena imputando una culpa no demostrada respecto al resultado causado pero no querido. Se trata, en realidad, de aplicar de manera correcta las reglas sobre el concurso de infracciones (concurso ideal entre el delito doloso y el delito culposo, art. 48).

Según la calidad del sujeto que realiza la acción, al lado del gran 1096
número de los delitos que pueden ser cometidos por toda persona (delitos comunes), hay que considerar los delitos especiales (*delictum propium*) y los delitos de propia mano. En los delitos especiales[41], según lo expuesto antes, la autoría está limitada a un determinado grupo de personas (militares, funcionarios, eclesiásticos, etc.); por ejemplo, los delitos cometidos por los funcionarios: abuso de autoridad (art. 376 y ss.), concusión (art. 382 y ss.), peculado (art. 387 y ss.), corrupción activa (art. 393 y ss.). Los delitos de propia mano[42] sólo pueden ser cometidos por la persona indicada en el tipo legal como autor. Esto supone que el sujeto activo intervenga corporalmente en la realización de la acción (conducir un vehículo motorizado en estado de ebriedad, art. 274), que actúe personalmente (prevaricato, art. 418) o que manifieste una declaración (*Aussagedelikte*) (falso testimonio, art. 409). Por consiguiente, esto significa que sólo dicha persona puede violar la prohibición o desobedecer el mandato del orden jurídico. Esta noción es útil para explicar que en ese tipo de delitos

---

40 DIEZ RIPOLLÉS, 1983, 112 ss.

41 STRATENWERTH, 1996, § 9 N 5; JESCHECK/WEIGEND, §. 26 II 6; ROXIN, 1997, § 10 Nº 128 s. Cf. STC Nº 106-97 Lima, del 18 de diciembre de 1997, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 123 (ver Dictamen del Ministerio Público); ES del 4 de octubre de 1996. Exp. Nº 3299-94-B Lima, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 125.

42 STRATENWERTH, 1996, § 13 Nº 17 s.; cf. MAURACH/ZIPF, § 21 Nº 3 s.; SCHULTZ, 1982b, p. 137, 284; JESCHECK/WEIGEND, § 26 II 6; WESSELS/BEULKE, Nº 40.

sólo pueden ser autor, coautor o autor mediato quienes pertenecen al círculo de autores previsto en el tipo legal (*intraneus*). Para precisar lo explicado, es oportuno señalar que no constituyen delitos de propia mano, por ejemplo, la violación (art. 170) o el aborto cometido por la propia mujer encinta (art. 114). En este último caso, la condición de mujer embarazada sólo es una circunstancia atenuante de esta infracción que puede ser cometida por toda persona. En cuanto a la violación, basta que cualquiera realice (aun una mujer) uno de los elementos del tipo legal (ejercer violencia sobre la víctima) para que, conforme a las circunstancias del caso concreto, pueda ser considerada como coautor.

1097 Se distingue también entre delito de estado y delito permanente[43]. El primero es consumado con la simple realización de la acción y la creación de la situación ilícita, la misma que perdura sin que vuelva necesariamente a intervenir el agente. Ejemplos típicos son el homicidio, art. 106 (consumado con la muerte de la víctima); la bigamia, art. 139 (consumada con la contracción del segundo matrimonio); los daños contra el patrimonio, art. 205 (consumado con el hecho de destruir o inutilizar un bien mueble o inmueble ajeno). El delito permanente consiste en que el agente no sólo crea la situación ilícita sino que además ésta se mantiene mientras él prosigue voluntariamente realizando la acción; por ejemplo, el secuestro (art. 152) y la violación de domicilio (art. 159, segunda hipótesis). El secuestro dura tanto tiempo como el agente mantiene la víctima privada de su libertad y la violación de domicilio todo el tiempo que el agente permanece en el domicilio de la víctima en contra de la demanda de ésta para que se retire. La participación criminal es posible mientras continúa la acción delictuosa y el plazo de prescripción de la acción penal comienza a contarse a partir del momento en que el agente termina de obrar (art. 82, inc. 4).

1098 De acuerdo al número de bienes jurídicos protegidos[44] con el tipo legal, hay delitos simples (un solo bien jurídico es tomado en consideración; ejemplo, la vida en caso del homicidio, art. 106) y delitos complejos (varios bienes jurídicos, a niveles diferentes, son objeto de la protección penal; por ejemplo, el patrimonio, la libertad, la vida o la salud, art. 189, robo).

---

[43] Cf. JESCHECK/WEIGEND, § 26 II 2 a; WESSELS/BEULKE, Nº 31 ss.

[44] ROXIN, 1997, § 10 Nº 125.

En relación con el número de acciones descritas en el tipo legal, se habla[45], primero, de tipos simples: en ellos se describe una sola acción, como sucede por ejemplo con la apropiación ilícita de un bien (art. 192) y la bigamia (art. 139). Segundo, de tipos alternativos: en cada uno de ellos se describen diversas acciones. La sanción es impuesta al autor de cualquiera de éstas. Gramaticalmente, estos tipos quedan caracterizados casi siempre por el empleo de la conjunción disyuntiva "o" que aparece entre los verbos rectores o las diferentes conductas[46]; por ejemplo, el delito de receptación (art. 194, adquirir, recibir en donación o en prenda o guardar o esconder, vender o ayudar a negociar). Tercero, de tipos acumulativos: en éstos se describe la acción delictuosa como constituida por varias conductas que deben ser cometidas conjuntamente para que la sanción se imponga. Es el caso del delito de terrorismo, previsto en el art. 2 del DL 25475. El agente debe, por ejemplo, alarmar a la población, realizar actos contra la vida y emplear artefactos explosivos. 1099

Considerando que las disposiciones penales de la parte especial del Código no son independientes unas de otras, sino que, por el contrario, tienen entre sí determinadas relaciones internas, se puede distinguir entre tipos básicos, calificados y privilegiados. Los primeros contienen la descripción que sirve de base a otros tipos derivados, como sucede con el homicidio simple (art. 106). Los tipos calificados agregan al tipo básico otros elementos que fundan la agravación de la pena (por ejemplo, el parricidio, art. 107) y los tipos privilegiados añaden al tipo básico otros elementos que determinan la atenuación de la pena (por ejemplo, el homicidio por emoción violenta, art. 109). Además, hay que señalar a los denominados "tipos legales *sui generis*". Son, también, elaborados a partir de un tipo básico, pero tienen autonomía por la manera como han sido concebidos (por ejemplo, la instigación o la ayuda al suicidio, art. 113). 1100

Por último, se diferencia entre delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) y delitos consistentes en la infracción de un deber (*Pflichtdelikte*). Esta distinción es, sobre todo, practicada en el ámbito de la autoría y de la participación. En un principio, la categoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber fue concebida[47] para referirse a los 1101

---

45 MAURACH/ZIPF, § 20 IV Nº 43 ss.; WESSELS/BEULKE, Nº 107 ss.

46 NOVOA, I, p. 323.

47 ROXIN, 2000, p. 352 ss.

delitos de omisión y a los delitos especiales, respecto a los cuales se admite que existe autoría cuando se comprueba que se ha violado simplemente un deber, sin que sea indispensable constatar que el agente tenía el dominio del hecho. De estos criterios se deduce, por ejemplo, que quien posea el dominio no responda como autor si es que no está investido del deber y que se niegue la coautoría en el caso de los delitos de omisión, porque cada uno de los agentes es autor individual en la medida en que infringe su propio deber.

1102 En la doctrina reciente, el binomio delitos de dominio/delitos consistentes en la infracción de un deber es considerado desde una perspectiva diferente. Con este objeto, se abandona la diferencia entre acciones y omisiones[48] y se afirma, que la responsabilidad penal se deriva, por un lado, del ámbito de dominio propio que cada quien se configura (competencia por organización)[49], por ejemplo, conducir un vehículo a motor o cualquier actividad empresarial y, por otro lado, de los ámbitos de dominio configurados (instituciones) previamente (competencia institucional)[50]. Tal sería el caso, por ejemplo, del deber que tiene toda madre de cuidar y alimentar a su hijo menor, o el deber del Juez de administrar justicia. De donde se concluye vinculando la responsabilidad derivada de la competencia por organización a los delitos de dominio, y la responsabilidad basada en la competencia institucional a los delitos que consisten en la infracción de un deber.

7. Relación de causalidad e imputación objetiva

a. Introducción

1103 Según las disposiciones de la parte especial, la imposición de una sanción puede fundarse en la simple ejecución de una acción (comisión u omisión) o en la realización de un resultado externo e independiente de la misma (lesión o puesta en peligro concreta). Respecto a la primera hipótesis basta constatar que el comportamiento del autor realiza los elementos del tipo legal: penetrar en morada ajena sin autorización debida (violación de domicilio, art. 159: delito de

---

[48] JAKOBS, 1991, 7/70
[49] JAKOBS, 1991, 29/29
[50] JAKOBS, 1991, 29/57 ss.

pura actividad), conducir vehículo motorizado "en estado de ebriedad [...] o bajo el efecto de estupefacientes" (art. 274, delito de peligro abstracto), abstenerse de prestar auxilio a persona en peligro (omisión de socorro, art. 126: delito de omisión propia). Cuando es necesario un resultado (homicidio, art. 106: delito de lesión o de resultado), por el contrario, hay que constatar la realización de éste (elemento constitutivo del tipo legal), así como el nexo entre la acción (envenenar) y aquél (fallecimiento de la víctima). Si en relación con los tres primeros ejemplos, la constatación de que el agente ha actuado o se ha abstenido de hacerlo, permite afirmar sin mayor dificultad que la acción o la omisión es su obra, no resulta tan sencillo hacer la misma imputación en el caso de los delitos de resultado.

La imputación del resultado al autor de la acción es determinada en el marco del tipo legal, puesto que el derecho penal no tiene como objetivo el evitar simplemente que se cause un daño social. El hecho de que se cause un perjuicio (el resultado prohibido) no basta para fundamentar la responsabilidad penal. Es indispensable además que el nexo entre acción y resultado se base en un "proceso causal conforme al tipo legal"[51]. En este sentido, la causa (la acción u omisión) es relevante para el derecho penal. 1104

Así, se muestra conveniente distinguir la cuestión empírica relativa al hecho de causar el resultado de la cuestión normativa referente a la posibilidad, también de orden normativo, de imputar objetivamente éste al autor de la acción. La primera está relacionada con el criterio de las ciencias naturales, según el cual es posible explicar la causa de todo suceso espacio-temporal que se da en el mundo exterior[52]. Así, se ha comprobado empíricamente que el arsénico es letal, la explosión de una granada destruye y mata, el fuego provoca incendios. De donde no es demasiado difícil admitir que el fallecimiento de una persona contra quien se lanza una granada ha sido provocado por tal medio. La segunda implica que la relación de causalidad sea concebida como una categoría relacional de tipo social y jurídico. Por lo tanto, la imputación del resultado al autor en derecho penal no tiene el mismo sentido que la causalidad en las ciencias naturales. 1105

---

51 Wessels/Beulke, Nº 154; Baumann/Weber/Mitsch, § 14 Nº 2; Cerezo Mir, 1998, T. II, p. 51 ss.

52 Cf. Zaffaroni/Alagia/Slokar, 436 ss.

1106 No obstante, esto no significa que en derecho penal no se tenga en cuenta lo establecido en las ciencias naturales. La causalidad conforme a las leyes naturales (frutos de la experiencia y de las constataciones científicas) es el punto de partida del criterio normativo de imputación del resultado. No puede ser negada cuando su presencia es comprobada conforme a los criterios científicos; pero sí se puede, aun en su ausencia, admitir normativamente un nexo entre la acción y el resultado para imputar éste al autor de la primera. Es el caso de la omisión impropia, en el que se imputa al autor, por ejemplo, la muerte de una persona por el solo hecho de abstenerse de impedir este resultado. A pesar de que no existe, en sentido material o fáctico, relación de causalidad entre la omisión y el resultado, se imputa éste al agente porque, además de las otras circunstancias requeridas, tenía la obligación de intervenir (posición de garante). Sin embargo, aun cuando exista la relación de causalidad conforme a la experiencia y a las leyes naturales no se admite necesariamente que sea penalmente significativa y, por tanto, no se imputa el resultado perjudicial al agente. Por ejemplo, el caso de quien, con intención de matar, lesiona a una persona, que trasladada en ambulancia al hospital fallece finalmente, pero por falta de atención médica o por el incendio que se produce en la sección donde había sido internada. El factor causal producido por el agente no basta para imputarle objetivamente el resultado muerte a título de homicidio consumado.

1107 En derecho penal, tradicionalmente, se ha tratado de resolver el problema como si el objetivo fuera conocer mejor el fenómeno causal para definir la causalidad con mayor precisión. En realidad, lo que se ha hecho es fijar qué otras circunstancias deben darse, además de la relación básica establecida mediante la experiencia cotidiana y científica, para poder imputar el resultado al autor de la acción.

1108 La causalidad constituye, como acabamos de indicarlo, un problema de imputación en el que los criterios normativos son esenciales. Cualquier fórmula legal por la que se trate de establecer estos criterios no deja de ser simplemente declarativa y su interpretación da lugar siempre a los mismos planteamientos que hemos analizado.

1109 De manera correcta, no se previó en el Código Penal derogado ninguna disposición sobre la relación de causalidad. Tampoco se hace en el Código vigente. Nada se hubiera ganado si se hubiera previsto un precepto en el que se dijera, por ejemplo, que "el resultado es imputable sólo a quien, por acción, lo haya causado o, por omisión,

no lo haya impedido". Lo mismo sucede cuando en el art. 9 del Proyecto de agosto 1985 se precisaba que "la causa relativamente independiente que sobreviene excluye la imputación cuando por sí sola, produce el resultado...". El problema subsiste cuando no se precisa lo que es "causar" o "producir". Todo este tipo de regulaciones debe ser interpretada y, con este objeto, se invocan los diversos criterios propuestos para afirmar que la acción debe ser considerada como causa del resultado.

De acuerdo a nuestros objetivos, nos limitaremos a describir, de modo esquemático, las tres opiniones más importantes: la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causalidad adecuada y la teoría de la relevancia. La primera porque constituye la base indispensable, pero no siempre suficiente, para determinar si la realización de la infracción es obra del agente, y las otras dos porque han sido el punto de partida para desarrollar la doctrina de la imputación objetiva: una nueva manera normativa de atribuir, en el nivel de la tipicidad, el resultado al agente. 1110

La evolución de las ideas sobre la relación de causalidad constituye el desarrollo de los diversos esfuerzos realizados para restringir las consecuencias de la aplicación del criterio de la equivalencia de las condiciones[53]. La misma que no permitía descartar eficaz y prontamente los problemas referidos, por ejemplo, a los casos denominados causalidad alternativa, adelantada, hipotética o interrupción del vínculo causal. 1111

b. Teoría de la equivalencia de las condiciones

b.1. Descripción

Su elaboración y desarrollo tuvieron lugar bajo la influencia de las nacientes ciencias naturales, según las cuales toda modificación del mundo exterior puede ser explicada mediante la causalidad (no hay efecto sin causa)[54]. 1112

De acuerdo con este criterio todas las condiciones de la realización de una modificación del mundo son de igual significación. Sin em- 1113

---

[53] KÜHL, 2000, § 4, Nº 37.

[54] GIOVANNONI, p. 249 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 14 Nº 10 ss.

bargo, el factor determinante no está dado por el conjunto de estas condiciones, sino por el hecho de que se considera a cada una de ellas de manera autónoma. En consecuencia, cada una de debe ser tenida en cuenta para comprender la producción del resultado. Por lo tanto, se considera causa de un resultado a toda condición que no pueda ser suprimida sin que desaparezca éste[55].

1114 En el ámbito del derecho penal, como se busca determinar si una acción humana ha provocado un perjuicio a un tercero, se recurre a la fórmula según la cual una acción es causa del resultado cuando no puede ser hipotéticamente eliminada sin que éste desaparezca al mismo tiempo[56]. Se expresa, en general, este razonamiento diciendo "si tú no hubieras hecho esto, nada hubiera sucedido" (de no haber disparado el delincuente sobre la víctima, ésta no hubiera fallecido). Debido a que no se distingue entre las condiciones según su importancia, se le llama también teoría de la *conditio sine qua non*. Su vínculo con la concepción causal del delito es bastante estrecho[57].

b.2. Deficiencias

1115 El reproche principal hecho a la teoría de la equivalencia de las condiciones es que su estricta aplicación extiende demasiado el ámbito del derecho penal. Razonando al extremo, se ha afirmado que, siguiendo esta teoría, debería tenerse por responsables a... Adán y Eva de todos los delitos que ahora se cometen[58]. El permitir que se considere penalmente relevante cualquier intervención de una persona en la producción de un daño, puede dar lugar a injusticias en la aplicación de la ley penal. Así, en la muerte de Ruperto acaecida al caer a un río en circunstancias en que era perseguido por Mario y Javier, debido a que Manuel les había dicho que Ruperto lo había agredido, debe considerarse –de acuerdo a la manera de valorar la relación de causalidad– que la muerte de Ruperto no sólo es causada por Mario y Javier sino también por Manuel, quien fue el que dio lugar a la persecución y, por lo tanto, esta intervención no hubiera provocado el

---

55 GROPP, § 5, Nº 15.
56 WALDER, 1977, p. 138; STRATENWERTH, 1996, § 9 Nº 20.
57 Concebida por GLASER y difundida por VON BURI.
58 BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 14 Nº 27.

resultado fatal. De esta manera, no existiría límite alguno para remontar hacia las circunstancias más lejanas del resultado perjudicial (*kausales Regressverbot*)[59]. Contra esta crítica, los defensores recurrieron a una particular noción de "prohibición de regreso" (*Regressverbot*)[60], en el sentido de que el *regressus ad infinitum* de las condiciones causantes del resultado se interrumpe cuando un tercero interviene dolosa o culposamente. Así, el caso de la mujer que entrega a su amante una sustancia venenosa, la misma que es utilizada por éste para, sin que lo sepa la primera, matar a su esposa. El comportamiento de la amante no puede ser considerado causa de la muerte porque el acto doloso del esposo interrumpe la relación de causalidad. Este argumento no permite limitar los excesos a que conduce la aplicación del criterio de la equivalencia de las condiciones. En realidad, la causalidad no se interrumpe (existe o no existe) y no hay condiciones más importantes que otras; además, ni mediante el recurso al dolo o la culpa se logra diferenciarlas.

Se considera también ineficaz el criterio analizado en relación con el concurso simultáneo de varias acciones en la realización de un resultado[61]. Por ejemplo, tres individuos apuñalan, al mismo tiempo, a una persona, la cual fallece por el efecto conjugado de las lesiones que sufrió. Si hipotéticamente se suprime, de manera sucesiva, la intervención de cada uno de ellos, el resultado no desaparecerá. De modo que debería admitirse, colmo del absurdo, que ninguno ha causado la muerte de la víctima. Lo mismo sucede respecto al hecho consistente en que la muerte de la víctima pudo, así mismo, haber sido cometida por otro de los sicarios a sueldo de la mafia, ya que se puede hacer abstracción del acto homicida sin que desaparezca el resultado. 1116

b.3. Criterios limitadores

Teniendo en cuenta las dificultades en la comprensión y aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones en relación con 1117

---

59 FRANK, 1931, § 1 III 2 a; cf. ROXIN, 1989a, p. 177 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 14 Nº 33 ss.

60 Cf. Reinhard FRANK, 1931, p. 14 ss., quien introduce en el derecho penal la categoría denominada "prohibición de regreso". Cf. ROXIN, 1989a, p. 177 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 14 N. 33 ss. Sobre los orígenes de la prohibición de regreso, CARO JOHN, 2003c, p. 160 ss.

61 STRATENWERTH, 1996, § 9 Nº 40; cf. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor §§ 13 Nº 83.

determinadas situaciones, se han propuesto diversos criterios para corregirla o complementarla. Para comprender estos esfuerzos, hay que tener en cuenta que su objetivo es establecer la relación entre el proceso causal específico desencadenado por el comportamiento y el resultado concreto; en consecuencia, no respecto a si el resultado se produciría o no en general. En efecto, carece de importancia que éste se hubiera producido de manera necesaria por un hecho posterior (causalidad hipotética, *hypothetische Kausalität*). Por ejemplo, que el avión, en el que la víctima estaba a punto de embarcarse antes de ser muerta por el homicida, sufriera un accidente en el que fallecieran todos los ocupantes. Lo relevante es que si se suprime el acto del agente, la muerte no se hubiera producido en el momento en que tuvo realmente lugar. Por tanto, no hay que confundir la índole hipotética del razonamiento propio a la teoría de la equivalencia de las condiciones con el carácter de la causalidad. En este sentido, como se trata de determinar la causalidad con relación a un resultado concreto, resulta inadmisible hablar de una causalidad hipotética.

1118 También hay que considerar que no se reconoce importancia a la presencia de circunstancias extraordinarias: por ejemplo, una deficiencia corporal del agente (hemofilia, hígado hipertrofiado por el alcoholismo) (concausas). El factor decisivo es que el comportamiento del agente sea una de las condiciones de la producción del resultado, en consecuencia, poco importa que hayan concurrido otras circunstancias decisivas.

1119 El mismo razonamiento debe efectuarse cuando el resultado es debido a la concurrencia simultánea e independiente de la acción de un tercero (Rosa y Juana dan, por separado, sendas y mortales porciones de veneno a la víctima) (causalidad doble o alternativa, *Alternative Kausalität o Doppelkausalität*). Cada vez más se extiende la aplicación de esta manera de percibir la causalidad equivalente, en el campo de las actividades empresariales. Así, se consideran como causa de un perjuicio todas las manifestaciones de voluntad que intervinieron en la toma de una decisión colectiva (*Kollektiventscheidung*), aun si una de ellas no es decisiva (*Mehrfachkausalität*). Por el contrario, se estima relevante la intervención de un tercero o de la propia víctima que, independientemente del desarrollo causal originado por la acción del agente, produce el resultado. Por ejemplo, la víctima de un envenenamiento progresivo a largo plazo por parte del primer delincuente, es muerta por un tercero con un disparo en la cabeza o la persona herida rechaza la intervención médica que pueda salvarla. En el pri-

mer ejemplo, se habla de "interrupción" de la relación de causalidad debido a que la acción del tercero genera un "nuevo nexo causal"; el segundo homicida adelanta o acelera la producción del resultado que el primero trata de provocar (causalidad adelantada, *überholende Kausalität*). La situación es diferente si quien interviene no hace sino aprovechar la situación creada por el primer agente: la víctima mortalmente herida por éste es muerta por el tercero con un disparo en la nuca. Ambos son causantes de la muerte; mientras que en el caso precedente la muerte no es causada por el primer delincuente (tentativa de homicidio), sino por el segundo (homicidio consumado).

b.4. Fórmula de la condición conforme a las leyes de la naturaleza

1120 En la misma perspectiva, se ha precisado también que, con respecto a la teoría de la equivalencia de las condiciones sólo importa, primero, averiguar si una acción ha modificado el mundo exterior. Segundo, si esta modificación, cronológicamente posterior, se halla vinculada a la acción según las leyes de la naturaleza y si corresponde al resultado típico (fórmula de la condición conforme a las leyes de la naturaleza, *Formel von der gesetzmässiges Bedigungen*)[62]. Esta propuesta resulta sin embargo insuficiente, en la medida en que no fija los criterios aplicables para determinar la adecuación de las condiciones a las leyes de la naturaleza. Su aspecto positivo radica en que así se admite, de un lado, que el criterio de la *conditio sine qua non*, a pesar de constituir el *mínimum* para imputar el resultado al autor, no es de gran utilidad en cuanto no basta la aplicación de una fórmula (como la de la supresión hipotética de la condición) para afirmar o negar la causalidad. De otro lado, que debe recurrirse al criterio técnico establecido por las ciencias naturales[63].

1121 Sin embargo, hay que admitir en muchos casos que los principios de la teoría de la equivalencia de las condiciones bastan para considerar la acción como causa del resultado previsto en el tipo legal[64]. Esto se debe, por un lado, a la concomitancia existente entre acción y resultado, así como a los conocimientos que se poseen sobre los medios

---

62 STRATENWERTH, 1996, § 9 Nº 21; Armin KAUFMANN, 1971, p. 572 ss.
63 JESCHECK/WEIGEND, § 28 I 1.
64 MAURACH/ZIPF, §18 Nº 20.

empleados en la ejecución y, por otro, a que se tiene en cuenta el marco del actuar típico. Las soluciones a que se llega son casi las mismas, ya sea que se recurra a la fórmula de la *conditio sine qua non* o a la de la condición conforme a las leyes de la naturaleza.

1122 Al respecto, hay que aceptar que, de acuerdo con el sistema de razonamiento de las ciencias naturales[65], aparece como "natural" reputar, por ejemplo, como causa de la muerte o de las lesiones el hecho de tirar sobre la víctima con un arma de fuego. De modo que si bien hay que estimar que la teoría de la equivalencia destaca de manera correcta la base indispensable para responsabilizar al autor de una acción por el resultado producido, no es satisfactoria en cuanto recurre a una fórmula abstracta para demostrar esta relación. Lo cierto es que su aplicación supone saber de antemano que el hecho cometido o el medio utilizado es propio para causar el resultado. Un ejemplo muy citado es el de la determinación de la causalidad entre la ingestión por una gestante de cierto medicamento dañino (Talidomida o Contergan) y las deformaciones biológicas con que nace el niño. Debido a que la ciencia no ha logrado probar la nocividad del medicamento, subsisten dudas de que éste sea la causa real de las malformaciones del feto. El mismo problema se presentó en el caso español del consumo de aceite de colza[66].

c. Teoría de la causalidad adecuada

1123 Mediante esta teoría, se ha tratado de resolver el problema en el mismo dominio de la causalidad. Conservando el proceso hipotético propio de la teoría de la *conditio sine qua non*, sus partidarios no admiten como causa a toda condición de producción del resultado, sino únicamente a aquella que, conforme a la experiencia y al curso ordinario de las cosas, es adecuada para producir el desenlace prohibido[67]. No existe entonces causalidad cuando el desarrollo del nexo causal es anómalo, anormal. Así, no es causa adecuada de la muerte de una persona el hecho de golpearla en la zona del hígado, como sucede en el ejemplo del alcohólico que tiene ese órgano hipertrofiado y, por lo tanto, bastante frágil.

---

65 ROXIN, 1997, § 11 Nº 14.

66 Cf. E. BACIGALUPO, 1997, p. 177 ss.

67 GROPP, § 5 Nº 36 ss.

Existe imprecisión respecto a la manera cómo debe determinarse el carácter adecuado de la condición; es decir, de la acción con respecto al resultado. Se ha considerado que esta apreciación debe ser practicada teniendo en cuenta el juicio que formularía una persona media según el sector de actividad social al que pertenece el agente (conductor profesional, médico, obrero, electricista). En el tiempo presente, se estima preferible aceptar una perspectiva más concreta e individual. En el caso del ejemplo, saber si el agente conocía el estado vulnerable del alcohólico. En este sentido, se valora que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias de tiempo y de lugar que eran conocidas u objetivamente cognoscibles, así como las capacidades y conocimientos propios del sujeto activo (pronóstico anterior objetivo, *ex ante*)[68]. Entonces, el juez debe, para apreciar el desarrollo de los hechos, colocarse en el lugar de un observador neutro experimentado, capaz y poseedor de los conocimientos del que obra. Pero, en la aplicación de estos criterios, se ha ido tan lejos que, con frecuencia, resulta difícil distinguir la tesis de la causalidad adecuada del criterio de la equivalencia de las condiciones. 1124

Este criterio normativo de causalidad es aplicado en la medida en que se considera[69], por ejemplo, "causa verdadera y única del accidente" el hecho de que el conductor del primer vehículo invadió (contra el reglamento) el lado derecho de la vía, obligando al chofer del segundo automóvil, que venía en sentido contrario, a desviarse hacia el lado izquierdo. La colisión con el tercer vehículo se produjo cuando el primer chofer maniobró con el fin de retomar el derrotero debido. Así mismo, cuando se condena al acusado, a título de autor de lesiones culposas, por haber dejado en la vía pública a una yegua chúcara, la cual se encabritó ante la presencia del camión en que viajaba la víctima y levantándose sobre las patas traseras la golpeó en el cráneo. Con este objeto se debe admitir, previamente, que la omisión del cuidado necesario por parte del propietario del animal fue "causa del resultado dañino y que éste, conforme al desarrollo normal de las cosas, muy bien podía suceder"[70]. 1125

---

68 Cf. Roxin, 1997, § 11 Nº 35.

69 ES 9 de octubre de 1935, en *AJ* 1935, p. 264.

70 ES 17 de agosto de 1936, en *RT* 1935, p. 283.

1126 Sin embargo, los criterios propuestos son demasiado ambiguos. Resulta casi imposible precisar lo que significa "el curso ordinario de la vida", "el desarrollo normal de las cosas" o "el carácter más o menos excepcional de la cadena causal". Cuando según estos criterios no se llega, en el marco del tipo legal, a distinguir las circunstancias relevantes para la causalidad de las insignificantes, el problema es desplazado a otro nivel. Así, en los delitos dolosos, al ámbito de la posibilidad de prever del desarrollo causal y, en los culposos, al de la violación del deber de cuidado en relación con la posibilidad de prever el resultado. Esto demuestra que no es trascendente preferir una de las dos concepciones relativas. Si se permaneciera a este nivel del análisis, no sería de gran importancia optar por la teoría de la equivalencia de las condiciones o por la de la causalidad adecuada.

1127 El aspecto positivo de la teoría de la causalidad adecuada es el hecho de que, pese a la opinión de sus sostenedores, no constituye una respuesta empírica al problema que supone. No se trata de una explicación relativa a la causalidad propiamente dicha, sino más bien de un criterio normativo. En la medida en que supone dos niveles de apreciación (la constatación de la relación causal material y, luego, la valoración de si se trata de una condición idónea), la teoría de la causalidad adecuada constituye el antecedente de la teoría de la imputación objetiva[71]. Esto fue puesto en evidencia sobre todo cuando se consideró que la idea de la adecuación debería servir no para negar la relación causal, sino para determinar si ésta era o no relevante[72] para fundamentar la responsabilidad.

d. Teoría de la relevancia

1128 De acuerdo con esta concepción debe distinguirse con precisión la cuestión de la causalidad de aquella relativa a la posibilidad de imputar objetivamente el resultado. Para responder a la primera, se debe recurrir al criterio de la equivalencia de las condiciones; mientras que respecto a la segunda debe tenerse en cuenta la relevancia del suceso causal para el derecho penal[73]. De la misma manera que la

---

[71] ROXIN, 1997a, § 11 Nº 38; LARRAURI, en BUSTOS/LARRAURI, p. 60.
[72] GROPP, § 5, Nº 40.
[73] BLEI, § 28 IV; MEZGER, 1967, p. 122; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 14 Nº 62 ss.

teoría de la causalidad adecuada, considera las condiciones del proceso causal conformes al tipo legal para fundamentar la responsabilidad, deja abierta la posibilidad de tener presente el fin de protección de la norma y las particularidades de cada tipo legal[74].

En la medida en que se aprecian por separado la causalidad del re- 1129
sultado y la imputación del mismo, la concepción de la relevancia constituye un paso adelante porque facilita que se dé una solución cabal al problema de la imputación en el marco del injusto típico objetivo (*objektives Unrechtstatbestand*): la importancia del suceso causal se establece conforme a su adecuación al tipo legal respectivo.

e. Teoría de la imputación objetiva

e.1. Introducción

No se trata de un criterio orientado a solucionar los problemas rela- 1130
tivos al nexo de causalidad. El objetivo consiste aquí en determinar bajo qué condiciones la infracción será inscrita en la cuenta del agente como si fuera obra suya[75]. De este modo, la imputación objetiva constituye el primer paso dirigido a precisar la responsabilidad del autor mediante la constatación de que su acción ha realizado un tipo legal[76]. Los siguientes serán la imputación del acto típico como ilícito y la imputación del acto típico ilícito como culpable[77].

Las denominadas teorías de la imputación tienen su origen en la idea, 1131
expuesta por Larenz, de que la voluntad es el fundamento de la im-

---

74 WESSELS/BEULKE, Nº 176.

75 En el Perú, señalemos dos tesis dedicadas a esta tema: CARO JOHN, 1996; PAREDES VARGAS. Así mismo, ABANTO, en ROXIN, 1997b, p. 14 ss.

76 La imputación objetiva es mencionada, pero la impunidad del procesado se debe a la aplicación del principio de la legalidad: RN Exp. Nº 1767-97-Lima, 12 de enero de 1998. Tampoco es correcto el razonamiento de los jueces en la medida en que dicen seguir los criterios de la imputación objetiva. Más bien el exceso en que incurre el instigado no es reprochado al instigador porque no está comprendido en el doble dolo que caracteriza la instigación: RN Exp. Nº 3840-97-Ayacucho, Lima, 9 de octubre de 1997, en ROJAS VARGAS 1999a, p. 168.

77 En diversas sentencias se afirma aplicar los criterios de la imputación objetiva para resolver los casos juzgados, por ejemplo, Exp. Nº 6239-97, Sala Penal, RN Nº 6239-97. Ancash; Exp. Nº 4288-97, Sala Penal, RN Nº 4288-97-Ancash; Exp. Nº 5032-97-Lima, en ROJAS/INFANTES, pp. 71 y ss.; Exp. Nº 550-98-Lima en ROJAS/INFANTES, p. 78 ss.; cf. DU PUIT, 2003, p. 510 ss.

putación objetiva. En la perspectiva de Hegel, la voluntad es el factor que permite atribuir al agente el acto que ha cometido. El agente era percibido como una persona media y las circunstancias personales del autor concreto eran tenidas en cuenta respecto a la culpabilidad.

1132 Con base en la concepción general de Larenz, Honig[78] consideró que el criterio ontológico de causalidad era inapropiado para esclarecer convenientemente la relación entre el comportamiento y el resultado indicado en el tipo legal. En su opinión, no bastaba para imputar el resultado al autor el simple hecho de que éste constituyera la culminación del proceso de causalidad. Era indispensable, por el contrario, que fuera percibido como su obra personal. En esta perspectiva, Honig consideró que era esencial tener en cuenta que una de las características fundamentales de la persona es su capacidad para modificar voluntariamente el mundo exterior. Por esto, el resultado (alteración del mundo exterior) sólo podía ser considerado como obra del autor en la medida en que constituía una consecuencia de la manifestación de su voluntad. Así, el resultado era considerado como el fin del comportamiento que el agente controlaba en su desarrollo causal.

1133 Estas condiciones de imputación han sido luego desarrolladas para determinar cuándo la modificación del mundo causada por el agente podría ser considerada como el resultado ilícito previsto en el tipo legal. Los criterios establecidos son de índole puramente normativa (jurídica): el autor debe crear un peligro no autorizado por el orden jurídico y este peligro debe materializarse en el resultado. De esta manera, se trata de escoger, entre las relaciones de causalidad relevantes para el derecho penal, aquéllas que son contrarias al orden jurídico en consideración del tipo legal, y sin recurrir a las causas de justificación.

1134 En sus orígenes[79], la idea de la imputación objetiva fue concebida en el marco de la explicación causal de la acción; así mismo estuvo estrechamente vinculada con los esfuerzos realizados para distinguir la noción de acción de la noción de acción culpable. El objetivo buscado era restringir la noción demasiado amplia de causa propuesta por la teoría de la equivalencia de las condiciones[80], para lo cual resultaba indispensable recurrir a diversos criterios que permitiesen explicar por

---

78 1930, p. 174 ss.
79 Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 444 ss.
80 Cf. *supra* Nº 1112 ss.

qué, en algunos casos, una acción no era conforme al tipo legal a pesar de que existiera de manera evidente una relación de causalidad.

Hoy en día, la idea, de la imputación objetiva es explicada y emplea- 1135
da en dos direcciones diferentes. Una de carácter restringido[81] que limita su objeto de análisis a la relación objetiva particular entre el comportamiento y el resultado, considerando el conjunto de condiciones normativas orientadas a constatar cuándo el resultado típico puede ser imputado al autor del comportamiento sin recurrir a las nociones correctivas del dolo o de la negligencia. Tales condiciones normativas son deducidas de modo directo del tipo legal y los criterios normativos así establecidos son utilizados para resolver convenientemente, sin abandonar el criterio de la causalidad natural, los casos respecto a los cuales la teoría de la equivalencia no ofrece una respuesta satisfactoria. La segunda tendencia se caracteriza por su mayor amplitud[82], ya que no concibe a la imputación objetiva como un simple correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Por el contrario, la considera como un nuevo proceder para determinar de manera general la existencia de una infracción penal en tanto que problema de imputación.

Teniendo en cuenta el desarrollo actual de la doctrina[83], conviene 1136
permanecer dentro de los alcances propuestos por los defensores de la concepción restrictiva de la imputación objetiva. Por razones metodológicas presentamos esta concepción en esta parte dedicada a la tipicidad. No está demás, sin embargo, recordar que las opiniones sobre la manera global de concebir la imputación objetiva y sobre el papel que desempeña en la teoría del delito no son homogéneas.

e.2. Causalidad como base

El punto de partida del proceso de imputación objetiva es la confirma- 1137
ción, según el criterio de la equivalencia de las condiciones, del nexo de causalidad entre la acción y el resultado. Como lo hemos señalado

---

81 ROXIN, 1970, p. 133 ss.; HONIG, 1930, p. 174 ss.

82 FRISCH, 1988, p. 72 ss.; JAKOBS, 1991, 17/3, 17/18 ss.; IDEM, 1989, p. 271 ss.

83 Se puede afirmar de que aún no existe *una* teoría de la imputación objetiva, cf. SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, 1996, p. 21 ss. En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, 1998, p. 19. Cf. LAMPE, 2003, p. 59 ss., en particular, 67 ss.

antes[84], esta conexión debe ser comprobada según los criterios admitidos por las ciencias naturales; es decir, debe precisarse si el resultado, según los principios admitidos en las ciencias empíricas, se explica como la modificación del mundo exterior consecutiva, física y temporalmente, al comportamiento del agente. Sin embargo, el acto humano debe ser considerado causal si es decisivo con relación a la manera, el momento y el lugar de la producción del resultado concreto.

1138 En esta perspectiva, hay que admitir que la relación causal existe en los casos indicados, tradicionalmente, como cursos causales hipotéticos y alternativos. Por ejemplo, el torturador que lesiona a la víctima no se puede excusar diciendo que si él no lo hubiera hecho, dado el sistema totalitario en que actuaba, otro hubiera de todas maneras practicado la tortura[85]. Así mismo, causan la muerte de la víctima los dos individuos que, cada uno por su cuenta, la envenenan con dosis apropiadas[86]. Si cada una éstas es insuficiente para provocar la muerte, el vínculo causal puede explicarse según la equivalencia de las condiciones.

1139 La causalidad se verifica también en el caso de los cursos causales anómalos: la herida producida a un hemofílico es la causa de que muera desangrado; el golpe dado en el hígado hipertrofiado de un alcohólico es la causa de su muerte; la lesión causada por el agente aun cuando el lesionado muera, debido a un incendio, en el hospital donde había sido trasladado para ser curado. La situación no es diferente en los casos de intromisión dolosa o culposa de terceros en el desarrollo de los hechos: entregar una sustancia venenosa a quien decidirá después utilizarla para matar una persona. Afirmar que el nexo causal ha sido interrumpido o excluido resulta desacertado, pues, la relación causal existe o no. Las dificultades que surgen en estos casos no conciernen a la causalidad, sino más bien a la imputación objetiva: ¿bajo qué circunstancias debe ser admitido que el tipo legal ha sido realizado, que este hecho es obra del agente?

1140 Sin embargo, en ciertos casos parecidos a alguno de los antes señalados, en aplicación de los criterios de las ciencias naturales, hay que aceptar que no existe el nexo de causalidad requerido como base

---

84 Cf. *supra* Nº 1106 s.

85 KÜHL, 2000, § 4 Nº 20a.

86 KÜHL, 2000, § 4 Nº 20a; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 13 Nº 82.

mínima para imputar objetivamente el resultado al autor del acto. Se cita con frecuencia el caso de quien envenena a una persona con una sustancia que sólo producirá su efecto mortal 24 horas más tarde, siendo asesinada por un tercero dentro de este lapso. En la medida en que el veneno no hubiera producido su efecto, no puede afirmarse científicamente que haya sido la causa de la muerte. De acuerdo con la terminología tradicional, se diría que el curso causal ha sido interrumpido, pero en realidad se trata de dos procesos causales independientes y que sirven de base para determinar la imputación objetiva de los hechos a cada uno de los autores y en la perspectiva de los tipos legales respectivos (homicidio y tentativa de homicidio).

Es diferente el caso en el que la intervención dolosa del tercero se sustituye, en cuanto a sus efectos, al comportamiento del primer agente. Así, cuando el delincuente aprovecha que la víctima, envenenada por un tercero, no puede más defenderse para apuñalarla mortalmente. Parecería que la relación causal inicial es interrumpida por el segundo comportamiento; sin embargo, éste no hace sino reforzar el efecto letal de la primera acción. En realidad, aplicando la fórmula hipotética de la equivalencia de las condiciones, se comprueba que si el primer comportamiento es suprimido, el resultado no desaparece. No obstante, el primer agente sólo habría cometido una tentativa. 1141

Constatar que el acto es la causa del resultado no basta para afirmar que se adecue al tipo legal. Dicho resultado puede, en realidad, ser también provocado por un comportamiento anodino o cotidiano; por ejemplo, el hecho de prestar un hacha a una persona torpe, la que por descuido se lesiona al utilizarla. En este caso, es evidente que la acción de prestar el hacha (causa natural de la lesión) no realiza el tipo legal que prevé el delito de lesiones corporales (art. 121: "El que causa a otro un daño en el cuerpo o la salud..."). En el marco de las teorías tradicionales sobre la causalidad, se recurrió al aspecto subjetivo del comportamiento para excluir la represión en estas circunstancias. De modo que tratándose de actos dolosos, se exige en efecto que el agente tenga conciencia del desarrollo causal y, en los culposos, la constatación de la posibilidad de prever el resultado. En consecuencia, en los ejemplos citados, las personas en cuestión no eran punibles por falta de dolo o de culpa[87] (considerados entonces como 1142

[87] BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 14 Nº 100.

formas de culpabilidad). Este procedimiento ha sido abandonado estimando que, en realidad, se trata, con base en el tipo legal, de determinar si el resultado puede ser imputado al autor, ya que –de acuerdo a los fines del derecho– la producción de un perjuicio no basta para reprimir penalmente a una persona. Es decir, se trata de establecer bajo qué condiciones, por un lado, el comportamiento debe ser considerado como la obra del autor y, por otro, cuándo el resultado producido constituye el contenido ilícito del tipo legal.

e.3. Creación de riesgo no permitido

1143 Para los partidarios del criterio de la imputación objetiva, comprobar que el resultado ha sido producido mediante una acción es insuficiente para admitir que ésta realiza el tipo legal. En su opinión, es necesario además verificar que dicho resultado sea imputable al agente, precisamente, dentro del marco del tipo legal. Esta exigencia se comprende cuando se tiene en cuenta que no es objetivo del derecho castigar a las personas por el simple hecho de haber causado un daño a terceros. Mediante sus disposiciones se busca más bien regular las acciones que implican la creación o el aumento de riesgos para bienes jurídicos ajenos, así como impedir la producción de resultados que pueden ser evitados y que constituyen la realización del aspecto peligroso del comportamiento. De esta manera, se refuerza el respeto a las normas de conducta promovidas por la comunidad.

1144 El principio general de la imputación objetiva es que el agente, mediante su acción, cree una situación de la que aparezca como muy probable la producción de daño a intereses jurídicamente protegidos o que aumente un peligro ya existente[88]. De modo que basta que el autor intensifique un peligro prohibido, lo cual sucede cuando empeora las circunstancias que ya comportan un riesgo. En consecuencia, no resulta decisivo el hecho de que el resultado de todas maneras debiera producirse. Así, se debe responder en los casos en los que se adelanta la producción del resultado: por ejemplo, causar la muerte de una persona agonizante. Lo mismo debe afirmarse respecto a los sucesos en que se empeora el mal estado de salud en que se encuentra una persona (agravación de una enfermedad). Por las

---

[88] STRATENWERTH, 1996, § 9 n 37; ROXIN, 1997, § 11 Nº 42 y 43; WALDER, 1977, p. 130, 136 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 14 Nº 65 ss.

mismas razones, debe también aceptarse la imputación objetiva del resultado a quien impide que se salve a un individuo del peligro en que se encuentra o restringe las posibilidades de salvamento.

Sin embargo, como casi todo comportamiento en sociedad implica una intromisión en el ámbito de otro, sería excesivo pretender reprimir la creación de cualquier riesgo. Si se procediera de esta manera, se obstaculizaría demasiado el desarrollo normal de las actividades cotidianas (por ejemplo, la circulación de vehículos, el tráfico aéreo, la fabricación de medicamentos, la utilización de la energía nuclear). Para no llegar a situación tan extrema y negativa, el derecho penal no debe emplearse en aquellos casos en los que no se hayan sobrepasado los límites del riesgo tolerado o autorizado[89]. 1145

El criterio del riesgo permitido o tolerado sólo puede ser útil en la medida en que se esclarezca en qué condiciones se acepta o permite la creación de un peligro o su incremento. Este límite debe ser establecido *in concreto*, teniendo en cuenta todas las circunstancias particulares y ponderando los bienes en conflicto. 1146

La determinación de los alcances del riesgo permitido o tolerado está muy condicionada por la evolución de la técnica y su influencia en las diversas actividades que, si bien facilita su ejecución y aumenta sus efectos positivos, las convierte en fuentes de peligro. Así, por ejemplo, la circulación de vehículos, la construcción y demolición de edificios, la fabricación de productos químicos o de explosivos, o las cadenas automatizadas de producción constituyen actividades peligrosas. Sin embargo, resultaría absurdo prohibirlas sólo por ser generalmente de esta índole. Para evitar esta solución extrema, se recurre al principio según el cual sólo debe exigirse que se respete un mínimo de cuidado y de consideración con respecto a los bienes ajenos. Para que la actividad riesgosa, pero positiva para la comunidad, continúe siendo practicada, es imprescindible admitir un margen de riesgo que sólo podría ser eliminado, en caso de ser posible hacerlo, mediante esfuerzos desproporcionados a las ventajas que implica la actividad en cuestión. La determinación de ese límite tiene lugar mediante la ponderación de los intereses indicados, operación que siempre es complicada de llevar a cabo. El riesgo que no sobrepasa esos 1147

[89] ROXIN, 1997, § 11 Nº 39 59 ss.

límites es denominado "riesgo permitido"[90]. Constituyen ejemplos claros de esta situación, la fijación de los límites de velocidad en el tráfico de vehículos y la regulación de las actividades en el dominio de la genética.

1148 En esta perspectiva, si una acción es conforme a los estándares sociales de comportamiento, pero reúne sin embargo los requisitos previstos en un tipo legal, la cuestión de la imputación objetiva no se plantea debido a que dicha acción es socialmente adecuada[91]. Por lo tanto, la conformidad de la misma a un patrón social es un factor decisivo para imputarla o no a su autor. En caso de conformidad, a pesar de que la acción es típica carece de importancia para el derecho penal. Por ejemplo, las expresiones injuriosas que se expresan con frecuencia respecto a terceros en el desarrollo de las actividades cotidianas; los pequeños regalos que se hacen a empleados y funcionarios con motivo de Navidades o de Año Nuevo; o la creación de situaciones de peligro al conducir convenientemente un vehículo motorizado. La conformidad de estos actos con el orden social hace superfluo que se plantee la cuestión de su imputación a los autores.

1149 Los esfuerzos para fijar los diferentes criterios limitativos de la tipificación de ciertos comportamientos están muy relacionados, no está demás recordarlo, a la técnica de redactar los tipos legales. Para poder abarcar el mayor número posible de modalidades de ejecución del acto que se incrimina, se emplean, en su elaboración, fórmulas o giros lingüísticos y de redacción tan generales que resultan también comprendidos comportamientos que no merecen ser reprimidos. Por esto resulta oportuno suponer como exigencia general implícita a todo tipo legal que el agente, mediante su accionar, sobrepase los límites del riesgo permitido.

e.4. El agente responde por crear un peligro

1150 La creación del riesgo puede concernir tanto al que realiza una acción como a quien se abstiene de actuar. En el primer caso, se trata de quien se entromete en la vida de otro; salvo que éste mismo, aun la víctima del perjuicio, cree o aumente la situación peligrosa. La

---

90 OEHLER, 1961, p. 232 ss.; REHBERG, 1962; RÖDER, 1969. Cf. JAKOBS, 1991, 7/35 ss.

91 WELZEL, 1939, p. 516 ss., 527 ss.; STRATENWERTH, 1996, § 9 Nº 32 ss.

segunda hipótesis concierne a quien, sin haber creado el peligro, está obligado, según las circunstancias del caso concreto, a impedir que el resultado dañino tenga lugar; por ejemplo, los padres en relación con los hijos (deber de garante).

Si la misma persona se coloca en una situación de peligro, no se pue- 1151
de tratar de imputar el resultado que se produce al tercero que lo originó o lo hizo posible. Debido a que la puesta en peligro voluntaria de sí mismo no es penalmente relevante, la injerencia del tercero no concierne al derecho penal. Por ejemplo, el responsable de un taller de mecánica que vende a un conductor neumáticos usados no responde por la muerte de éste, aun cuando su deceso ocurra en un accidente provocado por el mal estado de las llantas.

Cuando la actividad es realizada por un conjunto de personas, hay 1152
que tener en cuenta la responsabilidad de cada uno de los participantes, pues la manera de conducirse de uno de éstos puede llevar a otro del grupo a realizar un comportamiento peligroso para su persona. El proceder de alguno o algunos puede impulsar o crear la ocasión para que otro, de manera plenamente responsable, realice un comportamiento peligroso para sí mismo. Por ejemplo, el caso del escalamiento de una montaña conllevando riesgos importantes para la vida y la integridad corporal, en donde cada uno de los participantes que interviene, con plena consciencia de éstos, los asume. A partir de ese momento, surge su responsabilidad personal; dicho de otra manera, asume la responsabilidad por el acto que ejecuta. Si sufre algún daño personal, éste no podrá ser imputado a los demás, por más que sus actuaciones determinaran o dieran ocasión para que el lesionado, consciente y voluntariamente, practicara el comportamiento peligroso.

No se puede llegar a la misma conclusión, por el contrario, si la per- 1153
sona en peligro es incapaz, por ejemplo, en razón de su salud mental o de su edad; o cuando no tuvo plena consciencia de los alcances de su decisión de participar en la actividad peligrosa y, por tanto, no quería correr el riesgo. De acuerdo con las circunstancias del caso concreto, puede tratarse de un caso de autoría mediata[92] debido a que la víctima no actuó de manera voluntaria con relación al peligro.

---

[92] Ver *infra* Nº 2205 ss.

1154 El criterio de la asunción del peligro desempeña un papel importante en relación con la ejecución de ciertos delitos sexuales y delitos relacionados con el consumo de drogas. Por ejemplo, el caso del *dealer* que abandona al heroinómano, sin auxiliarlo o pedir ayuda a los servicios médicos, en circunstancias en que éste se había inyectado una sobredosis de heroína y caído en estado de inconsciencia. Si el drogado fallece a causa de la sobredosis, esta muerte no podrá ser imputada al *dealer* (vendedor minorista de droga) a pesar de que fue él quien proveyó de droga al drogadicto. En efecto, de su intervención no puede deducirse que tenga un deber de garante (obligación de evitar el resultado). Sólo queda la posibilidad de comprobar si no ha incurrido en omisión de auxilio a persona en peligro (art. 127).

1155 Cuando el resultado sobreviene debido a determinadas circunstancias (en especial, el comportamiento de un tercero), el resultado no será imputado al autor del acto que lo produce si éste, conforme al orden jurídico, podía esperar que no se dieran esas circunstancias (principio de confianza). Por ejemplo, el deceso de una persona en un accidente de circulación no puede ser imputado al conductor que contaba con que el otro automovilista respetara su prioridad de acuerdo con las reglas de tránsito. Este criterio de la confianza puede también ser analizado respecto a la determinación del límite de tolerancia del peligro[93].

e.5. Realización del riesgo no permitido

1156 El resultado producido por un acto humano, adecuado a un tipo legal, será importante para el derecho penal cuando constituya la realización del riesgo no permitido y creado o aumentado mediante dicha acción. Sólo entonces podrá ser imputado al agente. La valoración negativa del resultado está condicionada por el estrecho vínculo que lo une al propio peligro del comportamiento ejecutado. Si este vínculo no existe, el comportamiento sólo puede ser considerado como tentativa, puesto que no se da un resultado conforme al tipo legal (perjuicio valorado de manera negativa)[94]. Si la existencia del riesgo debe ser determinada *ex ante*, es decir, considerando las

---

[93] MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 43, Nº 70; ROXIN, 1997a, § 24, Nº 11, 22.

[94] RUDOLPHI, en RUDOLPHI/HORN/SAMSON, *SK*, vor § 1, Nº 63.

circunstancias conocidas en el momento de la realización del comportamiento, la concreción del peligro en el resultado debe ser más bien comprobada teniendo en cuenta todos los elementos conocidos una vez que éste se ha producido (*ex post*).

Por el contrario, la imputación objetiva y, por lo tanto, el carácter típico de la conducta no pueden ser admitidos cuando el agente disminuye el riesgo[95]. No es imputable el resultado (lesión leve) a quien lo causó y, de esta manera, evitó que la víctima sufriera una lesión más grave o muriera por la piedra lanzada por el agresor. No se trata en este caso de una causa de justificación, porque el acto salvador no constituye un hecho relevante para el derecho penal debido a que, precisamente, el resultado no puede ser imputado a su autor. De esta manera, se evita concluir aplicando de forma directa el dogma causal: el comportamiento salvador del agente es causa natural del resultado producido (menos grave, pero objetivamente conforme al tipo legal). Sin embargo, hay que tener en cuenta los casos en que el agente substituye[96] el perjuicio que evita por otro diferente; por ejemplo, quien priva de libertad a una persona para evitar que sea secuestrada[97]. El autor causa un perjuicio, el mismo que debe serle imputado, pero su responsabilidad deberá ser, por último, determinada mediante la comprobación de si ha obrado ilícita y culpablemente. 1157

La imputación objetiva no procede cuando el resultado se produce, en definitiva, por la intervención culpable de la víctima del hecho o de un tercero que no es coautor ni cómplice. Según la concepción tradicional de la causalidad, estos supuestos constituían una cuestión referente a la posibilidad de prever o a la adecuación del curso causal. Si la intromisión de un tercero en el desarrollo causal era tan extraordinaria que no podía ser comprendida como conforme al curso normal de las cosas, el resultado no era imputado al autor por considerarse interrumpida la relación de causalidad. Sin embargo, no es correcto afirmar que hay una interrupción del proceso causal, tal como era entendido por dicha concepción. En buena cuenta, sólo hay dos posibilidades: primero, la causalidad no es apropiada y entonces no se puede imputar el resultado al agente y, segundo, la in- 1158

---

95 STRATENWERTH, 1996, § 9 N 38; SAMSON, p. 86 ss., 101 ss.

96 JESCHECK/WEIGEND, § 28 IV 2; ROXIN, 1997, § 11 Nº 52.

97 ROXIN, 1997, § 11 Nº 42 ss.

tervención del tercero no suprime la causalidad y, en consecuencia, la cuestión de la responsabilidad penal no cambia en el fondo. En esos casos, debe recurrirse entonces al criterio de delimitación de los ámbitos de responsabilidad individual.

1159 De estas afirmaciones se desprende que no se puede evitar imputar al agente el resultado aun cuando éste se hubiera podido producir en otras circunstancias, sin su intervención. Por ejemplo, cuando una banda prepara y organiza su actividad delictuosa –lo que supone la participación de varias personas–, el hecho de sustituir a uno de los participantes por otro no excluye la posibilidad de que el resultado sea imputado también a la persona reemplazada. Así mismo, en el caso de una colisión en cadena en una carretera, el conductor chocado por detrás de su vehículo que golpea a su vez el vehículo que lo precede no puede excusarse alegando que este vehículo iba de todas maneras a ser chocado por el que seguía a su automóvil. A este efecto, por lo demás, carece de importancia que el resultado haya sido causado por un hecho natural (por ejemplo, un derrumbe). Además, conviene aplicar el mismo criterio a los casos de doble causalidad: el resultado es producido por la intervención de varios participantes, cada uno de los cuales realiza un acto propio para producirlo (cada uno de los asesinos causa lesiones mortales a la víctima).

1160 Surgen dudas en particular cuando son varias las fuentes de peligro, puesto que resulta bastante problemático determinar cuál de ellas es el origen del resultado, hasta llegarse a plantear la cuestión sobre la posibilidad de que éste hubiera podido ser evitado mediante una acción conforme al derecho. El ejemplo típico es el del camionero que al sobrepasar a un ciclista no respeta la distancia reglamentaria, circunstancia en la cual el ciclista, en estado de ebriedad, realiza una falsa maniobra que da lugar a un accidente: la llanta trasera del camión lo aplasta. Este resultado se hubiera producido, muy probablemente, aun si el chofer hubiera respetado la distancia reglamentaria[98].

1161 La doctrina dominante[99] sostiene que la causalidad sólo puede admitirse en casos de este tipo cuando existe la plena seguridad (o una alta

---

98 ROXIN, 1997, § 11 Nº 76; CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 15 Nº 174.

99 JAKOBS, 1991, 7/98 ss.; SCHRÖDER, en LK, § 16 Nº 190; CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 15 Nº 171.

probabilidad) de que el resultado hubiera sido evitado mediante la realización de la acción reglamentaria; dicho de otra manera, mediante la no realización de la acción prohibida. Se trata, por tanto, de constatar que el resultado no se habría producido si el agente no la hubiera ejecutado (en el ejemplo propuesto, si el camionero hubiera respetado la distancia reglamentaria). El principio *in dubio pro reo* entraría en consideración. La debilidad de este criterio, no obstante, radica en el hecho de que no es posible probar dicha hipótesis, porque el caso no podría ser reconstruido nunca en las mismas condiciones. Por esto parece más conveniente plantearse la cuestión de si se puede eliminar la duda existente respecto a la relación entre riesgo y resultado y, si esto no es factible, no conviene imputar la muerte al chófer porque es imposible establecer que el ciclista hubiera muerto en el accidente. Sin embargo, no se puede descartar del todo que dicha relación exista con respecto a la aumentación del riesgo[100]; basta que el agente esté vinculado con la situación de peligro para que se le pueda imputar el resultado, porque mediante su intervención, éste ha privado a la víctima del margen de probabilidad que aún tenía de sobrevivir.

La razón de la imputación del resultado al chofer es que éste, en lugar de respetar el riesgo permitido, lo ha aumentado, y que el resultado es la concretización de la intensificación del riesgo (teoría del riesgo)[101]. Esta tesis es muy discutida, aunque haya sido aceptada por un buen número de autores[102]. También se afirma que, en todo caso, habría que invocar el principio *in dubio pro reo*. Roxin responde a estas objeciones afirmando que lo decisivo es el hecho de que el agente haya aumentado realmente el riesgo de manera prohibida[103]. 1162

e.6. Riesgo prohibido por la norma

Además, para admitir la relación entre el riesgo y el resultado, es indispensable que éste sea el mismo a causa del cual se ha prohibido 1163

---

100 STRATENWERTH, 1996, § 9 N 42; RUDOLPHI en SK, vor § 1, Nº 65 ss.; ROXIN, 1997, § 11 Nº 76 ss.; SCHULTZ, 1982b, p. 128 s.; TRECHSEL/NOLL, p. 252; WALDER, 1977, p. 160.

101 ROXIN, 1997, § 11 Nº 77 s.

102 JESCHECK/WEIGEND, § 55 II 2 b aa; RUDOLPHI, en SK, vor § 1 Nº 65 ss.; STRATENWERTH, 2000b, Nº 1029; PUPPE, 1983, p. 287 ss.

103 ROXIN, 1997, § 11 Nº 78 ss.

la realización de la acción. Es decir, el peligro creado o aumentado debe contradecir la finalidad de protección específica de la norma violada. Es el caso del automovilista que conduce a velocidad excesiva y luego disminuye la velocidad al límite autorizado, ocasión en la que atropella y lesiona un peatón. El exceso de velocidad es causa del resultado en la medida en que condiciona el hecho de que el vehículo se encuentre en el lugar del accidente justo en el momento en el que el peatón cruza la calzada. Sin embargo, el accidente y las lesiones consecutivas no constituyen la materialización del riesgo que implica el exceso de velocidad[104]. Las reglas en las que se fijan los límites de velocidad no tienen por objeto asegurar la puntualidad en las citas o que las personas que se trasladan en vehículos pasen por un lugar a una hora determinada. Así mismo, en el ejemplo conocido de los dos ciclistas que circulan uno detrás del otro y sin luces, no se debe imputar al segundo las lesiones que provoca el primero a un peatón al que no ve por falta de iluminación. La regla que dispone que, en la oscuridad debe conducirse con los faros prendidos no tiene la finalidad de que se ilumine la ruta a los otros participantes en la circulación.

e.7. Delitos de peligro e imputación objetiva

1164 Estos criterios de imputación deben también tenerse en cuenta respecto a los delitos de peligro concreto. Se trata de delitos materiales, ya que su consumación supone una modificación del mundo exterior física y temporalmente diferente de la misma acción de la infracción. Dicha modificación, a diferencia de los delitos de lesión, no reside en un perjuicio material sufrido por el objeto del delito (persona, cosa, documento, feto, etc.) sino en la creación de una situación de la cual puede derivar la realización de un tal perjuicio. La exposición al peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud (art. 125) implica que el agente realice un comportamiento (conducir la víctima al borde de un precipicio) con el propósito de crear un riesgo de accidente grave para su vida o integridad corporal. La creación de este riesgo constituye el resultado de la acción y debe ser imputado al agente para que se pueda considerar que el tipo legal ha sido concretado.

---

[104] ROXIN, 1997, § 11 Nº 69 ss.; cf. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 14 Nº 88 ss.

Determinar si este peligro se ha dado no es una cuestión que haya 1165
que resolver de acuerdo a criterios materiales. Así, resulta impreciso y poco práctica la cuantificación del grado de probabilidad de que el daño se produzca. Por eso no se puede afirmar que el peligro concreto existe, en el ejemplo precitado, sosteniendo que en la situación dada había el 51 % de probabilidades de que la víctima muriera o sufriera lesiones graves. El criterio aplicable es más bien de orden normativo. El punto de partida es la constatación de que el peligro concreto supone que sólo por azar el perjuicio no se produce. En el contexto creado por la acción del agente, el peligro ya no puede ser impedido con certeza mediante un medio normal al alcance de la víctima o de un tercero. No se puede confiar en que se dé tal circunstancia salvadora, debido a que ella depende de la extraordinaria habilidad que posea la persona amenazada o de un encadenamiento de circunstancias incontrolables[105].

Por el contrario, en el caso de los denominados delitos de peligro 1166
abstracto, puesto que se trata de delitos formales, no se presenta el problema ni de la causalidad ni de la imputación objetiva de un resultado, puesto que éste no constituye un elemento del tipo legal. El delito se reduce a la realización de una acción que el legislador quiere evitar por considerarla peligrosa en sí misma para el bien jurídico protegido. Por ejemplo, el envenenamiento, la contaminación o adulteración de aguas o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al consumo (art. 286). El autor de una de estas acciones será reprimido sin que sea necesario que alguien fuera expuesto a sufrir un daño en su salud. Un caso bastante frecuente en la vida diaria es el de conducir vehículos bajo la influencia del alcohol.

La represión de este tipo de comportamientos es cuestionada seña- 1167
lando que es contraria al principio de la lesividad (afectación de un bien jurídico), consagrado en el art. IV del Título Preliminar del Código Penal. Según esta disposición, la "pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley". Ahora bien, resulta difícil fundamentar la pena cuando se demuestra que nadie fue expuesto en realidad a un peligro, salvo que por peligro, en disposiciones como la citada, se comprenda también el peligro que el legislador, de acuerdo con consideraciones es-

[105] SCHÜNEMANN, 1975, p. 797; ROXIN, 1997, § 11 Nº 125.

tadísticas, asocia *iuris et de jure* a la acción, implícito a los delitos de peligro abstracto. En todo caso, lo cierto es que mediante la represión de acciones, apropiadas por su naturaleza para dar lugar a un daño en agravio de terceros, se busca garantizar una mayor seguridad a los bienes jurídicos. La importancia de la represión de este tipo de acciones con respecto a dicha protección es en general admitida por sus efectos positivos de prevención general. Subsisten dudas, sin embargo, en cuanto al respeto del principio de la culpabilidad[106]. La respuesta parece encontrarse en el hecho de que, mediante la realización dolosa de la acción considerada en sí misma peligrosa, el agente viola un deber de cuidado en el sentido aceptado en el caso de los delitos culposos[107].

f. Apreciación global

1168 Cada una de las teorías sobre la causalidad, a pesar de las pretensiones de sus sostenedores, sólo constituye un esfuerzo destinado a fijar los límites en los cuales es factible imputar objetivamente a una persona las consecuencias de su comportamiento. La teoría de la equivalencia de las condiciones escogiendo una de éstas (la acción del agente) como la penalmente relevante, en lugar de considerarlas todas como se hace en las ciencias naturales, ya constituye un criterio normativo. En derecho penal, se estima como suficiente, de acuerdo con la categoría de las acciones que se buscan prohibir y evitar, el nexo determinado según los criterios de las ciencias empíricas. La teoría de la causalidad adecuada siempre ha constituido de modo manifiesto un criterio normativo, por más de que haya sido presentada como una teoría relativa sólo a la causalidad. Por esto ha servido como punto de partida para la elaboración de la teoría de la imputación objetiva.

1169 Esta última teoría gana cada vez más adeptos; en especial, por sus notorias ventajas en el dominio de las infracciones culposas y de las de omisión impropia. Sin embargo, las dificultades subsisten debido a que los criterios desarrollados no son del todo precisos y, así mismo, en razón del desacuerdo existente en torno a los elementos del delito como a la misma imputación objetiva. Las diversas maneras de

---

[106] ROXIN, 1997, § 11 Nº 125 s.
[107] HORN, p. 28, 94; ROXIN, 1997, § 11 Nº 129 ss.

concebir tanto el derecho penal, en general, como el hecho punible, en particular, explican las divergencias doctrinales sobre los alcances de la imputación objetiva y el lugar que ocupa en la sistemática de la teoría del delito. Algunos la consideran como simple complemento de la teoría de la equivalencia de las condiciones y otros como una teoría explicativa de todos los elementos de la infracción. La posición intermedia que consiste en considerarla como un medio para determinar si el tipo legal ha sido realizado y que es obra del agente es, en el nivel actual de la reflexión, preferible a las demás. Por esto es inconveniente considerarla como criterio para apreciar el carácter ilícito del comportamiento ya calificado de típico[108].

De esta manera, mediante la imputación objetiva se pone en evidencia el aspecto valorativo-normativo de la atribución de la acción y del resultado al agente como si fueran su obra personal, que era ocultado cuando se trataba de resolver el problema recurriendo sólo a las diversas teorías sobre la causalidad. Por el contrario, habrá que tener en cuenta los objetivos de la represión, que son determinados, a su vez, por el conjunto de valores en que se basa el mismo derecho penal. La discusión sobre la causalidad no debe, pues, ocultar el debate esencial sobre los criterios axiológicos que orientan el uso del poder punitivo por parte del Estado. 1170

V. Tipo legal subjetivo

1. Noción

El aspecto subjetivo del tipo legal está constituido por las referencias al mundo interno del autor utilizadas para describir el acto incriminado. El dolo es su elemento principal y, con frecuencia, está acompañado de otros elementos subjetivos (móviles, ánimos, tendencias). Él constituye el núcleo de lo ilícito personal de la acción[109]. 1171

---

[108] BUSTOS, en BUSTOS/LARRAURI, p. 36. Este autor afirma: "es en este plano en el que se consideran todas la valoraciones (o desvaloraciones que surgen de todo el ordenamiento jurídico, de todas la reglas jurídicas, y no sólo desde la norma prohibitiva o de mandato)".

[109] JESCHECK/WEIGEND, § 30 I 1; ROXIN, 1997, § 10 Nº 62, ss.; JAKOBS, 1991, 8/7 ss.; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 13 ss., Nº 52.

1172 La aceptación del tipo legal subjetivo y del dolo como su aspecto central no depende de la noción finalista de la acción. Cierto es que los partidarios de ésta perfeccionaron la nueva concepción del tipo legal desde el momento en que, en sus inicios, identificaron la finalidad de la acción con el dolo. En la actualidad, este criterio ha sido, en general, abandonado o rechazado, ya que el dolo no puede ser percibido sólo como el control del desarrollo causal orientado a la realización del tipo legal. Hay que considerar, además, que supone la comprensión del sentido normativo de todos sus elementos[110].

1173 El carácter ilícito de los comportamientos no puede ser precisado describiendo únicamente su aspecto externo. El dolo debe ser tratado, por lo tanto, como factor integrante del tipo legal[111]. Hay razones suficientes para convenir que el dolo es, casi siempre, un factor determinante para saber si una acción es o no típica. Por ejemplo, el término apoderar (art. 185) implica una finalidad, por lo que la acción que designa sólo puede ser comprendida como un comportamiento doloso. El comportamiento del estafador es entendido como el obrar descrito en el art. 196, sólo si se considera el *animus* fraudulento con el que es realizado. Muchas veces, el mismo acto es descrito como una acción orientada a una meta determinada; por ejemplo, "el que mediante amenaza o violencia obliga a otro a hacer lo que la ley no manda, o le impide hacer lo que ella no prohíbe..." (art. 151). Un caso especial que debe ser mencionado es el de la tentativa[112]. Este tipo legal ampliado sólo puede ser comprendido si se tiene en cuenta, desde el momento en que se determina la tipicidad, la voluntad con la cual el agente ha actuado. De lo contrario, resulta imposible saber, por ejemplo, si se trata de una tentativa de lesión grave (art. 121) o de homicidio (art. 106). Sin tener presente el designio del agente, no se puede saber si el hecho de disparar un arma de fuego contra una persona constituye, según el perjuicio que se cause o no, un homicidio frustrado, lesiones consumadas o sólo una exposición a peligro de muerte. La tentativa es siempre una actividad dirigida a consumar algo (la "ejecución de un delito", art. 16), de donde se concluye que es insuficiente afirmar que la sola diferencia entre el delito consumado y la tentativa es la no realización del resultado[113].

---

[110] Roxin, 1997, § 10 Nº 67.

[111] Baumann/Weber/Mitsch, § 12 IV; Schmidhäuser, 1975, 8/26.

[112] Ver *infra* Nº 2044 ss.

[113] Roxin, 1997, § 10 Nº 64.

2. Dolo

En el art. 11 de Código Penal se definen los delitos y faltas como las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley y, en el art. 12, se puede leer que las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. 1174

A diferencia del Código de 1924, el vigente no contiene una definición del dolo. Si, en principio, esta técnica legislativa es conforme al criterio según el cual la ley no es el medio por el cual deben resolverse conflictos doctrinarios, esta omisión resulta, sin embargo, insatisfactoria porque la doctrina nacional es incipiente y la formación de los jueces, en general, insuficiente. Por esto quizás hubiera sido preferible establecer una norma que, en cierta medida, orientase a quienes administran la justicia. Este es el único fundamento del por qué se sigue manteniendo tal tipo de preceptos en códigos o proyectos de código recientes (por ejemplo, Código Penal colombiano de 2000, art. 22: "La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar". El Proyecto suizo de la parte general, de 1998, dice en su art. 10, inc. 2: "obra intencionalmente quien comete un crimen o un delito con consciencia y voluntad. El autor actúa también intencionalmente cuando considera como posible la realización de la infracción y la acepta si se produciría". Los redactores del Código peruano parecen haber tenido en cuenta la técnica del Código alemán, cuyo § 15 prevé la regla de la represión general de los delitos dolosos y excepcional de los culposos cuando la ley lo establezca de modo expreso. Esta manera de proceder se justifica sobre todo teniendo en cuenta el nivel de la doctrina y de la jurisprudencia, que no es el caso del Perú, donde ni siquiera se publican las decisiones de la Corte Suprema y la doctrina nacional es muy escasa. 1175

En el art. 81, párrafo segundo, del Código derogado, se estatuía que la infracción era intencional cuando se cometía por acción u omisión consciente y voluntaria. El mismo legislador admitió el origen suizo de esta disposición en la exposición de motivos sin precisar, sin embargo, su fuente. Por esta circunstancia, resulta necesario recordar que el art. 18 del Proyecto de 1918 del Código Penal suizo disponía: "*Celui-là commet intentionnellement un crime ou un délit, qui le commet* 1176

avec conscience et volonté" ("Comete intencionalmente un crimen o un delito quien lo haga con consciencia y voluntad"). Esta definición ya figuraba en los Anteproyectos suizos de 1908 y de 1916, aunque no en términos idénticos. El art. 19, inc. 2, del Anteproyecto de 1908 establecía: "*Celui-là commet un délit avec intention, qui agit le sachant et le voulant*". Esta diferencia es debida a los esfuerzos desplegados para traducir correctamente en francés el texto alemán: "*Vorsätzlich verübt ein Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt*". Al respecto, Gautier afirmó: "es de observar que el segundo párrafo del art. 19 está mal traducido. Es cierto que el texto francés no es fiel al texto alemán. Debería traducirse esta regla de la siguiente manera: "*Celui-là commet un délit avec intention, qui en réalise les éléments le sachant et le voulant*" ("Comete un delito con intención quien realiza los elementos sabiéndolo y queriéndolo"). En efecto, el autor obra con dolo cuando es consciente y quiere el acto y el resultado (*lato sensu*).

1177 Fuera de todas estas dificultades, lo cierto es que el dolo era definido recurriendo a dos elementos que aún hoy son utilizados: la consciencia y la voluntad[114]. La doctrina los califica de elementos cognitivo y volitivo, respectivamente. En consecuencia, se considera que obra dolosamente quien lo hace con consciencia y voluntad. Según la manera y la intensidad en que concurran estos elementos[115], se han admitido generalmente tres formas de dolo: directo, indirecto y eventual.

1178 El hecho de que en el Código vigente, siguiendo quizás el modelo alemán y el español, no se haya conservado el art. 81 del anterior Código, en el que se definía al dolo como constituido por la consciencia y la voluntad (art. 81), no significa en absoluto que deba abandonarse esta concepción. Lo contrario se deduce más bien de las disposiciones del mismo Código. Así, por ejemplo, de las disposiciones sobre la tentativa. Cuando en el art. 16 se hace referencia a la ejecución del delito que el autor "decidió cometer" resulta evidente que se alude a la voluntad. Además, hay que señalar que no existe, en nuestro medio, antecedente alguno tanto en la legislación como en la doctrina, que permita afirmar que el dolo no era concebido de esa manera.

---

[114] Cf. HAVA, 2003, p. 112 ss.; VILLA STEIN, p. 235 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 20 Nº 6 ss.

[115] ROXIN, 1997, § 12, Nº 2 y 4.

Por el contrario, en Alemania, ante la ausencia de una regulación 1179
legal expresa del dolo, se ha propuesto una nueva definición de éste basada sólo en el aspecto cognitivo del comportamiento con la finalidad de explicar el dolo eventual[116]. La importancia de la voluntad es negada o atenuada mediante diversos argumentos[117]. Por ejemplo, se ha recurrido a un criterio sistemático afirmando que el factor voluntad ha sido mal ubicado en el esquema de la teoría del delito y que esta deficiencia es el origen de los problemas relativos al dolo eventual. En esta perspectiva, la voluntad es comprendida de manera exclusiva como la posibilidad de la que dispone el autor al realizar el resultado de modo controlado. Así, se le considera como un elemento constitutivo de la acción[118], el mismo que no influye en la imputación a título de dolo. Sin embargo, no hay unanimidad al determinar los requisitos concretos que debe reunir ese elemento cognitivo para cumplir la función de delimitador en relación con la imprudencia. Pero de todas maneras, con buen criterio, se ha señalado, por un lado, que esto sería admisible en la medida en que se considerara que, al no regular más expresamente el dolo, el legislador ha guardado un silencio calificado y, por otro, que esto es inadmisible si se considera la tradición legislativa y los antecedentes doctrinales[119].

3. Elementos subjetivos

La referencia, explícita o implícita, a algunos aspectos del mundo 1180
interno del agente (por ejemplo, motivos, propósitos o tendencias) en los tipos legales fue considerada como una excepción a la regla según la cual el carácter ilícito de la acción incriminada debía ser establecido objetivamente. La aceptación del esquema del delito elaborado por los finalistas ha conducido a considerar al dolo y a los

---

116 SCHMIDHÄUSER, 1980, p. 242.

117 KINDHÄUSER, 1984, p. 23; HERZBERG, 1986, p. 249 y ss.; JAKOBS, 1995a, 8/1 ss.

118 HERZBERG, 1988, 576 ss.; DÍAZ PITA, p. 26 s.

119 PEÑA CABRERA, 1995, p. 330 y ss.; VILLA STEIN, p. 235 ss.; VILLAVICENCIO, 2001, p. 69 ss.; en España, BUSTOS/HORMAZÁBAL, p. 63 ss.; LUZÓN PEÑA, 1996, p. 426 ss.; MIR PUIG, 1998, p. 249 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000, p. 308 y ss.; QUINTERO OLIVARES, p. 330 y ss.; en Alemania, KÜHL, 2000, § 2 Nº 10; JESCHECK/WEIGEND § 29 III 3 d.

demás elementos subjetivos referentes a la acción como circunstancias indispensables para determinar si ésta es conforme al tipo legal y, por consiguiente, si es ilícita.

1181 Según la perspectiva que se adopte, se designan a tales aspectos subjetivos de la acción, que acompañan al dolo, con las expresiones: "elementos subjetivos del tipo" o "elementos subjetivos del injusto". Ambas fórmulas expresan la misma idea[120], ya que el carácter ilícito del comportamiento se determina tanto por su conformidad al tipo como por la ausencia de causas de justificación. Así, pues, mediante las peculiaridades de la voluntad delictiva, se precisa mejor la índole ilícita de la acción.

1182 El elemento subjetivo concierne a lo ilícito cuando sirve para caracterizar el tipo legal precisando sus relaciones con el bien jurídico protegido o determinando mejor la acción, el objeto del delito, el *animus* del agente. El propósito "obtener provecho" (art. 185), el hecho de matar para facilitar u ocultar otro delito (art. 108, inc. 2), emplear la violencia contra un funcionario para impedir o trabar un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones (art. 366), todos ellos son elementos subjetivos que caracterizan al tipo legal respectivo y fundamentan, en consecuencia, el carácter ilícito del acto. Estos elementos son denominados en doctrina como elementos de tendencia interna trascendente.

1183 Por el contrario, cuando el elemento subjetivo se refiere a motivos, sentimientos o convicciones considerados de manera independiente, hay que afirmar que se trata de factores que condicionan la culpabilidad[121]. Es el caso del motivo de lucro mencionado en la descripción del asesinato (art. 108, inc. 2), de los fines publicitarios indicados en relación con el secuestro (art. 152, inc. 6), del hecho de saber que el producto que se comercializa origina peligro de muerte (art. 288, pf. 3). Estos elementos no fundamentan ni aumentan el carácter ilícito del acto incriminado; por el contrario, su efecto es el de intensificar la culpabilidad, por lo que se justifica reprimir con más severidad al autor. En doctrina, se designan éstos como "elementos subjetivos de tendencia interna intensificada".

---

[120] JESCHECK/WEIGEND, § 30 I.

[121] JESCHECK/WEIGEND, § 30 I 3; ROXIN, 1997, § 10 Nº 7. Se considera elemento subjetivo el *animus difamandi* en la ES 17 de setiembre de 1993, Exp. Nº 2098-92-Piura, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 116.

Esta distinción es difícil de apreciar; no obstante, su importancia es práctica y no sólo de naturaleza teórica[122]. En caso de participación, las particularidades personales que afectan la responsabilidad (culpabilidad) de uno de los participantes no modifican la de los demás. Ahora bien, estas circunstancias individuales son elementos subjetivos referidos por supuesto a la culpabilidad. Por lo tanto, quien, sin afán de obtener un provecho ilícito, instiga a una persona a cometer un hurto será reprimido de acuerdo con el art. 185. Por el contrario, al cómplice de quien trafica ilegalmente fármacos, drogas o estupefacientes, sin saber que el autor entrega dichos productos a menores, no se le puede agravar la pena (art. 297, inc. 5). 1184

En la doctrina penal se discute sobre los criterios que permiten determinar cuáles son los elementos subjetivos del tipo legal que se orientan hacia la culpabilidad o hacia la antijuricidad del acto[123]. Las dificultades resultan insuperables cuando se pretende encontrar un criterio único e inequívoco para clasificar, de una vez por todas, ciertos factores en uno solo de los dos grupos. La respuesta debe buscarse analizando cada uno de los tipos legales en el cual figura un elemento subjetivo. Así, todo depende de cómo se interpreten las circunstancias subjetivas referentes al asesinato (art. 108) para determinar de qué clase de elemento subjetivo se trata. Por ejemplo, la ferocidad (art. 108), definida como la ausencia de móvil, está en relación con la culpabilidad. Sin embargo, la situación no es del todo clara respecto a la crueldad y a la alevosía: ambas están vinculadas tanto al tipo legal (la manera como es ejecutada la muerte caracteriza de modo especial el acto incriminado) como a la culpabilidad. Lo decisivo es la manera como es comprendido el tipo legal correspondiente, ya que la misma referencia subjetiva puede servir para uno u otro fin. 1185

4. Consciencia

Al hablarse de conciencia, se hace referencia al hecho de que el autor debe ser consciente de ejecutar el acto y debe conocer los demás elementos del aspecto objetivo del tipo legal (por ejemplo, la calidad de la víctima, la naturaleza del objeto sobre el que se ejecuta la ac- 1186

[122] Roxin, 1997, § 10 Nº 77.
[123] Roxin, 1997, § 10 Nº 71.

ción o de los medios a emplear, las circunstancias del comportamiento). Se trata tanto de los elementos descriptivos del tipo legal que son aprehendidos sin mayor dificultad por estar referidos al mundo externo, como de los elementos normativos respecto a los cuales es necesario realizar una apreciación de valor (cosa mueble ajena, documento público, funcionario público).

1187 Sin embargo, de acuerdo con lo afirmado antes[124], incluso los denominados elementos descriptivos contienen un aspecto normativo por el simple hecho de haber sido incorporados en la ley. Así, por ejemplo, para concretar la noción de persona como víctima del delito de homicidio es necesario determinar el momento en que se inicia la protección ("durante el parto") y en que se termina ("muerte clínica"); de la misma forma, la noción de bien en los delitos contra el patrimonio.

1188 Por otra parte, si en los delitos de pura actividad la consciencia del agente se limita al desarrollo de la misma actividad delictuosa, en los delitos materiales, por el contrario, es indispensable que se represente tanto el resultado típico, como las condiciones materiales relevantes a la relación de causalidad e imputación objetiva.

1189 Finalmente, en los casos en que el legislador ha establecido una circunstancia objetiva como agravante o atenuante de la represión, el agente debe ser consciente de ésta para que pueda serle imputada a título de dolo. No es necesario, por el contrario, que el agente sepa que es un sujeto imputable o conozca el grado de realización de su acto, las condiciones objetivas de punibilidad (art. 125) o el carácter punible de su acción.

1190 Si se tiene en cuenta que el derecho penal, sobre todo en su núcleo esencial, refuerza prohibiciones o mandatos preceptivos anclados en las reglas sociales básicas, es suficiente que el delincuente sea consciente de la valoración social del hecho y no de la jurídica. Si esto último fuera necesario, se afirma con frecuencia, sólo los juristas podrían actuar con dolo. Basta, "la valoración paralela en la esfera del profano" (*Parallelwertung der Laiensphäre*). La estimación que haga el agente (de acuerdo a sus condiciones individuales y situación social) debe ser equivalente (ir en el mismo sentido) a su significación social (tomada en cuenta por el legislador)[125]. Así, en caso de hurto, el agente

---

[124] Ver *supra* Nº 1083.

[125] Cf. VILLA STEIN, p. 235.

tiene consciencia del carácter ajeno del bien del cual se apodera en la medida en que sabe que no le pertenece; el falsificador de moneda, que las piezas que fabrica corresponden a moneda de curso legal; el que distribuye una publicación obscena, que ésta contiene referencias groseras y excesivas al sexo; en el delito de omisión de asistencia familiar (art. 149), el entendimiento de las circunstancias materiales de las que se deriva la obligación de prestar alimentos. Se trata, en definitiva, del conocimiento de las circunstancias que fundamentan la apreciación de valor negativa que recae sobre el hecho ilícito.

La consciencia de los hechos debe darse en el momento en que son 1191
ejecutados por el autor. En consecuencia, no basta, por ejemplo, que el agente sepa que un hecho o una sustancia son idóneos para provocar un resultado determinado (la muerte de una persona) y que haya tenido la posibilidad de recordarlo en el momento de decidirse y de ejecutar la acción: es necesario que dicho conocimiento aflore en su consciencia y que lo tenga presente en el momento de actuar.

En doctrina[126] se admite en gran medida que sería demasiado exigir 1192
que el agente sea siempre consciente de todas las circunstancias en las que actúa. Por eso, se reconoce la existencia de una zona intermedia entre, por un lado, la consciencia plena y actual y, por otro, la inconsciencia. Para denominarla se utiliza el término co-conciencia (*Mitbewusstsein*)[127]. En ésta, se consideran comprendidos dos tipos de circunstancias: de un lado, quiénes somos (fulano o zutano), qué somos (padre, abogado, funcionario, autoridad), todo lo que nos ocupa en el momento de obrar; es decir, lo que consideramos sin reflexionar. Además, aquellas que, según nuestra experiencia y las circunstancias del caso concreto, están vinculadas con objetos perceptibles (un arma de fuego o una granada son apropiadas para matar). Por ejemplo, en el caso de quien, teniendo conocimiento de la minoría de edad de su sobrina, tiene relaciones sexuales con ella, no es necesario que tenga presente esta situación de manera actual y constante. Su conciencia de este hecho es concomitante a su conocimiento de la persona de la víctima.

Que la consciencia de las circunstancias sea actual no significa que 1193
éstas deban constituir una realidad presente. Basta que el agente las

---

[126] Contra la aplicación de la noción de co-conciencia respecto al dolo, FRISCH, 1989b, p. 346 s.

[127] BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 20 Nº 10.

considere con seriedad como probables. El transportador de substancias explosivas que se representa, en razón a las medidas que ha adoptado, como altamente improbable la producción de una explosión, no actúa con la consciencia que requiere el dolo. En relación con el SIDA, se considera que la posibilidad de que se transmita con ocasión de un solo contacto sexual sin protección, es de menos del uno por ciento, por lo que resulta muy problemático admitir el dolo, salvo cuando el agente ha aumentado de manera importante el riesgo o ha orientado su comportamiento a lograr la transmisión del virus.

1194 Basta que el agente tenga consciencia de la probable realización de los elementos del tipo objetivo, comprendido el resultado. Como entre éste y la acción debe darse una conexión que permita imputar al agente este último como si fuera obra suya, es indispensable que tenga consciencia del desarrollo probable de los hechos que se originan en su decisión de actuar.

1195 La determinación de si el agente tuvo este conocimiento está condicionada por el hecho de que, dadas las innumerables causas que influyen en la producción de un suceso futuro, resulta desmesurado exigir que se prevea en detalle y con seguridad su realización. El resultado será, pues, considerado doloso cuando, según una apreciación objetiva, corresponda al previsto por el "plan" del delincuente[128]. Dicho de otra manera, cuando tenga consciencia de sus aspectos fundamentales de modo que se pueda afirmar que conserva bajo su control los acontecimientos. Por supuesto, no es el caso cuando se producen modificaciones importantes en la evolución de los hechos. Dichas modificaciones crean riesgos que no son propios al comportamiento previsto por el agente. En qué medida estos riesgos deben ser imputados al autor es una cuestión que exige tener en cuenta los criterios de la imputación objetiva[129].

1196 La consciencia propia del dolo no desaparece cuando el delincuente lesiona a la víctima para causarle la muerte, pero ésta no sobreviene de inmediato sino horas después, por causa de una fuerte hemorragia. Tampoco cuando el agente no tiene la certeza sobre cuál de sus acciones la ha producido realmente (por ejemplo, creyendo a la víc-

---

[128] ROXIN, 1997, § 12 Nº 6.
[129] Cf. *supra* Nº 1130 ss.

tima muerta, la decapita). Por el contrario, cuando la víctima, gravemente lesionada por el homicida, es trasladada y muere debido al accidente causado por el chofer de la ambulancia del hospital, este resultado no puede ser imputado al sujeto activo y, por lo tanto, no puede considerarse que ha consumado el tipo legal; pero subsistiendo el dolo, se le reprimirá por tentativa.

5. Voluntad

El autor debe decidirse a ejecutar el acto descrito por el verbo típico y a realizar todos los elementos o circunstancias que lo caracterizan de acuerdo al tipo legal objetivo. Es decir, su voluntad debe referirse de manera global a la realización del tipo legal[130]. No basta en consecuencia que el autor haya tenido simples deseos o esperanzas respecto a la materialización de éste[131]. Las dificultades estriban en la determinación de los criterios necesarios para saber en qué consiste dicha voluntad. Con facilidad se admite que ésta existe cuando la realización de la acción y de las circunstancias previstas en el tipo legal objetivo concuerda con el fin que se ha propuesto el agente. Problemático es, por el contrario, precisar cuándo debe considerarse como querido el resultado o un elemento del tipo objetivo que el autor sólo se ha representado como de probable realización. 1197

La determinación de lo que se entiende por voluntad se ha efectuado en doctrina mediante la descripción de los denominados tipos o clases de dolo. Sin embargo, la terminología utilizada no es uniforme ni tampoco siempre adecuada. Por esto tendremos en cuenta la clasificación tradicional en tres tipos: directo de primer grado, directo de segundo grado (indirecto) y eventual, sin dejar de considerar, por un lado, otros criterios y, por otro, que lo esencial es tratar de precisar el fondo de la cuestión. 1198

a. Dolo directo de primer grado

Existe casi unanimidad al definir este dolo como la aspiración o pretensión orientada a alcanzar una meta determinada: la realización 1199

---

[130] RN Nº 3816-97-Huánuco, del 21 de octubre de 1997, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 114.

[131] JESCHECK/WEIGEND, § 29 III 2; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 20 Nº 19 ss.

del tipo legal o el resultado[132]. El agente "persigue", al decidirse a actuar, alcanzar este fin. No es necesario, sin embargo, que éste constituya el objetivo final de su comportamiento. Así, la realización del tipo legal, querida y buscada, constituye el fin penalmente significativo, aun cuando sea sólo una etapa intermedia en el comportamiento del agente. Tampoco es indispensable que dicha meta constituya el motivo por el cual el agente actúa. Éste puede obrar, por ejemplo, por venganza o lucro. Por último, también es indiferente que la realización del tipo legal o del resultado sea incierta: lo decisivo es que el agente, creando o aumentando el riesgo de perjudicar un bien jurídico protegido, decida cometer un acto con el objeto de realizar el tipo legal o el resultado previsto. El ejemplo típico es el de quien, para matar a una persona, dispara contra ella desde una distancia que no permite asegurar la producción del resultado. Lo decisivo es que su comportamiento comprenda la decisión de materializar el tipo legal.

1200 Se habla de delitos de propósito (*Absichtsdelikte*), cuando el tipo legal prevé como elemento subjetivo una finalidad especial. La manera inapropiada como la ley se refiere a ésta plantea el problema de saber si se hace referencia a una forma especial del dolo o si sólo se alude a un motivo que debe impulsar al agente. Determinar lo que el legislador ha considerado es una cuestión de interpretación de cada tipo legal. Si no se trata del dolo como tal, estamos ante un caso particular de elemento subjetivo del tipo que no debe ser confundido con éste (por ejemplo, la finalidad del enriquecimiento ilícito en la estafa). Por lo tanto, resulta inconveniente considerar la intención marcada por un propósito determinado como una forma especial de dolo diferente al dolo directo (primer grado).

1201 Un caso particular con respecto a que basta la voluntad dirigida a la realización de un resultado incierto es el de los delitos cuyo tipo legal prevé, como elemento subjetivo, que el agente actúe "a sabiendas...". En estos casos, existe una diferencia entre el dolo directo y el dolo eventual a nivel del elemento cognitivo. Este conocimiento especial caracteriza de tal manera el dolo que excluye así el dolo eventual. Por ejemplo, quien propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa actúa dolosamente sólo cuando lo hace "a sabiendas" (art. 289), es

[132] ROXIN, 1997, § 12 Nº 7; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 20 Nº 40 ss.

decir teniendo un conocimiento cierto de que propaga una de esas enfermedades; por lo tanto, el dolo eventual no basta.

b. Dolo directo de segundo grado

1202 En este caso, el autor sabe que la realización del tipo legal, de una circunstancia del hecho o del resultado es una consecuencia o una fase intermediaria muy vinculada con la acción que ha decidido realizar[133]. No basta que se represente el resultado como posible; lo considera, por el contrario, como etapa intermedia o presupuesto vinculado de manera segura con el fin que persigue, pese a que no tenga por segura su producción. Aunque no lo desee o prefiera evitarlo, sin embargo está decidido a realizar el hecho previsto.

1203 Se cita como ejemplo el caso de quien busca matar a una persona prendiendo fuego a su casa y considera que la muerte de otras está de modo indefectible vinculada a la realización de su objetivo, pero espera que no se encuentren allí en el momento de provocar el incendio. Otro ejemplo: cuando el agente, con el fin de cobrar un seguro de vida establecido en relación con la víctima, le causa la muerte provocando el naufragio del barco donde ésta se encuentra y a sabiendas de que otras personas perecerán de todas maneras. Este caso implica que el agente considere como inevitablemente vinculada la muerte de éstas con la producción del resultado que tiene por seguro (muerte de persona asegurada). Sin embargo, tampoco es indispensable que estime como ineluctable la producción de este primer resultado si se representa como seguras las consecuencias conexas. Aquí, el agente se figura sólo como probable el resultado querido (por ejemplo, cuando el delincuente que ha programado el mecanismo incendiario tiene por probable que éste sea desactivado), pero se representa como necesarios los efectos de su realización (muerte de terceros). Por esto, se habla de resultado doloso incierto con efectos necesarios (*beabsichtichtigter unsicherer Erfolg mit sicheren Nebenerfolgen*). Así mismo, poco importa que el agente afirme que hubiera preferido evitar la muerte de las otras víctimas.

1204 La poca trascendencia de la diferencia entre dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado explica que muchos autores la

---

[133] ROXIN, 1997, § 12 Nº 18 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 20 Nº 46 ss.

rechacen y estimen que se trata de una sola clase de dolo[134]. En ambos, uno de los aspectos del dolo no se presenta de manera completa, pero esta carencia es compensada cabalmente[135]. Así, en el dolo directo de primer grado, la decisión clara de alcanzar el resultado equilibra la conciencia que la realización del resultado es sólo probable. En el dolo directo de segundo grado, la representación de que el resultado, no querido de modo inmediato, está vinculado de modo necesario al primero es el elemento que compensa la decisión no dirigida directamente a producirlo. Si alguna importancia puede tener esta distinción es, en particular, a nivel de la individualización de la sanción penal.

c. Dolo eventual

c.1. Introducción

1205 La doctrina propone diversas maneras para precisar en qué consiste el dolo eventual. Las dificultades existen tanto por la complejidad de la situación, sobre todo cuando se trata de distinguirlo de la culpa consciente, como por la imprecisa y heterogénea terminología utilizada. De acuerdo con la importancia que dan a uno de los dos aspectos del dolo, las diferentes sugerencias pueden ser agrupadas, por un lado, en teorías cognitivas y, por otro lado, en teorías volitivas. Además, no hay que olvidar que también se proponen criterios mixtos. De modo que resulta casi imposible y poco práctico, en una exposición como la presente, presentar cada una de las opiniones. Por último, hay que considerar también, por un lado, que los criterios volitivos implican siempre la representación del resultado, pues no se puede querer algo de lo que no se tiene consciencia y, por otro, que los criterios cognitivos planteados encubren u ocultan un factor volitivo[136]. Por ende, no deben sobrestimarse las distinciones propuestas.

c.2. Prioridad al elemento intelectual

1206 Según la teoría de la posibilidad (*Möglichkeitstheorie*)[137], se considera como determinante el hecho que el autor se hubiera representado

---

[134] CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNCKE/SCHRÖDER, § 15, Nº 69.
[135] KÜHL, 2000, § 2 Nº 43.
[136] KÜHL, 2000, § 2 Nº 51; cf. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 20 Nº 48 ss.
[137] SCHMIDHÄUSER, 1975 10/89 ss.; SCHRÖDER, p. 207 ss.

como posible la realización del resultado y no se haya abstenido de actuar, sin importar su actitud respecto al mismo (aprobación, indiferencia). Una variante de esta teoría exige, en lugar de la simple posibilidad de que el resultado se produzca, que el autor lo prevea como factible, próximo y no sólo como posible (teoría de la probabilidad, *Wahrscheinlichkeitstheorie)*[138]. En la medida en que la realización del resultado es percibida por el autor como inminente (muy probable), se le imputará, evidentemente, a título de dolo directo.

En esta perspectiva, en los últimos años, se ha buscado, sin considerar el grado de probabilidad, reforzar el aspecto cognitivo afirmando que existe dolo cuando el agente crea un peligro de tal importancia que racionalmente una persona cuerda debe pensar que el perjuicio debe producirse o, al menos, que puede consumarse[139]. Así mismo, se ha propuesto precisar la teoría de la probabilidad recurriendo al criterio de que el agente, en el momento de la acción, no haya considerado el resultado como consecuencia improbable de su comportamiento[140]. De manera más radical, se ha planteado[141], partiendo de la idea de que toda acción delictuosa implica una situación de peligro, que el objeto del dolo sólo es la conducta típica (art. 121, conducta con riesgo no permitido de lesionar). De modo que no es decisivo tener en cuenta el factor volitivo, puesto que la represión a título dolo sería justificada por el conocimiento del riesgo que tenga el agente. 1207

Estos últimos planteamientos, sin embargo, no se limitan a definir al dolo sólo considerando el aspecto cognitivo, ya que la referencia a la conciencia de la probabilidad (tomar en serio el peligro) es considerada para determinar cuándo ésta implica que el agente ha tomado una decisión (tomar en serio el resultado probable y actuar en consecuencia[142]). En realidad, así, el criterio favorable al elemento cognitivo es enriquecido con un elemento referido a la voluntad aún de manera atenuada, lo que significa, en buena cuenta, volver a introducir el elemento volitivo de manera velada[143]. 1208

---

138 MAYER, H., 1967, p. 121; ROSS, 1979, p. 114.
139 PUPPE, 1991, p. 41 ss.
140 JAKOBS, 1991, 8/23 ss.
141 FRISCH, 1983, p. 97; ZIELINSKI, 1990, AK, §§ 15/16 Nº 18.
142 RUDOLPHI, en SK, § 16, Nº 41.
143 HAVA, 2003, p. 122.

1209 De esta manera, se relega la voluntad, que sin embargo es esencial en el dolo. Por más sugestivo y moderno que se le estime, no resulta convincente afirmar que debe afirmarse que obra con dolo quien es consciente de lo que hace, conociendo el peligro concreto que genera su comportamiento[144]. Esta propuesta de interpretación tampoco es compatible con los criterios normativos que inspiran el Código Penal vigente e implica tener que reducir la acción humana a sólo sus componentes intelectuales.

1210 Por último, no está demás señalar que, en la medida en que se trata de reconocer al criterio de la probabilidad el papel fundamental para definir el dolo, no se tiene en cuenta, de un modo suficiente, la enorme dificultad que hay para definir este factor y, en particular, que es imposible distinguir posibilidad de probabilidad sin caer en la arbitrariedad; puesto que no hay criterio preciso y objetivo para determinar en qué momento un suceso posible deviene, primero, probable y, luego, en altamente probable. También, se olvida que la consciencia, en el dolo, es un conocimiento o un saber calificado, lo que es fuente de confusión. Así, en el dolo directo el agente puede también representarse el resultado como sólo probable, pero esto no basta para admitir que existe. En la culpa consciente, el agente también se representa el resultado como posible, pero no puede ser considerada, en contra de lo que afirman las teorías cognitivas extremas, como dolo, pues, el autor carece de voluntad de realizarlo (por ejemplo, intervención quirúrgica de alto riesgo)[145]. Del simple hecho de que el agente se represente el resultado, por ejemplo, como seguro, no puede deducirse sin más que ha decidido consumarlo[146].

c.3. Prioridad al elemento voluntad

1211 Los criterios que prefieren otorgar la prioridad al elemento volitivo han sido expresados de diversas maneras. El elemento común que los vincula es la actitud del agente respecto al resultado que se representa como posible. Esta actitud ha sido descrita, a veces, como el hecho de que el agente apruebe o consienta el resultado que se ima-

---

144 FRISCH, 1983, p. 97; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 394 ss.; E. BACIGALUPO, 1997, p. 228.
145 TRECHSEL/NOLL, p. 90.
146 ROXIN, 1997a, §12 Nº 4.

gina como probable (teoría de la aprobación o del consentimiento). En su foro interno, debe considerar la producción del resultado como bienvenida, circunstancia que conlleva una apreciación negativa de la actitud del sujeto activo. En otras ocasiones, se ha considerado suficiente que haya mostrado desinterés respecto al perjuicio probable de su comportamiento (teoría de la indiferencia)[147]; es decir, que lo hubiera aceptado con relativo desdén o lo tenga como consecuencia positiva. La indolencia del agente frente a la probabilidad de causar un perjuicio a terceros pone en evidencia, al menos, que se ha resignado a producirlo. Así, el dolo eventual estaría excluido en la hipótesis de que el agente tuviera al resultado como indeseable o esperara que no se produjera. También, se ha propuesto un planteamiento negativo para determinar su voluntad. Con este objeto se niega el dolo eventual cuando la voluntad que controla el desarrollo del hecho está dirigida a evitar que el resultado se produzca[148]. Ambas teorías no logran explicar todos los casos problemáticos, pero pueden ser consideradas como criterios útiles para admitir o rechazar el dolo eventual.

La insuficiencia de estas teorías se debe a que, mediante los criterios propuestos, atribuyen una importancia indebida a los deseos con que actúa el agente, cuando en realidad lo decisivo es saber a favor y en contra de qué se ha decidido[149]. El hecho de que el autor desee que no se produzca el resultado que se ha representado como probable, no es óbice para que el mismo le sea imputado a título de dolo, cuando decide correr el riesgo que se realice con ocasión de ejecutar la acción con la que pretende alcanzar otro objetivo anhelado. El resultado probable es asumido como un mal menor para realizar la meta querida. Es el caso de quien apuesta que, mediante un disparo de revólver, es capaz de dar en la copa que sostiene una persona en la mano y sin lesionarla. Para ganar la apuesta, él asume este último resultado que no quiere que se origine porque de lo contrario la perdería. La posibilidad de imputarle a título de dolo la lesión que causa al fracasar en su intento se basa, precisamente, en su decisión de 1212

---

147 ENGISCH, 1930, p. 95 ss.

148 ARTHUR KAUFMANN, 1983, p. 59; HASSEMER, 1989a, p. 289 ss.; cf. STRATENWERTH, 1959, p. 61.

149 ROXIN, 1997, § 12 Nº 37.

aceptar este resultado probable como un mal menor. Los sentimientos de aprobación o indiferencia respecto al resultado constituyen, pues, sólo simples indicios de que el delincuente ha actuado con dolo.

c.4. Doctrina mayoritaria

1213 Actualmente, la doctrina mayoritaria recurre al criterio que no tiene en cuenta los sentimientos de aprobación o de indiferencia del agente con relación al resultado. Se considera suficiente que, respecto a su probable realización, el agente se haya conformado con que se produzca. En una situación concreta, el agente decide actuar y, entonces, se representa como probable la realización del supuesto de hecho típico. A pesar de tomar en serio esta eventualidad, en lugar de abstenerse como lo espera el ordenamiento jurídico, "ejecuta el acto", de modo que por su manera de actuar se conforma, se resigna, hace suyo el resultado probable[150].

1214 El punto de partida es que, aun en este caso, el agente ha decidido actuar con el objeto de realizar un plan (*Planverwirklichung*). Quien obra de esta manera y es consciente de la posibilidad de cometer un delito, debe hacer lo necesario para descartar dicha eventualidad. Si no lo hace, se puede afirmar que ha contado o calculado con su materialización. Por esto es incorrecto hablar de "dolo condicionado" (*bedingter Vorsatz*): el dolo como voluntad de actuar conforme a un plan no puede ser "condicionado" si el agente está dispuesto, cueste lo que cueste, a llevar a cabo su comportamiento[151]. La consciencia que tiene de la posible realización de un perjuicio a terceros no basta para disuadirlo de actuar, de modo que comprende esta eventualidad en sus cálculos al decidirse a llevar enteramente a cabo su conducta. Se conforma así con el resultado.

1215 En la doctrina, se usan diversas expresiones para resumir este conjunto de criterios. Así, por ejemplo, se dice que el agente debe "acomodarse" (*sich abfinden*), consentir (*billigen*) o aceptar (*in Kauf nehmen*). Estos esfuerzos son vanos en la medida en que tratan de describir un factor psíquico, cuando de lo que se trata, en realidad,

---

[150] JESCHECK/WEIGEND, § 29 III 3 a; RUDOLPHI, en SK, § 16 Nº 43; KÜHL, 2000, § 5 Nº 85 ss.

[151] ROXIN, 1997, § 12 Nº 24.

es de precisar el criterio normativo conveniente para determinar si el autor ha actuado con dolo eventual o no.

c.5. Diferencias con culpa consciente

Resulta difícil distinguir el dolo eventual de la culpa consciente[152]. En ambos la realización del tipo legal (en particular del resultado) es percibida por el agente como probable. Sin embargo, según las circunstancias del caso concreto no se puede sostener que formaba parte del plan conforme al cual obraba el sujeto activo. Éste confiaba a la ligera en que el resultado previsto –pero no calculado en su plan de actuación– no se produciría. 1216

Formular el criterio que permita distinguir ambos casos es bastante problemático. No se trata, claro está, de fijar un cartabón de orden psicológico, sino más bien de precisar un criterio normativo. Con estas limitaciones, se puede sostener que actúa con dolo eventual quien, considerando seriamente la posibilidad de que se efectúe un tipo legal o uno de sus elementos, decide ejecutar su comportamiento y, de esta manera, se conforma con su realización o la acepta. 1217

Para saber si el agente incluye en su plan de acción el resultado previsto como probable hay que recurrir a los diferentes criterios propuestos mediante las diversas teorías: aprobación, aceptación, indiferencia, confianza con relación al resultado, asumir, hacer suya, tomar en serio, su producción. Por el contrario, en caso de culpa consciente, el agente no ha calculado la realización del tipo legal o del resultado como formando parte de su plan de acción y, además, el mismo confía imprudentemente en que evitará lo que se había representado como posible (muerte en el caso de homicidio o minoría de edad de la víctima en el caso de violación de un menor de 14 años)[153] o tiene la esperanza de que no suceda y no deja que los sucesos sigan simplemente su curso. 1218

c.6. Hipótesis posibles

Como en relación con el dolo directo, pueden presentarse, por lo menos, tres situaciones de hecho con respecto al dolo eventual. La 1219

---

[152] BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 20 Nº 48 ss.
[153] ROXIN, 1997, § 12 Nº 27.

primera consiste en un conflicto entre dos resultados posibles: el agente decide producir un perjuicio (matar a una persona por venganza) y, al mismo tiempo, prevé un segundo resultado probable como subsidiario (lesionarla). Este resultado es imputable a título de dolo eventual y no de dolo directo porque no es una consecuencia necesariamente vinculada al fin querido y perseguido por el sujeto activo. Sucede lo mismo, cuando éste realiza un acto que puede dar lugar a diversos resultados sin preferir uno de ellos en especial. Por ejemplo, el asaltante que dispara su arma de fuego contra sus perseguidores sin importarle quién será muerto o lesionado.

1220 La segunda situación corresponde a los casos en que el delito intermediario para la comisión del comportamiento querido sólo es considerado como probable por el agente. Por ejemplo, éste, sin saber que la víctima está dispuesta a practicar el acto sexual con él, la amenaza para lograr que se someta. Aquí, la coacción (art. 151) es ejecutada con dolo eventual y, la violación (art. 170) con dolo directo si la víctima no consiente.

1221 La tercera hipótesis concierne al caso de las consecuencias posibles de la realización del resultado de la acción querida. El agente enciende una fogata en su jardín aceptando con indiferencia que se concretice el riesgo de incendiar la casa vecina. Si lo hace con simple ligereza, se trataría más bien de una culpa consciente.

1222 La difícil distinción entre el dolo eventual y las otras formas de dolo tienen una importancia práctica, sobre todo, en los casos en los que se prevé una forma especial de dolo directo[154], debido a que se excluye al primero; por ejemplo, cuando el tipo legal requiere que el agente actúe "a sabiendas" (art. 140, bigamia; art. 312, alteración del medio ambiente).

c.7. Formas de dolo en relación con el momento de la decisión

1223 El dolo implica, en principio, que el autor, antes de comenzar a actuar, se resuelva a ejecutar el acto y conserve su decisión durante todo el desarrollo de su intervención. Es insuficiente que manifieste después su satisfacción con la infracción que ha realizado sin dolo pre-

---

[154] Cf. *supra* Nº 1199 ss.

vio (*dolus subsequens*). Por ejemplo, el testigo que de buena fe declara contra la verdad no comete con dolo el delito de falso testimonio (art. 409) y permanece impune a pesar de que, después de conocer la verdad, manifiesta su complacencia de haber, objetivamente, testimoniado con falsedad. Tampoco comete hurto quien toma un bien mueble (abrigo, paraguas, libro) creyendo que es suyo y luego de darse cuenta de su error decide conservarlo para sí. En este caso, el autor cometería dolosamente el delito de apropiación ilícita de un bien que ha caído en su poder por error (art. 192, inc. 2).

1224 También es insuficiente que el agente haya decidido con anterioridad cometer un delito para que, en caso de que se produzca el resultado, se le considere sin más responsable a título de dolo. Así, a pesar de que el marido haya adquirido un arma de fuego para matar a su mujer, no se le reprimirá a título de homicidio doloso si manipulándola de manera imprudente le causa la muerte[155].

1225 Por último, se presenta el problema de saber, sobre todo en los llamados delitos permanentes[156], qué sucede si el dolo surge en el autor durante la ejecución de la acción. Por ejemplo, quien por descuido encierra con llave a una persona en un cuarto y, después de darse cuenta del perjuicio involuntario que causa, decide no liberar a la víctima (*dolo superveniens*). Su responsabilidad a título de dolo comenzará desde el momento en que decide secuestrar a la persona encerrada en un inicio por error.

VI. Error de tipo

1. Generalidades

1226 Si bien se distingue, en general, entre error (falso conocimiento de la realidad) e ignorancia (ausencia total de representación de la realidad), en derecho penal esta diferencia no tiene una importancia trascendente. Así, la noción de error comprende tanto la falsa representación de la realidad como su ignorancia[157]. De manera tradicio-

---

[155] JESCHECK/WEIGEND, § 29 II 2; ROXIN, 1997, § 12 Nº 75; TRECHSEL/NOLL, p. 91.
[156] Cf. *supra* Nº 1097.
[157] JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964 V, p. 566; JESCHECK/WEIGEND, § 29 I a; GROPP, § 13 Nº 4.

nal, en la legislación y en la doctrina, se consideran dos clases de error. De acuerdo con la terminología tradicional, se hablaba de error de hecho (*error facti*) y error de derecho (*error juris*). Actualmente, se prefiere hablar de error de tipo (*Tatbestandsirrtum*) y de error de prohibición (*Vebotsirrtum*)[158].

1227 En el art. 87 del Código de 1924 se hacía referencia, por un lado, a las "infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos" y, por otro, al hecho de que "la ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión". Tanto el aspecto formal como el material de esta solución han sido abandonados al elaborarse el nuevo Código Penal. Siguiendo criterios germánicos[159], se regula en el art. 14, primer párrafo, el error "sobre un elemento del tipo penal" y, en el segundo párrafo, el "error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal". La regulación del error "respecto a una circunstancia que agrave la pena" es más bien de influencia española.

1228 El error de tipo[160] se presenta cuando el agente tiene una representación equivocada de una circunstancia a la que se hace referencia en el tipo legal objetivo mediante los denominados "elementos descriptivos o normativos". Se trata, en consecuencia, de una condición que concierne al aspecto cognitivo del dolo: la consciencia. El agente no comprende, en el contexto social y jurídico en el que se encuentra, el sentido material de su comportamiento. De esta manera, desconoce que su conducta se adecua a un tipo legal[161], y éste, en consecuencia, no cumple su función de llamar la atención sobre el carácter ilícito del acto.

---

158 JESCHECK/WEIGEND, § 29, V 1 c; RUDOLPHI, en SK, § 16 Nº 26; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 21 I, II; FIANDACA/MUSCO, p. 195; RODRÍGUEZ RAMOS, p. 1073 ss.; E. BACIGALUPO, 1981, 1, p. 919; REAÑO, p. 187.

159 Código Penal (1991), p. 7.

160 ES del 30 de diciembre de 1997. Exp. Nº 2104-97-Huancavelica, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 127; ES del 5 de marzo de 1998. Exp. Nº 3753-97-Ayacucho, en ROJAS VARGAS, 1999c, p. 130; ES del 30 de enero de 1998. Exp. Nº 095-97, en ROJAS, 1999a, p. 594; Sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 22 de diciembre de 1997. Exp. Nº 559-97, en GÓMEZ MENDOZA, p. 381; ES del 26 de marzo de 1998. RN Nº 2744-97-Amazonas, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 415 (ver dictamen de Ministerio Público); de manera incorrecta, ES del 23 de octubre de 1997, Exp. Nº 5266-96-Lima, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 361 (ver dictamen del Ministerio Público).

161 ROXIN, 1997, § 12 Nº 86.

En el caso del error de prohibición, por el contrario, el agente sabe bien lo que hace; pero se equivoca sobre el carácter ilícito de su comportamiento. Como lo veremos más adelante[162], esta circunstancia está en relación con la culpabilidad del sujeto[163]. Esto significa que la consciencia constituyente del dolo (aspecto central del tipo legal subjetivo) no abarca necesariamente la antijuricidad del hecho. Lo importante, a este nivel, es el conocimiento por el autor de las circunstancias externas y de su significado social, no de la índole prohibida de su acción. 1229

El error en el que puede incurrir el agente sobre la calificación jurídica de su acción[164] o de uno de sus elementos (*Subsumptionsirrtum*)[165] no es trascendente respecto a la consciencia con la que debe actuar. Por ejemplo, en un caso de hurto, el carácter ajeno del bien objeto del delito. Si el desconocimiento de este elemento se basa en una confusión del bien con el que le pertenece al agente, es evidente que lo ignoró de acuerdo con la apreciación social del hecho. Por el contrario, si una equivocada comprensión del derecho hace creer al agente que puede apoderarse de una cosa mueble de la cual es copropietario, pues, en su opinión sólo existe hurto cuando el bien pertenece totalmente a un tercero, su error no excluye el dolo de hurto: él era consciente de la circunstancia contenida en el tipo legal objetivo (carácter ajeno del bien)[166]. Cabe, sin embargo, preguntarse si ha cometido un error de prohibición. 1230

Un caso particular se presenta cuando el tipo legal contiene un elemento que determina globalmente su carácter antijurídico. Por ejemplo, el art. 159 describe la violación de domicilio como el hecho de penetrar, "sin derecho", en morada ajena. El que comete este acto creyéndose autorizado a hacerlo, no ignora que entra en casa ajena sino que se equivoca sobre el carácter ilícito de su comportamiento. Actúa entonces con dolo porque conoce muy bien los hechos; pero puede no ser culpable en razón del error de prohibición. 1231

---

[162] Cf. *infra* Nº 1703 ss.

[163] Cf. VILLA STEIN, p. 240.

[164] Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Loreto, del 26 de febrero de 1999, Exp. Nº 98-0175-191601-SP Loreto, en *SerJur* 3, Lima 2000, p. 185 ss.

[165] ROXIN, 1997, § 12 Nº 90 ss.; RUDOLPHI, en SK, § 16 Nº 23; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 21 Nº 7.

[166] ROXIN, 1997, § 12 Nº 87 ss.

1232 Un problema arduo y muy discutido es el referente a las denominadas leyes penales en blanco (*Blankettstrafgesetzen*), cuando la norma sancionadora es completada mediante otras normas legales[167] extra penales. El error de tipo, en estos casos, sólo existe cuando el desconocimiento o la ignorancia se refieren a elementos descriptivos o normativos contenidos en la norma integradora[168]. Si ésta no es conocida por el autor, se presenta un error de prohibición porque no le es posible saber si su conducta es ilícita. Lo mismo hay que afirmar cuando el agente cree por equivocación que la norma integradora justifica su acción.

2. Objeto del error

1233 Según el art. 14, pf. 1, el error debe recaer sobre "un elemento del tipo penal". Por tipo penal (utilizando la terminología de la ley) debe entenderse sólo el tipo legal objetivo (elementos descriptivos y normativos)[169]. Se trata entonces de un elemento esencial que, sólo o junto a otros, fundamenta la ilicitud del comportamiento incriminado. Por el contrario, no es cuestión del tipo legal sistemático, constituido por todos los elementos que caracterizan el delito y son la base de la sanción[170]. Esto significa, por ejemplo, que no se exige que el agente sea consciente de que actúa con dolo, con el propósito de enriquecerse o de que su comportamiento sea ilícito. En cambio y como ya lo hemos señalado, la consciencia debe comprender la acción, sus modalidades, los medios, el objeto del delito, las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva e, igualmente, los elementos subjetivos referentes a la víctima (art. 112, dolores intolerables).

1234 La determinación del error sobre un elemento descriptivo del tipo legal objetivo es de fácil constatación por la índole del mismo juicio de apreciación entre lo que se representa el agente (tirar sobre una persona, utilizar un veneno) y lo que sucede en la realidad (tirar

---

167 JESCHECK/WEIGEND, § 29 V 3; CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 15, Nº 99 ss.; MAURACH/ZIPF, § 23, Nº 9; RUDOLPHI, en SK, § 16 Nº 18 s.; ROXIN, 1997, § 12 Nº 99.

168 ROXIN, 1997, § 12 Nº 100 ss.; CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 15, Nº 100; MAURACH/ZIPF, § 23, Nº 10; JAKOBS, 1991, p. 8/47.

169 REAÑO, p. 200 ss.

170 Ver *supra* Nº 1058.

sobre un animal, emplear una sustancia inocua). Resulta más complicado hacerlo respecto a los elementos normativos, en la medida en que éstos ya implican un juicio de valoración; es decir, la atribución de un significado jurídico a la situación a la que se refieren dichos elementos. El agente puede equivocarse, por lo tanto, sea sobre la situación material, objeto de la apreciación, sea sobre esta última. En caso de hurto (art. 185), el agente puede creer, por una confusión, apropiarse de una cosa ajena, cuando en realidad ésta le pertenece. El error recae sobre un elemento material del tipo legal. Pero, si estima que puede disponer libremente de la cosa de la que es copropietario, incurre en error sobre la calidad de ajena del objeto que sustrae sin autorización del otro copropietario (antes se hablaba de un error de derecho extra penal). Actúa de esta manera influenciado por un error sobre la calificación de ajena de la cosa, elemento normativo del tipo. En consecuencia, su error también es un error de tipo.

En todos estos casos, el agente que desconoce un elemento del tipo objetivo (base de la ilicitud del acto), actúa sin dolo. Carece de conciencia respecto al acto que realiza, de modo que el error de tipo constituye la contrapartida negativa del aspecto intelectual del dolo. Por el perjuicio causado, el agente puede ser reprimido a título de culpa si la ley lo prevé de modo expreso y, por supuesto, si el error se debe a una imprevisión culpable (art. 14, pf. 1, *in fine*)[171]. 1235

Referente a los tipos legales derivados, las circunstancias agravantes o atenuantes son elementos constitutivos que están en relación sea con la ilicitud, sea con la culpabilidad. Sólo en el primer caso, deben ser comprendidas por la conciencia del dolo. Por ejemplo, en el art. 108 (asesinato), todas las circunstancias que hacen de un homicidio un asesinato no pueden ser tratadas de la misma manera. La alevosía del homicida aumenta la represión porque intensifica la culpabilidad. El ánimo del agente debe ser alevoso, por consiguiente no puede exigírsele que actúe de esta manera con dolo, puesto que la alevosía no puede ser, al mismo tiempo, objeto de la conciencia requerida para que exista dolo. Por el contrario, la crueldad acentúa, por referirse a la modalidad del comportamiento, el carácter ilícito del hecho de matar a una persona. Si el agente no se da cuenta que 1236

[171] ES del 30 de enero de 1998, Exp. Nº 095-97, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 594.

causa a la víctima dolores insoportables o innecesarios comete un error de tipo; por lo tanto, sólo será reprimido según el art. 106 (homicidio simple).

1237 En el art. 14, se prevé de un modo expreso que "el error... respecto a una circunstancia que agrava la pena..., excluye... la agravación". Con esta disposición, se sigue más bien el modelo hispánico (art. 14.2 CP español) en lugar del germano. El § 16 del Código Penal alemán no regula el error concerniente a una circunstancia agravante; en su segundo párrafo, se prevé, más bien, el error referente a una circunstancia atenuante.

1238 La no agravación de la pena cuando el agente, por error, no tiene consciencia de la circunstancia agravante (cree que la mujer embarazada consiente en que se le practique el aborto), se basa en la idea, admitida en el mismo art. 14 *in initio*, de que el delincuente debe ser declarado responsable sólo de lo que haya sabido y querido cometer. Habiendo consumado el tipo legal básico, se le reprimirá según la pena prevista en este caso. Por esto, la referencia a las circunstancias agravantes, en el art. 14, puede ser considerada como superflua[172].

1239 Teniendo en cuenta la idea en que se fundamenta la regla relativa al error de tipo, cabe preguntarse si no hubiera sido preferible prever una regla especial referente al error sobre una circunstancia atenuante. La falta de referencia a dicho error en el art. 14 puede deberse a que se pensó que la respuesta podía deducirse *a contrario* de lo dispuesto respecto a las circunstancias agravantes. Si éstas son excluidas debido al error, entonces las atenuantes admitidas por error deberían tenerse en cuenta. Por ejemplo, quien al interrumpir el embarazo de una mujer supone equivocadamente que la madre consiente, debe ser reprimido por aborto consentido (reprimido con menor severidad que el aborto no consentido). El tipo legal básico ha sido cometido con dolo, pero se tiene en cuenta, al reprimirlo con menos severidad, lo que ha sucedido en realidad.

1240 Esta solución resulta coherente y justa en relación con los principios admitidos; en particular, con el de la afectación de un bien jurídico: la represión de una acción se basa y justifica tanto porque afecta un

---

[172] JESCHECK/WEIGEND, § 29 V 4. Respecto a las relaciones entre los art. 14.2 y 65 CP español, cf. MAQUEDA, 1983, p. 718.

bien jurídico, como por la manera como este perjuicio tiene lugar. El error sobre una circunstancia atenuante tiene la misma estructura que la tentativa imposible (art. 17): resulta "imposible" cometer el comportamiento típico básico porque se da, en realidad, el hecho que fundamenta la atenuación. Por esto, el "delito imposible" no es tomado en consideración y se tiene en cuenta la circunstancia atenuante, a pesar de que el agente no sea consciente de su presencia. Este planteamiento está implícito al art. 19 del Código Penal suizo[173], según el cual quien obra bajo la influencia de una apreciación equivocada de los hechos será reprimido según ésta si le es favorable. Así, si el agente por error considera que existe una circunstancia que atenúa la represión será juzgado aplicando esta atenuante por serle favorable. En el art. 23 de este mismo código, de manera consecuente, se prevé que si la representación de los hechos por el agente, le es desfavorable, éste será reprimido a título de delito imposible.

Este problema ha sido resuelto de manera explícita en el § 16 II del Código Penal alemán, en el sentido siguiente: si el agente, al realizar su comportamiento, supone por error circunstancias atenuantes, "sólo puede ser castigado por comisión dolosa según la ley más benigna". Siendo más difícil deducir la solución a partir de la regla básica del art. 14 de nuestro Código Penal, es decir, en comparación al caso de las circunstancias agravantes, hubiera sido conveniente regular de modo expreso la solución propuesta mediante interpretación. El modelo alemán resulta así preferible al español. 1241

Cabe aún preguntarse qué pasa si el agente actúa desconociendo una circunstancia atenuante realmente existente; por ejemplo, cuando la madre está de acuerdo con el aborto, pero el delincuente ignora este hecho. Este caso implica la hipótesis del error sobre una circunstancia agravante, puesto que, al desconocer la circunstancia atenuante, el autor imagina que comete un delito más grave. Si se le reprimiera según su representación, se contradiría el criterio que fundamenta la regla básica del art. 14, según el cual el error de tipo debe influir en favor del sujeto activo. En consecuencia, debe aplicársele la pena menos severa porque así se excluye la hipótesis agravada que le desfavorece. Lo que se confirma con la no represión de la tentativa imposible, que es un error al revés (art. 17). Además, admitir el crite- 1242

[173] HURTADO POZO, 2002, Nº 221 ss., 679 ss.

rio opuesto supondría una violación de la regla según la cual la imputación objetiva sólo existe respecto a lo que efectivamente el agente ha efectuado[174].

3. Error vencible y error invencible

1243 La influencia del modelo español se evidencia aún más cuando, en el art. 14, se determina el efecto del error de tipo según su carácter vencible o invencible (art. 14 CP español). Este criterio resulta precisado con la referencia que se hace a la culpa para indicar la manera de proceder en caso de error vencible ("la infracción será castigada como culposa", art. 14, pf. 1, *in fine*). Pero hubiera bastado, como sucede en el Código Penal alemán (§ 16 I), con afirmar que la represión a título de culpa puede existir aun cuando el dolo no se dé por un error de tipo.

1244 En todo caso, no basta que el agente actúe bajo la influencia de un error para no ser considerado responsable a título de dolo. Resulta además indispensable que no se le pueda reprochar que haya incurrido en error. Como un error doloso constituye un contrasentido, sólo puede tratarse de una equivocación o ignorancia fruto de una culpa. Esto no significa, sin embargo, que se trate de una ignorancia o desconocimiento culpables[175].

1245 Por lo tanto, para apreciar el carácter inevitable del error resulta conveniente recurrir a los criterios utilizados para determinar si se da o no un delito culposo. Lo decisivo es, en consecuencia, comprobar si el agente tomó, para evitar el error, las precauciones necesarias de acuerdo a las circunstancias personales y materiales en que actuó[176].

1246 La redacción del texto legal es defectuosa en la medida en que se establece que el error de tipo hace desaparecer la responsabilidad (art. 14), cuando en realidad lo que desaparece es el dolo y, por lo tanto, el agente no es responsable porque su comportamiento no es típico.

---

174 ROXIN, 1997a, § 12 Nº 126.

175 BUSTOS/HORMAZÁBAL, p. 245 s.; JESCHECK/WEIGEND, § 29 V 4.

176 Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 23 de mayo de 1996. Exp. Nº 217-92-Lima, GJEJ; RN Ayacucho, Nº 3753, del 5 de marzo de 1998, en GJEJ, p. 34 s.; REAÑO, p. 196 ss.

4. Consciencia de la relación de causalidad

De acuerdo con la concepción tradicional que admite la teoría de la causalidad natural, el nexo externo que une la acción al resultado (en los delitos de resultado) constituye un elemento del tipo legal objetivo y, en consecuencia, para que el agente obre con dolo debe conocerlo. Sin embargo, los defensores de esta teoría no han dejado de reconocer que es imposible tener conciencia de todos los detalles del desarrollo causal, de ahí que basta con que sea consciente de sus aspectos esenciales. Esto significa que la representación del curso causal que el agente tenga en el momento de obrar no difiera de manera substancial[177] del desarrollo real de la causalidad. 1247

Para saber si la desviación es esencial o no, hay que recurrir a los criterios de la causalidad adecuada o, más bien, a los de la imputación objetiva. De esta manera, se debe afirmar que la desviación no es sustancial si permanece, según el curso ordinario de los hechos y la experiencia de la vida, dentro de lo que es adecuado y previsible. Además, la desviación no debe justificar otra valoración del acto. 1248

Si el desarrollo causal sufre una modificación significativa, hasta tal punto que el resultado no puede ser previsto por el agente, no se trata entonces de un caso de error de tipo sino más bien de un supuesto de imputación objetiva. De conformidad con lo que hemos indicado, la muerte de una persona lesionada consecutiva a un incendio en el hospital a donde ha sido trasladada para ser curada, no puede ser atribuida al autor de las lesiones dolosas como si fuera su propia obra. A éste no se le puede imputar la realización del tipo legal de homicidio. De modo que la cuestión del error de tipo sólo puede plantearse una vez que se haya comprobado la imputación objetiva. Desde esta perspectiva, se comprende la afirmación según la cual la conciencia del curso causal no es condición del dolo y su desconocimiento no debe tratarse como un error de tipo (art. 14). De lo que se trata, según este criterio, es que el autor deba tener conciencia de las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva (en particular, la creación de un peligro no permitido)[178]. 1249

---

[177] STRATENWERTH, 1996, § 9, Nº 80; BEMMANN, p. 817 ss.; STRATENWERTH, 1992b, p. 57 ss.

[178] STRATENWERTH, 1996, § 9, Nº 81.

1250 El ámbito del error de tipo en este dominio se encuentra, pues, limitado a los casos en los que el agente ha omitido tomar en consideración desviaciones no esenciales del curso causal a pesar de que eran previsibles. En otras palabras, la cuestión es precisar en qué límites pueden ser consideradas como comprendidas por el dolo del agente las desviaciones del nexo causal. El factor decisivo sólo puede ser de orden normativo, pues, se trata de imputar el tipo subjetivo al autor de la acción. A este efecto hay que comprobar si el acto y el resultado, a pesar de la desviación del curso causal, constituyen aún la realización del plan del delincuente[179]. En caso de respuesta afirmativa, y debido a que ya ha sido constatada la imputación objetiva, hay que admitir que el agente ha actuado con dolo.

5. *Aberratio ictus*

1251 De los casos de error sobre el objeto del delito hay que distinguir los agrupados bajo la denominación *aberratio ictus*. Éstos constituyen una desviación del curso causal: el delito se realiza en un objeto diferente al que el autor tuvo como meta de su acción. Por ejemplo, Pedro dispara contra Juan, pero éste evita el proyectil; el mismo que mata a Rosa. Como lo veremos después[180] en el error *in personam* el resultado se produce en el objeto hacia el cual el agente había dirigido su acto, pero resulta ser otro que el imaginado. El ejemplo típico es el de quien victima a Juana creyendo matar a Inés. En ambos casos el agente tiene consciencia y voluntad de matar a una persona, pero el resultado difiere, por factores diferentes, del que el agente se representó. Sin embargo, en su estructura, el error *in personam* se presenta de manera similar a la *aberratio ictus*.

1252 Decidir si ambos casos deben ser tratados de la misma manera no es una cuestión que dependa de las diferencias específicas al nivel de la representación que tuvo el agente. Se trata más bien de un criterio normativo: respecto al error *in personam*, la identidad de la víctima carece de valor significante, en general, debido a que es la representación que el agente tiene del resultado y del objeto del delito la que resulta decisiva para la imputación subjetiva del perjuicio al autor en el nivel del dolo.

---

[179] ROXIN, 1997, § Nº 144 s.
[180] Ver *infra* Nº 1265.

Según el art. 84, *in initio*, del Código derogado, "el delito es punible aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar". De esta manera, se quiso dar una respuesta general a diferentes tipos de casos; previendo al lado de la *aberratio ictus* las formas preterintencionales. La solución era incorrecta desde el punto de vista técnico e inoportuna desde una perspectiva de política criminal, lo que quedó evidenciado en la manera como la Corte Suprema interpretó y aplicó el art. 84[181]. La no inserción de una disposición de tal orientación en el nuevo Código Penal es del todo justificada. Los casos de *aberratio ictus* deben ser tratados como formas de variación de la relación de causalidad y en vinculación con el aspecto intelectivo del dolo. 1253

Esta situación es mucho más clara cuando el agente dispara su revólver sobre una persona sin alcanzarla y el proyectil rebota contra un muro causando así la muerte de un peatón. La modificación del resultado sale del marco de la relación de causalidad previsto por el sujeto activo. Respecto al resultado muerte no se da el dolo. Sólo debe considerarse tentativa respecto a la primera persona y, según las circunstancias, homicidio culposo en cuanto a la segunda. 1254

En casos como el citado al comienzo, si se considera que el dolo supone la realización del resultado sobre el objeto de un delito determinado (en el ejemplo citado, Juan) y éste se produce sobre otro (Rosa), no se puede afirmar su existencia respecto a este último. Este suceso, según las circunstancias, podrá considerarse como un homicidio culposo; con relación a Juan, sólo se da una tentativa de homicidio doloso. Este es el criterio llamado de la concretización (*Konkretisierungstheorie*)[182] aceptado por la mayoría de la doctrina[183]. Los defensores de la denominada teoría de la igualdad (*Gleichwertigtheorie*)[184] sostienen una opinión diferente[185]. Según ellos, 1255

---

[181] Por ejemplo, ES del 25 de noviembre de 1940, *AJ* 1940, p. 180.

[182] MIR PUIG, 1998, p. 261; STRATENWERTH, 1996, § 9, Nº 87; WALDER, 1977, p. 137; JESCHECK/WEIGEND, § 29 V 6 c; KÜHL, 2000, § 13, Nº 30 ss.; JAKOBS, 1991, 8/80; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 27, Nº 1 b; CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 16, Nº 59 s.

[183] RUDOLPHI, en SK, § 16, Nº 33; JAKOBS, 1991, 8/80; CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 15 Nº 59; WESSELS/BEULKE, Nº 247 ss.

[184] Cf. GERMANN, 1942, p. 46; HAFTER, 1946 p. 186; NOLL, 1965, p. 5; STRATENWERTH, 1996, § 9, Nº 88; WELZEL, 1969, p. 69 ss.; KUHLEN, 1987, p. 479 ss.

[185] NOLL, 1965, p. 5; PUPPE, 1991, p. 1; WELZEL, 1969a, p. 70.

el dolo comprende el resultado típico sólo en sus aspectos generales. De modo que, en el ejemplo, el cambio de resultado no tiene ningún efecto respecto a éste: el agente quería causar la muerte de una persona (Juan) y ha producido la muerte de Rosa (resultado de igual valor que el querido y no realizado). El autor sería responsable, por lo tanto, de homicidio doloso. Este criterio es inconveniente en la medida en que contradice la situación real considerada y no tiene en cuenta que el segundo resultado ocasionalmente producido no era querido por el agente, ya que éste había, precisamente, decidido dañar el bien de otra persona.

1256 Mediante ambos criterios se llega a la misma conclusión sólo cuando se trata de resultados típicamente diferentes o, cuando siendo iguales, el primer resultado está cubierto por una causa de justificación. Así, quien trata de dañar un bien perteneciente a un tercero y, en su lugar, causa la muerte de una persona, responderá por tentativa de daños y además, según las circunstancias, por homicidio culposo. Lo mismo sucede con quien ejerciendo su derecho a la legítima defensa trata de lesionar al agresor, pero sólo logra golpear al compinche que lo acompaña. Aquí sólo se plantea la cuestión de saber si el agente ha cometido o no lesiones por culpa.

1257 La discusión subsiste sin embargo para el caso en que se trata de objetos igualmente protegidos (dos personas). Respecto a esta situación, Roxin[186] plantea una solución mixta con referencia a las dos teorías antes mencionadas. En su opinión, debe tomarse en consideración el plan de acción del agente. Cuando se busca matar una persona y se causa la muerte de otra (cambio de resultado), el deceso de la segunda no es conforme al proyecto delictivo del autor, tanto en el nivel objetivo como subjetivo. Con respecto a la segunda persona, el agente ha creado un peligro de muerte para ella (imputación objetiva respecto al homicidio), dando así pie para que se pueda analizar si es responsable a título de culpa. Al mismo tiempo, no puede dejarse de considerar el fracaso de su plan de acción, al tratar de imputársele subjetivamente a título de dolo el primer resultado no producido. Sólo se puede hablar, entonces, de tentativa.

1258 No se presenta la *aberratio ictus* cuando el agente actúa con dolo eventual respecto al segundo resultado. Es el caso de quien dispara contra

[186] 1997, § 12 Nº 149, Nº 154 ss.

un grupo de personas con la intención de matar a una de ellas y, en razón de las circunstancias particulares en que obra, se representa como posible poder causar la muerte de otra. Si a pesar de este riesgo no renuncia a su acción y, por el contrario, asume o acepta que se produzca este posible resultado, no podrá alegar que no ha causado la muerte dolosamente.

Tampoco hay que considerar la *aberratio ictus* en el caso en el que el 1259
agente no busca causar la muerte de una persona determinada; por ejemplo, dispara con ánimo homicida contra una de las personas que transita en una calle concurrida y causa la muerte de otra. Este resultado constituye simplemente la realización de su plan de acción.

6. *Dolus generalis*

Se ha tratado de resolver ciertos casos de desviación del curso recu- 1260
rriendo a una forma especial de dolo, denominada *dolus generalis*[187]. La diferencia entre el desarrollo de los hechos y el imaginado por el agente plantea problemas debido a que en el momento en que se produce el resultado, éste no tiene una idea correcta de lo que sucede. Por ejemplo, el autor cree haber matado a la víctima y arroja su "cadáver" al río para ocultar el cuerpo del delito y que no se descubra su crimen. La víctima, aún viva, muere en realidad por ahogamiento.

De acuerdo con el criterio del *dolus generalis,* se considera que existe 1261
un sólo comportamiento doloso y que el segundo resultado está comprendido sin más en el dolo inicial. Para la ejecución del homicidio, por ejemplo, el art. 106 requeriría entonces como suficiente un dolo de matar global, general. Sin embargo, lo cierto es que el agente, por error, supone que la víctima está muerta y, en consecuencia, carece de la consciencia exigida en el momento de provocar la muerte. Por esto, el *dolus generalis* constituye sólo una ficción.

Debido a que con frecuencia la desviación causal no es esencial, hay 1262
que admitir el dolo respecto a la segunda acción. Por el contrario, si la modificación del curso causal es relevante, el resultado final, cometido sin el debido conocimiento de la situación, no puede ser imputado al agente a título de dolo y, por lo tanto, éste sólo podrá ser hecho responsable de la tentativa del delito querido[188].

---

[187] Cf. KINDHÄUSER, 2000, § 14, Nº 14, 29.
[188] Cf. STRATENWERTH, 1996, § 9 Nº 86.

1263 De todas maneras, debe rechazarse la idea según la cual los casos agrupados bajo la denominación *dolus generalis* suponen siempre, por un lado, una tentativa respecto a la primera acción y, por otro, delito culposo en cuanto a la segunda. Si es cierto que el dolo debe existir en el momento del acto, también es acertado afirmar que éste no necesita existir durante todo el desarrollo del suceso sino en el momento en que el agente desencadena el proceso causal. El primer acto es propio para causar el resultado (muerte en el ejemplo dado) y esto basta para que sea imputable subjetivamente a nivel del dolo, en la medida en que el resultado se presenta también como realización del plan del autor[189]. Esto acontece de manera bastante clara cuando el agente actúa pensando ya en la segunda posibilidad o si la considera probable y la acepta. En estas circunstancias, el dolo existe a pesar de la modificación de la relación de causalidad. La situación se simplifica si la segunda acción ha sido prevista como probable y mediante su ejecución, el agente se conforma con la producción del resultado representado (dolo eventual).

7. *Error in obiecto*

1264 El autor confunde el objeto que quiere dañar o poner en peligro con otro. Este error se presenta con relación a la calidad del objeto del delito o la identidad de la persona (*error in obiecto vel in persona*)[190]. Es el caso, por ejemplo, del agente que quiere matar al perro de su vecino (daños a la propiedad) y, en realidad, causa la muerte del hijo menor que se encontraba jugando en el recinto reservado al animal. Como no tiene conciencia de disparar contra una persona (objeto del delito de homicidio) no puede serle aplicado el art. 106 (homicidio simple); pero sí el art. 111, que reprime el homicidio culposo por no haber tomado las precauciones necesarias para verificar sobre lo que realmente disparaba (culpa inconsciente). Además, hay concurso ideal con tentativa de daños a la propiedad ajena (fracasa en dañar el perro; es decir, la cosa ajena).

1265 Surgen dificultades sobre todo en los casos en que el objeto típico dañado, efectivamente, es de igual valor que el objeto típico conside-

---

189 ROXIN, 1997, § 12 Nº 170 ss.; STRATENWERTH, 1996, § 9 Nº 84 ss.; TRECHSEL/NOLL, p. 100; WALDER, 1979, p. 137 s.; MAURACH/ZIPF, § 23 Nº 34; JAKOBS, 1991, 8/78.

190 Cf. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 21 Nº 11.

rado por el agente. Por ejemplo, el delincuente quiere matar al marido de su amante y, al ejecutar el acto causa la muerte de su vecino. En el momento de cometer su acción sabe que ataca una persona (objeto del delito de homicidio, art. 106), pero se equivoca en cuanto a su identidad (*error in personam*). Si se considera que, al no haber causado la muerte de la persona escogida como víctima, el plan de acción decidido por el agente no ha sido ejecutado, debería concluirse que sólo ha cometido una tentativa respecto a ella y, tal vez, un homicidio culposo con relación a la persona muerta. Lo más acertado es considerar superfluo este error porque el objetivo que se representa el agente es privar de la vida a una persona, comportamiento prohibido sin tener en cuenta la identidad concreta de la víctima[191], y este resultado es logrado mediante su comportamiento peligroso no autorizado. Este es el complejo fáctico decisivo y no la diferencia que se da entre su representación y lo efectivamente realizado. Esta argumentación es válida aun cuando la substitución (por ejemplo debida al azar) de la víctima escogida por un tercero se produzca sin que el agente que desencadena los hechos se encuentre presente. Así, la muerte causada a la mujer de la víctima prevista mediante una bomba colocada en el automóvil, debido a que fue ella la que lo utilizó en lugar de su marido como lo esperaba el asesino.

Sin embargo, dicha regla establecida debe ser aplicada teniendo en 1266
cuenta los casos concretos y la manera como debe interpretarse el tipo legal concernido. Tratándose de los delitos contra el honor, la persona (objeto del delito) no sufre un menoscabo material directo como en el caso, por ejemplo, de homicidio o lesiones corporales. Esto plantea la cuestión de saber si debe admitirse la misma solución y, por lo tanto, considerar irrelevante el error, cuando la persona que lee o escucha las expresiones injuriosas no es contra quien el agente las expresó. En este caso debería, en consecuencia, estimarse consumado el delito.

Esta solución nos parece inconveniente. Sería mejor considerar al 1267
nivel de la realización del tipo legal si, en el caso de los delitos contra el honor y como ya lo hemos señalado[192], la noción de resultado es o no la misma que la admitida en relación con los ataques contra bie-

---

[191] STRATENWERTH, 1996, § 9 Nº 89 s.; ROXIN, 1997, § 12 Nº 179.
[192] Cf. *supra* Nº 1092.

nes materiales. La injuria quedaría consumada sólo cuando la víctima recepciona y comprende las afirmaciones, alegaciones o gestos realizados por el agente. De modo que un tercero cualquiera no podría sentirse afectado por ese ataque muy personalizado. El agente sólo sería responsable de una tentativa de injuria. Esta solución también puede ser fundamentada afirmándose que, de acuerdo a esos criterios normativos, el plan del agente no ha sido materializado y que, por lo tanto, no pueden serle imputados los efectos de la acción a título de dolo.

§ 12 Consentimiento (*excursus*)

I. Introducción. II. Legislación. III. Fundamentos. IV. Exclusión de la tipicidad. V. Acuerdo y consentimiento. VI. Derechos irrenunciables de la persona. VII. Requisitos del consentimiento. 1. Disponibilidad del bien jurídico. 2. Capacidad para consentir. 3. Manifestación del consentimiento. 4. Momento del consentimiento. 5. Contenido del consentimiento. 6. Consentimiento libre. VIII. Consentimiento presunto.

I. Introducción

En la doctrina y en las jurisprudencias extranjeras se recurre, con frecuencia, a la noción de consentimiento para explicar la no imposición de una pena por la comisión de ciertos actos típicos. Se discute mucho, sin embargo, sobre sus efectos: exclusión de la tipicidad o de la ilicitud de la acción típica. Cuando se atribuye al consentimiento este último efecto y debido a que, por lo general, no está regulado en las leyes penales, se le califica de causa de justificación supralegal. En los países donde ha sido admitido como tal, sus condiciones han sido establecidas, inicialmente, por la jurisprudencia. 1268

II. Legislación

En el art. 20, inc. 10, se declara exento de responsabilidad a quien "actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición"[1]. En la exposición de motivos[2], se explica esta nueva norma afirmándose: "La coincidencia de voluntades, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de un delito, no tiene penalmente el significativo valor que ostenta el acuerdo ajustado por las partes en el área del derecho privado. Sin embargo, teniéndose en consideración que en el campo penal no siempre son públicos los intereses ofendidos, el Proyecto de la Comisión Revisora admite, entre otras causas de exención de responsabilidad penal, el actuar con el consentimiento válido del titular del bien jurídico". 1269

En la legislación extranjera, el consentimiento es regulado de manera semejante al nuestro en el Código Penal italiano, art. 50[3]. Según 1270

---

1 ES del 25 de junio de 1997, Exp. Nº 572-97 Ancash, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 144.
2 Código Penal (1991), p. 8.
3 FIANDACA/MUSCO, p. 199 ss.; PAGLIARO, p. 420 ss.; MARINI, 1989, p. 71.

esta disposición, "*Consenso dell'avente diritto.- Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne*" ("Consentimiento del titular de un derecho.- No es punible quien lesiona o pone en peligro un derecho, con el consentimiento de la persona que puede válidamente disponer de éste"). De modo parecido se ha regulado también en el Código Penal portugués, art. 31, inc. 2, letra d. En el Código Penal alemán (§ 228), se le prevé, de manera limitada, en materia de lesiones. La norma teutona estatuye: "*Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstösst*"[4] ("Quien causa una lesión corporal con el consentimiento del lesionado, sólo actúa ilícitamente cuando el hecho, a pesar del consentimiento, es contrario a las buenas costumbres"). En el anteproyecto de parte general del Código Penal suizo de Schultz, no se ha considerado conveniente preverlo. Según este autor[5], intentar regular esta circunstancia conduciría a establecer una disposición rígida y poco práctica. Tampoco ha sido previsto el consentimiento en el nuevo Código Penal francés[6]. En el Código Penal español[7] de 1995 se le prevé sólo como atenuante en los delitos de lesiones y de acuerdo con el art. 155 de éste, "en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá pena de uno o dos grados".

III. Fundamentos

1271 La determinación de los efectos del consentimiento no es sólo un problema de técnica legislativa o de dogmática penal. Depende sobre todo de la concepción que se tenga sobre el derecho en general y, en particular, sobre el derecho penal. De modo que resultan decisivos los criterios de política criminal que se admitan.

1272 Estos criterios están fundamentalmente delimitados por la Constitución. En su art. 1, ésta prevé que "la defensa de la persona humana y

---

4 Cf. STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 228 Nº 1 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17 Nº 98 ss.

5 SCHULTZ, 1987, p. 41 s.

6 PRADEL, 2003 Nº 539; SALVAGE, p. 699 s.

7 Cf. MIR PUIG, 1998, p. 519; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 391 ss.; CASAS BARQUERO, p. 30 ss.

el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Esta declaración implica el reconocimiento de la primacía de la persona frente a la sociedad y al Estado. La misma jerarquía es admitida cuando, en armonía con la disposición citada, se establece, como principio general, en el art. I del Título preliminar del Código penal, que éste "tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad".

Esto supone que la persona es concebida como un agente moral au- 1273
tónomo para decidir y realizar sus actos y proyectos de vida. Con este fin se le reconocen, al lado de diversos derechos, otras facultades fundamentales por su simple condición de tal. La protección de estos derechos es garantía para el desarrollo autónomo y pleno de la personalidad.

El contenido de los derechos, en particular de los fundamentales, 1274
está constituido por los bienes jurídicos que el derecho penal protege. El ejercicio de un derecho implica, en consecuencia, la conservación o la disposición de un bien jurídico. La libertad del titular del derecho, por lo tanto, del bien jurídico concernido, supone que él es quien mejor debe saber lo que le conviene y puede actuar en consecuencia. Un tercero, incluso el Estado, no puede limitar su libertad (autonomía moral) imponiéndole o prohibiéndole la realización de un acto, afirmando que es lo más beneficioso para sus intereses personales. En el art. 2, inc. 24, literal a, de la Constitución, se prevé esta libertad como derecho fundamental de toda persona.

En armonía con esta concepción liberal e individualista, se dispone 1275
en el art. IV del Título Preliminar del Código Penal –a título de principio general– que "la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley". De esta manera, como ya lo hemos señalado[8], se establece, por un lado, que la protección de éstos (por tanto de los derechos que los suponen) es la finalidad del derecho penal y, por otro, que su lesión o puesta en peligro es el fundamento de la represión de las acciones delictuosas. Resulta evidente, entonces, que la libertad del titular de los derechos o bienes jurídicos individuales condicione, en la práctica, la protección jurídica, en especial la penal, que reciban. Ésta puede ser influenciada, en cierta medida, por la decisión del titular. En conse-

---

8 Ver *supra* Nº 30 ss.

cuencia, se puede afirmar que su consentimiento respecto a la violación o puesta en peligro de uno de sus bienes jurídicos constituye la expresión de su libertad personal.

1276 Sin embargo, la libertad de la persona no es absoluta[9]. En ciertos casos, la libertad de consentir es restringida mediante la ponderación de los intereses en conflicto. Así, es cuestión de saber hasta qué límites debe estar circunscrita la libertad personal de disponer de un bien jurídico en favor de un interés ajeno. Por ejemplo, limitar la libertad de disponer de su integridad corporal en beneficio del interés de la comunidad de salvaguardar sus recursos humanos (art. 234 CJM, represión del hecho de inutilizarse a fin de eximirse del servicio militar obligatorio). En principio, hay que admitir que la libertad y la dignidad de las personas sólo son respetadas en la medida en que las restricciones se hagan en relación con los actos de terceros y no con los del propio sujeto concernido. Así, no es lo mismo que alguien decida suicidarse a que un tercero le cause la muerte a su pedido. En la segunda hipótesis, el consentimiento de la víctima no transforma el homicidio causado por el tercero en un hecho irrelevante para el derecho. Así mismo, una persona puede admitir que su libertad de movimiento sea restringida, pero es inadmisible el hecho de que se someta a un régimen de esclavitud. Estos ejemplos demuestran que resulta indispensable tener en cuenta la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos humanos.

1277 Desde esta perspectiva, hay que afirmar que la libertad individual no debe ser obstaculizada de manera abusiva por la pretensión estatal de proteger a las personas, sin distinción alguna, contra todo daño de uno de sus bienes y aun en contra de su voluntad. El rechazo de este criterio paternalista supone, justamente, reconocer que la libertad personal constituye, en primer lugar, la base tanto del respeto de la dignidad de todo sujeto como una condición indispensable del desarrollo de su personalidad; y, en segundo lugar, uno de los fundamentos del Estado de Derecho regulado en la Constitución. Por lo tanto, el consentimiento no sólo conlleva la renuncia a la protección que el orden normativo brinda a los bienes jurídicos individuales, sino también a respetar la libertad personal. Ésta, en tanto que posibilidad de disponer de los mismos, se encuentra implícita en la idea de bien jurídico.

---

[9] STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 6; cf. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17 Nº 97.

IV. Exclusión de la tipicidad

Según la concepción que venimos de exponer y que consagra la Constitución, no basta percibir los bienes jurídicos (vida, salud, honor, libertad de movimiento, patrimonio, etc.) sólo como cosas, relaciones o intereses valiosos, autónomos y anteriores a las reglas legales que los protegen por ser condiciones indispensables para el desarrollo del individuo dentro de la vida comunitaria. Para que esta evolución tenga lugar es indispensable que se garantice la libertad de la persona para disponer de los mismos conforme a sus aspiraciones y convicciones. En buena cuenta, el acto de disposición constituye una expresión del desenvolvimiento libre de alguien, en este caso, del portador del bien jurídico[10]. La capacidad de disponibilidad del sujeto sobre estos bienes es ínsita a su noción. Así, el patrimonio no sólo es el conjunto de cosas o intereses económicos, sino también la facultad de disponibilidad que sobre éstos tiene su titular. Del mismo modo, la salud o la integridad corporal son protegidas tanto en razón de su realidad somática o síquica como en consideración a que son la base de un ser libre, capaz de comprender y querer. Incluso la libertad de tránsito implica la presencia de una voluntad de desplazarse. 1278

En consecuencia, la lesión de un bien jurídico supone el daño o puesta en peligro del objeto del delito (bien mueble o inmueble, en caso de daños a la propiedad; cuerpo humano, en relación con las lesiones) y la restricción de la voluntad del titular de disponer o conservar a éste concretado en el objeto del delito. 1279

De lo que se deduce que si el dominio del titular sobre el bien jurídico no es violado, la agresión no es penalmente relevante. Esto significa que el acto no es típico[11] porque la lesión o la puesta en peligro del mismo (y no del objeto material del delito) no adquiere la relevancia penal de la lesión o del peligro considerado en el tipo legal, por no afectar el dominio de quien lo ejerce. Por ejemplo, cuando el propietario de un bien (mueble o inmueble) consiente que éste sea dañado o destruido no se realiza el tipo legal de daños (art. 205) porque el bien jurídico patrimonio, a pesar de que el objeto haya sido destruido, 1280

---

[10] Cf. Polaino-Orts, p. 251; Roxin, 1997, § 13 Nº 12; cf. Baumann/Weber/Mitsch, § 17 Nº 93 ss.

[11] Zaffaroni/Alagia/Slokar, p. 477 s.

no ha sido atacado. La destrucción de la cosa, consentida por el propietario, constituye una manifestación del libre ejercicio de su capacidad de disposición. El objeto de disposición y la facultad de disponer libremente de él constituyen aspectos en simbiosis del bien jurídico[12].

1281 En casos cotidianos como el corte de pelo por un peluquero, la puesta de una inyección por un enfermero, la poda de plantas por un jardinero, el consentimiento del titular de los bienes integridad corporal, salud y patrimonio, respectivamente, hace desaparecer tanto el valor negativo del resultado, como de la acción. Así, el agente no actúa con la intención de ocasionar un resultado perjudicial. Mediante su obrar satisface una manifestación de la personalidad del interesado. A la misma conclusión debe llegarse cuando se trata de situaciones diferentes a los comportamientos socialmente adecuados o neutros que venimos de señalar. Por ejemplo, destruir un bien valioso para satisfacer el deseo de una persona querida o hacerse tatuar el cuerpo. Aquí, lo decisivo es, también, el hecho de que el individuo concernido es el único competente para decidir lo que conviene a su bienestar. Admitir el criterio opuesto implicaría aceptar una concepción paternalista excesiva que haría del Estado el árbitro supremo de lo que conviene a la persona aun en contra de ella misma.

V. Acuerdo y consentimiento

1282 En la perspectiva descrita, debe analizarse la distinción que se hace, en doctrina, entre el consentimiento (*Einwilligung*) y el acuerdo (*Einverständnis*). Según el criterio dominante, este último excluye la tipicidad[13], y es de aplicación en los supuestos en los que el tipo legal prevé la realización de una acción contra la voluntad de la víctima. En este caso, la voluntad sería de "orden natural" y no la que se requiere para que se dé el consentimiento. Por ejemplo, el hurto implica ruptura de la posesión; es decir, sustracción del bien mueble ajeno contra la voluntad de su propietario. Si éste, niño de siete años de edad con discernimiento, regala uno de sus bienes muebles o autori-

---

[12] RUDOLPHI, 1974, p. 87.

[13] JESCHECK/WEIGEND, § 34 I 1; GROPP, § 6 Nº 59; KÜHL, 2000, § 9 Nº 20 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17 Nº 93 ss.; WELZEL, 1969a, p. 95; BOCKELMANN/VOLK, p. 102; Cf. SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 269. Cf. POLAINO-ORTS, p. 232.

za a un tercero para que se lo apropie no se realiza el tipo legal previsto en el art. 185. La violación de domicilio (art. 159) supone que el agente penetre o permanezca en casa ajena sin derecho, sin autorización del titular. Todos estos actos, debido al acuerdo del titular del bien jurídico, no son conformes a los tipos legales correspondientes porque el bien no ha sido perjudicado. Debido a que el titular está de acuerdo con la acción, ésta se convierte en "un proceso normal entre ciudadanos en el marco del orden social dado"[14].

El consentimiento propiamente dicho, por el contrario y conforme a 1283
la concepción mayoritaria, concierne a los casos en los que el acuerdo del titular del bien jurídico no es un elemento del tipo legal y sólo sería una causa de justificación[15], si se dan todas las condiciones exigidas para que la manifestación de voluntad sea válida. Este criterio supone que el acto realizado es conforme al tipo legal: el agente inutiliza o destruye el bien mueble o inmueble (art. 205) o lesiona una persona (art. 121). El carácter ilícito de estos comportamientos es excluido por el consentimiento del interesado. De modo que obrar con la conformidad del afectado no constituye en este caso un proceso normal de la vida social, sino que se trata de un daño que, a pesar de ser bastante doloroso, el titular del bien jurídico, en uso de su libertad de disposición, está dispuesto a soportar por cualquier razón. El fundamento invocado, con frecuencia, es el derecho a la autodeterminación (en tanto que derecho consuetudinario) o a la libertad personal consagrada por la Constitución.

También se ha buscado reforzar este criterio invocando la presencia 1284
de un conflicto entre la libertad de la persona a disponer de sus bienes y el interés de la comunidad en la conservación de los mismos. La lesión del bien jurídico estaría justificada, en estos casos, en la medida que estuviera comprendida por la libertad de su titular y concurrieran los presupuestos especiales para que el consentimiento fuera eficaz. Con esa propuesta se busca descartar la crítica que se hace a la concepción dominante, según la cual el consentimiento no puede ser catalogado entre las causas de justificación porque éstas suponen siempre un conflicto de intereses o la necesidad del comportamiento.

---

[14] HURTADO POZO, 2002, Nº 258.

[15] JESCHECK/WEIGEND, § 34 I 3; GROPP, § 6 Nº 57; KÜHL, 2000, § 9 Nº 23; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vor § 32 Nº 33; OTTO, 1998, § 8 Nº 127.

1285 El cuestionamiento[16] de la concepción mayoritaria surge de la constatación de que es muy difícil distinguir entre el acuerdo y el consentimiento. Por un lado, un sector de la doctrina niega de principio esta distinción y afirma que la autorización eficaz del titular del bien jurídico excluye siempre la tipicidad[17]. Por otro lado, algunos autores, admitiendo la posibilidad de diferenciar estas dos circunstancias, cuestionan que se les atribuya efectos diferentes. En su opinión, en ambos casos se excluye la tipicidad, pero los requisitos no son los mismos en las dos circunstancias, puesto que no es posible establecer criterios generales, sino que hay que tener en cuenta las particularidades del tipo legal concernido.

1286 Para comprender mejor la situación planteada, hay que tener en cuenta el hecho de que el criterio utilizado para distinguir el acuerdo del consentimiento es, en realidad, más de orden normativo que material, ya que depende de la manera como se interpreten los tipos legales. Consentimiento y acuerdo no son diferentes por "naturaleza"[18]. En el caso de violación de correspondencia (art. 161), por ejemplo, la autorización dada por el destinatario para que un tercero abra la carta puede ser considerada como causa de justificación porque éste ha realizado el tipo legal debido a que ha abierto un sobre que no le estaba dirigido. Pero también puede estimarse que se trata de un comportamiento no típico en razón a que el permiso otorgado por el titular del derecho convierte al tercero en destinatario y, en consecuencia, falta un elemento del tipo legal: "una carta, un pliego, ...que no le esté dirigido" (art. 161); lo que significa que el bien jurídico no ha sido lesionado. El caso del delito de lesiones corporales es un ejemplo muy claro de que la solución al problema reside, sobretodo, en la interpretación del tipo legal respectivo. El hecho de negar que el consentimiento excluye la tipicidad, se explica en particular por la necesidad de suplir una deficiencia legislativa (la no incriminación del tratamiento médico no consentido como un delito específico contra la libertad individual) y conservar la protección brindada por las disposiciones que reprimen las lesiones al bien jurídico integridad corporal.

---

16 GEERDS, 1954, p. 262 ss.; IDEM, 1960, p. 42 y ss.; ZIPF, 1970, p. 28 y ss.; ROXIN, 1997, § 13, Nº 11 ss.; KAUFMANN, Armin, 1983, p. 282; JAKOBS, 1991, 7/111 ss.; POLAINO-ORTS, p. 250.

17 GÜNTHER, en *SK*, vor § 32, Nº 64; RUDOLPHI, 1974, p. 87.

18 POLAINO-ORTS, p. 236 ss.

Por último, como la interpretación depende de la redacción de los tipos legales y que ningún perjuicio haya sido causado al bien jurídico, no se justifica atribuir efectos penales diferentes al acuerdo y al consentimiento. Sería entonces preferible que el consentimiento también excluyera la tipicidad. En consecuencia sólo sería necesario diferenciar estas dos nociones en la medida en que se fijaran condiciones diferentes para cada una de ellas. Este es el caso, por ejemplo, cuando las exigencias relativas al acuerdo son menos estrictas (la capacidad natural del titular del bien jurídico es suficiente, el acuerdo dado por un niño es estimado válido)[19] que aquellas previstas para el consentimiento (condiciones de orden jurídico relativas a la capacidad). 1287

Sin embargo, es difícil e inconveniente establecer condiciones distintas para el acuerdo y el consentimiento. Teniendo en cuenta la importancia de la aceptación del titular del bien jurídico y, así mismo, el respeto a su libertad individual, no basta con generalizar las condiciones tradicionalmente utilizadas para el acuerdo. Por el contrario, tampoco es correcto admitir sin más las exigencias estrictas del consentimiento. La determinación de las condiciones relativas a las dos circunstancias, y por lo tanto, a la exclusión de la tipicidad, supone considerar tanto la naturaleza del bien jurídico atacado como el comportamiento del agente. 1288

VI. Derechos irrenunciables de la persona

Un obstáculo a la aceptación de la tesis del consentimiento como excluyente de la tipicidad parece ser la manera como han sido regulados los derechos de la persona en el Código Civil de 1984. Según su art. 5, los derechos inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Con el objeto de establecer una excepción respecto a la integridad corporal, se hace referencia a que "su ejercicio no puede sufrir limitaciones voluntarias". Las excepciones están previstas en el art. 6 que establece: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son 1289

[19] GROPP, § 6, Nº 61; WESSELS/BEULKE, Nº 367.

válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios". Sin embargo, ésta no es la única salvedad. Se reconoce también eficacia al "asentimiento" del interesado en relación con la revelación de la intimidad personal y familiar, el aprovechamiento de la imagen y la voz de la persona, la interceptación y la divulgación de la correspondencia (art. 14, 15 y 16 CC, respectivamente).

1290 Las dificultades de comprensión de las disposiciones citadas provienen, en gran parte, de la peculiar manera como han sido estructuradas. Primero, se establece la regla de que nadie puede renunciar a los derechos inherentes a su persona, ni cederlos a terceros. Luego, se estatuye una excepción respecto a los actos de disposición del propio cuerpo. Ésta es formulada mediante una prohibición: dichos actos no son permitidos si constituyen un grave atentado a la integridad física o si son contrarios al orden público o las buenas costumbres. *A contrario*, esto significa que los actos de disposición del propio cuerpo son permitidos si no constituyen una grave lesión a la integridad corporal o son conformes al orden público y a las buenas costumbres. Es decir, el derecho a la integridad corporal y a la salud, inherente a la persona, es un derecho al que se puede renunciar, del que se puede disponer, aunque de manera limitada. De modo que en nada definitivo se concluiría sobre si el consentimiento tiene o no tiene el efecto de excluir la tipicidad.

1291 La deficiencia de la regulación del derecho civil reside en que parte de un presupuesto incorrecto por ser considerado absoluto. Los derechos inherentes a la persona no son inalienables o irrenunciables. Esta declaración contradice el principio constitucional básico de la prioridad de la persona sobre la sociedad y el Estado, así como el de la libertad personal como fundamento del Estado de Derecho.

VII. Requisitos del consentimiento

1. Disponibilidad del bien jurídico

1292 A partir de lo afirmado sobre el fundamento del consentimiento, se deduce con claridad que sólo concierne a los bienes jurídicos individuales; es decir, a los bienes relativos a la misma persona de quien consiente (vida, integridad corporal, salud, libertad individual, ho-

nor, patrimonio, libertad sexual, etc.)[20]. Por lo tanto, la libertad de disposición está limitada por el carácter personal del bien jurídico en cuestión; pero, así mismo, tanto por la importancia de este mismo bien como por los principios fundamentales del orden jurídico, en particular el respeto a los derechos humanos.

En el ámbito estrictamente penal, hay que tener en cuenta, también, 1293
la manera como el tipo legal ha sido elaborado. En consecuencia, un factor decisivo es el análisis específico de cada uno de éstos. Los criterios que se formulen respecto a la cuestión tratada están condicionados por los tipos legales, lo que es más bien objeto del estudio de la parte especial.

La discusión es intensa respecto a los tipos legales que protegen la 1294
vida. El punto de partida de la regulación de las infracciones contra ésta es la ineficacia del consentimiento de la víctima[21]. Circunstancia que explica que se reprima al que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente que ponga fin a sus dolores intolerables (art. 112). Esta solución se comprende si se considera, interpretando de un modo restrictivo la Constitución, que el derecho a la vida es tan importante que debe ser protegido aun contra el propio interesado.

La regulación del delito de lesiones en sus diversas formas no prevé 1295
una disposición que señale, ni siquiera implícitamente, un criterio referente al consentimiento. Como toda conducta punible, la infracción de lesiones supone más bien que sea cometida contra la voluntad de la víctima. De acuerdo a lo señalado con anterioridad, resulta necesario referirse al Código Civil y, en especial, a su art. 6. La constitucionalidad de las fórmulas utilizadas en esta disposición es dudosa porque su vaguedad puede dar lugar a una restricción abusiva de la libertad personal, base del Estado de Derecho. Sin embargo, cierta limitación de la libertad es comprensible en la medida en que

---

20 STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 13; GRAVEN/STRÄULI, p. 151; LOGOZ/SANDOZ, art. 32 Nº 5 c; SCHWANDER, 1960, Nº 173; SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 167; HAFTER, p. 170; REHBERG/DONATSCH, p. 149; TRECHSEL/NOLL, p. 138; ATF 100 IV 159; ROXIN, 1997, § 13 Nº 31; JESCHECK/WEIGEND, § 34 III 5; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 32 ss. Nº 33; GEERDS, 1960, p. 42; HIRSCH, en *LK* vor § 32 Nº 104; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17 Nº 99.

21 GÜNTHER, en *SK*, vor § 32 Nº 40; ROXIN, 1997, § 13 Nº 35.

el disfrute de la misma no sea garantizada de manera absoluta, sino dentro de los límites fijados en la carta fundamental y, en particular, en relación con el respeto a los derechos ajenos. Los criterios de orden público y de buenas costumbres a los que alude el art. 6 CC, deben ser comprendidos en este contexto. Así, un acto de disposición del propio cuerpo contrario a las buenas costumbres no significa simplemente que sea inmoral, sino que supone reprobación legislativa y el menoscabo de bienes jurídicos de los que no puede disponer el titular[22]. Además, hay que considerar que la donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que se regeneran está autorizada (art. 7 CC, *a contrario*) y tratándose de aquellos que no regeneran sólo si no "perjudican gravemente la salud" o no reducen "sensiblemente el tiempo de vida del donante" (art. 7 CC). En este ámbito, es necesario tener en cuenta, además, que el carácter contrario al orden público o a las buenas costumbres se refiere al hecho cometido y no al consentimiento. Este último puede estar inspirado por motivos inmorales, pero ello no implica que sea ineficaz.

1296 En cuanto al tratamiento médico[23], gran parte de la doctrina ha afirmado que el galeno, a pesar de que su régimen afecta el cuerpo o la salud del paciente, no lo maltrata (*misshandeln*) sino que lo somete a un procedimiento curativo (*handeln*). En países como Alemania y Suiza, la jurisprudencia estima que la intervención del médico es típica y que sólo el consentimiento del paciente excluye la represión porque así lo justifica el proceso. De acuerdo con Roxin[24], saber si la lesión causada sin consentimiento del interesado es conforme al tipo legal del delito de lesión corporal no depende de la manera cómo se conciba éste. Es más bien una cuestión de política criminal: mientras no exista una disposición que reprima dicho comportamiento como un delito específico contra la libertad individual, subsiste un interés innegable de proteger la libertad de disponibilidad de este bien mediante la norma que reprime el delito de lesiones corporales. En el Código Penal austriaco (§ 110 inc. 1)[25], por ejemplo, se ha previsto dicha infracción contra la libertad individual de la manera siguiente: "Quien,

---

22 ROXIN, 1997, § 13 Nº 37.

23 STRATENWERTH, 1996, § 10, Nº 17; NOLL, 1955, p. 91; HURTADO POZO, 2002, Nº 394 ss.

24 ROXIN, 1997, § 13 Nº 41.

25 LEUKAUF/STEINIGER, Nº 1 ss.

aun de acuerdo con las reglas de la ciencia médica, somete a tratamiento médico a una persona sin su consentimiento será castigado...".

Por el contrario, cuando el tipo legal sólo protege un bien jurídico 1297
colectivo, es evidente que el consentimiento de una persona particular no tiene ningún efecto sobre la tipicidad del acto[26]. Por ejemplo, cuando se ataca el bien jurídico seguridad pública creando un peligro común para las personas o para los bienes mediante incendio, explosión o liberando cualquier clase de energía (art. 273). El consentimiento de la o de las personas expuestas realmente a peligro no excluye la tipicidad del incendio provocado. El orden jurídico busca proteger a las personas o sus bienes de manera indeterminada (peligro común). Lo mismo acontece en relación con el art. 286 que reprime al que "envenena, contamina o adultera aguas o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al consumo"; y esto aun cuando se dé la agravante, por ejemplo, de haber resultado una persona lesionada gravemente. El consentimiento de esta víctima es irrelevante porque el bien jurídico protegido es la salud pública y este no es un bien jurídico individual respecto al cual tenga libre disposición.

El mismo criterio debe aplicarse en relación con los delitos contra la 1298
administración pública a pesar de que una persona sea la directamente perjudicada por el comportamiento. Así, por ejemplo, el delito previsto en el art. 376. Según esta disposición, se reprime al funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera. Además del bien jurídico protegido, es necesario tomar en consideración que el mismo legislador declara implícitamente inválido el consentimiento de la persona objeto del delito. Esta se encuentra en un estado de inferioridad, de desamparo respecto al funcionario (policía, juez, etc.). Un razonamiento semejante debe hacerse con relación a los tipos legales en los que se prevé una intervención de la víctima y se le protege de manera especial. Es el caso, por ejemplo, de los delitos sexuales en que la víctima es un menor de catorce años (art. 173), una persona en situación de dependencia o vigilancia o que se halle detenida, recluida o internada (art. 174)[27].

---

[26] Exp. Nº 31-L-1-98 Puno, en *SerJur* 3, p. 277. Cf. GROPP, § 6 Nº 39; GÜNTHER, en *SK*, vor 32 Nº 40; ROXIN, 1997, § 13 Nº 31 s.

[27] ROXIN, 1997, § 13 Nº 41.

1299 Un caso particular, conforme a una parte de la doctrina, sería el de las cláusulas de autorización administrativa en delitos en los que se protegen bienes jurídicos colectivos. Mediante dichas cláusulas, puede comprenderse que el Estado, por intermedio de la administración pública, consiente que se cometan ciertos actos que comprometen algún bien jurídico de la comunidad. Para autorizar éstos se deben tener en cuenta diversos criterios, como la utilidad social y la preservación de los mismos bienes. Tal sería el caso, por ejemplo, del delito contra los bienes culturales previsto en el art. 226, en el que se reprime la explotación, excavación o remoción de yacimientos arqueológicos prehispánicos no autorizadas por la autoridad competente. En consecuencia, la realización de uno de esos actos con la autorización respectiva, no es comprendido por ese tipo legal.

2. Capacidad para consentir

1300 Para que el consentimiento sea eficaz, quien lo exprese debe ser una persona capaz[28]. Si bien existe unanimidad sobre la necesidad de este requisito, las opiniones divergen en razón a la diversidad de maneras como es concebido y si se acepta o no distinguirlo del acuerdo. En la perspectiva que hemos adoptado, en la medida en que se admita que no hay que practicar esta distinción y se considere que el elemento de la teoría del delito que queda excluido con el mismo es la tipicidad, es conveniente considerar que la capacidad de comprensión debe ser apreciada de acuerdo con el carácter específico de cada tipo legal.

1301 En la mayor parte de los casos, no es necesario que se tenga la capacidad de comprensión que permita darse cuenta de la acción y del resultado que se consiente en el sentido que requiere un acto jurídico. En el caso, por ejemplo, del delito de apropiación ilícita (art. 190, pf. 2) no basta que el menor se dé cuenta que su tutor comete la acción perjudicial en contra de su patrimonio. Dicha acción, por lo tanto, será típica. El consentimiento dado no es jurídicamente válido para ampliar el poder del gestor de negocios. Hay que considerar más bien, como ya lo hemos dicho, que se trata de la manifestación del derecho a la libertad de obrar, la misma que sólo está limitada

---

[28] STRATENWERTH, 1996, § 10, Nº 20; JAKOBS, 1991, 7/114.

por las normas constitucionales y, en particular, por el respeto de los derechos ajenos. No es cuestión, en consecuencia, de la capacidad de conformidad con el derecho civil; pero tampoco de la simple voluntad natural que toda persona posee.

El titular del bien jurídico debe poder darse cuenta, en concreto, de los alcances de la acción que afectará a uno de sus bienes jurídicos y debe poder apreciarla debidamente de acuerdo a sus intereses. Esta capacidad es admitida, por lo general, respecto a las personas adultas imputables con relación al caso particular. En este sentido, hay que admitir que carecen de esta capacidad las personas que padecen trastornos mentales o de consciencia graves. Debido a esta incapacidad, el consentimiento dado, por ejemplo, para una intervención médica sería ineficaz. 1302

Tratándose de menores, la manifestación de voluntad es válida en la medida en que, respecto al caso concreto, tengan el discernimiento suficiente para apreciar los alcances de su autorización. Este nivel de capacidad es necesario, sobre todo, en relación con los tipos legales de cierta complejidad. Por ejemplo, el consentimiento de un menor de diecisiete años de edad puede excluir el tipo legal de estafa (art. 196); pero no así el expresado por un niño de siete años. 1303

En el caso de niños, de acuerdo con el límite de edad fijado en la ley penal, se les debe considerar, en principio, incapaces de comprender. Si se trata de adolescentes, se les reputa capaces de discernimiento, pero si su decisión, por ejemplo respecto a un tratamiento médico, es claramente contraria al sentido común, ésta puede constituir un indicio de su falta de capacidad para hacerlo. 1304

Las exigencias son menores tratándose de tipos legales en los que la protección penal se encuentra limitada, sobre todo, por la libertad o voluntad del titular del bien jurídico. En caso de hurto, por ejemplo, un factor decisivo es la ruptura de la posesión y ésta supone el simple querer poseer la cosa mueble (sabiendo dónde se encuentra). Quien se apodera de una cosa que le entrega voluntariamente un niño capaz de discernir no realiza este tipo legal, pues, no la sustrae (ruptura de posesión). Según las circunstancias, podría ser considerado como autor de una apropiación ilícita. El mismo criterio hay que aplicar, con respecto a la violación de domicilio, a quien penetra en una casa porque se lo permite el titular que es un enfermo mental. El discernimiento que tienen estas personas, respecto al caso concreto, es suficiente. Este criterio es confirmado por lo dispuesto en el art. 1358 1305

CC. Según esta disposición: "Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria". Por el contrario, cuando la incapacidad de la víctima es un elemento constitutivo del tipo legal, el consentimiento de ésta no puede ser considerado eficaz para excluir la tipicidad (por ejemplo, los actos de orden sexual contra niños o incapaces). Lo contrario daría lugar a que el autor, so pretexto del consentimiento de la víctima, puede conseguir por esa vía lo que con arreglo a derecho le es imposible alcanzar. Con razón, la misma ley presume que estas personas no son capaces de disponer de su bien integridad o libertad sexuales; incapacidad que origina, precisamente, la protección penal (art. 173, víctimas que tienen menos de catorce años de edad).

1306 En caso de incapaces, en el sentido antes indicado, el representante legal debe dar el consentimiento; por ejemplo, los padres en relación con sus hijos o los curadores respecto a sus pupilos. La mayoría de veces, el contexto en el que debe darse, es el mismo que el del estado de necesidad; de modo que si el representante legal se niega a dar el consentimiento para proteger los bienes de su representado, la intervención, por ejemplo del médico tratante, estará amparada por dicha circunstancia. No es una cuestión de conflicto de intereses, puesto que, qué mayor interés puede tener el representante, sino es precisamente la de fomentar una mejor posición jurídica de los derechos de su representado, en este caso, del menor incapaz. Una cuestión bastante delicada es la de las decisiones de tipo existencial, como la referente a la donación de un órgano. Si la persona concernida por la extracción del mismo, tiene la capacidad concreta de comprender y apreciar la situación y sus efectos, ella sola puede consentir. Cuando se trata de un incapaz, su decisión no puede ser substituida por la de su representante legal. Por respeto a la dignidad de la persona, no debe realizarse la intervención.

3. Manifestación del consentimiento

1307 La voluntad de autorizar la intervención del sujeto activo de la acción perjudicial debe ser exteriorizada por cualquier medio o mediante actos concluyentes. En la primera hipótesis, el titular puede hacerlo oralmente o por escrito; pero como se trata de una manifestación unilateral de la libertad personal, a diferencia de lo manifesta-

do en la exposición de motivos del Código Penal[29], no es indispensable que revista la forma de un acto jurídico conforme al derecho civil, ni que sea directamente dirigida al agente[30]. Si éste desconoce, por ejemplo, que el propietario ha expresado su deseo de que la cosa sea destruida, no consumará el tipo legal de daños a la propiedad (art. 205) porque el resultado no puede ser valorado negativamente. Sólo habría cometido un delito imposible no penado.

En ciertos casos, sin embargo, es indispensable por mandato legal que el consentimiento sea manifestado con una formalidad determinada. Por ejemplo, en las circunstancias de transplantes de órganos, el donante debe consentir expresamente la extracción del órgano que será transplantado en otra persona (art. 10, inc. 4 de la Ley Nº 28189). 1308

Respecto a la segunda hipótesis (manifestación del consentimiento mediante actos concluyentes), por ejemplo, manifiesta de manera tácita su consentimiento quien tome asiento en un vehículo sabiendo que será conducido por un conductor ebrio. De esta manera, acepta mediante su proceder concluyente correr el riesgo de sufrir un perjuicio en su integridad corporal. 1309

Al contrario, es insuficiente la voluntad no presumida de alguna de las maneras antes descritas; es decir, una especie de anuencia interna, diferente a la hipótesis del denominado consentimiento presunto[31]. Esa voluntad sería difícil de constatar, en la medida en que permanece en el fuero interno de la persona concernida. Admitir esta aceptación o autorización no manifestada exteriormente implica graves riesgos de hacer depender la eficacia del consentimiento de suposiciones vagas. En caso de violación de la libertad sexual, a falta de pruebas concluyentes sobre la negativa de la víctima, podría concluirse admitiendo su querer "profundo", íntimo. La seguridad jurídica y la protección de los bienes jurídicos requieren que el consentimiento sea expresado de una manera clara por cualquier medio, pero de forma positiva. La simple actitud pasiva de la víctima es insuficiente. 1310

---

29 En la que de modo ambiguo se dice: "La coincidencia de voluntades, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de un delito...". Cf. Código Penal (1991), p. 8.

30 GROPP, § 6 Nº 47;

31 *Infra*, Nº 1321 ss.

4. Momento del consentimiento

1311 La injerencia en los bienes jurídicos ajenos sólo puede ser autorizada por el titular del bien jurídico antes de que el autor intervenga. Quien manifiesta su consentimiento mantiene en su poder, debido a que se trata de un acto unilateral, la facultad de renunciar a su primera decisión. El destinatario de esta decisión no tiene, en consecuencia, ningún derecho adquirido sobre la autorización, ni puede pretender oponerse a su revocación. Además, el titular del bien jurídico puede otorgar su consentimiento bajo ciertas condiciones, las que deben ser realizadas por el autorizado antes de obrar. El titular del bien jurídico puede exteriorizar su cambio de voluntad, hasta antes de concluida la acción perjudicial.

1312 No es admisible un consentimiento *a posteriori*. Si el perjudicado manifiesta su conformidad con lo sucedido, no hace sino perdonar al agente por lo que ha realizado. Este hecho no excluye la tipicidad, pues la acción ya ha sido cometida. Es una circunstancia que, a lo más, puede ser considerada en el momento de la individualización de la sanción penal.

5. Contenido del consentimiento

1313 El titular del bien jurídico debe expresar su conformidad respecto a la intervención del tercero sobre la base de una información suficiente y exacta sobre los alcances de ésta[32]. Así, él debe tener pleno conocimiento de la naturaleza de la acción consentida, de los peligros que conlleva, así como de los efectos que producirá. Esto implica que sea consciente de la situación en la que se encuentra y que, llegado el caso, quien interviene (por ejemplo, un médico) le haya proporcionado en forma correcta la información necesaria. Sólo en estas circunstancias se podrá considerar el consentimiento como el ejercicio concreto de la libertad de obrar, como la manifestación de la autonomía personal del titular del bien jurídico[33]. El consentimiento general, como el proporcionado por el paciente cuando firma el

---

[32] STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 21; GRAVEN/STRÄULI, p. 155;

[33] ROXIN, 1997, § 13 Nº 42; WESSEL/BEULKE, N. 375; JESCHECK/WEIGEND, § 34 IV 2; JAKOBS, 1991, 7/114.

formulario de internamiento en un hospital, no es suficiente respecto a los actos médicos particulares a los que podría ser sometido.

El consentimiento no será válido si el titular del bien jurídico lo ha 1314
expresado bajo la influencia de un error. No se trata de cualquier error y tampoco debe ser comprendido en el sentido de los vicios de la voluntad referidos a un acto jurídico de orden civil. Lo decisivo es que la representación equivocada con que actúa el titular del bien jurídico haga que no tenga plena consciencia de los alcances de su renuncia a la protección del mismo. De modo que esta renuncia no puede ser considerada como la expresión de su libertad de obrar. Si hubiera tenido consciencia plena, no hubiera dado su consentimiento.

El problema es saber si todo error, dado por una persona capaz, pue- 1315
de viciar el consentimiento. Tradicionalmente se admite que el error siempre lo hace ineficaz, pero la dificultad reside en determinar qué errores deben tenerse en cuenta. Para superar estos inconvenientes, se ha propuesto que sólo se tengan en consideración los errores relativos a los alcances o al peligro de renunciar a la protección del bien jurídico. Por ejemplo, cuando el error concierne a la gravedad de la intervención quirúrgica a la que se será sometido. Por lo tanto, es ineficaz el consentimiento dado por el paciente, a quien el médico engaña[34] diciéndole que le extraerá un fragmento de tejido intestinal con el fin de realizar ciertos análisis, cuando le será practicada, en realidad, una intervención más grave. Por el contrario, el error sobre otras circunstancias que motivan el consentimiento no debe ser tenido en cuenta. Así, cuando quien consiente ser defraudado respecto a la promesa pecuniaria que se le hizo para obtener su aprobación. En consecuencia, el error referente a este tipo de motivos, a pesar de que también impulsa a consentir, no tiene el mismo efecto. Si el paciente fue debida y correctamente informado, por ejemplo, de la extracción de un fragmento de tejido con fines científicos, su consentimiento es eficaz a pesar de que no reciba la compensación pecuniaria que se le prometió. Esta promesa no concierne directamente al bien jurídico integridad corporal.

De la misma manera hay que considerar el caso en que el paciente es 1316
engañado en cuanto a las calificaciones profesionales del galeno, si

---

[34] STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 21; NOLL, 1955, p. 129 s.; GROPP, § 6B Nº 43 ss.; ROXIN, 1997, § 13 Nº 72 ss.

se trata de intervenciones de poca importancia. Por ejemplo, el enfermo autoriza que le aplique una inyección a quien considera que es un médico, cuando en realidad se trata de un veterinario. En este caso, el bien jurídico salud no corre un peligro mayor que el que hubiera corrido en caso de que un médico hubiere practicado la inyección. Por el contrario, su error viciará su consentimiento si quien aplica la inyección le hace creer, con el fin de perjudicarle, que es urgente hacerlo afirmando que el malestar que siente es grave. En esta última circunstancia, la aceptación de la intervención no constituye normativamente la manifestación de su libertad de accionar porque el error está estrechamente vinculado con la protección del bien jurídico.

1317 En los tipos legales en los que el uso de la coacción es previsto como elemento constitutivo del comportamiento delictuoso, el consentimiento obtenido mediante engaño no es suficiente para la realización de éstos. Así, por ejemplo, en caso de violación sexual (art. 170), el delincuente debe someter a la víctima con violencia o grave amenaza. El hecho de que la víctima ceda ante la coacción del delincuente no significa que consienta. Su actitud pasiva, condicionada por la agresión violenta, es muchas veces la sola vía que tiene la víctima para evitar daños más graves (ser lesionada o muerta). Si el acuerdo para mantener relaciones sexuales es obtenido mediante falsas promesas de matrimonio, la mujer engañada no ha sido violada; pero podría darse, según las circunstancias, el delito previsto en el art. 175 (practicar el acto sexual o el acto análogo, mediante engaño, con una persona de catorce años y menor de dieciocho).

1318 Estos casos de error provocado por engaño deben ser distinguidos de los errores en que incurre el mismo consintiente. Si éste es el caso, el consentimiento es válido[35]. Habiendo manifestado su voluntad en libertad, su consentimiento debe ser apreciado de modo objetivo. Por lo tanto, quien obra conforme a esta manifestación de voluntad no está obligado a controlar si proviene o no de un error de la persona que consintió. Por ejemplo, cuando el destinatario de la correspondencia autoriza por error a su secretaria para que abra sus cartas personales, ésta no comete ninguna violación del secreto de las comunicaciones (art. 161).

---

[35] LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 32 ss. Nº 46; ROXIN, 1997, § 13 Nº 79; JAKOBS, 1991, 7/116.

Todos estos esfuerzos realizados para determinar los efectos de los vicios que pueden afectar el consentimiento, dada la complejidad de las situaciones que se presentan, llevan a admitir que no es posible aplicar un solo criterio general, se trata más bien de determinar si éste constituye la expresión personal, autónoma y libre del titular del bien jurídico[36]. 1319

6. Consentimiento libre

El consentimiento debe ser dado con plena libertad. Es decir, que no debe haber sido obtenido mediante engaño o coacción[37]. Sin embargo, no todo error puede invalidarlo. El engaño debe viciar la voluntad manifestada de modo que ésta no constituya la expresión de la libertad de actuar de la víctima. La amenaza o violencia debe ser de tal intensidad que sea propia para doblegar la resistencia del titular del bien jurídico. Sin embargo, no es necesario que la situación creada sea semejante a la del estado de necesidad[38]. Imponer al titular del domicilio, mediante una amenaza seria, que deje entrar en su casa, a quien lo amenaza, es actuar conforme al tipo legal de coacción. 1320

VIII. Consentimiento presunto

El consentimiento, de acuerdo con lo expuesto con anterioridad[39], implica la manifestación de la voluntad real del titular del bien jurídico. La misma que constituye la expresión de su libertad de acción. En algunas circunstancias, según el orden jurídico, se presume que el interesado ha consentido que se le perjudique en uno de sus bienes o intereses. Se trata de una apreciación normativa sobre cuál hubiera sido el sentido de su voluntad, si hubiera podido pronunciarse respecto al daño que iba a sufrir. Como es imposible saber lo que en verdad quería, se presume, según las circunstancias, si habría 1321

---

36 ROXIN, 1997, § 13 Nº 68, 71; JESCHECK/WEIGEND, § 34 IV 5; JAKOBS, 1991, 7/121; KÜHL, 2000, § 9 Nº 37; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER/, vorbem §§ 32 ss. Nº 47.

37 GRAVEN/STRÄULI, p. 154; STRATENWERTH, 1996, § 10, Nº 21; NOLL, 1955, p. 129 s.; TRECHSEL/NOLL, p. 140; GROPP, § 6B Nº 43 ss.; ROXIN, 1997, § 13 Nº 72 ss.

38 Ver *infra* Nº 1419 ss.

39 Ver *supra*, Nº 1268 ss.

o no dado su autorización para que se realizara la acción perjudicial. Por lo tanto, no se puede hablar de expresión de la libertad de actuar, pues el interesado no está, previamente, en situación de ejercerla. En esta circunstancia radica la diferencia entre el consentimiento presunto y el consentimiento propiamente dicho. Así mismo, permite afirmar que mientras el consentimiento es una causa de atipicidad, el consentimiento presunto es una causa de justificación[40].

1322 Respecto al consentimiento presunto, se presentan dos hipótesis. La primera está referida al caso en que quien presume el consentimiento actúa en interés propio. Por ejemplo, quien para trasladarse hacia su centro de trabajo toma prestado el automóvil de su vecino ausente. En la segunda hipótesis se actúa en interés del presunto consintiente. Ejemplos típicos son la intervención quirúrgica practicada por un médico en la persona de un accidentado que es conducido en estado inconsciente al hospital[41]; el hecho de penetrar en la casa del vecino para introducir los muebles que, al partir de viaje, olvidó en la terraza y evitar que sean dañados por la lluvia; o el abrir una carta dirigida al compañero de habitación, en vacaciones en el extranjero, para evitarle un perjuicio.

1323 En casos de esta índole, cuando se presenten las condiciones previstas en el art. 20, inc. 4, el comportamiento será justificado por tratarse de un estado de necesidad. De no ser así, se plantea la cuestión de determinar qué efectos deben reconocerse al consentimiento presunto. La respuesta depende tanto de si se actúa o no en interés propio y de si existen elementos concretos que permitan precisar con cierta seguridad cuál habría sido la voluntad de la persona perjudicada.

1324 En caso de actuación en interés propio, dado que el titular del bien jurídico sólo puede ser perjudicado y sin compensación alguna, el consentimiento presunto no debe ser admitido salvo que se den las circunstancias determinantes para tener la convicción de que la víctima hubiera consentido en el caso concreto. El acto cometido es en consecuencia ilícito, salvo que se trate de un estado de necesidad.

1325 Cuando se actúa en interés ajeno, en la medida en que no se trata de ponderar de manera objetiva intereses en conflicto, no es posible

---

[40] ROXIN, 1997, § 18 Nº 3.
[41] Cf. VILLA STEIN, p. 339 s.

considerarlo como estado de necesidad. Esta ponderación sólo sirve como elemento que permita presumir, con mayor fortuna, la posible voluntad que el titular del bien jurídico hubiera manifestado en la situación concreta. En el ejemplo de la intervención quirúrgica sobre el accidentado inconsciente, el factor decisivo no es el conflicto entre el bien integridad corporal y el bien libertad individual (dañado por la acción del médico), sino más bien la presunción de la voluntad de sobrevivir del paciente. Circunstancia que permite justificar la intervención del galeno, quien evita la creación de una situación irreversible. Respecto al hecho de abrir la correspondencia del amigo ausente, hay que reconocer que el conflicto de bienes jurídicos es más impreciso, ya que no está claro qué perjuicios y de qué importancia serían evitados. A falta de elementos claros y determinantes para precisar cuál hubiera sido la voluntad del perjudicado, no debería admitirse el consentimiento presunto. En cuanto a evitar que los muebles sean dañados, el consentimiento presunto será admitido porque el agente actúa en beneficio del interés objetivamente más importante, salvo que existan elementos de los cuales se deduzca que el titular del bien jurídico no habría dado su autorización.

Se trataría de un estado de necesidad, por ejemplo, si estuvieran en 1326
cuestión bienes personales indisponibles. A diferencia de las circunstancias precisas de peligro y ponderación de intereses, propias al estado de necesidad, el consentimiento presunto consiste en una apreciación hipotética por cuya virtud se afirma que el titular del bien jurídico, encontrándose en la situación de hecho concreta, hubiera decidido personalmente autorizar la ejecución de la acción.

El consentimiento presunto no debe ser tampoco confundido con la 1327
gestión de negocios sin mandato del derecho civil. Esta institución exige, además de la voluntad presumida del titular del bien jurídico, que el interventor obre en el interés objetivo del afectado. La cuestión radica, por un lado, en la dificultad para determinar cuál es el interés preferido de la persona concernida y, por el otro, en que la consideración de este interés significa establecer mayores exigencias que respecto al consentimiento propiamente dicho. Como ya lo hemos visto[42], el consentimiento es eficaz aun cuando la autorización dada por el titular del bien jurídico pueda ser considerada como in-

[42] Ver *supra* Nº 1313 ss.

correcta o insensata (dejarse amputar el dedo meñique para defraudar al seguro). En ambos casos, lo determinante es la referencia a la voluntad real o presunta. Esta cuestión no debe ser, sin embargo, sobrestimada porque, en la realidad, la voluntad es presumida generalmente cuando se tiene en cuenta el interés preponderante del titular del bien jurídico. Sólo en casos excepcionales estos dos factores no coinciden.

1328 Teniendo en cuenta los principios constitucionales referentes a la dignidad de la persona y a su autonomía, no debe adoptarse una actitud paternalista al determinar la presumible voluntad del individuo concernido. No se trata, por lo tanto, de precisar qué es lo mejor para él; sino qué es lo que hubiera querido, aun cuando fuera algo no razonable. Este factor es un elemento común al consentimiento expreso y al presunto. Por eso, el consentimiento no puede ser descalificado invocando una apreciación objetiva que afirme que es contrario a los intereses del correspondiente sujeto.

1329 En razón de los riesgos que implica, hay que exigir que el juicio de probabilidad sobre el consentimiento presunto no pueda ser alegado sino cuando es imposible solicitar la opinión del interesado. En los ejemplos antes citados, esto se debe a que está ausente o al estado de inconsciencia en que se encuentra. Antes de actuar, el tercero debe indagar sobre la voluntad de la persona que va ser afectada. Este no es el caso cuando la voluntad ha sido expresada de manera tácita; por ejemplo, el propietario que, como de costumbre, deja abierta la puerta del jardín para que, en su ausencia, el jardinero pode y riegue las plantas. Éste, al ingresar en esas condiciones, no realiza el tipo legal de la violación de domicilio porque aquel lo ha consentido mediante un acto concluyente. Este acto no es sino la consecuencia de una decisión tomada y expresada inicialmente por el titular del bien jurídico.

1330 Dada la especificidad y las implicaciones del consentimiento presunto, su efecto depende, además de las circunstancias referentes al consentimiento expreso, de las propias al caso concreto. En el caso del tratamiento a que es sometido un herido que se encuentra inconsciente (intervención que no puede ser postergada con la esperanza de poder obtener el consentimiento), la decisión del médico de intervenir supone la misma supervivencia del paciente. En consecuencia, debe tener muy en cuenta que el ser humano instintivamente busca aferrarse a la vida y que, por lo tanto, ante el riesgo de error

resulta bastante difícil presumir que su voluntad sea la de morir. En buena medida, salvándolo se le da la ocasión de decidir conscientemente sobre su destino.

Este mismo criterio, aunque atenuado debido a que los bienes afec- 1331
tados son menos importantes, debe tenerse en cuenta respecto al caso de abrir la correspondencia del amigo o superior ausentes. La presunción debe admitirse cuando existan elementos personales y materiales que razonablemente permitan suponer que el titular del bien jurídico está de acuerdo con la intromisión. Esta situación se presenta, por ejemplo, cuando el interesado, en oportunidades anteriores, ha autorizado al tercero para que proceda de esa manera, pero omite dar la contraorden cuando tiene interés en que no se conozca el contenido de las cartas que espera lleguen durante su ausencia.

Criterios generales pueden ser establecidos cuando lo determinante 1332
sea el contexto objetivo en que tenga lugar la intromisión. Es el caso de quien entra en la casa de su vecino para poner a salvo los muebles olvidados en la terraza. El factor decisivo es, el interés preponderante, determinado mediante una ponderación objetiva[43]. En principio, hay que admitir que el propietario estará satisfecho de que sus muebles no se hayan deteriorado. Esta solución supone que el autor del acto no haya tenido noticias de que éste fuera de opinión diferente. La acción de quien interviene entonces resulta justificado por el consentimiento presunto, sólo en la medida que su acto se oriente en el sentido probable de la voluntad que el titular del bien jurídico hubiera manifestado en la situación concreta.

[43] Cf. JAKOBS, 1991, 15/17.

§ 13 Antijuricidad

I. Antijuricidad e ilicitud. II. Antijuricidad formal y antijuricidad material. III. Carácter objetivo de la antijuricidad. IV. Causas de justificación. V. Elementos subjetivos de las causas de justificación. VI Legítima defensa. 1. Introducción. 2. Regulación legislativa. 3. Agresión. a. Carácter ilícito de la agresión. b. Agresión inminente, actual o presente. c. Bienes jurídicos protegidos. 4. Defensa. a. Necesidad de la defensa. b. Racionalidad de la defensa. b.1. En general. b.2. Sistema alemán. b.3. Dos casos particulares. b.4. Jurisprudencia. 5. Falta de provocación suficiente. 6. Voluntad de defenderse. 7. Legítima defensa de terceros. 8. Legítima defensa presunta (excursus). *VII. Estado de necesidad justificante. 1. Introducción. 2. Estado de necesidad y legítima defensa. 3. Peligro. a. Actualidad del peligro. b. Imposibilidad de evitar de otra manera el peligro. 4. Proporcionalidad. a. Bienes jurídicos. b. Preeminencia del bien salvado. 5. Estado de necesidad ante situación de peligro creada por el agente. 6. Deber de soportar un peligro. 7. Medio adecuado. 8. Casos particulares. 9. Elemento subjetivo. 10. Conflicto de deberes jurídicos. 11. Estado de necesidad putativo. VIII. Otras causas de justificación. 1. Evolución legislativa. 2. Disposición de la ley. 3. Cumplimiento de un deber. 4. Ejercicio legítimo de un derecho. a. Teoría. b. Ejemplos. 5. El cumplimiento de orden obligatoria de autoridad competente. a. En el ámbito civil. b. En el ámbito militar. 6. Ejercicio legítimo de un oficio o cargo. a. Ejercicio legítimo de un cargo. b. Ejercicio legítimo de un oficio. 7. Autorización de la autoridad competente.*

I. Antijuricidad e ilicitud

Según lo que hemos explicado en relación con la tipicidad[1], se pue- 1333
de afirmar que el legislador, al elaborar los tipos legales, describe algunos comportamientos que estima perjudiciales para la sociedad. Escoge, teniendo en cuenta las modalidades de las acciones y el perjuicio que causan a terceros, las ofensas más graves a los bienes jurídicos más importantes, conminando a sus autores con una pena.

La doctrina distingue, por influencia alemana[2], entre *Unrecht* y 1334
Rechtswidrigkeit. Este último término es traducido al español, en general, mediante el neologismo "antijuricidad" o "antijuridicidad"[3]. Se le utiliza para señalar una característica de la acción: no ser conforme al orden jurídico. Para traducir el vocablo *Unrecht* se recurre, con frecuencia, al término "injusto", pero utilizado como sustantivo: el o lo injusto. Esta palabra, sin embargo, no es lo suficientemente clara, en la medida que significa "no justo o no equitativo", expresión de nítida connotación moral. Por eso, es preferible emplear el término ilicitud que significa "cualidad de ilícito", y que debería utilizarse en el sentido de lo penalmente ilícito.

La antijuricidad es una valoración negativa de la acción en relación 1335
con todo el orden jurídico. No constituye una categoría propia del ámbito penal, sino una noción común a todos los dominios del derecho. Por esto, las normas permisivas, con independencia de su naturaleza (civil, administrativa o pública) la excluyen de todo acto, incluso del hecho conforme a un tipo penal. Así sucede con el art. 423,

---

1 Cf. *supra* Nº 1058 ss.

2 WELZEL, 1969a, p. 52; ROXIN, 1997, § 14 Nº 1; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 13 ss., Nº 51; JESCHECK/WEIGEND, § 24 III 1 ss., § 25 I 2 ss.; WESSELS/BEULKE, Nº 281.

3 MIR PUIG, 1998, p. 112; QUINTERO, p. 277; POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 506 s.

inc. 3 CC que regula el derecho de corrección que tienen los padres frente a sus menores hijos en el marco de la patria potestad. Esta prerrogativa, en la medida en que sea utilizada de manera moderada, puede constituir una causa de justificación (ejercicio legítimo de un derecho, art. 20 inc. 8) respecto a las privaciones de la libertad (delito contra la libertad individual) que sufran los hijos cuando, por ejemplo, son castigados impidiéndoseles salir de casa durante un fin de semana.

1336 Así mismo, las causas de justificación penales (por ejemplo, la legítima defensa) son eficaces respecto a todo el ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, la declaración según la cual la acción, a pesar de ser típica, no es antijurídica por existir una de aquellas causas, no sólo se limita al derecho penal. El acto es conforme frente a todo el ordenamiento jurídico. La consecuencia práctica de gran importancia que resulta de todo esto es que la permisividad de un hecho debe ser analizada en relación con todo el sistema legal, porque en cualquiera de sus ámbitos puede encontrarse una causa de justificación[4].

1337 La ilicitud, por el contrario, es una categoría propiamente penal, pues, supone la tipicidad del acto y su carácter antijurídico. Si se considera que la antijuricidad es la no conformidad de la acción con las normas del ordenamiento jurídico, el resultado de tal confrontación sólo puede ser la comprobación según la cual el acto es lícito o ilícito.

II. Antijuricidad formal y antijuricidad material

1338 Se entiende por antijuricidad formal la oposición del acto con la norma prohibitiva o preceptiva, implícita en toda disposición penal que prevé un tipo legal (por ejemplo, "no matar" en relación con el art. 106). Por antijuricidad material, se comprende, por el contrario, el carácter dañino del acto con respecto al bien jurídico protegido por la norma legal[5]. Este perjuicio al bien jurídico no sólo debe ser

---

4 ROXIN, 1997, § 14 Nº 31; JAKOBS, 1991, 11/1; GARCÍA CAVERO, 2003, p. 611 ss.

5 ROXIN, 1997, § 14 Nº 4 ss.; JESCHECK/WEIGEND, § 24 I 1 s.; MAURACH/ZIPF, § 24 Nº 20; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 13 ss. Nº 50; 1996 § 8, Nº 15; SCHULTZ, 1977, T. I, p. 146; HIRSCH, en LK vor § 32, Nº 12 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 16 Nº 2 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 569 ss. POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 501 s.; QUINTERO, p. 279 ss.; VILLA STEIN, p. 316.

comprendido en sentido natural, como producción de un daño a determinado objeto de la acción (por ejemplo, muerte de una persona o daños a una cosa), sino también como contradicción al valor ideal que protege la norma jurídica (ofensas al honor)[6]. En este sentido, la antijuricidad material y la noción de ilicitud se oponen a la antijuricidad formal, la misma que se reduce a la contradicción del acto con la norma.

Formalmente, una acción es o bien lícita o bien ilícita. Son dos cate- 1339
gorías excluyentes. Por esto, no se puede concebir una graduación del carácter ilícito del comportamiento. La ilicitud puede ser graduada según la gravedad de la acción típica (por ejemplo, el juicio de valor negativo es más intenso respecto al acto de matar a una persona que al de insultarla)[7]. Lo mismo sucede con la antijuricidad material, que por estar determinada por la ofensa a un bien jurídico, puede ser graduada teniendo en cuenta la importancia de la lesión o puesta en peligro de este bien.

La noción de antijuricidad material es de particular importancia, so- 1340
bre todo, en política criminal. Su influencia práctica[8] es notoria en tres aspectos: En primer lugar, en la interpretación de los tipos legales, lo que permite, por ejemplo, comprender mejor los casos agrupados bajo la denominación "adecuación social", en los que la acción puede ser en el nivel formal conforme al tipo legal, pero no adecuarse al tipo de delito por su significación respecto a la comunidad (dimensión material). Es el caso, por ejemplo, de los insultos en el ámbito familiar que no lesionan el bien jurídico y, por lo tanto, no son conformes al tipo legal. En segundo lugar, en la individualización de la pena, debido a que al hacer posible la graduación de la ilicitud, la noción de antijuricidad material facilita la determinación de la culpabilidad del agente. En ambos aspectos resulta importante tener en cuenta la influencia que puede ejercer la intervención de la víctima en la realización del delito o en la intensidad del injusto (en razón a la ponderación de los bienes jurídicos protegidos). En este sentido se pronunció la Corte Suprema en una sentencia[9] determi-

---

6 ROXIN, 1997, § 14 Nº 7.
7 BACIGALUPO, 1997, p. 251.
8 JESCHECK/WEIGEND, § 24 I 3.
9 ES Nº 4986-97-Lima, de 27 de abril de 1998, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 284.

nando que "quien es responsable de una situación de conflicto [...] debe soportar la consecuencia de su actuación antijurídica". Y, en tercer lugar, la influencia práctica de la antijuricidad material se advierte tanto en la comprensión de la índole, como de la amplitud de las causas de justificación, en cuanto facilita su apreciación y la posibilidad de admitir otras adicionales a las previstas en la ley.

1341 La importancia del papel práctico de la noción de antijuricidad material está concretada en el art. IV, según el cual "la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley".

1342 En este contexto, hay que juzgar también el criterio que niega o disminuye la importancia de la distinción entre antijuricidad material y antijuricidad formal. Si bien es cierto que, en principio, la ilicitud (tipicidad y contradicción con el orden jurídico) como la antijuricidad (ausencia de causas de justificación) son criterios igualmente formales, no hay que olvidar que la primera está condicionada por la mayor o menor intensidad de la acción típica. Ahora bien, es en efecto este carácter socialmente nocivo de la acción el que permite graduar su ilicitud. Se trata, en definitiva, de percepciones del mismo hecho pero desde perspectivas y niveles diferentes; necesarias, puesto que para comprender toda su complejidad se le debe concebir de manera integral. Así, se evita toda confusión pensando, por ejemplo, que se puede afirmar la antijuricidad material de una acción y, al mismo tiempo, negar su antijuricidad formal.

III. Carácter objetivo de la antijuricidad

1343 Durante mucho tiempo[10] la antijuricidad ha sido considerada en relación con la valoración negativa de la situación fáctica creada por la acción típica. De esta manera, se afirmó su carácter objetivo en oposición al solo subjetivo atribuido a la culpabilidad. La antijuricidad era determinada considerando la acción, concebida a su vez como un mero hecho causal, mientras que la culpabilidad era referida al autor y se le comprendía como un fenómeno psicológico.

---

[10] BELING, 1930b, p. 12 s.; MEZGER, 1924, p. 245 s.; STRATENWERTH, 1963, p. 237 ss; KRAUSS, p. 38 ss.

Sin embargo, como ya lo hemos señalado[11], la misma estructura de los tipos legales muestra con frecuencia que el carácter ilícito del comportamiento está determinado tanto por las modalidades con las que el acto es realizado, como por algún elemento de naturaleza subjetiva (factor de carácter personal) o por ambas circunstancias a la vez. Además, los elementos subjetivos son también objeto del juicio de valor en el que consiste la antijuricidad. Por esto los juristas, en la actualidad son contestes en que para calificar la acción como ilícita es indispensable tener en cuenta ciertos elementos personales[12]. De modo que para la determinación de la antijuricidad es decisivo el carácter no valioso del resultado (*lato sensu*) y de la acción. 1344

Debe rechazarse[13] la posición extrema que pretende fundamentar la ilicitud sólo en la índole no valiosa de la acción[14], por considerar que el aspecto decisivo es la desobediencia del agente a la prohibición establecida por el ordenamiento jurídico, desconociendo así la importancia del carácter no valioso del resultado. En la práctica legislativa, al elaborar los tipos penales, el legislador otorga mayor o menor importancia a uno de estos aspectos. En los delitos de pura actividad, por ejemplo, se tiene sobre todo en cuenta la naturaleza lesiva del comportamiento como tal (así, penetrar en morada ajena). Lo mismo sucede en los casos de la tentativa (no producción del resultado), que son reprimidos con menos severidad que el delito consumado. Pero la tendencia de dar la prioridad a la acción no valiosa en detrimento del desvalor del resultado y, por lo tanto, de reprimir cada vez con mayor frecuencia la simple desobediencia de la norma sin lesión o puesta real en peligro del bien jurídico tutelado (delitos de peligro abstracto), debe ser combatida exigiendo que se respete con celo tanto el principio de la *ultima ratio* como el de la afectación de un bien jurídico (art. IV). 1345

Reconocer mayor peso al desvalor del acto en detrimento del desvalor del resultado (lesión del bien jurídico) tiene como efecto admitir el 1346

---

11 Ver *supra* Nº 1066 ss.

12 JESCHECK/WEIGEND, § 24 III 4; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 32 ss. Nº 52; MAURACH/ZIPF, § 17 Nº 1; STRATENWERTH, 1963, p. 237 ss.; NOLL, 1955, p. 29 ss.; MIR PUIG, 1998, p. 113 ss.; MORALES PRATS, en QUINTERO, p. 289 ss.

13 ROXIN, 1997 I, § 14 Nº 93; JESCHECK/WEIGEND, § 24 I 1 ss; KRAUSS, p. 61 ss; MAURACH/ZIPF, § 24, Nº 20; JAKOBS, 1991, 11/7.

14 ZIELINSKY 1973, p. 128 ss.; HORN, p. 78 ss.; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 219 ss.; KAUFMANN, ARTHUR, 1974, p. 40 ss.; SCHAFFSTEIN, 1974, p. 559 ss.

carácter personal de la antijuricidad, concebida sólo como el menosprecio del agente respecto a la prohibición de su acto. Según este criterio, el injusto (ilicitud) del hecho está determinado por la finalidad de la voluntad del autor[15]. Si bien no es correcto sostener que dicho criterio comporta una vuelta al "derecho penal del ánimo" o al "derecho penal del autor"[16], sí implica un riesgo de borrar la separación entre antijuricidad y culpabilidad. El desvalor del resultado es reducido a nivel de una condición objetiva de la punibilidad. En efecto, la primera es un juicio sobre el acto típico (comprendido el aspecto subjetivo) y la segunda, un juicio sobre el autor. Mediante la expresión de "ilícito personal" sólo debe comprenderse que los elementos subjetivos del tipo legal (así como los de las causas de justificación) son así mismo determinantes para formular el juicio de valor que califica de ilícito al acto típico. En esta perspectiva, la doctrina dominante admite que el dolo (voluntad dirigida hacia un resultado) influye en la determinación del carácter ilícito de la conducta. En los delitos dolosos, entonces, se puede admitir que "se prohíbe aquella voluntad que persigue la producción del resultado del delito, pero también la manifestación de voluntad que tiene lugar a sabiendas de que el resultado del delito se halla unido a ella de forma necesaria o posible"[17].

1347 La afirmación del aspecto personal del ilícito no implica, por lo tanto, que se niegue el carácter objetivo de la ilicitud. Esta característica no debe ser, sin embargo, entendida en el sentido de que el juicio de valor tenga sólo como objeto el aspecto exterior de la acción, con la exclusión de todo factor personal del agente. Lo determinante es que dicha valoración se haga siempre con relación a la violación de las exigencias generales que la norma jurídica impone *erga homnes*[18]. Igualmente porque "la lesión del Derecho se constata según un baremo general, sin tener en cuenta el valor o el desvalor de la estructura de la motivación del autor"[19].

---

15 WELZEL, 1969a, p. 58.

16 ROXIN, 1997, § 6 Nº 1 ss.

17 JESCHECK/WEIGEND, § 24 III 4 c; LAMPE, 1967, p. 208.

18 JESCHECK/WEIGEND, § 24 III 4 c.

19 JESCHECK/WEIGEND, § 24 III 5; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER vorbem §§ 13 ss., Nº 120; WESSELS/BEULKE, Nº 142.

IV. Causas de justificación

Las disposiciones relativas a las causas de justificación son normas permisivas[20]. Prevén casos excepcionales en los que se puede violar la norma (implícita al tipo legal). El orden jurídico admite, en consecuencia y de manera excepcional, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. 1348

En doctrina, siempre se ha tratado de sistematizar las causas de justificación. No sólo con el objeto de fundamentarlas debidamente, sino para destacar principios generales comunes a todas ellas que permitan estatuir nuevas causas de ésta índole. Se distinguen dos clases de sistemas: el monista y el pluralista. Según el primero, todas las causas de justificación tienen como fundamento un único principio[21]. Pertenece a este grupo, la llamada teoría del fin (*Zwecktheorie*), conforme a la cual la acción no es ilícita si constituye el medio adecuado (justo) para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico. También deben considerarse monistas los sistemas fundados en la idea utilitarista de "más provecho que daño social"[22] o en el criterio, muy afín a esta idea, de la "confrontación de intereses" (hay que salvar el más importante de los intereses en conflicto)[23]. En oposición a estas opiniones, los partidarios del sistema pluralista[24] fundamentan las diferentes causas de justificación en diversos principios. De esta manera, se consideran de un modo alternado, según la situación particular, la "falta de interés", el "interés preponderante", la "confrontación de bienes" y el fin permitido[25]. 1349

No existe contradicción entre ambos tipos de sistemas y sus diferencias se dan sólo en un nivel de abstracción acentuada. Los principios son formulados de manera tan general, que pierden importancia tanto en la teoría como en la práctica. Así, dichas fórmulas no indican, por ejemplo, cómo identificar el medio adecuado o el fin justo, o de qué 1350

---

20 WESSELS/ BEULKE, Nº 275; JESCHECK/WEIGEND, § 31 I 2; LENCKNER, en SCHÖNKE/ SCHRÖDER, vorbem §§ 32 ss., Nº 4; QUINTERO, p. 466 ss.; MIR PUIG, 1998, p. 417 ss.

21 LISZT/SCHMID, 1912, p. 186 ss; NOLL, 1965, p. 9; SCHMIDHÄUSER, 1975, 9/13.

22 SAUER, p. 56.

23 NOLL, 1965, p. 9.

24 MEZGER, 1967, p. 204 ss.; ROXIN, 1997, § 14 Nº 41 s.; JAKOBS, 1991, 11/3 s.

25 JESCHECK/WEIGEND, § 31 III 3.

manera precisar cuál es el comportamiento menos dañino socialmente; mediante qué procedimiento detectar cuál es el valor, el interés o la pretensión más importante o predominante en un caso concreto[26]. Ante las reales dificultades para sistematizar las causas de justificación conforme a principios generales, se debe aplicar un criterio polivalente adecuado a las características y funciones de cada una de éstas en particular, pues, las mismas se basan en diversas combinaciones de factores justificantes[27]. Esta solución está, por cierto, condicionada por los constantes cambios de la vida social que influyen en la determinación de la jerarquía de los bienes jurídicos, de lo que es socialmente positivo o dañino. Por esto es imposible elaborar un sistema completo de causas de justificación, así como de establecer una lista exhaustiva de los principios que las fundamentan[28].

1351 Habiendo admitido el carácter unitario de la antijuricidad, se considera que las causas de justificación tienen como fuente todo el orden jurídico y no sólo la ley penal[29]. Este criterio ha sido profundizado por los juristas alemanes porque su anterior Código Penal las enumeraba de manera incompleta. La jurisprudencia germana admitió, por ejemplo, que el § 20 del Proyecto del Código Penal alemán de 1925 debía ser considerado como derecho vigente. El Código Penal peruano de 1924 estableció expresamente que la ley, en general, era el fundamento de las causas de justificación (art. 85, inc. 5). Sin embargo, la ley no constituye todo el ordenamiento jurídico, de manera que la justificación de un acto típico podía ser buscada en el resto de sus ámbitos. A pesar de que el Código penal vigente no contiene un precepto similar al derogado art. 85, inc. 5, en la actualidad se admite este razonamiento y emplea la expresión "causas de justificación supralegales". Su necesidad resulta del hecho de que la enumeración contenida en la ley no es exhaustiva. Su admisión, por lo tanto, no significa una violación o abandono del principio de la legalidad, puesto que ellas limitan el poder represivo.

1352 En los códigos penales modernos se ha tenido cuidado con reglar separadamente las causas de justificación, las de inimputabilidad, las

---

[26] ROXIN, 1997, § 14 Nº 41.

[27] JESCHECK/WEIGEND, § 31 I 2, § 31, II, 3; E. BACIGALUPO, 1997, p. 254; ROXIN, 1997, § 14 Nº 41.

[28] ROXIN, 1997, § 14 Nº 42; JESCHECK/WEIGEND, § 31 II 3.

[29] ROXIN, 1997, § 5 Nº 42; GROPP, § 6 Nº 20.

de no culpabilidad y las de falta de acción. Conforme a este criterio se regularon, en el Proyecto de 1985 (agosto), en sendos capítulos, los aspectos negativos de la infracción: la falta de acción (art. 11), las causas de justificación (art. 12 a 16), la inimputabilidad (art. 17 a 21) y las causas de no culpabilidad (art. 27 a 32).

Sin embargo, este criterio no ha sido conservado en el texto definitivo del Código, tal vez porque se ha pensado que dicha clasificación debía ser obra de la doctrina y que el legislador no debía decidir sobre cuestiones de orden teórico. De esta manera, se ha mantenido la sistemática del Código de 1924 que provenía del Código Penal de 1863, inspirada a su vez en el Código Penal español de 1848-50. En el Capítulo III del Título I del Libro Primero del Código Penal vigente, bajo la denominación de "Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal" (art. 20 a 22), se regulan las causas de justificación junto con las demás referidas a la inimputabilidad e imputabilidad restringida, al estado de necesidad; al obrar por disposición de la ley o en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo; al acto ejecutado en cumplimiento de una orden obligatoria y expedida en el ejercicio de sus funciones; al obrar bajo la influencia de una fuerza física irresistible, un miedo insuperable o con el consentimiento de la víctima. Evidentemente que esta manera de legislar sobre los aspectos negativos de los elementos de la infracción no es en absoluto conforme a una correcta técnica legislativa. 1353

V. Elementos subjetivos de las causas de justificación

Según la superada tesis de la antijuricidad objetiva, carecía de importancia que el agente supiera o no que actuaba bajo el amparo de una causa de justificación. El acto era justificado por el simple hecho de su conformidad material con el ordenamiento jurídico. Así, quien causaba una lesión al agresor sin saber que era agredido y, de esta manera, salvaba su bien jurídico amenazado, debía permanecer impune porque se entendía que su acto era conforme al derecho. 1354

Esta concepción ha sido superada con el reconocimiento de los elementos subjetivos del tipo legal y de las causas de justificación[30]. Las 1355

[30] MIR PUIG, 1998, p. 420 s.; POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 522 ss.

normas que prevén estas últimas tienen la misma estructura que las que incriminan determinados comportamientos: aspecto objetivo y aspecto subjetivo. El obrar en legítima defensa supone, por un lado, la realización de los elementos objetivos (agresión ilícita, defensa proporcionada, falta de provocación, etc.) y, por otro lado, la voluntad de defender el interés puesto en peligro por el agresor.

1356 La ausencia de antijuricidad depende del hecho de que el agente actúe, en el nivel objetivo, en el marco de lo permitido y, en el subjetivo, con conocimiento de la situación justificante[31]. Cuando éste sabe que actúa para proteger uno de sus bienes jurídicos comete un acto valioso y, por lo tanto, lícito[32]. Esto quiere decir que el agente debe considerar que hace algo permitido y esto sucede cuando conoce las circunstancias materiales que condicionan y limitan la causa de justificación en cuestión. Poco importa que haya actuado, por ejemplo en el caso de la legítima defensa, sólo motivado por el fin específico de defenderse. Consciente de la agresión ilegítima, puede reaccionar por la cólera provocada por la agresión ilícita. En caso de defensa de un tercero, el que reacciona contra la agresión puede hacerlo más motivado por la voluntad de castigar merecidamente al agresor que por la de defender a la víctima. Basta el "dolo" de actuar de manera justificada, es decir, con el conocimiento de la situación excepcional, constituyente de la causa de justificación[33]. Parte de la doctrina considera suficiente que se tenga como probable su existencia.

1357 Si el agente carece de esta consciencia en el momento de actuar, pero concurren los presupuestos y elementos objetivos de la causa de justificación, debe considerarse que sólo incurre en tentativa. Pero como las circunstancias hacen que falte el resultado no valioso, se trata de un delito imposible (impune según el art. 17).

1358 Las disposiciones legales de nuestro Código Penal pueden ser interpretadas de manera coherente según los criterios expuestos. Por ejemplo, el inc. 3 del art. 20 que prevé la legítima defensa dice: "el que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros...". No se

---

31 WESSELS/BEULKE, Nº 275 ss.; JESCHECK/WEIGEND, § 31 IV 2; JAKOBS, 1991, 11/18; MIR PUIG, 1998, p. 420 s.

32 LACKNER/KÜHL, vor § 32 Nº 6; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 32 ss., Nº 14; BOCKELMANN/VOLK, § 15 B I 2 e; ROXIN, 1997, § 14 Nº 94 ss.

33 ROXIN, 1997, § 14 Nº 100.

exige de manera expresa que el agente actúe sólo por el motivo particular de defenderse o de defender a otro. Por lo tanto, basta que sea consciente de las circunstancias que caracterizan la situación de legítima defensa: "agresión ilegítima", "necesidad racional del medio empleado" y "falta de provocación". Lo mismo puede decirse respecto al estado de necesidad-causa de justificación (art. 20, inc. 4).

VI. Legítima defensa

1. Introducción

La legítima defensa implica la realización de un acto típico con el fin 1359
de proteger un bien jurídico individual. Desde hace mucho tiempo, ha sido prevista en las diferentes legislaciones. Sobre sus aspectos fundamentales, no existen diferencias radicales entre la regulación legislativa y las explicaciones de la doctrina. Sin embargo, se discute mucho sobre su fundamento y la extensión de su ámbito de aplicación. Estas discrepancias se evidencian en particular, en los aspectos específicos de la manera cómo ha sido regulada en los códigos penales.

De manera singular, pero incorrecta, se ha previsto, en la Constitu- 1360
ción de 1993 (art. 2, inc. 23), el derecho a la legítima defensa como uno de los derechos fundamentales de la persona. Estos últimos son derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en particular mediante la carta fundamental. Ahora bien, los derechos humanos son facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, libertad e igualdad de los individuos[34]. Constituyen, en consecuencia, una categoría aparte de los demás, sobre los cuales priman. El derecho a defenderse no debería, pues, ser elevado al nivel de los derechos humanos, porque esto podría dar lugar a que se le hiciera prevalecer siempre sobre los otros, incluidos los derechos humanos propiamente dichos. De esta manera, se desnaturalizaría la legítima defensa y se abrirían las puertas a los excesos que se tratan, con razón, de evitar, mediante su regulación en el Código penal. Además, se incurre en un error de técnica legislativa al insertarse, de modo inconveniente, una regla (indicando cómo se debe o no se debe actuar) cuando es

[34] PÉREZ LUÑO, p. 46.

preferible reservar la Constitución para, sobre todo, establecer principios (relativos a los derechos).

1361 La protección de la persona y de sus bienes no puede ser plena ni permanentemente garantizada por el Estado, aun cuando se trate de un Estado policíaco. Por esto existe un interés en reforzar el orden jurídico reconociendo, de un modo excepcional, a cada persona, el derecho a protegerse y de proteger a terceros. Además, mediante el reconocimiento del derecho a la defensa personal, se reafirma la preeminencia del derecho frente a lo injusto. Y por último, el ejercicio de este derecho refuerza la función preventiva del derecho penal[35], porque se evidencia así que la vulneración del orden jurídico implica siempre el riesgo de una reacción contra los derechos del agresor.

1362 De la mayor o menor importancia que se le dé a uno de estos aspectos respecto a los otros, dependerá qué condiciones habrán de satisfacerse para considerar que se trata de una legítima defensa y, en consecuencia, de una causa de justificación del comportamiento típico realizado.

2. Regulación legislativa

1363 El legislador peruano ha previsto la legítima defensa en el art. 20, inc. 3, conservando la estructura del art. 85, inc. 2 del Código derogado. Para elaborar esta disposición, se inspiró sobre todo en los inc. 4 y 5 del art. 8 del Código Penal de 1863 y las modificaciones que realizó fueron, en nuestra opinión, de inspiración suiza. En cuanto a la forma, la nueva disposición no se aleja mucho del texto derogado, en especial en la manera de establecer las condiciones en que debe ejercerse la legítima defensa. El primer párrafo ha sido, sin embargo, simplificado, reemplazándose la vieja fórmula "en defensa de su persona o derechos, o de la persona o derechos de otro" por la de: "en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros".

1364 La legítima defensa presunta, incorporada a nuestro sistema mediante la Ley Nº 23404 del 27 de mayo de 1982, no ha sido mantenida en el nuevo Código.

1365 Según el art. 20, inc. 3, actúa en legítima defensa quien obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concu-

[35] ROXIN, 1997, § 15 Nº 2; JESCHECK/WEIGEND, § 32 I 2.

rran las circunstancias siguientes: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y falta de provocación suficiente de quien hace la defensa[36].

En su aspecto objetivo, esta descripción comprende una situación de 1366
peligro creada por la agresión ilegítima y la acción destinada a neutralizarla. El aspecto subjetivo consiste en la voluntad de defenderse, o de defender a terceros, con la que ha de actuar quien ejerce la defensa. Esta voluntad está prevista de modo implícito en la expresión "obrar en defensa de". La situación de peligro (estado de necesidad en sentido amplio) supone, por un lado, una agresión ilícita, actual o inminente y, por otro lado, un bien jurídico preponderante que deba ser protegido.

3. Agresión

La legítima defensa supone una agresión; es decir, un comportamien- 1367
to[37] dirigido a lesionar o poner en peligro un bien (*lato sensu*) legalmente protegido. La agresión debe ser la obra de una persona física[38], siendo irrelevante que actúe por comisión u omisión[39]. No puede tratarse de una persona jurídica o del Estado. En estos casos la legítima defensa sólo es posible en relación con las personas que constituyen sus órganos (por ejemplo, directores, funcionarios, policías, militares...) y que cometen la agresión ilícita[40]. Además, siendo ésta una acción, no es posible concebir la legítima defensa respecto al peligro que proviene de un animal (salvo que sea utilizado como instrumento por el agresor), ni de un evento no constitutivo de una acción en sentido jurídico penal (por ejemplo, un hecho producido en estado de inconsciencia debido al consumo de alcohol u otra droga). En estos casos, se trataría más bien de un estado de necesidad.

Si bien no se discute respecto a si la agresión puede consistir en una 1368
omisión impropia[41], existen dudas respecto a la omisión propia. En

---

36 RN Nº 4045-97 Lima, del 12 de marzo de 1998, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 135 ss.; RN Nº 2683-97 Lima, del 21 de abril de 1998, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 138 s.

37 LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32 Nº 10 s.; LOGOZ/SANDOZ, art. 33, Nº 2 b; TRECHSEL/NOLL, p. 125; SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 158; GERMANN, 1942, p. 215;

38 Cf. BAUMANN/WEBER/ MITSCH, § 17 Nº 4; VILLA STEIN, p. 326.

39 Cf. JAKOBS, 1991, 12/21.

40 ROXIN, 1997, § 15 Nº 7.

41 Cf. *infra* Nº 1928 ss.

el primer caso, quien omite tiene el deber de garante y, por lo tanto, la obligación de evitar el resultado[42]. En consecuencia, es posible obligarlo a intervenir. Pero la defensa puede consistir también en evitar de modo directo el resultado que el obligado no quiere descartar. Las dudas respecto a la omisión propia no se justifican cuando la ley, mediante los diversos elementos del tipo legal, impone el deber de ejecutar la acción esperada. Por ejemplo, en el caso del conductor de un automóvil que no auxilia al peatón que ha atropellado y que está en grave e inminente peligro de muerte (art. 126), se plantea la cuestión de saber si se le puede obligar a hacerlo mediante violencia o privársele de su vehículo para auxiliar a la víctima. Según nuestro derecho, la respuesta debe ser afirmativa, pues la omisión propia representa la violación de un deber sancionado jurídicamente[43]. Sin embargo, hay que tener en cuenta el tipo legal específico. Así, en relación con el previsto en el art. 159, el inquilino que permanece en el bien inmueble al vencimiento del contrato de alquiler no comete violación de domicilio. Por lo tanto, el propietario no puede desalojarlo por la fuerza alegando la legítima defensa. Además, el orden jurídico le ofrece medios legales para lograr la desocupación de su bien.

1369 En algunas situaciones especiales, se presentan dudas sobre la misma existencia de la agresión. Sucede así, en la denominada legítima defensa putativa. En este caso, por ejemplo, el agente, creyéndose atacado, lesiona a quien esgrime un arma blanca en su dirección pero sin intención de dañarle. El error en que incurre el causante de la lesión indica que carece de conciencia de hacer algo ilícito. Sólo podría ser reprimido por culpa si hubiera podido evitar la equivocación[44]. En cuanto a la legítima defensa, la cuestión es saber si el comportamiento del agente que actúa con la creencia de ser atacado basta para admitir que el lesionado hubiera podido ejercer su derecho a defenderse. Conforme a la doctrina dominante, la respuesta es afirmativa en la medida en que considera suficiente la posibilidad de que se produzca un resultado perjudicial[45]. No obstante, una parte de la doctrina sostiene de manera convincente que, en realidad, no

---

[42] JESCHECK/WEIGEND, § 32 II 1 a; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17 Nº 6; GROPP, § 6 Nº 68; ROXIN, 1997, § 15 Nº 13; STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 74.

[43] JESCHECK/WEIGEND, § 32 II 1 a; diferente ROXIN, 1997, § 15 Nº 13.

[44] En detalle, cf. *infra* Nº 1879 ss.

[45] JESCHECK/WEIGEND, § 32 II 1c.

existe una agresión y que, por lo tanto, el lesionado, en caso de haber reaccionado para evitar ser dañado, habría obrado en estado de necesidad (ya que se encontraba en una situación de peligro). En consecuencia, en este supuesto no se da una legítima defensa porque falta el elemento de la agresión y no porque ésta no fuera ilícita.

El tratamiento de la legítima defensa putativa no ha de efectuarse según los requisitos de la legítima defensa misma, y no así a la luz del art. 21, que estatuye: "En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir la pena prudencialmente hasta los límites inferiores al mínimo legal". En efecto, este artículo coloca a un mismo nivel todos los elementos que son necesarios para que se dé la legítima defensa (agresión ilegítima, racionalidad en el medio empleado para repeler la agresión y falta de provocación suficiente de quien ejerce la defensa). Esta disposición no es aplicable cuando falta la agresión ilegítima, ya que la misma existencia de la legítima defensa depende de la presencia de esta circunstancia, que es su presupuesto. En la práctica, se aplica, pues, a los casos en los que hay exceso en la defensa[46], que implica una disminución del injusto[47]. 1370

a. Carácter ilícito de la agresión

En el texto legal, se utiliza el adjetivo "ilegítima" para calificar a la agresión. Este término debe ser entendido en el sentido de ilícito, injusto, y no sólo en el sentido de su no conformidad a las normas. Como ya hemos tenido la ocasión de indicarlo[48], ilícito (antijurídico) significa de manera general contrario al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no sólo a las leyes (*stricto sensu*)[49]. 1371

No se trata, pues, de cualquier agresión, sino de aquellas que son contrarias al orden jurídico. No es suficiente, en consecuencia, constatar que el comportamiento en cuestión amenaza la integridad de 1372

---

46 Cf. *infra* Nº 1774 ss.

47 Cf. JAKOBS, 1991, 12/64.

48 Cf. *supra* Nº 1333 ss.

49 TRECHSEL/NOLL, p. 124 s; LOGOZ/SANDOZ, art. 33 Nº 2 b; STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 73; ROXIN, 1997, § 15 Nº 14 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17 Nº 16 s.

un bien jurídico. La legítima defensa es imposible frente a un acto típico cometido al amparo de una causa de justificación. Así, no se da contra un acto realizado en legítima defensa; pero sí respecto al ejercicio abusivo del derecho a defenderse. El carácter ilícito está dado porque tanto el actuar del agresor como el riesgo creado respecto a un bien jurídico individual no son valiosos. Es entonces indispensable que, además del posible resultado, la acción sea contraria al orden jurídico. Por ejemplo, el peatón imprudente que crea el riesgo de ser atropellado (resultado negativo) por un conductor respetuoso de las reglas de tránsito (acción lícita), no puede alegar la legítima defensa si salva su integridad corporal dañando al conductor del vehículo. Sin embargo, podría alegar haber obrado en estado de necesidad, ya que tampoco está obligado a dejarse atropellar (situación de peligro).

1373 Por el contrario, no basta un acto ilícito consistente en la simple violación de un deber contractual y contra el cual el orden jurídico ofrece otras vías legales (demanda civil). Así, contra el deudor que no paga, el acreedor no puede reaccionar haciéndose justicia propia y alegando actuar en legítima defensa de su patrimonio. Lo mismo cabe en el caso del propietario respecto a su inquilino moroso[50]. Ambos deben recurrir a la vía civil para lograr el reconocimiento o restablecimiento de sus derechos.

1374 La acción agresiva puede ser culpable o no[51]. Esto se explica porque mediante la legítima defensa se busca reafirmar el orden jurídico ante el acto ilícito y no sólo cuando se trate de un comportamiento culpable[52]. No es pues acertada la idea, inspirada por Manzini, según la cual "es indispensable que provenga [la agresión] de un sujeto capaz, dotado del discernimiento suficiente como para comprender el carácter antijurídico de su comportamiento". Por el contrario, la jurisprudencia adoptó la opinión dominante. Así, la Corte Suprema ha admitido la legítima defensa en favor de una madre que reaccionó contra un sujeto "sordomudo" e "imbécil – agresivo" para proteger a su hija menor, sosteniendo de esta manera el criterio general-

---

50 ROXIN, 1997, § 15 Nº 12.

51 JESCHECK/WEIGEND, § 32 II; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32 Nº 24; WESSELS/BEULKE, Nº 327; STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 74.

52 JESCHECK/WEIGEND, § 32 II 1 a.

mente aceptado en doctrina. Esta característica personal del agresor debe ser considerada al juzgarse la proporcionalidad de la defensa. El atacado, consciente de esta circunstancia, debe reaccionar con mesura. Ciertos autores alemanes[53] sostienen el criterio opuesto, estimando que sólo mediante un comportamiento culpable se puede alterar el orden jurídico. Además, consideran que sólo el agente culpable puede comprender por qué debe soportar la reacción de quien se defiende[54]. En los demás casos, piensan que es más conveniente recurrir a la noción de estado de necesidad. Contra este criterio, hay que señalar que también los comportamientos no culpables perturban el orden jurídico y la legítima defensa debe ser admitida porque su objetivo es, precisamente, el de descartar esta perturbación.

b. Agresión inminente, actual o presente

De acuerdo con el art. 20, inc. 3, lit. b, el agente debe impedir o 1375
repeler la agresión. Esta expresión supone, de modo evidente, una situación que puede ser tanto aquella que implique la inminente realización del ataque o su real inicio, como aquella en que la agresión subsista debido a la acción del agresor[55]. No basta que éste se encuentre en los inicios de sus preparativos para agredir, sino que debe estar a punto de ejecutar la agresión. La defensa supone que un bien jurídico esté en peligro, en una situación de peligro concreto; pero no es indispensable que la acción del agresor alcance una intensidad que permita calificarla de tentativa de un delito. Así, puede tratarse de actos que podrían ser considerados preparatorios, a condición de que denoten con nitidez la inminencia del perjuicio. Este no es el caso cuando el futuro agresor compra un arma o se informa sobre los hábitos cotidianos de la futura víctima, ni cuando se limita a amenazarla con un peligro futuro y lejano. Sin embargo, no hay que esperar el momento en que ya fuera demasiado tarde para repeler el ataque o en que ya sólo fuera posible rechazarlo sufriendo un grave daño.

---

53 OTTO, 1998, § 8, Nº 19; JAKOBS, 1991, 12/16 ss.

54 JAKOBS, 1991, 12/16.

55 ROXIN, 1997, § 15 Nº 21 ss.; GROPP, § 6, Nº 77; JESCHECK/WEIGEND, § 32 II; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32 Nº 18 a; JAKOBS, 1991, 12/35; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17 Nº 11 s.; TRECHSEL/NOLL, p. 126 s; LOGOZ/SANDOZ, art. 33, Nº 2 a.

1376 La reacción del agredido puede darse mientras dure el ataque de que es víctima. Una vez que la situación ilícita creada por el agresor cese, ya no cabe la legítima defensa, pues, el perjuicio ha sido consumado y es realmente imposible impedir o repeler una agresión ya pasada. Sin embargo, este momento no debe ser confundido con el de la consumación de una infracción. En este caso el criterio determinante es el establecido en el tipo legal respectivo (criterio formal de consumación), el mismo que puede prever un delito instantáneo, permanente o de estado. Mientras esta consumación no se haya producido y no exista dificultad alguna para aceptar la legítima defensa, también ésta debe ser admitida hasta los momentos posteriores en los que el agresor continúa materialmente su agresión. Por ejemplo, la víctima de un hurto puede, mediante la violencia (restricción de la libertad), recuperar el bien de su propiedad en poder del ladrón que huye y quien ya se encuentra fuera del inmueble de donde ha sustraído el botín. Lo mismo debe reconocerse, respecto al caso en que el ataque subsista, porque el agresor mantiene a la víctima bajo su influencia con la intención de repetirlo o producir un daño más grave (por ejemplo, el agresor sexual que quiere continuar violando a la víctima).

1377 Un caso evidente de agresión que se prolonga en el tiempo es el de los delitos permanentes[56]. Lo mismo sucede cuando la infracción no ha sido agotada. Por ejemplo, la violación de domicilio se consuma con la penetración o la permanencia en la morada ajena, pero la agresión subsiste, en la segunda hipótesis, hasta que el agente se retire.

1378 Un caso particular es aquel en el que la consumación formal coincide con la consumación material. Un ejemplo típico regulado por la ley es el de las injurias recíprocas. Por ser imposible en estas circunstancias la legítima defensa, el legislador ha previsto una disposición especial (art. 137). En ella se prevén, en realidad, dos situaciones. La primera concierne al hecho de injurias recíprocas "proferidas en el calor de un altercado"; en tal caso, el juez, según las condiciones, no sancionará a las partes o a una de ellas. Mientras que la segunda declara no punible "la injuria verbal provocada por ofensas personales". Por tratarse de normas que excluyen la represión pueden ser aplicadas por analogía a los demás incidentes en que se presente la

---

[56] ROXIN, 1997, § 15 Nº 28 ss.; GROPP, § 6 Nº 77; JESCHECK/WEIGEND, § 32 II d; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32 Nº 15; STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 72; TRECHSEL/NOLL, p. 127.

misma situación de reacción inmediata posterior a la consumación de ciertas agresiones leves. Por ejemplo, en caso de injurias mediante gestos o vías de hecho, así como en simples vías de hecho recíprocas.

El límite entre estos extremos no puede ser fijado *in abstracto* mediante una regla absoluta. Deberá ser establecido caso por caso teniendo en cuenta las circunstancias particulares (eficacia y oportunidad de la defensa) y los fines perseguidos con el uso de la legítima defensa[57]. 1379

La Corte Suprema ha considerado que no actúa en legítima defensa quien "a los pocos momentos" de ser herido arroja una piedra en la cabeza de quien lo lesionó. En su opinión no hay que admitir la existencia de esta causa de justificación "si se tiene en cuenta que la agresión [reacción]... se produjo, no en acto simultáneo... sino cuando había transcurrido algún tiempo y cuando ya había quedado concluido el ataque...". Esta decisión es correcta sólo en su parte final, ya que no es imprescindible que la defensa sea simultánea a la agresión. La "defensa" no puede existir, y así lo reconoce la Corte Suprema, cuando la agresión ya se ha consumado ("cuando ya había quedado concluido el ataque"). El Código Penal estatuye esta condición de manera implícita, pero suficiente, cuando dice: "impedir o rechazar el ataque". 1380

Por último, hay que señalar que está permitido prever las medidas necesarias para garantizar cierta seguridad frente a agresiones futuras e indeterminadas (defensa mecánica, ofendículo)[58]. En estos casos hay que admitir la actualidad de la agresión si dichos medios han sido instalados para que funcionen sólo cuando se produzca el ataque. Por cierto, no deben representar un peligro inmediato y difuso para las personas en general. Por ejemplo, electrificar la cerca de una casa para impedir robos puede causar daño a cualquier peatón (niños jugando). Algunos juristas prefieren considerar que en tales circunstancias se trata del "ejercicio de un derecho" y que no debe admitirse la legítima defensa (por ejemplo: ejercicio del derecho de propiedad). 1381

c. Bienes jurídicos protegidos

El bien que el agresor trata de lesionar puede ser cualquier bien jurídico individual, perteneciente a una persona natural o jurídi- 1382

---

57 DUBS, 1973, p. 348.

58 LOGOZ/SANDOZ, art. 33, Nº 2 a; THORMANN/VON OVERBECK, art. 33, Nº 5; SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 161; HAFTER, 1946, p. 144; STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 72.

ca[59], protegido por el derecho penal o por las demás ramas del orden jurídico. Puede tratarse, por ejemplo, de los derechos inherentes a la persona protegidos por el derecho civil. El observar por la cerradura de la puerta del baño a una persona desnuda constituye un atentado contra su intimidad que, aun cuando no sea punible según el art. 154, puede dar lugar a la legítima defensa. También es posible en caso del disfrute de bienes de uso común: el peatón que se ve obstaculizado al tratar de utilizar una vereda pública tiene derecho a desalojar al que se lo impida. En tal caso, el bien jurídico atacado es la libertad de transitar.

1383 No son sin embargo objeto de protección los derechos derivados de un crédito o de un contrato. Quien se sienta amenazado o se considere lesionado en la ocasión del cumplimiento de uno de éstos debe recurrir a las vías que estatuye el orden jurídico. No puede hacerse justicia por sí mismo imponiendo el respeto de su derecho a través de la violencia.

1384 La legítima defensa tampoco es posible respecto a los bienes de la colectividad[60], salvo que la salvaguardia de un bien individual requiera su protección simultánea. Nadie está, por ejemplo, autorizado a despojar al propietario de un kiosco de periódicos de las revistas pornográficas que exhibe, aun cuando se reclame defensor del pudor público (art. 183, inc. 1). Por el contrario, es posible defender legítimamente al menor de catorce años que es incitado a la práctica de un acto obsceno (art. 183, inc. 2). También se puede impedir que alguien conduzca su automóvil en estado de ebriedad cuando un tercero corre el peligro de sufrir un grave perjuicio para su vida o salud. Pero si esta condición no se presenta, no se puede justificar la intervención (atentado contra la libertad individual o la integridad física del conductor) alegando la legítima defensa del bien jurídico colectivo "seguridad pública" (art. 274) [61].

---

59 LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32 Nº 4; ROXIN, 1997, § 15 Nº 30 ss; STRATENWERTH, 1996, § 10, Nº 71; TRECHSEL/NOLL, p. 124.

60 ROXIN, 1997, § 15 Nº 36; JESCHECK/WEIGEND, § 32 II 1 b; JAKOBS, 1991, 12/4; SAMSON, en SK, § 32 Nº 9; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32 Nº 6; SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 158 s.; STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 71.

61 LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32 Nº 6 s.; JESCHECK/WEIGEND, § 32 I 1 b; MAURACH/ZIPF, § 26 Nº 12; SPENDEL, en LK, § 32 Nº 153 ss.; SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 159; NOLL, 1975, p. 55; STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 71;

Los ataques contra el Estado, como titular de la soberanía, tampoco pueden dar lugar a la legítima defensa[62]. Ésta es posible, sin embargo, cuando los bienes jurídicos agredidos le pertenecen en su condición de persona jurídica; por ejemplo, el patrimonio[63]. Así, en caso de rebelión o sedición (art. 346 ss.), los particulares no pueden por propia iniciativa combatir por las armas a los rebeldes o sediciosos, salvo que sus bienes jurídicos personales (vida, salud) se encuentren también en peligro. Es legítimo defender, sin embargo, a un policía o soldado que es atacado de modo ilícito. Por medio de la legítima defensa, no debe, pues, atribuirse a las personas privadas responsabilidades propias de la Policía o de las Fuerzas Armadas. Según las circunstancias, podría recurrirse al estado de necesidad para no reprimir a quien actúa en defensa de bienes colectivos. Pero admitir el criterio contrario "conduce a consecuencias insostenibles" para el Estado de derecho[64]. 1385

Un caso particular es el derecho a la insurgencia establecido en el art. 46, pf. 2, de la Constitución de 1993. Esta disposición estipula que "la población civil tiene derecho a la insurgencia en defensa del orden constitucional". No obstante, este derecho no puede ser justificado ni explicado por medio de los criterios que fundamentan y delimitan la legítima defensa, pues no se trata de una legítima defensa del Estado de derecho, sino del reconocimiento del ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, admitiéndose incluso la reacción y resistencia contra un gobierno que no respete el Estado de Derecho y, por lo tanto, los derechos fundamentales de las personas. Esta situación, por lo demás, se asemeja al estado de necesidad. 1386

4. Defensa

La redacción defectuosa de la disposición legal puede hacer pensar que el segundo factor de la legítima defensa esté sólo relacionado con el medio empleado. En realidad, el párrafo b, del inciso 3 del art. 20, se refiere a la defensa contra la agresión ilícita. De modo que se trata de toda forma de comportamiento al que recurre quien se de- 1387

---

62 ROXIN, 1997, § 15 Nº 40; TRECHSEL/NOLL, p. 125.

63 BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17 Nº 9.

64 JESCHECK/WEIGEND, § 32 II b.

fiende y no sólo el objeto, instrumento o arma que puede utilizar para hacerlo mejor. Dicho de otra manera, el vocablo "medio" debe ser comprendido en su acepción de acción conveniente para conseguir un objetivo (en este caso, la protección del bien jurídico). Se puede afirmar, pues, que el medio constituye, según el texto legal, el comportamiento defensivo de quien actúa en legítima defensa.

1388 Como la persona agredida no está obligada, moral o jurídicamente, a soportar que sus bienes sean dañados, el orden jurídico le da el derecho de defenderse contra quien se ha colocado fuera de su protección. La reacción de quien se defiende debe dirigirse hacia la persona del agresor[65]. Si un tercero resultara afectado por el comportamiento de quien se defiende, éste puede invocar haber actuado en estado de necesidad[66]. Aunque también puede admitirse que se trata de legítima defensa, cuando el perjuicio causado a un tercero se debe a que uno de sus bienes materiales ha sido utilizado como medio para la defensa contra el agresor, es más conveniente aplicar en estos casos el estado de necesidad.

a. Necesidad de la defensa

1389 Este comportamiento (reacción del agredido) debe ser necesario. La determinación de la necesidad de la defensa supone una apreciación general sobre el hecho de que la acción de defenderse es indispensable para descartar el peligro creado por la agresión. Es menester que el agredido la impida o repela, pero esto no significa que su acción deba suceder forzosa e inevitablemente. Puede muy bien optar por escapar de su atacante para evitar sufrir el daño que éste quiere causarle.

1390 El criterio de necesidad constituye, pues, un principio normativo que fija los límites de la defensa. En primer lugar, la acción de defensa debe, entre las diversas posibilidades que tiene el agredido, causar el daño menos grave al agresor[67]. Por otra parte, el que se defiende no está obligado a asumir el daño que trata de evitar u otro menos grave,

---

65 GRAVEN/STRÄULI, p. 127; STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 76; JESCHECK/WEIGEND, § 32 II 2 b; WESSELS/BEULKE, Nº 334.

66 LOGOZ/SANDOZ, art. 33, Nº 5.

67 JESCHECK/WEIGEND, § 32 II 2 c; ROXIN, 1997, § 15 Nº 42; WESSELS/BEULKE, Nº 335; SPENDEL, en LK, § 32 Nº 239; STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 77; BAUMANN/WEBER/ MITSCH, § 17 Nº 25.

ni a defenderse de la manera menos peligrosa en pro de un resultado incierto. Si no le queda otra alternativa, será "necesaria" la acción que realiza por ser, objetivamente, adecuada para descartar el riesgo que comporta la agresión[68]. Quien es atacado a puñadas no está obligado a defenderse de la misma manera si resulta probable que sea lesionado; pero tampoco puede, de modo inmediato, disparar a matar con su arma de fuego contra el agresor. En este caso, la utilización del arma, sin previamente amenazar o advertir al atacante mediante un tiro al aire, constituye una defensa, pero no la necesaria para salvar el bien jurídico en peligro.

1391 La necesidad de la defensa debe ser evaluada según criterios objetivos. Con este fin debe tenerse en cuenta el contexto en que tienen lugar los hechos; es decir, tanto las circunstancias que se refieren a la persona del agresor y a su comportamiento, como las referentes a la persona del agredido; también la naturaleza del instrumento o arma empleada por el atacante y las posibilidades de las cuales dispone la víctima para defenderse. Si bien ésta no está obligada a correr riesgos innecesarios, tampoco debe recurrir sin más al medio más seguro (matar al agresor) si le es posible repeler la agresión con medios menos drásticos[69]. Es evidente que esto no excluye la posibilidad de reaccionar de modo más radical si su primer acto de defensa no es eficaz.

1392 La apreciación de la necesidad de la defensa debe ser realizada *ex ante* y considerando el juicio de un observador circunspecto. Esto significa que deben aplicarse criterios objetivos, en la perspectiva del momento y del lugar en que se produjo la defensa. Esta valoración es aplicada por la Corte Suprema a un caso en que el procesado disparó contra el agraviado como única posibilidad adecuada a las circunstancias para defender la libertad sexual de su hija, "pues el acusado al momento de disparar se encontraba herido y presenció la violación perpetrada contra su hija [...] razón por lo que su conducta se encuentra justificada"[70]. En caso de un asalto a mano armada, en el que el delincuente amenaza a la víctima con un arma de fogueo, no puede exigírsele a

---

68 STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 77.

69 ROXIN, 1997, § 15 Nº 73 ss.; WESSELS/BEULKE, Nº 343; JESCHECK/WEIGEND, § 32 III 3 b; SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 160; STRATENWERTH, 1996, § 10, Nº 75 ss.; TRECHSEL/NOLL, p. 129; KUNZ, 1988, p. 172 ss.

70 ES Nº 2493-97-Amazonas, de 24 de septiembre de 1997, en PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 130.

quien interviene en su defensa que compruebe antes si el arma es verdadera y si la víctima está o no en peligro. La defensa es objetivamente necesaria a pesar de que la vida o la integridad corporal del rehén no corra peligro, hecho que sólo es posible de constatar *ex post*. El error inevitable en que incurre el defensor no influye, pues, en el carácter necesario de la defensa. En todo caso, hay que llamar la atención de que otra cosa es establecer los efectos de este error, lo cual se precisará, recién, en el momento de determinar si y cómo se sanciona al agente.

b. Racionalidad de la defensa

b.1. En general

1393 La defensa, además de necesaria, debe ser racional, conforme a la razón. Esta expresión indica un juicio de valor con referencia a la justicia y equidad. De esta manera, se introduce en la acción de defenderse una dimensión ética, que sirve así mismo de límite a la legítima defensa.

1394 La racionalidad de la defensa se determina apreciando la proporcionalidad entre el peligro propio a la agresión y la acción de defenderse; es decir, entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y los propios del comportamiento defensivo.

1395 La racionalidad de la defensa supone pues que los medios empleados para rechazar el ataque y los utilizados por el agresor son equivalentes. Sin embargo, la correspondencia no debe ser absoluta o determinada de forma matemática. La situación concreta en que se realiza la defensa debe ser examinada evitando todo formalismo. Se tomarán sobre todo en consideración la intensidad de la agresión, la peligrosidad del agresor y la disponibilidad de los medios que pueden ser utilizados (necesidad concreta de los medios por oposición a necesidad abstracta referida a la defensa). La Corte Suprema se ha pronunciado en este sentido en una de sus ejecutorias, afirmando que "si el procesado se limita a repeler el ataque que en su contra materializaba el agraviado, implicando para dicha reacción un medio idóneo y adecuado a las características de la agresión, es de estimar que actuó en legítima defensa"[71].

---

[71] ES Nº 2916-97-Lima, de 05 de marzo de 1998, en PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 121.

Si en principio rige la regla según la cual el derecho no debe ceder ante lo ilícito, su aplicación tampoco debe conducir a fomentar la agresividad[72]. No es una defensa racionalmente necesaria, por ejemplo, la acción del campesino que tira a matar contra niños para impedirles dañar sus cultivos. Porque si no se tienen a disposición los medios apropiados para proteger o preservar bienes de poco valor, entonces debe renunciarse a rechazar el ataque y optar, por ejemplo, por alejarse de tal lugar o pedir ayuda a terceros. Lo mismo puede decirse de quien, en lugar de apartar mediante un empujón al retardado mental[73] que trata de agredirlo, le causa heridas graves. 1396

La legítima defensa no supone la obligación de inhibirse de impedir o de repeler la agresión ilícita (por ejemplo, mediante la fuga o pidiendo socorro a la policía), pero tampoco debe ser la ocasión para que el agredido ponga en evidencia su fuerza y dé ejemplo de valentía[74]. Si tiene la posibilidad de neutralizar a su agresor pidiendo simplemente ayuda a la policía o a terceros que se encuentran en el lugar de los hechos, debe hacerlo. De otro modo, su reacción resultaría innecesaria, salvo que éstos se muestren renuentes a intervenir. 1397

La desproporción extrema, por un lado, entre el valor de los bienes jurídicos en conflicto y, por otro, entre el ataque y la defensa, implica que la reacción del agredido sea superflua y también irracional por no ser justa. Este no es el caso, sin embargo, cuando se trata de bienes jurídicos individuales que pueden ser defendidos aun en detrimento de bienes jurídicos más importantes del agresor. Por ejemplo, la víctima de una tentativa de violación puede dañar la integridad corporal o la vida del violador para salvaguardar su libertad sexual. Asimismo, quien es víctima de un robo puede lesionar al ladrón para evitar la sustracción del bien que le pertenece. 1398

La mínima relevancia del riesgo debe, pues, limitar el ejercicio del derecho de defensa. Sobre todo cuando el único medio de repelerlo es causar al agresor un grave daño, por ejemplo, a su vida o integridad corporal. En este sentido, debe admitirse que el principio esta- 1399

---

72 TRECHSEL/NOLL, § 27, 2 C e.

73 JESCHECK/WEIGEND, § 32 II 2 c; SPENDEL, en LK, § 32 Nº 239; WESSELS/BEULKE, Nº 344; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32 Nº 52 s.; MAURACH/ZIPF, § 26 Nº 38.

74 ROXIN, 1997, § 15 Nº 50.

blecido en el art. 2 II a de la CEDH constituye por analogía un límite a la legítima defensa.

b.2. Sistema alemán

1400 El § 32 CP alemán prevé: "(1) Quien cometa un hecho en legítima defensa, no actúa antijurídicamente. (2) La legítima defensa es la defensa que es necesaria para conjurar una agresión actual antijurídica para sí mismo o para otro". Por interpretación de este parágrafo, se admite en Alemania[75], en principio, que no debería ponerse cuidado en la ponderación de bienes en colisión para determinar el carácter necesario de la defensa. Se ha llegado a considerar que cualquier bien puede ser defendido hasta las últimas consecuencias; por lo tanto, es considerada lícita la muerte del agresor para salvaguardar un bien material (propiedad, posesión, patrimonio)[76]. La razón que justifica no considerar la proporcionalidad entre los bienes es el reconocimiento de la prioridad del principio de la defensa o garantía del derecho frente a los comportamientos ilícitos. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia buscan limitar los alcances de este criterio, recurriendo a la "prohibición del abuso de derecho", al principio de "la mayor consideración posible del atacante" y a otros criterios, todos ellos analizados como limitaciones éticas y sociales de la legítima defensa. Roxin considera que la proporcionalidad de los bienes en conflicto nada tiene que ver con el carácter necesario de la defensa, sino que se trata más bien de un problema relacionado con la cuestión de saber si la defensa necesaria es o no exigida, permitida[77]. Esta tesis comporta, por cierto, una restricción del derecho de defensa por razones éticas y sociales. De esta manera, se excluyen casos que no merecen justificación en consideración a la insignificancia de la agresión o de las características personales del agresor (menores, enfermos mentales, etc.). Al respecto, se habla, también, de abuso del derecho de defensa. Este cambio de terminología, sin embargo, no ayuda a determinar el contenido de la expresión substituida.

---

[75] JESCHECK/WEIGEND, § 32 III 1 s.; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32, N. 1 ss.

[76] Cf. MAURACH/ZIPF, § 26 Nº 27 ss.

[77] ROXIN, 1997, § 15 Nº 46.

En nuestro derecho, teniendo en cuenta la manera como ha sido 1401
previsto el requisito de la necesidad racional de la defensa, no es necesario recurrir a este tipo de criterios. El de la "defensa exigida" no es diferente de la noción de "defensa necesaria". La referencia a la racionalidad de la defensa permite simplemente excluir la aplicación de la legítima defensa en casos en los que la reacción ante la agresión resulta excesiva.

b.3. Dos casos particulares

La necesidad de la defensa ha tratado de ser limitada, algunas veces, 1402
en consideración a los deberes especiales que puede tener quien ve amenazado uno de sus derechos. De los casos más discutidos y complejos, señalemos dos. El primero es el de un marido y su mujer que, en razón de los deberes conyugales, tienen recíprocamente[78] el deber de garante y de solidaridad. La cuestión es saber en qué medida uno de ellos puede ejercer su derecho a la legítima defensa cuando es agredido o amenazado por el otro. Dicho de otra manera, de qué clase de agresión debe tratarse para aceptar el hecho de que el deber de solidaridad del agredido haya desaparecido. Sin duda, los deberes conyugales no imponen al cónyuge soportar los maltratos del otro y, por lo tanto, la legítima defensa procede en caso de agresión ilícita. Ninguno de ellos tiene por qué soportar maltratos continuos. Siendo el caso más frecuente el de la mujer maltratada, no está demás reivindicar el derecho que tiene a defenderse de toda agresión ilícita por parte de su marido. El matrimonio no es una licencia para maltratar al cónyuge. La legítima defensa debe, por lo tanto, ser determinada según las exigencias generales establecidas por la ley. El respeto y buen trato mutuo condicionarán, pues, la manera como reaccione el cónyuge agredido. Su simple condición de esposa o marido no es circunstancia para exigirle que soporte la agresión en lugar de rechazarla recurriendo a un medio racionalmente necesario. Lo mismo sucede respecto a las relaciones de parejas que conviven y a las que unen padres e hijos.

El segundo caso es el de los agentes estatales, como los policías. Para 1403
cumplir sus funciones, ellos deben recurrir a medios que restringen los derechos de las personas (libertad, honor, integridad corporal,

---

[78] ROXIN, 1997, § 15 Nº 85; SPENDEL, en LK, § 32, Nº 507; JESCHECK/WEIGEND, § 32 III 3 a.

etc.). Por esto se les fijan normativamente directivas para evitar que cometan excesos. Un ejemplo claro son las reglas establecidas respecto al uso de armas de fuego. El problema que se plantea aquí es saber si estas disposiciones restringen su derecho a la legítima defensa frente a los actos que cometan en el ejercicio de sus funciones. Su condición de agentes estatales no les impide defender sus derechos frente a las agresiones de terceros. Así, cuando un delincuente apunta con su revólver hacia el policía que trata de detenerlo por haberlo sorprendido en flagrante delito, éste tiene derecho a neutralizar el peligro y, debido a las circunstancias, sin necesidad de hacer disparos de advertencia al aire. Lo que sí debe hacerse, sin embargo, en el momento de determinar si su defensa fue el medio racionalmente necesario exigido por la ley, es tener en cuenta, por un lado, que mediante las directivas mencionadas se explicitaron las condiciones de la legítima defensa respecto a las actividades específicas consideradas y, por otro lado, la formación especial que recibieron dichos agentes estatales para afrontar situaciones peligrosas.

b.4. Jurisprudencia

1404 En la jurisprudencia de la Corte Suprema se admite que debe existir una cierta proporcionalidad entre los medios de defensa y de ataque. Lo mismo se acepta en relación con los bienes en conflicto. En esta línea, la Corte Suprema[79] ha decidido que existe "una desproporción en los medios empleados, pues el acusado ha utilizado una arma de fuego contra sus atacantes", que estaban desarmados. En este mismo sentido y en aplicación del Código derogado los jueces habían admitido que "no puede haber proporción entre la ofensa, recibir en la cara una copa de aguardiente, y el agravio, fractura de los huesos de la nariz"[80]. Para determinar la "necesidad racional del medio empleado", nuestro máximo tribunal considera la naturaleza del ataque ("brusco y continuado") y la disponibilidad de los medios de defensa ("el cuchillo fue el único medio a su alcance en ese momento desesperado"). Pero su criterio de apreciación no siempre es objetivo y *ex ante*, ya que afirma que al agredido no se le puede exigir "que reflexione sobre las consecuencias del acto que va a practicar, y mida la proporción que debe

---

79 RN Nº 4777-97 Lima, del 19 de mayo de 1998, en Rojas Vargas, 1999a, p. 140.

80 ES del 17 de noviembre de 1952, en *RJP* 1952, p. 3121; ES del 31 de junio de 1940, en *AJ* 1940, p. 82.

existir entre la forma en que se le ataca y la forma en que se defiende". Por esta vía, se puede llegar a considerar como justificados ciertos casos de "exceso de legítima defensa" o de "defensa legítima putativa".

5. Falta de provocación suficiente

Nuestro Código contiene una última condición: la "falta de provoca- 1405
ción suficiente de parte del que hace la defensa". No se trata de una característica de la agresión ilegítima, pues si así fuera se concluiría afirmando que esta tercera condición legal es superflua. En la aplicación judicial no son frecuentes los casos de provocación, quizás por las dificultades prácticas que existen para probarla. Estas dificultades y las encontradas en la interpretación del art. 85, inc. 2, del Código derogado, condujeron a los autores del Proyecto de 1985 (agosto), a omitir, como en el Código Penal colombiano y en el Proyecto argentino de 1960, toda referencia a la circunstancia de la "falta de provocación suficiente" (de origen hispánico).

La comprensión de esta condición implica tener en cuenta las diver- 1406
sas acepciones del término provocar que se refieren, por un lado, al hecho de incitar a una persona a que ejecute una acción y, por otro lado, al hecho de irritar o estimular a un individuo con palabras u obras para que se enoje. De modo que la provocación consiste en excitar y enojar a una persona, mediante cualquier proceder apropiado, para que reaccione atacando uno de los bienes jurídicos del provocador o de un tercero[81]. El provocador recurre con frecuencia a la burla o al escarnio, pero también a los insultos, a las vías de hecho, daños a la propiedad, etc. Mas no se trata de cualquier provocación; ésta, según el texto legal, debe ser suficiente. Es decir, de una intensidad e índole apropiadas para que la persona concernida pierda la tranquilidad, reaccione agresivamente. La apreciación del carácter suficiente de la provocación debe hacerse mediante un juicio objetivo de valor. No puede depender, por ejemplo, de la extremada susceptibilidad o irritabilidad del sujeto en cuestión.

Además, ya que se admite que las agresiones ilícitas provocan por lo 1407
general una reacción del agredido y que ésta es la situación de hecho

---

[81] JESCHECK/WEIGEND, § 32 III 3 a; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17 Nº 37; WESSELS/BEULKE, Nº 346 s.; STRATENWERTH, 1996, § 10, Nº 82.

propia a la legítima defensa, la fórmula "falta de provocación suficiente" supone siempre una actitud especial de quien se defiende. Este debe poner cuidado en comportarse de manera tal que no origine, de parte de cualquier persona, una reacción contra él. En la actividad diaria, sin embargo, esto sucede con cierta frecuencia. Por eso, y aunque la ley sólo distingue entre provocación suficiente e insuficiente, debe precisarse aún si el autor del acto es o no responsable de la provocación. No lo es, por supuesto, si se trata de un caso fortuito. El problema se presenta, entonces, sólo si el autor procedió con intención o culpa.

1408 El caso más claro es el de la provocación dolosa. El agente coloca a la persona concernida en una situación material y personal que le permitirá dañarla con impunidad. Esta situación le servirá de cobertura para llevar a cabo su infracción programada. Éste no actúa en legítima defensa porque ha provocado ilícitamente una reacción del agresor excitándolo de manera suficiente. Sin duda, el acto de provocación no debe constituir una agresión ilícita en el sentido de la ley. Por ejemplo, si la provocación consiste en golpear varias veces a la víctima, la reacción de ésta representa el ejercicio del derecho a defenderse legítimamente, pues se trata en realidad de una agresión y no sólo de una provocación. Contra la reacción del agredido, por estar justificada, no procede entonces la legítima defensa.

1409 Si el comportamiento provocador es culposo, la imprevisión culpable debe ser bastante grave para considerar que la provocación es suficiente. Si no lo es, el autor podrá defenderse; pero la racionalidad y proporcionalidad de su acción deben establecerse teniendo en cuenta su acto culposo.

6. Voluntad de defenderse

1410 Aunque el texto legal no lo prevea de modo expreso, quien actúa en legítima defensa debe tener la voluntad de ejercer este derecho que le reconoce el orden jurídico para evitar que sus bienes sean dañados mediante una agresión ilícita. Esto implica que debe ser consciente de las circunstancias materiales en las que se defiende y la intención de defenderse[82]. Los aspectos particulares de este factor han sido presentados al analizarse el aspecto subjetivo de la ilicitud[83].

---

[82] BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17 Nº 11 ss.

[83] Cf. *supra* Nº 1354 ss.

7. Legítima defensa de terceros

El art. 20, inc. 3, *ab initio,* se refiere de modo explícito a la defensa de bienes jurídicos de terceros. A diferencia de la legítima defensa propia, el agredido en este caso no es el que ejerce la defensa. Toda persona puede ejercer esta defensa, sin que sea necesario que esté obligado a hacerlo por un deber de garante. 1411

En estos casos, la víctima de la agresión no impide o repele el ataque ilícito. Es indispensable, sin embargo, que tenga la voluntad de defenderse o de ser defendida. Si esta voluntad no existe, significa entonces que el agredido consiente en sufrir el perjuicio. Por ejemplo, el propietario de un huerto que ve a un adolescente sustraer frutas de los árboles de su propiedad y no hace algo por impedírselo, acepta ser desposeído. En consecuencia, no se trata de una agresión ilícita y nadie está autorizado a intervenir alegando que lo hace para proteger el orden jurídico. La falta de interés en proteger el bien jurídico individual predomina. Otro ejemplo es el de la situación descrita por el dicho popular "cuanto más me pegas más te quiero". Si la mujer o el marido acepta los maltratos de su pareja (art. 442), un tercero no puede intervenir en su defensa. Un límite fundamental a esta regla lo constituye, sin embargo, la naturaleza del bien jurídico: la aceptación de que se le cause la muerte o lesiones graves no impide la legítima defensa del consintiente[84]. Esto implica que un tercero puede intervenir para impedir, por ejemplo, que el agente cometa un homicidio piadoso (art. 112). Un caso particular es el referente a ciertos bienes altamente personales; por ejemplo, la intervención con ocasión de un adulterio *in fraganti* invocando la protección de los intereses de la persona engañada. En estas circunstancias se imponen ciertas restricciones para impedir abusos respecto a la intimidad personal de terceros. 1412

Un caso límite se presenta cuando la víctima de la agresión está de acuerdo con el defensor, pero no con el medio que éste utiliza para rechazar la agresión. En el ejemplo del hurto de frutas, el propietario se opone a que el tercero utilice un arma de fuego. El tercero debe tener en cuenta la voluntad del agredido, porque la condición que éste establece supone una renuncia parcial a la protección de su bien 1413

---

[84] Roxin, 1997, § 15 Nº 102.

jurídico. Por otra parte, la doctrina acepta el criterio opuesto cuando la víctima rechaza la defensa ante el temor de una futura reacción del agresor. El ejemplo muchas veces citado es el de la víctima de una toma de rehenes que renuncia a protegerse por temor a una nueva agresión por parte de los delincuentes (terroristas)[85].

1414 Al margen de estas observaciones sobre los aspectos singulares de la legítima defensa de terceros, ésta se haya sometida a las mismas condiciones que la legítima defensa propia: existe sólo si se da una agresión ilícita, si hay necesidad racional del medio empleado para rechazarla y si quien hace la defensa (en este caso, el tercero no agredido) no ha provocado de manera suficiente al agresor. Todo esto lo establece de modo expreso nuestro texto legal, evitando así los problemas de interpretación que se presentan con respecto a otros textos legales.

8. Legítima defensa presunta (*excursus*)

1415 Mediante el art. 1 de la Ley Nº 23404, del 27 de mayo de 1982, se adicionó al inciso 2 del art. 85 del Código derogado el párrafo siguiente: "se encuentra comprendido en el párrafo anterior, el que obrase para repeler al que pretendiera ingresar o ingrese en su casa o morada mediante escalamiento, fractura, subrepticiamente o usando violencia". De esta manera, se estatuyó que el titular de la casa o morada no sería reprimido por haber actuado en legítima defensa. Se trataba, pues, de una ficción consistente en suponer que la acción de defender la casa o morada reunía los tres requisitos señalados en el art. 85, inc. 2, pf. 2.

1416 Los defectos de esta reforma eran numerosos. Si apreciamos sólo el aspecto formal, podemos señalar, por ejemplo, las siguientes incoherencias: primero, a pesar de que en el párrafo primero de la disposición citada se hacía referencia a la legítima defensa en favor de la persona o de los bienes del agredido ilegítimamente y de la persona o bienes de un tercero, en el párrafo agregado sólo se aludía al agente que repelía el ataque contra "su casa o morada" ¿Significaba esto que si no era el titular de la casa o morada quien actuaba, la ficción estatuida no le beneficiaba? Segundo, hay que destacar la imprecisión en el uso de los términos "casa o morada", sin tener en cuenta lo

[85] ROXIN, 1997, § 15 Nº 101.

que disponía el art. 230 del mismo Código (violación de domicilio). Según esta norma, el objeto del delito era la "morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias, o el recinto habitado por otro". De manera que cabía preguntarse, si esta misma distinción debía hacerse respecto al texto agregado a la disposición comentada. En caso de una respuesta afirmativa, la ficción entonces hubiera sido también aplicable a quien hubiese rechazado un atacante que penetrara en su "casa de negocio". Tercero, la referencia al hecho de "pretender ingresar o ingresar" en la casa o morada era incompleta, porque podía tratarse de alguien que había ingresado con el consentimiento del titular. En este caso, no cabría tampoco decir que el delincuente había ingresado "subrepticiamente", no siendo por lo tanto aplicable la ficción establecida.

1417 En cuanto a la concepción de la legítima defensa, la reforma era así mismo defectuosa. Al respecto cabe la pregunta siguiente: ¿La ficción admitida era una ficción *juris tantum o de jure*? Es decir, ¿dicha ficción admitía o no la demostración de lo contrario? Si la respuesta era afirmativa, significaba entonces que el juez debía comprobar en cada caso si se daban los requisitos fijados en el texto original del Código. De modo que cabía cuestionarse sobre la razón de una reforma que no agregaba nada a la ley y que, por el contrario, oscurecía su sentido. Si la respuesta era negativa, implicaba dar carta blanca para matar, lesionar o privar de la libertad a quien pretendiera ingresar o hubiera ingresado en casa o morada ajena. La justificación residiría en el presumible peligro que comportara la acción del atacante contra el patrimonio, la integridad física o la vida de quien defendía su casa o su morada. La exigencia según la cual la legítima defensa debe ser necesaria estaría falseada; justificándose así que, en muchos casos, para proteger el domicilio o el patrimonio se dañara la vida o la salud. Para evitar esto debían confrontarse los bienes jurídicos en conflicto; pero ello significaba volver al texto original del Código. Cabe señalar que, en este caso, la reforma implicaba a menudo una excepción a lo dispuesto en el art. 90 CP de 1924: la legítima defensa imperfecta por la desproporción entre los bienes en conflicto o los medios utilizados por quien se defendiera, no hubiera dado lugar a una simple atenuación de la pena sino a la impunidad.

1418 El desconocimiento de lo que es la legítima defensa y del papel que desempeña en la sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, hizo que esta reforma fuera inútil (en caso de tratarse de una presunción de *jure*) o incorrecta (en caso, de tratarse de una presunción *juris*

tantum). Los motivos que la impulsaron se vinculan desde luego más al instinto de protegerse que a criterios racionales válidos. Fue una clara manifestación de la aplicación deficiente de la política criminal del "golpe por golpe". Además, el hecho de que algunos códigos, como el francés y el venezolano, contuvieran una disposición parecida a la de la Ley Nº 23404, no justificaba la reforma. La reforma fue un gesto político; así, de forma democrática, cristiana y popular, se invirtió la jerarquía de valores.

VII. Estado de necesidad justificante

1. Introducción

1419 Siguiendo sobre todo el modelo suizo, el art. 85, inc. 3, del Código derogado definía el estado de necesidad de la siguiente forma: "el que obra [...] por la necesidad de preservarse de un peligro inminente e imposible de evitar de otra manera, si en las circunstancias en que se ha cometido el acto no podía razonablemente exigirse del autor el sacrificio del bien amenazado". Esta definición era defectuosa e incompleta. En efecto, no incluía la protección de terceros y, además, no diferenciaba, como lo hacía ya la doctrina, el estado de necesidad como causa de justificación, del estado de necesidad como causa de no culpabilidad. Fieles a las ideas de Jiménez de Asúa, los juristas peruanos habían admitido esta última distinción; pero no los jueces[86].

1420 De origen teutón, dicha distinción fue consagrada en el § 34 del Código alemán de 1975, y sirvió de modelo para la elaboración del art. 20, inc. 4, del nuevo Código[87]. Según la disposición alemana, actúa lícitamente quien "ante un peligro actual, no evitable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, comete un hecho para alejar dicho peligro de sí o de otro, [...] siempre que de la ponderación de los

---

86 BRAMONT ARIAS, 1966, p. 179; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1959, p. 309; 1964, T. IV, p. 331, 340; cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 602 ss.

87 Código Penal (1991), p. 15; los autores del CP no han indicado cuál versión en español utilizaron. Un análisis dogmático del art. 20, inc. 4 es realizado por CHOCANO RODRÍGUEZ, p. 253 ss. y ARMAZA GALDÓS, 2003, p. 283 ss. Cf. también GARCÍA CAVERO, 2003, p. 627 ss.; VILLA STEIN, 1998, p. 357 ss.

intereses en conflicto y particularmente de los bienes jurídicos afectados y del grado del peligro que les amenace, resulte que el interés protegido predomina esencialmente sobre el interés dañado. Esta disposición se aplicará sólo cuando el hecho sea un medio adecuado y proporcionado para conjurar el peligro".

Para comprender mejor el art. 20, inc. 4 del Código vigente, resulta imprescindible recordar los fundamentos tenidos en cuenta por el legislador germano. Dichos criterios fueron elaborados en el marco de la regulación incompleta del viejo Código Penal alemán y con referencia a los §§ 228 y 904 del Código Civil teutón de 1900. En este contexto, se concibió el estado de necesidad como una causa de justificación supralegal. Dos razones opuestas fueron invocadas para fundamentar la justificación. Se afirmó, por un lado, que no podía ser considerado ilícito el acto típico que constituía el medio adecuado para alcanzar un fin estatuido por el Estado (teoría del fin)[88] y, por otro, que no actuaba ilícitamente quien lesionaba o ponía en peligro un bien jurídico para salvar otro de mayor valor[89] (teoría de la ponderación de bienes). Este último criterio fue admitido durante mucho tiempo por la jurisprudencia e inspiró el primer Proyecto oficial de Código Penal alemán[90]. Muy criticado, por hacer depender de la comparación abstracta de los bienes en conflicto la preeminencia de uno de ellos, se buscó ampliarlo exigiéndose que se tuvieran en cuenta todas las circunstancias del caso concreto. 1421

Estos esfuerzos explican el tenor del nuevo § 34. La ponderación de bienes jurídicos fue remplazada por aquella de los intereses, y se estatuyó que el acto debía ser el medio adecuado para alcanzar el fin decretado por el orden jurídico. La ponderación de intereses consiste en sopesar los bienes en conflicto y la intensidad de los peligros que los amenazan. Confrontar el acto con el fin admitido por el orden jurídico implica recurrir a valoraciones que van más allá de la comparación exigida y que permitan comprobar si la acción es o no el medio justo para alcanzar un fin concreto. De esta manera, se combinó la teoría de la ponderación de bienes, modificada a fondo con la referencia a los intereses, con la teoría del fin. 1422

---

88 SCHMIDT, 1929, p. 350; BAUMGARTEN, p. 61.

89 BINDING, 1885, p. 762.

90 NIEDERSCHRIFTEN, Anhang, 74, § c II 1.

1423 Esta última solución es la que el legislador nacional ha tratado de adoptar en el art. 20, inc. 4. No obstante, el resultado es deficiente. Por un defecto de redacción, no se plasma con la suficiente claridad la ponderación de intereses. Esta disposición prevé como primera condición que "de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulte predominante sobre el interés dañado". La deficiencia se deriva de la referencia a la "apreciación de bienes jurídicos" en lugar de "apreciación de intereses", y de que se emplean los términos "bien jurídico" e "interés" como si fueran sinónimos.

1424 La distinción del estado de necesidad como causa de justificación y como causa de exculpación tiene una importancia tanto teórica como práctica[91]. Si se trata de un caso de justificación, por ejemplo, el sujeto que sufre el perjuicio no puede actuar en legítima defensa por no existir agresión ilícita. Por el contrario, sí puede invocarse la legítima defensa cuando el estado de necesidad sólo excluye la culpabilidad. Además, en el estado de necesidad como causa de justificación es imposible la participación delictuosa; no así en el estado de necesidad como causa de exculpación (en virtud de la accesoriedad limitada de la participación criminal)[92].

2. Estado de necesidad y legítima defensa

1425 En sentido amplio, el estado de necesidad puede ser definido como una situación de peligro en la que la lesión de un bien jurídicamente protegido aparece como el único medio para salvar un bien del agente[93]. Así concebido, el estado de necesidad comprende la legítima defensa, la que constituiría un caso especial del mismo.

1426 Sin embargo, entre ambas causas de justificación existen diferencias que no sólo dependen de una relación lógica de subsidiaridad. Basta señalar, por ahora, que en el estado de necesidad el bien lesionado y el bien preservado son protegidos de la misma manera por la ley, y

---

91 JESCHECK/WEIGEND, § 33 I 1; JAKOBS, 1991, 13/2; MAURACH/ZIPF, § 27 Nº 3 ss.; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 35 Nº 1; WESSELS/BEULKE, Nº 435; RUDOLPHI, en SK, § 35 Nº 1; BAUMANN/WEBER/ MITSCH, § 17 Nº 43.

92 Cf. *infra* Nº 2266 ss.

93 MIR PUIG, 1998, p. 450 ss.; LUZÓN PEÑA, 1978, p. 69 ss.

que el titular del bien jurídico que ha sido perjudicado es un tercero ajeno a la situación de peligro. En cambio, en la legítima defensa el bien jurídico lesionado pertenece a quien efectúa la agresión ilícita, haciéndose, en consecuencia, merecedor de tal lesión. Además, si el origen del peligro, en la legítima defensa, es siempre un comportamiento humano, en el caso del estado de necesidad también puede ser un fenómeno de la naturaleza.

Como en la legítima defensa, en el estado de necesidad hay que distinguir, por un lado, el aspecto objetivo, constituido por una situación de peligro y por una acción necesaria para descartar el riesgo y, por otro, la voluntad de salvar el bien amenazado. 1427

3. Peligro

Cuando la ley exige que un bien se halle en peligro, significa que su titular debe encontrarse en una situación en la cual uno de sus bienes jurídicos puede resultar perjudicado. Poco importa, sin embargo, la intensidad del riesgo. Así, hay peligro desde que exista un mínimo de probabilidad de que se produzca un daño[94]. 1428

Para saber si la situación es peligrosa para el bien jurídico concernido, deben apreciarse, de manera objetiva y *ex ante,* las circunstancias que la constituyen[95]. Pero la apreciación subjetiva de la persona sobre la situación en que se encuentre no es decisiva, porque se trata de una situación real y no sólo imaginada por el titular del bien jurídico en cuestión. El juicio de apreciación debe, pues, ser formulado por un tercero según los conocimientos que, en el momento de la acción, se tenga de los factores presentes o con los que debería contarse con relación a la experiencia común[96]. En ciertos casos, sin embargo, será necesario recurrir a expertos. 1429

---

94 Cf. ES del 5 de julio de 1999, Exp. Nº 386-99 Lambayeque, en *RPJ,* 2000, Nº 3, p. 387; Sentencia 14º Tribunal Correccional de Lima, Exp. Nº 334-86, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 119; Sentencia 5º Tribunal Correccional de Lima, Exp. Nº 30-88, en BACA/ROJAS/NEIRA, p. 48; ES, Exp. Nº 431-95-Junín, en MEZA, p. 119.

95 JESCHECK/WEIGEND, § 33 IV 3a; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 34 Nº 13; WESSELS/BEULKE, Nº 304; OTTO, 1998, § 8 Nº 166; BAUMANN/WEBER/ MITSCH, § 17 Nº 48; MIR PUIG, 1998, p. 461; QUINTERO, p. 517.

96 LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 34 Nº 13 s.

1430 Como ya lo hemos afirmado, el origen del peligro puede ser un fenómeno natural o una actividad humana. Algunos autores, no obstante, han pretendido fundamentar la diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad considerando que en la primera el peligro proviene del obrar de una persona, mientras que en el segundo tiene su origen en un suceso natural o, en todo caso, ajeno a la acción de una persona culpable. Este criterio no es correcto. El agente que lesiona a un tercero inocente para huir de un criminal que lo persigue, actúa en estado de necesidad y esto justifica su acto. De la expresión "peligro actual" (texto legal), no se puede deducir una conclusión diferente, pues, no establece distinción alguna en cuanto a la fuente del mismo.

a. Actualidad del peligro

1431 La fórmula "peligro actual" debe ser interpretada con cierta amplitud[97]. En primer lugar, significa que el desarrollo del suceso se dirige de manera inmediata a la producción del resultado. Es la inminencia a la que se referían el Código derogado y el art. 14, inc. 1, del Proyecto de 1985 (agosto). Se trata a menudo del efecto de un ataque instantáneo. Por ejemplo, en caso de un incendio, el peligro es inminente cuando el fuego no ha alcanzado aún las proporciones que lo caracterizan, pero las circunstancias muestran que hay riesgo serio de que próximamente se produzca un perjuicio. La intervención puede tener lugar de manera inmediata, puesto que más tarde podría resultar muy problemática, en el sentido de que la amenaza sería conjurada con mucha dificultad. No es necesario entonces que la persona, por ejemplo, esté por sufrir efectivamente una lesión grave.

1432 Pero el peligro también es actual cuando la situación riesgosa perdura y puede, aun cuando no de manera determinada, dar lugar a un daño. Por ejemplo, el estado ruinoso de un edificio, o el hecho de aterrorizar a una persona mediante actos de hostigamiento y violencia. La reacción de quien sufre la molestia y la violencia utilizada son justificadas si, al regresar una noche a su casa, sorprende al responsable oculto en el jardín y dispara contra él, lesionándolo levemente[98].

---

97 BAUMANN/WEBER/ MITSCH, § 17 Nº 56 ss.

98 ROXIN, 1997, § 16 Nº 18.

Entre nosotros, se ha apreciado, desde la vigencia del Código de 1924, de manera bastante amplia esta situación. Por ejemplo, se ha reconocido que actuó en estado de necesidad quien –enfermo de tuberculosis a la laringe– se apropió del dinero producto de las ventas que se le habían encargado[99].

b. Imposibilidad de evitar de otra manera el peligro

La realización del acto típico, objeto de la justificación, debe ser el medio apropiado para evitar el peligro y el último al que debe recurrirse[100]; es decir, no debe existir otro menos dañino (exigencia de la *ultima ratio*). Así, quien se encuentra en peligro debe determinar, antes de lesionar el bien jurídico de un tercero, si fuera posible preservar el suyo sea causando un perjuicio menor, sea alejándose del apremio en el que se encuentra, o solicitando ayuda a terceros. De las diversas posibilidades que tiene para salvaguardar su bien debe escoger aquella que no implique perjudicar al tercero inocente o que constituya el mal menor. 1433

El peligro en el que se encuentra uno de los bienes del agente y la necesidad de dañar el bien de un tercero (víctima del acto típico) no bastan para superarlo, por tanto, para que el acto típico cometido sea justificado. Esto se explica porque en el estado de necesidad prima el interés de descartar un peligro y no, como en la legítima defensa, el de hacer prevalecer el derecho sobre lo ilícito[101]. Los titulares de los bienes en conflicto están en este caso igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico. Es decir, ninguno de ellos –en la situación concreta– se ha puesto fuera de dicha protección mediante la comisión de un acto ilícito (como es el caso del agresor en la legítima defensa). Por eso el estado de necesidad tiene en efecto un carácter subsidiario. 1434

En esta perspectiva, resulta correcto que se establezcan condiciones estrictas para que el estado de necesidad pueda justificar un acto típico. Éstas son, por supuesto, más restrictivas que las estatuidas con respecto a la legítima defensa, reconocida como el ejercicio de un derecho. 1435

---

99 ES del 23 de octubre de 1939, en *RT* 1939, p. 372.
100 Cf. Mir Puig, 1998, p. 468 s.; Quintero, p. 519.
101 Roxin, 1997, § 16 Nº 19.

4. Proporcionalidad

a. Bienes jurídicos

1436 El Código Penal de 1863 permitía la protección de todo bien, pero sólo autorizaba la lesión de bienes de menor valor[102]. El art. 8, inc. 7, declaraba exento de responsabilidad criminal al agente "que en la propiedad ajena causa un mal para evitar otro mayor, siempre que éste sea efectivo y no pueda emplear otro medio menos perjudicial".

1437 En el Código de 1924 se facultaba a la persona que se encontraba en estado de necesidad para que protegiera cualquiera de sus bienes lesionando un bien ajeno para salvar el suyo. No se preveía, sin embargo, la protección de bienes pertenecientes a una tercera persona. Esta restricción demostraba la supervivencia de la influencia española. El Proyecto de 1985 (agosto) corregía esta deficiencia indicando que el bien en peligro podía pertenecer al agente o a un tercero (art. 14, primer párrafo). Pero como ya lo hemos indicado, la regulación prevista en el Código derogado ha sido abandonada en favor del modelo alemán.

1438 La redacción del art. 20, inc. 4, primer párrafo, del Código vigente es fuente de malentendidos respecto a los bienes jurídicos cuya puesta en peligro da lugar al estado de necesidad. En esta disposición, el legislador se limita a mencionar la vida, la integridad corporal y la libertad, lo que podría dar a entender que sólo ha querido considerar los bienes jurídicos individuales y personales. En efecto, la cláusula general "u otro bien jurídico" debería ser interpretada analógicamente con referencia a los mencionados. Además, la comprensión de la norma se complica aún más si se recuerda que el legislador alemán, en el § 34 de su Código Penal, menciona también el patrimonio, que ha sido omitido en nuestro texto legal. Esta omisión permitiría suponer que no se creyó conveniente mencionar este bien jurídico por considerarse que los otros bienes personales no podían ser sacrificados de ningún modo en su favor.

1439 En Alemania, la jurisprudencia y la doctrina[103] son unánimes al afirmar que es objeto de protección todo bien jurídico, incluso los bie-

---

[102] ES del 20 setiembre de 1995, Exp. Nº 281-95, en MEZA, p. 42.

[103] ROXIN, 1997, § 16 Nº 9; JESCHECK/WEIGEND, § 33 IV 2 a; GROPP, § 6 Nº 112; WESSELS/BEULKE, Nº 288; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17 Nº 51 ss.

nes colectivos (por ejemplo: seguridad del tráfico, interés en la existencia del Estado). El fundamento de esta tesis consiste en que el estado de necesidad no se basa en el principio de la protección del individuo (propio de la legítima defensa) sino que sólo busca evitar, como ya lo hemos afirmado, la lesión de un bien protegido por el orden jurídico. Por eso, cabría afirmar que nuestra disposición legal debería ser en principio interpretada con esta misma amplitud, pues, no existen razones legales o de política criminal en favor de la interpretación formal y restrictiva esbozada en el párrafo anterior. Sin embargo, la aceptación del estado de necesidad con relación a los bienes jurídicos colectivos no debe comportar una desnaturalización de la no aplicación de la legítima defensa respecto a éstos. Tampoco debe significar reconocer al Estado un derecho general con relación al estado de necesidad, ni imponer el deber correlativo a los particulares[104]. Además, los órganos estatales no pueden justificar sus intervenciones invocando un estado de necesidad general, debido a que sus actuaciones siempre deben tener una base legal específica.

b. Preeminencia del bien salvado

En el inc. 3 del art. 85 del Código derogado, el estado de necesidad era concebido como un conflicto de bienes jurídicos: por un lado, el bien de quien actuaba y, por el otro, el bien de un tercero. Para no sancionar al primero por el daño que le causaba al segundo, era necesario, además de la inminencia del peligro y de la imposibilidad de evitarlo de otra manera, que no pudiera "razonablemente" exigírsele "el sacrificio del bien amenazado". De este modo, no se mencionaba de modo explícito la ponderación de bienes jurídicos. La referencia al carácter razonable de tal exigencia (renunciar al bien) no suponía que dicho bien debiera ser siempre menos importante que el del tercero. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia interpretaron la norma conforme al criterio de la "ponderación de bienes". 1440

En el nuevo Código, como ya lo hemos señalado, prevalece la idea de la "ponderación de intereses", que debe ser practicada comparando los bienes y la "intensidad del peligro que los amenaza"[105]. Por esta razón, la regulación establecida en el art. 20, inc. 4, es mejor que la 1441

[104] BUSTOS, 1989, p. 220 s.
[105] VILLA STEIN, p. 329 ss.

establecida en el art. 85, inc. 4, del Código de 1924 e, igualmente, que la prevista en el Proyecto de 1985 (art. 14).

1442 El interés protegido debe ser determinado teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto[106]. Esto implica un rechazo neto del tradicional criterio de la comparación abstracta de los bienes en conflicto, pero también la imposibilidad de establecer una regla absoluta aplicable a todos los casos particulares[107]: los diversos criterios que se establezcan serán, pues, siempre de aplicación parcial y nunca producirán las mismas consecuencias respecto a todos los hechos. Además, como en toda apreciación de valor, los criterios personales y las directivas de política criminal que se acepten desempeñan un papel importante. Un ejemplo claro de la influencia de los criterios de valor es la admisión de la idea según la cual no procede ponderar una vida humana frente a otra, aun en los supuestos de peligro colectivo (caso de los náufragos que matan a uno de sus compañeros y practican la antropofagia para poder sobrevivir). Quien sacrifica la vida de una persona para salvar la vida de otra, acorta de manera arbitraria la vida de la primera sin estar del todo seguro de la evolución de la situación y de la manera cómo culminará. El fundamento de esta tesis es que el derecho no puede admitir, primero, que existan vidas que se valoren más que otras y, segundo, que se imponga el derecho del más fuerte.

1443 De todos los criterios que pueden ser aplicados, la índole y la graduación de las penas fijadas en las disposiciones penales constituyen, en ciertos casos, un punto de partida eficaz. Así, la mayor severidad con la que se reprimen los delitos de homicidio respecto a los delitos de aborto y de lesiones muestra que, según nuestro ordenamiento jurídico, el bien jurídico "vida" prevalece frente a los bienes jurídicos vida embrionaria e integridad corporal o salud. En este contexto, se puede considerar que para salvar la vida de una persona resulta válido dañar cualquier otro bien jurídico y que el patrimonio puede, por la misma razón, ser sacrificado en beneficio de los bienes jurídicos "salud" o "integridad corporal"; así como para salvaguardar intereses generales, por ejemplo, el médico que, sin la autorización del enfermo y para evitar que su conviviente sea contaminada con el virus del

---

106 MIR PUIG, 1998, p. 470 s.

107 STRATENWERTH, 1996, Nº 458; ROXIN, 1997, § 16 Nº 22; JAKOBS, 1991, 13/33; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 32 Nº 45; GROPP, § 6 Nº 128 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17 Nº 68.

sida, le revela que su compañero es seropositivo. Sin embargo, hay que relativizar este criterio[108] debido a que la amenaza penal no sólo depende de la importancia de los bienes jurídicos, sino también de la naturaleza del ataque. Además, no hay que olvidar el carácter subsidiario del derecho penal: no todo bien jurídico debe ser protegido penalmente, sobre todo cuando existen otras posibilidades para impedir que sea atacado. Por último, también hay que tener en cuenta que, para un buen número de delitos, las penas previstas en la ley son casi de la misma severidad.

1444 De todo esto se deduce que resulta insuficiente la simple comparación de los bienes considerando las escalas establecidas en la parte especial. En la ley se dispone expresamente que debe tenerse en cuenta la intensidad del peligro que amenaza el bien jurídico protegido. En esta perspectiva hay que considerar, por ejemplo, la posibilidad de proteger el bien jurídico en la situación concreta, el tipo de perjuicio real que lo afectará para salvarlo, la amplitud del perjuicio concreto que amenaza a los bienes jurídicos en conflicto. Así, no se puede excluir del todo el sacrificio de la vida de una persona (rehén en poder de terroristas) para salvar diversos e importantes intereses del Estado[109]; tampoco se puede excluir lesionar de modo leve a un individuo para evitar un daño patrimonial de gran magnitud. Además de la importancia del bien, también hay que tener presente la gravedad del ataque, ya que lo esencial es que el mal a evitar sea mayor que el mal que se infiere[110].

1445 También se protege el interés preponderante cuando el agente descarta un peligro concreto creando un peligro abstracto. Es decir, cuando causa un mal menor con la convicción de que, si se abstiene de actuar, se producirá con mucha probabilidad un resultado más grave[111]. Así, el que conduce su automóvil en estado de ebriedad (art. 274) para transportar a un lesionado grave al hospital (peligro para la integridad corporal o la vida). La duda surge sin embargo cuando se piensa que el conductor ebrio pudo haber escogido otro medio para neutralizar el peligro: por ejemplo, solicitar auxilio a la policía o los servicios de un taxista[112]. También actúa lícitamente el conduc-

---

108 STRATENWERTH, 1996 § 10 Nº 44.
109 ROXIN, 1997, § 16 Nº 27.
110 BUSTOS, 1989, p. 221.
111 STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 44; ROXIN, 1997, § 16 Nº 38 ss.
112 ROXIN, 1997, § 16 Nº 40.

tor que, para alertar al chófer del coche que le precede del mal estado de una de sus ruedas, sobrepasa el límite de velocidad; el médico que no respeta la luz roja para llegar a tiempo y poder atender a una persona herida de gravedad; o quien le quita al propietario las llaves de su automóvil para impedirle conducir en estado de embriaguez[113]. Sin embargo y sobre todo en los casos referentes a la circulación, hay que asegurarse que el comportamiento del agente no cree un peligro concreto respecto a terceros.

1446 Cuando el o los bienes en conflicto son altamente personales, el derecho del titular a disponer del suyo de manera autónoma desempeña un papel importante en el momento de apreciar la proporcionalidad. Así, aun cuando se den todas las condiciones del estado de necesidad, no se puede extraer de un individuo, sin su autorización, uno de sus órganos para salvar la vida de un tercero. Este criterio se fundamenta, en general, en el respeto de la dignidad personal, el cual es incompatible con el hecho de que la persona sea utilizada como un medio o cosa. Sin embargo, si se aplicara de manera absoluta tal criterio llevaría a situaciones inaceptables; por ejemplo, cuando se trata de perjuicios o puestas en peligro poco importantes de dichos bienes. Por el contrario, es inaceptable que sean afectados en su núcleo intangible. Al respecto, hay que recordar que se acepta la limitación de esos derechos a través de medidas administrativas; pero siempre y cuando exista una base legal (por ejemplo, someter a cuarentena o aplicar una vacuna en caso de epidemia, extraer sangre para efectuar un control de alcoholemia).

1447 De todo lo expuesto antes resulta que lo esencial es que la preponderancia de los intereses de quien se protege del peligro sea establecida con claridad en relación con la situación concreta. Si existen dudas sobre este aspecto, el efecto justificante del estado de necesidad es excluido. Por el contrario, basta que se dé la preeminencia sin importar que sea notablemente mayor.

5. Estado de necesidad ante situación de peligro creada por el agente

1448 Si la situación de peligro ha surgido por circunstancias ajenas al agente, éste podrá alegar que actuó justificadamente en estado de necesidad[114].

---

[113] JESCHECK/WEIGEND, § 33 IV b.

[114] MIR PUIG, 1998, p. 475 ss;

A veces, sin embargo, es creada por la misma persona que se ve obligada a salvar el bien jurídico amenazado. En este último caso, el efecto justificante del estado de necesidad no queda excluido de modo automático cuando el agente ha provocado mediante la intención o negligencia la situación de emergencia. No obstante, si se trata del estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad la situación varía, pues, el art. 20, inc. 5, pf. 2, dispone que no procede su aplicación cuando el agente "causó el peligro". La previsión de esta restricción, a diferencia de lo dispuesto respecto al estado de necesidad como causa de justificación, se explica porque el agente actúa ilícitamente[115]. Por consiguiente, nuestra ley no puede ser interpretada en el sentido del criterio tradicional según el cual[116], en los supuestos en que la situación de peligro haya sido creada por el agente, está excluida de antemano toda posibilidad de justificación del acto típico cometido en agravio de un tercero.

Este criterio al que se acaba de hacer referencia es considerado en la actualidad demasiado rígido, debido a los resultados inaceptables a los que lleva su aplicación. Así, es poco racional considerar ilícito, por ejemplo, todo daño causado al patrimonio de una persona, por quien trata de salvar su vida o la de un niño ante la situación de peligro que el mismo ha creado. Esto demuestra que en algunos casos se aplicará el estado de necesidad incluso cuando el mismo agente dolosa o culposamente ha dado lugar al conflicto de intereses. Además, la situación de hecho en que se encuentre el responsable del conflicto de intereses no tiene que significar siempre ausencia de voluntad de actuar conforme al orden jurídico (elemento subjetivo de las causas de justificación). La voluntariedad o imprudencia con la que el sujeto crea la situación de peligro concierne, precisamente, a la creación del conflicto de intereses y, en consecuencia, no puede constituir el fundamento para castigar al agente que salva un bien jurídico más importante en detrimento de uno de menor valor. Además, si fuera admitido el criterio tradicional –que aquí se ha criticado–, el estado de necesidad no se aplicaría sino de manera excepcional, es decir, cuando el peligro fuera imprevisible. 1449

---

[115] ROXIN, 1997, § 16 Nº 51; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 34 Nº 42.

[116] Resumido muy bien por BINDING, 1885, p. 778, de la manera siguiente: "*Wer sich en Gefahr begeben hat, komme drin um*" ("Quien se expone a un peligro, perece en él").

1450 Así, por ejemplo, quien luego de ingerir un veneno, abandona la idea de suicidarse y, para salvarse, obliga mediante amenazas a un taxista para que lo conduzca a la asistencia pública (art. 151), podrá alegar que obró de modo justificado en estado de necesidad. Su bien jurídico vida es más importante que el bien jurídico "libertad individual" del chófer coaccionado, ponderación que es además conforme a la intensidad del peligro. A pesar de la intencionalidad con la que el sujeto se suministró el veneno, sus bienes no pierden la protección que merecen según su importancia. Con mayor razón, debe aceptarse la misma solución si la situación de peligro fue creada por imprudencia: accidente de circulación debido al exceso de velocidad, por ejemplo.

1451 No obstante, la creación intencional o imprudente de la situación de peligro debe tomarse en consideración[117], junto a las demás circunstancias concretas, en la ponderación de intereses para determinar si los bienes del culpable aún pueden ser salvados en detrimento de los de terceros. En efecto, por más importantes que sean en comparación con los perjudicados, el autor no puede esperar que la protección de sus bienes pueda ser considerada siempre preponderante en relación con la protección de los bienes de aquellos. Así, el espectador que, mediante una falsa alarma, pone en peligro la vida o la salud de las personas presentes en la sala de cine no puede invocar el estado de necesidad para justificar las lesiones que provoca a un tercero para salvar su vida, puesta en peligro por la multitud aterrorizada. La situación es más clara cuando el peligro creado sea sólo un instrumento para dañar los bienes jurídicos de terceras personas o, al menos, cuando el agente prevé[118] que dada la situación de riesgo deberá necesariamente perjudicar los bienes de éstas para evitar los posibles daños.

1452 Uno de los argumentos a los que ha recurrido la doctrina[119] para responsabilizar a quien causa un daño a consecuencia de un estado de peligro que el mismo ha creado intencional o imprudentemente, ha sido el criterio de la *actio illicita in causa*, según la cual la producción del perjuicio de los bienes de terceros ha sido puesta en marcha por dicho comportamiento previo. Este criterio debe, sin embargo, ser rechazado. Ante todo, hay que señalar que el perjuicio causado

---

[117] STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 48.
[118] TRECHSEL/NOLL, § 27 B 2.
[119] BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17 Nº 37; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 360.

no puede ser al mismo tiempo lícito (debido al estado de necesidad que permite salvar el bien preponderante) e ilícito (lo que justificaría la represión), salvo que se considere esta última como una ficción. En esta circunstancia, se debería admitir que existe desde el momento en que se crea la situación de peligro, de la misma manera que la imputabilidad es admitida en el instante en que el agente se coloca en estado de incapacidad, con el fin de cometer un delito o prevé la posibilidad de dañar a un tercero (*actio libera in causa*). Además, dicho criterio tiene el inconveniente de sólo poder aplicarse a los delitos de resultado. En caso de delitos formales o de pura actividad no es posible imaginar que el inicio de su ejecución es el momento en que el agente crea la situación de peligro. Por ejemplo, cuando un andinista, sin tomar las precauciones necesarias comienza a ascender y, luego, sorprendido por el mal tiempo, debe penetrar en un refugio privado, sin la autorización respectiva, para poner a salvo su vida o integridad física. El hecho de crear el peligro previo no puede ser calificado como comienzo de la ejecución del delito de violación de domicilio (art. 159).

El criterio de la *actio illicita in causa* revela su deficiencia también en 1453
el caso del conductor que provoca por culpa un accidente y no permanece en el lugar de los hechos porque quiere escapar a la reacción violenta de las personas que han presenciado lo sucedido. Su huida constituye una falta según las reglas de tránsito, pero no puede decirse que su realización comenzó con la creación del peligro mediante culpa. La falta puede ser justificada si se comprueba que su integridad corporal es el bien preponderante frente a la salud del accidentado. Reprimirlo significaría entonces que su acción imprudente equivale a la de huir o alejarse del lugar del accidente. La culpa en que incurre el agente al crear la situación de peligro no debe excluir de manera absoluta el estado de necesidad. Ella sólo constituye un factor, aunque importante, que debe ser considerado al determinar la proporcionalidad de los intereses en conflicto.

6. Deber de soportar un peligro

Contrariamente a lo previsto en el art. 20, inc. 5, pf. 2, respecto al 1454
estado de necesidad excluyente de culpabilidad, no se dispone, expresamente, con relación al estado de necesidad justificante que el agente deba aceptar o soportar el peligro cuando está "obligado por

una particular relación jurídica". Sin embargo, se le puede considerar implícita en la condición restrictiva según la cual, debe "emplear un medio adecuado para vencer el peligro" (art. 20, inc. 5, pf. 1)[120], ya que el medio adecuado sólo puede determinarse si se tiene en cuenta cuál es el deber del sujeto.

1455 La obligación de soportar ciertos riesgos, no de sacrificarse, es de índole jurídica y no moral ni siempre legal[121]. Si fuera de carácter moral significaría entonces que el orden jurídico exige que las personas concernidas se comporten como héroes o santos. Esto no es propio de un derecho penal liberal, ni conforme a una política criminal racional y humanitaria. Tampoco es necesario que dicha obligación esté siempre prevista en una ley: esta interpretación formalista y limitativa conduciría a graves incoherencias. El orden jurídico impone, en estos casos, a los individuos sujetos la obligación de asumir un riesgo más importante que el impuesto en general al común de las personas[122].

1456 Las personas concernidas por este deber lo son con relación a un oficio, profesión o cargo. De todas ellas cabe señalar a los militares, policías, bomberos, salvavidas, médicos, jueces, etc. El capitán no debe ser el primero en abandonar su barco en caso de naufragio. El juez[123] no puede justificar un prevaricato alegando simplemente haberlo cometido bajo la amenaza de muerte de los compinches de los maleantes que ha juzgado. En tal situación, debe informar a sus superiores competentes, solicitar protección y asumir su parte de riesgo. En todo caso, ante la certeza de ser matado o dañado gravemente en sus intereses, ante la indiferencia, ineficacia o corrupción de sus superiores o de la policía frente a su caso, el juez puede considerar que su acto típico (art. 418) es justificado por haber actuado en estado de necesidad.

1457 En la mayor parte de las situaciones, sin embargo, el deber de asumir el peligro es un factor que debe tenerse en cuenta para decidir sobre la proporcionalidad de los intereses en el caso concreto. Cuando haya duda, se considerará si no es factible admitir que el agente no será reprimido por admitirse el estado de necesidad excluyente de la culpabilidad[124].

---

[120] Ver *infra* Nº 1458 ss.
[121] BUSTOS, 1989, p. 219; MIR PUIG, 1998, p. 478.
[122] STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 47; HÄFLIGER, p. 380 ss.
[123] ROXIN, 1997 § 16 Nº 56.
[124] STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 47.

7. Medio adecuado

El texto legal ("cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro") parece referirse a los instrumentos y modos de actuar a los que recurre el agente para descartar los riesgos que corre uno de sus bienes jurídicos. De modo que habría que comprobar si la acción salvadora es apropiada con relación al peligro. Esta comparación, sin embargo, constituye justamente uno de los factores para esclarecer cuál es el interés preponderante. En efecto, como ya lo hemos señalado con anterioridad, no basta, según el art. 20, inc. 4, pf. a, ponderar los bienes en conflicto, sino que hay que considerar "la intensidad del peligro que amenaza". Una vez aceptado el hecho de que el agente ha actuado conforme al "interés preponderante", no se puede, pues, afirmar luego sin contradicción que su acción (es decir el "medio", en el texto legal) no era "adecuada". 1458

Esta cuestión se comprende mejor si se tiene en cuenta la fuente legal del art. 20, inc. 4. El legislador germano, en el inc. 2 del § 34, establece que la regulación del estado de necesidad se "aplicará sólo cuando el hecho sea un medio adecuado y proporcionado para conjurar el peligro"[125]. Hay que constatar que, contrariamente al texto peruano, el alemán se refiere claramente a la adecuación del "hecho" (acción) que el agente utiliza como "medio" para evitarlo. Luego, hay que recordar el intenso debate que tiene lugar en Alemania respecto a la interpretación de esta condición legal. De la parca exposición de motivos del Código de 1991, resulta imposible saber si los que redactaron el art. 20, inc. 4, pf. 2, conocían o no dicha controversia. Para una parte de la doctrina alemana, la cláusula "*nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden*" (similar a la nuestra: "se emplee un medio adecuado para vencer el peligro") constituye una redundancia, pues esta exigencia ya está considerada en la determinación del interés preponderante (§ 34, primer apartado del Código Penal alemán y art. 20, inc. 4, letra a, de nuestro Código)[126]. Este defecto de técnica legislativa se explica históricamente[127]. 1459

---

[125] LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 34 Nº 46; BOCKELMANN/VOLK, p. 100; JESCHECK/WEIGEND, § 33 IV 2 d; cf. ROXIN, 1997, § 16 Nº 86.

[126] BAUMANN/WEBER/ MITSCH, § 17 Nº 83.

[127] Cf. *supra* Nº 1419 ss.

1460 En contra de esta opinión, la doctrina dominante, en Alemania, estima que el apartado 2 del § 34 estatuye un segundo nivel de valoración del estado de necesidad. Dicha valoración concierne al "sentido ético-social que corresponde a la acción realizada en estado de necesidad y apreciada en el marco del ordenamiento jurídico en su conjunto"[128]. Así, la acción no sólo debe conservar el bien jurídico en peligro, sino también ser adecuada. Es decir, digna, apropiada, permitida según los intereses superiores de la comunidad. Esta interpretación es discutible porque la evaluación del conflicto de intereses, prevista en la primera regla, sólo puede ser realizada teniendo en cuenta los criterios de valor reconocidos por el ordenamiento jurídico.

1461 Habría más bien valido establecer un límite a la ponderación de intereses y no el de fijar un segundo nivel autónomo de valoración. Así, la ponderación de intereses no quedaría entregada a un juicio de valoración libre, sino que estaría sujeta a la necesidad de garantizar el Estado de Derecho, el mismo que puede no ser respetado si la solución del conflicto se logra mediante un mero balance positivo de intereses[129]. Dicho límite consiste en estatuir que la dignidad de la persona, fundamento social del Estado de derecho, es el criterio absoluto para efectuar toda ponderación de intereses. Es decir, la acción que vulnera la dignidad humana nunca puede ser considerada como adecuada para preservar intereses, cualesquiera que sean. En esta línea, la regulación del estado de necesidad[130] debe ser siempre interpretada en este sentido. Para aclarar esta interpretación, se da[131] el ejemplo siguiente: después de una toma de rehenes los terroristas exigen la liberación de sus compañeros detenidos en una cárcel. Con el fin de obtener informaciones sobre el lugar probable donde los rehenes pueden haber sido ocultados y poder así salvarles la vida, se piensa en torturar a los terroristas prisioneros ajenos a la comisión del crimen. Objetivamente, podría considerarse justificada tal práctica debido a que los intereses de los rehenes inocentes serían preponderantes respecto a los de los terroristas encarcelados. La vida de los primeros sería salvada y los terroristas sólo sufrirían restricciones en su integridad corporal y dignidad personal. Sin embargo, el carácter fun-

---

[128] JESCHECK/WEIGEND, § 33 IV 3 d.
[129] JAKOBS, 1991, 13/36.
[130] ROXIN, 1997, § 16 Nº 86.
[131] ROXIN, 1997, § 16 Nº 85.

damental de esta última impide que el recurso a la tortura pueda ser justificado, aun en la situación dramática descrita en el ejemplo. Así mismo, la cláusula de la "adecuación del medio" debe ser comprendida en el sentido de que la violación de la dignidad de la persona jamás puede ser considerada como apropiada para la salvaguardia de intereses. Dicho de otra manera, la protección de la dignidad humana no puede ser objeto de una valoración que conduzca a relativizarla.

1462 De esta manera, en la práctica, pueden apreciarse mejor los casos límites en los que la preponderancia de un interés existe sin que sea sin embargo conveniente admitir la justificación del hecho en consideración de la valoración global comunitaria. Una sociedad solidaria no puede dejar de exigir un mínimo de disponibilidad individual a sacrificarse en pro de terceros. Pero, al mismo tiempo, tampoco puede dejar de garantizar que el núcleo de los derechos humanos será salvaguardado. En esta perspectiva, la cláusula de la adecuación favorece a que se tengan debidamente en cuenta los intereses personales cuando hay que establecer las relaciones entre el derecho a la autodeterminación y el principio de solidaridad. Un caso muy discutido es el de la extracción de sangre a una persona sin su consentimiento para salvar a otra que está en peligro de muerte.

1463 La cuestión consiste, por último, en precisar si el Estado de derecho debe o no dejar en manos de cada individuo la libertad de decidir sobre los conflictos morales que afectan directamente a su dignidad personal. Esto lleva a plantearse que si bien no hay por qué reconocer un deber general de ayuda a terceros, resulta a veces conveniente aceptarlo en casos particulares o excepcionales (por ejemplo, entre cónyuges, padres e hijos, soldados en el frente de guerra). Sin pretender establecer reglas absolutas, debido a las circunstancias peculiares de las situaciones concretas, hay que admitir que cuando se trata de bienes jurídicos individuales, el derecho a la autodeterminación juega un papel decisivo. Y este derecho pesa en favor del bien jurídico atacado y en contra del bien a salvarse. No se justifica, en consecuencia, extraer un riñón a una persona sin su consentimiento para salvar a un paciente que se halla en peligro de muerte.

1464 Pero la importancia de la autonomía de disponer de un bien jurídico no siempre constituye el criterio decisivo en la ponderación de los intereses en conflicto. En ciertas ocasiones de poca importancia, puede reconocerse la preponderancia al hecho de salvarlo aun cuando

el acto suponga tanto la lesión de otro, así como la violación del derecho a disponer de él. Por ejemplo, el caso de la extracción no consentida de sangre de un grupo sanguíneo específico para salvar la vida de otra persona. A favor de esta excepción cuenta el hecho de que el mismo ordenamiento jurídico estatuye limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad de decidirse, consagrado en la Constitución, con respecto a los bienes salud e integridad corporal. En el Título Preliminar del derogado Código Sanitario (art. VI), se disponía que ninguna persona podía eximirse de las obligaciones impuestas por las normas de salud. Además, en las competencias de las autoridades de salud, se mencionaba, por ejemplo, el empleo de la fuerza pública para el cumplimiento de las medidas ordenadas a efecto de hacer posible su acción sobre las personas y las cosas. En contra, se argumenta que de esta manera se utiliza a una persona como simple medio; lo que constituye un grave atentado contra su dignidad. Esta objeción supone, sin embargo, una hipertrofia del respeto de la dignidad humana que contradice el mismo derecho de salvar bienes jurídicos fundamentales causando perjuicios insignificantes. En el caso de la extracción de sangre no consentida, significaría entonces que habría que dejar morir al individuo en peligro. La dignidad de la persona no es siempre lesionada por actos coercitivos de poca importancia que son realizados para proteger ciertos bienes jurídicos fundamentales[132].

8. Casos particulares

1465 En casi todos los ejemplos dados hasta ahora, el conflicto de intereses concierne a dos o más personas. Sin embargo, el estado de necesidad justificante también entra en consideración cuando dicho conflicto se presenta entre intereses pertenecientes al mismo individuo. El caso citado con más frecuencia, es el del bombero que se enfrenta a la disyuntiva de lanzar o no a un niño sobre la lona de salvamento para evitar su muerte segura, pero con el riesgo de causarle una lesión. Si esto último sucede, el bombero habrá actuado en estado necesidad justificante. La mayor parte de las veces, se tratará sobre todo de casos relativos al consentimiento presunto: el agente, en lugar de decidir sobre un conflicto de intereses, deberá entonces actuar con-

[132] ROXIN, 1997, § 16 Nº 44.

siderando cuál hubiera sido la decisión que hubiera adoptado el titular del bien jurídico en peligro. Por ejemplo, el médico que debe decidir si amputa una pierna al accidentado inconsciente y en peligro de muerte[133]. En consecuencia, la ponderación objetiva de los intereses en conflicto no entra en consideración.

Una situación especial se da cuando la persona en peligro no puede 1466
disponer del bien jurídico que debe sacrificarse para salvar otro de sus bienes. Por ejemplo, el médico que debe practicar una transfusión de sangre a una persona, quien, por convicciones religiosas no admite dicha intervención. En este caso análogo al estado de necesidad, el acto necesario afecta la esencia o núcleo intangible de la libertad de creencia, la cual constituye un aspecto substancial de la dignidad personal. Sin embargo, si tal rechazo sólo tiene un objetivo de suicidio, hay que distinguir si la persona concernida es o no capaz de tomar la decisión de morir. Si lo es, el derecho a la autodeterminación personal prima y, por lo tanto, el acto necesario cometido no puede ser justificado. Pero si la persona es incapaz, hay que tener en cuenta su voluntad presunta y debe intervenirse como lo haría quien debe administrar favorablemente los intereses que se le hubieran encomendado. Sobre todo, si se piensa que la persona en cuestión puede haber cambiado de opinión en el último momento, hecho que puede ser aun la causa del fracaso del suicidio. En realidad, se está frente a un caso de conflicto de deberes[134].

Los órganos del Estado también pueden pretender que algunos de 1467
sus actos sean justificados por el estado de necesidad. Sin embargo en los casos en los que el conflicto entre la conservación de intereses públicos y la protección de intereses particulares se presente, debe considerarse que el estado de necesidad no debe se aplicado de manera automática en favor de los primeros.

9. Elemento subjetivo

El agente debe ser consciente tanto de la situación de peligro como 1468
de la necesidad de proteger el interés preponderante[135]. La protec-

---

[133] ROXIN, 1997, § 16 Nº 88.

[134] Cf. *supra* Nº 1469 ss.

[135] GROPP, § 6 Nº 147; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 17 Nº 84; ROXIN, 1997, § 16 Nº 91; CHOCANO RODRÍGUEZ, p. 280 s.

ción de este interés debe constituir el fin decisivo de su comportamiento. Poco importa, sin embargo, que obre, por ejemplo, por ambición personal o para obtener una ventaja pecuniaria. Esto se desprende del mismo texto de la disposición legal. Según la primera parte del inc. 4 del art. 20, el agente debe "realizar un hecho destinado a conjurar" el peligro en el que se encuentra o se halla otra persona. Si éste no ha sido su finalidad, habrá cometido sólo una tentativa: el resultado de su acción no es representa un desvalor por ser objetivamente conforme al orden jurídico, siendo entonces aplicables los mismos criterios establecidos en relación con la legítima defensa.

10. Conflicto de deberes jurídicos

1469 Debido a que en el art. 20, inc. 4, sólo se han considerado los conflictos de interés, esta disposición no puede ser aplicada a todos los casos de conflictos de deberes. La doctrina no obstante los comprendió en la causa de justificación supra legal del estado de necesidad. Sin embargo, al incorporarse el criterio discriminatorio en la regulación legal del estado de necesidad, no fue considerado ese tipo de conflictos. Esto se debió, primero, al hecho de que se estimó demasiado difícil establecer una norma bastante clara y precisa debido a la multiplicidad de tipos de conflictos de deberes y, segundo, porque se pensaba de manera dominante que, tratándose de estos últimos en actuaciones equivalentes, siempre se procedía ilícitamente.

1470 Para entender mejor el conflicto de deberes hay que tener en cuenta el significado del deber de acuerdo con la norma que lo estatuye. Así, mediante una norma prohibitiva (no matar) se impone la no ejecución de un comportamiento (matar una persona), mientras que mediante una norma preceptiva (auxiliar a una persona en peligro) se obliga a ejecutar la acción esperada (ayudar a una persona en peligro). En el caso de la pluralidad de deberes de abstenerse (prohibición de matar, robar, etc.), no hay en realidad conflicto de deberes porque es posible abstenerse al mismo tiempo de violar varias prohibiciones. Si esto no fuera posible, sino que el agente debe escoger entre uno de los deberes de no actuar, se presenta el estado de necesidad. Este es el caso, por ejemplo, del conductor que no puede detener su automóvil porque se han vaciado los frenos y se ve obligado a escoger entre atropellar a los peatones que cruzan la calzada o desviar su vehículo de modo a causar sólo daños en la propiedad ajena.

Siendo el interés preponderante el de salvar la vida de las personas, el conductor sólo actúa lícitamente si viola el deber de no dañar el patrimonio ajeno.

Una colisión de deberes se presenta de manera efectiva cuando una persona está obligada a obedecer diversos mandatos de actuar, de modo que no puede respetar uno sin violar el otro. En el caso de un incendio en un museo, por ejemplo, el jefe de los bomberos puede encontrarse en la alternativa de escoger entre salvar a una persona de la muerte o evitar la destrucción de una obra maestra. Lo mismo sucede cuando un padre, con ocasión de un naufragio, sólo puede salvar a uno de sus dos hijos que están por ahogarse. En todas estas situaciones se oculta, en realidad, un conflicto de bienes jurídicos[136], ya que sus titulares tienen interés en su salvaguarda. En consecuencia, es factible recurrir al estado de necesidad para justificar la intervención de la persona concernida, sobre todo cuando el deber a respetar o el bien jurídico a salvar es el más importante[137]. Así, el jefe de bomberos debe salvar la vida sacrificando el bien patrimonial. 1471

Sin embargo, en el caso del padre las opiniones discrepan. Algunos sostienen[138] que la violación de los deberes siempre es un acto ilícito. Para el orden jurídico, en esta perspectiva, el cumplimiento de todo deber es de la misma importancia, sin que sea factible preferir el cumplimiento de uno en detrimento de otro. El conflicto que se presenta no debe producir un cambio en la manera como se aprecian por lo general los valores, de modo que consideran que sólo puede admitirse una circunstancia de no culpabilidad. 1472

Otros autores afirman, por el contrario, que el acto necesario se justifica porque el orden jurídico deja al agente la posibilidad de decidir sobre el deber que va a respetar. Admitir esta alternativa es preferible a imponerle la obligación de actuar bajo el temor de que será considerado penalmente responsable. Esto es incompatible con el fin de proteger bienes jurídicos. Por último, algunos sostienen que no hay que aplicar el estado de necesidad, ya que un comportamiento sólo puede ser valorado como indebido cuando el orden jurídico 1473

---

136 STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 65.

137 GROPP, § 6, Nº 126; WESSELS/BEULKE, Nº 736; TRECHSEL/NOLL, p. 134; STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 66.

138 JESCHECK/WEIGEND, § 33 V 1 c; GALLAS, 1954, p. 340 ss.; HAFTER, 1946, p. 102.

está en condiciones de señalar cuál es el adecuado en la situación dada. De manera correcta, consideran que hay que admitir una causa de justificación supra legal, dado que la situación no es comprendida por el estado de necesidad justificante porque ninguno de los intereses en conflicto puede ser tenido como el preponderante (en el caso del padre que sólo puede salvar a uno de sus hijos cuando los dos niños tienen el mismo derecho a sobrevivir).

1474 La intervención en contra de los intereses de un tercero (cumplimiento de un deber de actuar) sólo es preponderante con base en un fundamento legítimo específico que hace surgir un conflicto entre un deber de obrar y un deber de abstenerse. El autor debe abstenerse si no existe esta razón. De modo que si un médico debe escoger entre un deber de actuar (salvar al mayor número de detenidos de la tortura) y un deber de abstenerse (no participar en el proceso de escoger qué detenidos deben ser torturados), dada la diferencia de los deberes en colisión, el estado de necesidad puede ser admitido. El médico que no se abstiene comete un acto ilícito porque las víctimas no son responsables del conflicto de deberes en cuestión[139].

1475 Cuando los intereses en conflicto son equivalentes, debe distinguirse si se trata de un conflicto entre un deber de actuar y otro de omitir. El médico que dispone de un único aparato de reanimación se ve en el dilema de privar de asistencia al paciente agonizante que goza de esta ayuda para brindársela al joven accidentado que ha sido trasladado de manera urgente. Según la opinión dominante, la prohibición de actuar (relativa al primer paciente) prima sobre la omisión de prestar auxilio al segundo, de modo que si el médico infringe el deber de socorro habrá actuado conforme a derecho. Sin embargo, de manera convincente, se sostiene también que deben considerarse ambos deberes como equivalentes, pues ambos comportamientos (la comisión y la omisión) merecen ser desaprobados.

1476 La misma afirmación se hace respecto al conflicto de dos deberes de actuar: por ejemplo, el padre que, ante la imposibilidad de salvar a sus dos hijos menores del ahogamiento, debe decidirse en favor de uno de ellos. Cada uno de los titulares de los bienes jurídicos en peligro tiene evidentemente un interés en que el suyo sea protegido.

---

[139] ROXIN, 1997, § 16 Nº 104; STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 66; GROPP, § 6 Nº 160; WESSELS/BEULKE, Nº 735.

Parte de la doctrina sostiene que el incumplimiento de uno de los deberes siempre será ilícito. La base de esta tesis es, por un lado, que ninguna de las violaciones puede ser aprobada porque el cumplimiento de una de ellas es tan importante para el ordenamiento jurídico como el de la otra y, por otro, que el conflicto es la inevitable consecuencia de un estado existencial de necesidad y que no puede modificar las valoraciones generales[140]. Contra esta argumentación se objeta que para poder juzgar como ilícito un comportamiento, al menos en principio, debe existir la posibilidad de comportarse conforme al derecho. Por lo tanto, "el ordenamiento jurídico sólo puede desaprobar jurídicamente y calificar como indebida una conducta, si puede decir qué es correcta y qué se hubiera podido hacer"[141]. Sin embargo como no puede aplicarse el art. 20, inc. 4, porque los intereses en conflicto son equivalentes, resulta indispensable aceptar que se trata de una causa de justificación supralegal[142]. Por eso, la regla sería que, ante un conflicto de deberes jurídicos de actuar, obra de manera justificada quien cumple el deber más importante o, al menos, de igual valor que el otro deber[143].

11. Estado de necesidad putativo

Al igual que en el caso de la legítima defensa putativa[144], cuando no concurra la circunstancia material del estado de necesidad (situación de peligro) no cabe aplicar el art. 21, pues éste resulta válido sólo cuando se trata de un estado de necesidad incompleto, es decir, cuando existe un estado de peligro (circunstancia material) pero no concurre uno de lo elementos del estado de necesidad. Es en estos casos que habría que analizar si el agente, que cree en la presencia de una situación de peligro que podría dar lugar a un estado de necesidad justificante, puede superar el error. Los mismos que, por lo demás, deberían ser tratados según las reglas del error de tipo; pero no así cuando los errores recaigan sobre los límites del estado de necesidad, que son de prohibición. 1477

---

[140] JESCHECK/WEIGEND, § 33 V 2.
[141] ROXIN, 1997, § 16 Nº 105.
[142] Cf. CHOCANO RODRÍGUEZ, p. 275.
[143] ROXIN, 1997, § 16 Nº 111.
[144] Cf. *supra* Nº 1369 ss., *infra* Nº 1780.

VIII. Otras causas de justificación

1. Evolución legislativa

1478 El Código Penal de 1924, art. 85, inc. 4 y 5, preveía dos grupos de causas de justificación. Según estas normas, estaba exento de pena, primero, "el que practica un acto permitido por la ley o procede en cumplimiento de sus deberes de función o de profesión" y, segundo, "el que obra por disposición de la ley o por orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones".

1479 Los modelos tomados en consideración fueron el suizo (art. 31 del Proyecto de 1918) y el italiano (Código italiano de 1889, art. 49, n. 1). De este último, se adoptó la circunstancia del obrar conforme a una "orden obligatoria de autoridad competente". Del modelo helvético, la del acto permitido u ordenado por la ley y la del acto ejecutado en cumplimiento de los deberes de función o de profesión. Estos modelos determinaron un sensible progreso tanto con respecto al Código de 1863 (art. 8, inc. 9, 10 y 11), como a nuestro Proyecto de 1916, ambos muy influenciados por la legislación española (art. 69, inc. 7, 8 y 9 CP 1848-50).

1480 En el Código Penal de 1991, el legislador ha previsto que no puede ser castigado, por un lado, "el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo" (art. 20, inciso 8) y, por otro lado, "el que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones" (art. 20, inc. 9). Así, nuestro legislador se aleja del modelo suizo aproximándose al español. En el inc. 8 ha reproducido el texto del art. 8, inc. 11, CP español hoy derogado; pero conservando, al inicio, la referencia al acto ejecutado por disposición de la ley. En cuanto al inc. 9, se trata de una versión mejorada de la segunda frase del inc. 4 del art. 85 del Código derogado.

1481 Con respecto al art. 32[145] CP suizo (semejante al art. 31 del Proyecto de 1918, antecedente en gran parte del art. 85, inc. 4 y 5, de nuestro Código de 1924), se ha afirmado que esta disposición sólo constituye

[145] "No constituye una infracción penal, el acto ordenado por la ley, o por un deber de función o de profesión; así mismo el acto que la ley declara permitido o no punible".

una simple declaración general y una referencia a todas las demás reglas del orden jurídico. Stooss[146] estimó que este precepto servía para recordar a los jueces suizos, quienes no siempre eran juristas, la existencia de otras causas de justificación, además de las mencionadas de modo expreso en el Código Penal. En cuanto a nuestro país, el hecho de que los jueces sean muy formalistas al interpretar la ley justifica que se haya mantenido en nuestro Código una disposición de este tipo. Además, esta referencia general a la legalidad no es superflua en un país en el que se viola con frecuencia el principio según el cual toda restricción de los derechos de las personas, por parte de los representantes del poder estatal o de los particulares, requiere siempre una base legal.

Si bien las circunstancias mencionadas han sido, tradicionalmente, 1482
tratadas tanto en la legislación como en la doctrina como causas de justificación, el análisis de las mismas muestra que sus efectos no siempre son el de eliminar la ilicitud del comportamiento típico. Sin embargo, por razones de coherencia de la exposición, las tratamos en esta sección.

2. Disposición de la ley

La fórmula "disposición de la ley" es bastante amplia. Puede ser com- 1483
prendida en el sentido de que establece cuáles son los actos ordenados y cuáles son los permitidos; es decir, que estatuye deberes y derechos. Así, las referencias explícitas al "cumplimiento de un deber" o al "ejercicio de un derecho" sólo explicarían la fórmula general. Esta afirmación se justificaría aún más si se entendiera el término "ley" de manera extensiva, como "derecho".

Lo mismo se puede decir respecto a la mención del oficio o del car- 1484
go. Todo oficio debe ser autorizado o tolerado por la ley, es decir, no prohibido, ya que la regla es la libertad de trabajo. En efecto, según el art. 2, inc. 15, de la Constitución, toda persona tiene derecho "a trabajar libremente, con sujeción a la ley". En cuanto al hecho de asumir y de ejercer un cargo, supone necesariamente una base legal. Así, por ejemplo, el art. 40 de la carta fundamental dispone que "la

[146] Stooss, 1897, p. 223; Zürcher, p. 15.

ley regula el ingreso a la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos".

1485 Esta última disposición constitucional también es el fundamento de la referencia al obrar por "orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones". Las condiciones que legitiman el actuar de la autoridad, así como las de la acción del ejecutor de la orden están generalmente establecidas por la ley que regula los deberes de ambos.

1486 Por todo esto, las diversas circunstancias previstas en los inc. 8 y 9 del art. 20 pueden ser clasificadas en dos grupos: por un lado, los actos ordenados por la ley y, por el otro, los que ésta permite o autoriza. Diferenciándose por supuesto los que constituyen el cumplimiento inmediato y directo de lo dispuesto en la ley, de los que suponen un intermediario entre la ley y el que ejecuta directamente lo que en ésta se dispone. En todo caso, es indispensable que se precise en qué ley se ordena, permite o autoriza el acto realizado. Esto vale, igualmente, en relación con el derecho consuetudinario aplicado, según el art. 149 de la Constitución, por las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas. En particular, respecto a las acciones efectuadas por los ronderos, quienes, conforme a la misma disposición constitucional, son simples auxiliares de dichas autoridades en el ejercicio de sus "funciones jurisdiccionales". Esto no ha sido realizado por la Corte Suprema[147] en una sentencia en la que absuelven a ronderos de los delitos de secuestro, usurpación de funciones, violencia y resistencia a la autoridad, considerando, a la ligera, que habían actuado "de acuerdo a sus costumbres" e invocando el mencionado art. 149 (mal citado en el cuarto considerando).

1487 Sin embargo, en contra de lo que permitiera suponer una lectura superficial de las disposiciones en estudio, el ejercer un derecho, el cumplir con un deber, el realizar un acto en el ejercicio de un cargo o de una profesión no son factores suficientes para justificar un acto típico. Esto depende de las circunstancias en las que se ejecuta el hecho concreto, las cuales están determinadas por las disposiciones

---

[147] Sala Penal Transitoria, del 9 de junio de 2004, no publicada. En el dictamen de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal se planteaba sólo la nulidad de la sentencia por razones formales. Exp. Nº 122-22. CS Nº 975-2004-09-28, Dictamen Nº 813-2004-1 FSP-MP-FN.

legales que las regulan. Por eso, los inc. 8 y 9 del art. 20 pueden ser considerados como tipos abiertos o normas de reenvío[148]: porque su aplicación sólo es posible en la medida en que sean complementadas por otras normas, que deben ser buscadas en todo el ordenamiento jurídico.

3. Cumplimiento de un deber

Conforme a lo explicado antes, cuando el inc. 8 del art. 20 se refiere a "un deber", se tiene que entender "un deber jurídico". No basta, en consecuencia, un deber moral[149]. Si el autor se limita a cumplir con su deber y comete así un acto que reúne las condiciones señaladas en una disposición de la parte especial del Código, dicho acto no es contrario al ordenamiento jurídico. Su acto es lícito, porque sería ilógico que el orden jurídico obligara a una persona a actuar y la hiciera, al mismo tiempo, penalmente, responsable de su comportamiento[150]. 1488

Según el art. 163 del CPP 2004, el testigo debe decir la verdad y, según el art. 409 del Código Penal, será reprimido si comete falso testimonio. Así, el ordenamiento jurídico impone a toda persona llamada a testificar en un proceso penal la obligación de no faltar a la verdad. Por lo tanto, no puede pretender, al mismo tiempo, sancionarla por difamación (art. 132) si ella le imputa al procesado un comportamiento delictuoso. 1489

El buen funcionamiento de la administración de justicia es, pues, interés preponderante[151] frente al interés individual del procesado por delitos contra el honor. Pero esto no significa que el cumplimiento del deber sea ilimitado: su ejercicio está restringido tanto por la finalidad del deber, como por la necesidad de realizar el acto típico. En el caso del testigo, éste no tiene por qué manifestar alegaciones con- 1490

---

148 LOGOZ/SANDOZ, art. 32, 1.

149 VELÁSQUEZ, 1997, p. 420 s.; BUSTOS, 1989, p. 225; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964 III, p. 508. Cf. RN Nº 2683-97-Lima, del 21 de abril de 1998, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 138; RN Nº 1346-97-Lima, del 22 de enero de 1998, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 142; Exp. Nº 2455-98-Lima, del 5 de abril de 1999, en ROJAS VARGAS, 2000, p. 413. De manera confusa por hablarse de imputación del resultado: RN Nº 4075-97-Lima, del 12 de junio de 1998, en ROJAS VARGAS, 2000, p. 9.

150 FIANDACA/MUSCO, p. 208; BETTIOL, 1969, p. 290.

151 SAINZ CANTERO, II, p. 347.

trarias al honor del procesado que sean innecesarias para esclarecer su responsabilidad. En la medida en que lo haga, sobrepasa los límites del deber que le impone la ley. De modo que su comportamiento deja de ser el ejercicio legítimo de un deber legal.

1491 En la hipótesis planteada, como en la analizada en el marco del estado de necesidad, vemos que se trata de un conflicto de deberes: por un lado, un deber de acción (decir la verdad al testimoniar) y, por otro, un deber de omisión (no atentar contra el honor de una persona). Este conflicto supone una confrontación de intereses: el de la colectividad a una buena administración de justicia y el de la persona al respeto de su dignidad. La circunstancia que falta para que sea aplicable el art. 20, inc. 4, es la situación de peligro inherente al estado de necesidad. Por esto, era necesario prever una regla especial que, sin embargo, no constituyera una carta en blanco para quien actuara en cumplimiento del deber jurídico.

4. Ejercicio legítimo de un derecho

a. Teoría

1492 Reconocerle un derecho a una persona implica concederle además los medios necesarios para ejercitarlo y para defenderlo. La fuente principal de estos derechos es, sin duda alguna, la Constitución: ella consagra los derechos personales y sociales fundamentales. Pero el mayor número de derechos reconocidos (llamados derechos subjetivos) se encuentra en las diversas leyes, en los actos jurisdiccionales o administrativos, en los negocios jurídicos y en la costumbre[152].

1493 Según la terminología tradicional, debe tratarse de un derecho en el sentido del poder facultativo de obrar, es decir, de prerrogativas reconocidas por el derecho positivo (normas jurídicas) a una persona para hacer o dejar de hacer. Poco importa sin embargo cómo se le denomine (subjetivo, potestativo, etc.)[153]. Su ejercicio, de eficacia *erga omnes*, implica en general la afectación de los derechos de otras personas. Al fijar los límites de estos derechos, se determina, pues, la fuerza justificante de su ejercicio.

---

[152] CARACCIOLI, p. 93 ss.; FIANDACA/MUSCO, p. 204.
[153] FIANDACA/MUSCO, p. 204.

Dicho ejercicio puede implicar la realización de un acto calificado de delito por la ley. Esta posibilidad ha sido prevista por el legislador que, para evitar contradicciones en el sistema, lo declara exento de pena porque el autor ejerce un derecho al actuar. Este principio responde a una exigencia lógica: sería absurdo reconocer, por un lado, a una persona la libertad de actuar a nombre de un interés determinado y, por otro, calificar la actividad que desarrolla de ilícita[154]. Además, en la perspectiva de la función justificadora, el ejercicio de un derecho supone un conflicto entre dos derechos: el que es ejercido y el que es limitado por este ejercicio. El derecho que prima es el más importante y, en caso de igualdad, cualquiera de ellos. Según la Constitución, se deben salvaguardar en primer lugar los derechos que conciernan directamente a la dignidad de la persona. Así mismo, hay que tener en cuenta los principios generales relativos a la primacía de las leyes superiores, posteriores y especiales sobre las inferiores, anteriores y generales[155]. 1494

Comprendido en sentido amplio, se puede considerar que el ejercicio de un derecho comprende otras causas de justificación. Así, la legítima defensa es el derecho a proteger por sí mismo bienes personales puestos en peligro por un ataque ilícito. Este ejemplo pone en evidencia que no cualquier ejercicio de un derecho justifica el acto típico realizado, sino que es indispensable que dicho comportamiento sea realizado dentro del marco establecido por la norma; es decir, sin incurrir en un abuso del derecho. Es fundamental sobre todo determinar si su titular puede ejercerlo directamente o si se requiere la intervención de una autoridad competente. 1495

En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico no reconoce a los particulares un derecho ilimitado a hacerse justicia por ellos mismos. Es verdad que muchos son los casos en los que el ejercicio de los derechos tiene lugar en armonía con las personas concernidas. Por ejemplo, el vecino que corta las ramas de los arbustos que sobrepasan el límite de su jardín, sin que el propietario se considere víctima de daños contra su propiedad. Pero en caso de oposición de éste, el primer vecino no puede imponer su derecho mediante actos que impliquen la restricción de los derechos del propietario; por ejem- 1496

---

[154] BETTIOL/PETTOELLO MANTOVANI, p. 368.

[155] FIANDACA/MUSCO, p. 205.

plo, ingresando en el predio de éste sin su autorización. Por lo tanto, no podrá justificar tal comportamiento invocando el ejercicio de su derecho.

1497 De igual manera, el acreedor no puede ejercer violencia o amenazas contra el deudor moroso para recuperar la suma que le ha prestado. El orden jurídico le ofrece las vías legales necesarias para hacer respetar su derecho. Por eso incurre en delito, fuera de los otros que haya cometido en concurso (coacción, vías de hecho), quien, "con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo" (art. 417). El límite del ejercicio del derecho está dado, pues, por el carácter arbitrario del comportamiento del agente; es decir, un comportamiento dictado sólo por la voluntad o el capricho. Actúa de un modo arbitrario quien recurre a la violencia, intimidación, engaño o cualquier otro medio prohibido por el ordenamiento jurídico.

b. Ejemplos

1498 A veces, sin embargo, el orden jurídico autoriza a los particulares a intervenir para hacerse justicia. En el derecho privado, es el caso, por ejemplo, de la defensa posesoria. Según el art. 920 del Código Civil, "el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias". En consecuencia, el acto de fuerza que cometa contra el usurpador será típico (coacción, vías de hecho) pero no ilícito, siempre que se limite a ejercer legítimamente su derecho.

1499 En materia penal, el art. 260 del CPP 2004 autoriza a los particulares a arrestar a una persona en caso de "flagrancia delictiva". Según el art. 259, párrafo segundo, del mismo Código, existe "flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo". Esta forma de arresto fue establecido con el fin de hacer factible la persecución penal del responsable. En consecuencia, debe tratarse de un hecho penal y es necesario que se den las condiciones legales que hacen de una persona la sospechosa de ser su autor. Quien práctica esta medida debe recurrir a los medios adecuados según las circunstancias. Como se puede tratar de un inocente, el particular, de la

misma manera que la autoridad, sólo deberá violar los derechos de la persona concernida en la medida necesaria para detenerla (lesiones propias al acto de sujetarla o esposarla, coacciones indispensables para conducirla a la comisaría, etc.). Pero no está autorizado a lesionar gravemente, abofetear, apalear o matar al sospechoso [156]. En buena cuenta, debe evitarse toda violación de la dignidad de la persona.

Otro caso interesante es el denominado *jus corrigendi.* La educación 1500
de los menores requiere con frecuencia el recurso a ciertas medidas que constituyen restricciones a sus derechos fundamentales: por ejemplo, libertad, honor, integridad o bienestar corporal. El que recurre a estos medios realiza actos conformes a ciertos tipos penales: privación ilícita de la libertad, injuria, maltratos. Según los criterios de la pedagogía, estos castigos son sin embargo muchas veces necesarios. La experiencia diaria nos enseña además que resulta casi imposible evitar su utilización en el proceso de disciplinarlos. Al mismo tiempo, se reconoce casi en forma unánime que estos medios no deben provocar ningún daño en la persona del menor, ni consistir en actos denigrantes o humillantes[157]. De ser este el caso, se le traumatizaría y los resultados serían entonces contraproducentes[158].

El Código Civil, en su art. 423, inc. 3, prevé que el titular de la patria 1501
potestad tiene el derecho a corregir con moderación al menor y, en los casos en que esto no bastase, de recurrir a la autoridad judicial para solicitar el internamiento del niño en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores. Los límites de este derecho de corrección están determinados esencialmente por la declaración constitucional referente a la protección de la persona y al respecto de su dignidad (art. 1), así como a la prohibición de toda violencia física, moral o síquica y los tratos inhumanos o humillantes (art. 2, inc. 28, pf. h). Así mismo, por la finalidad atribuida a la educación: es decir, "el desarrollo integral de la persona humana" (art. 13, *in initio,* de la Constitución)[159].

---

[156] JESCHECK/WEIGEND, § 35 IV 2; ROXIN, 1997, § 17 Nº 23, 28; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § Nº 139.

[157] ROXIN, 1997, § 17 Nº 33, 35.

[158] MAURACH/ZIPF, § 28, Nº 28.

[159] En este sentido, FIANDACA/MUSCO, p. 207; CEREZO MIR, 1998, p. 57; JESCHECK/WEIGEND, § 35 III 1 s.

1502 El derecho de corrección surge de las relaciones familiares y de tutela. Constituye una facultad personal que no puede ser cedida a terceros, contra la voluntad de su titular, sobre la base de un supuesto interés público[160]. Por lo tanto, no puede ser ejercido sobre los hijos de otros[161]. Los padres tienen, sin embargo, la posibilidad de delegar a terceros su derecho de corrección cuando, por circunstancias particulares (ausencia, por ejemplo), no puedan ejercerlo.

1503 Los maestros tampoco son titulares del derecho de corrección. Deben cumplir su labor docente y conservar la disciplina de los alumnos conforme a los criterios pedagógicos y a las normas que regulan su actividad, pues se trata más bien del ejercicio de un oficio[162]. Pueden, sin embargo, con un fin educativo o disciplinario, emplear medios coactivos que lesionan la libertad (expulsarlo del salón de clase) o el patrimonio del menor (confiscarle una revista pornográfica)[163]. En todo caso, el ejercicio de esta potestad debe hacerse de conformidad con las disposiciones legales o administrativas pertinentes y recurriendo a medios adecuados. Los maltratos de cierta gravedad, sobre todo los que afectan a la salud, nunca serán justificados por la existencia de un pretendido derecho de corrección[164].

1504 Resulta también interesante el derecho de huelga, consagrado constitucionalmente (art. 28, inc. 3). Este derecho es una conquista social lograda por los trabajadores con mucho sacrificio. Constituye un medio de defensa de sus derechos y de lucha en favor de otros. Su ejercicio tiene efectos negativos sobre los derechos de terceros, comprendidos los de los patrones o empleadores. Los actos (abandono del puesto de trabajo, no mantenimiento de los medios de trabajo, interrupción de la cadena de producción, perturbación del orden o circulación públicos por manifestaciones callejeras, etc.) que producen dichos efectos constituyen objetivamente comportamientos típicos, pero no pueden ser calificados de ilícitos por ser indispensables al ejercicio de un derecho constitucional. Sólo en la medida en que sobrepasen este límite, se considerarán no justificados por el ejercicio

---

160 ROXIN, 1997, § 17, Nº 37.
161 BETTIOL, 1943, p. 33, 173.
162 NOLL, 1955, p. 38
163 GERMANN, 1942, p. 316; JUNG, p. 15; KAUFMANN, J., p. 17.
164 WAIBLINGER, s/f, FJS Nº 1204, p. 7; HAFTER, 1946, p. 163; LOGOZ/SANDOZ, art. 32 2 c.

del derecho de huelga (por ejemplo, actos vandálicos contra la propiedad de terceros con motivo de una manifestación, destrucción de maquinarias para evitar que otros trabajadores reanuden las labores, agresión física contra los opositores a la continuación de la huelga). Este último ejemplo citado constituye, con claridad, la negación del derecho a la libertad del trabajo y del derecho de huelga; pues, se trata de una facultad (de ejercitarlo o no). Este límite es externo, por oposición a los límites internos o consustánciales al derecho de huelga[165].

Un reconocimiento extremo, al mismo tiempo que ineficaz, del efecto justificante del ejercicio de un derecho es el referente al derecho de insurgirse consagrado en la Constitución. Según su art. 46, pf. 2, "la población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional". Este derecho se dirige tanto contra el golpe de Estado desde arriba ("autogolpe") como contra el golpe de Estado desde abajo (golpe militar o rebelión popular armada)[166]. Su ejercicio supone que la rebelión contra el Estado constitucional haya comenzado, no siendo suficientes los actos preparatorios. Además, tiene un carácter subsidiario, pues supone que el Estado no pueda defender el orden jurídico. La ineficacia de esta norma declarativa resulta del hecho que se refiere a una situación de orden político y no jurídico. En efecto, los golpes de Estado y las rebeliones populares no pueden ser evitados mediante normas jurídicas, pues sus causas son sociales, políticas y culturales: injusticia social, insuficiente participación en el ejercicio del poder, inestabilidad de las instituciones, violación frecuente de los derechos humanos. 1505

5. El cumplimiento de orden obligatoria de autoridad competente

a. En el ámbito civil

En el Código de 1863 esta circunstancia justificante era regulada de manera detallada. Su art. 8, inc. 10, decía que estaba exento de responsabilidad criminal "el que obra en virtud de obediencia debida a un superior, siempre que éste proceda en uso de sus atribuciones, y 1506

[165] Fiandaca/Musco, p. 206.
[166] Roxin, 1997, § 16 Nº 116.

concurran los requisitos exigidos por las leyes para que la orden sea obedecida". De manera breve, el art. 85, inc. 5, del Código derogado disponía lo mismo respecto al "que obra por [...] orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones". En el Código vigente (art. 20, inc. 9), se reproduce textualmente esta regla, como ya se hacía en los Proyectos de enero (art. 20 inc. 9) y abril de 1991 (art. 20 inc. 9).

1507 Así, nuestro legislador persiste en considerar la obediencia debida como una circunstancia autónoma, distinta de los casos que constituyen un "obrar por disposición de la ley" cuando, en realidad, el inferior que cumple un mandato obligatorio de su superior obra, en buena cuenta, en "cumplimiento de la ley"[167]. Esto significa que si el legislador no hubiera regulado de manera expresa esta circunstancia, hubiera bastado con interpretar debidamente la regla que declara impune el hecho de "obrar por disposición de la ley" (art. 85, inc. 5, del Código derogado y art. 20, inc. 8, *in initio*, del Código vigente). Además, no hay que olvidar que la obediencia debida tiene fuertes relaciones con el "cumplimiento de un deber jurídico", puesto que el subordinado tiene el deber legal de obedecer a sus superiores.

1508 Su regulación expresa se justificaría, en cierta medida, por el interés que existe en destacar la relación particular entre quien ordena y quien ejecuta la orden, pues, resulta necesario determinar la responsabilidad de ambos y no sólo de quien ejecuta material y directamente la acción típica.

1509 Al contrario de lo que sucede en el caso del obrar por disposición de la ley, el aspecto específico de la obediencia debida radica en el hecho de que no existe una relación directa entre el precepto y el funcionario que ejecuta el comportamiento típico, sino que entre estos hay un intermediario: el superior jerárquico que dicta la orden para que el acto sea ejecutado. Esta estructura determina una triple relación: entre el superior y el inferior, entre éste y la persona que padece el acto ordenado y, por último, entre la víctima y el superior.[168]

---

[167] JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. IV, p. 506.

[168] DU PUIT, 2002, p. 241 ss; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, p. 521 y ss.; VELÁSQUEZ, 1997, p. 487. Cf. ARNDT, p. 145 ss.; JESCHECK, 1965b, p. 63 ss.; STRATENWERTH, 1958.

Arias[169] señaló, en dos etapas, las características de la circunstancia estudiada. En primer lugar, sostuvo que "obedecer las órdenes superiores, aunque de su cumplimiento pueda resultar daño, a juicio del que las ejecuta, no es violar el derecho; es, por el contrario, mantener el orden, que desaparecería si cada uno de las instituciones o agentes de la autoridad tuviese el poder de deliberar y resolver, por sí y ante sí, los actos que debe o no practicar". Pero, en segundo lugar, indicó que "el ejecutor de decisiones superiores ha de examinar si ellas están o no dentro de la órbita en que ha de moverse el que las expide, y si revisten formas externas que deben legalmente tener para ser obedecidas". Para explicar esto último, consideró que no hay que considerar a los hombres como máquinas o simples instrumentos y que "todo el que desempeña funciones en el seno de la sociedad, debe ejercerlas racionalmente y con sujeción a las leyes que están sobre toda voluntad individual y, por lo mismo, han de ser acatadas, antes que los mandatos superiores que les opongan"[170]. 1510

La relación jerárquica supuesta por la obediencia debida es de orden público e implica, por un lado, la potestad de mandar del superior y, por otro, el deber de obediencia del inferior[171]. Por la naturaleza de sus funciones, existen diferencias, por ejemplo, entre la obediencia en el ámbito militar y la obediencia en la administración pública civil. Por eso hay que tener en cuenta las respectivas disposiciones legales que las regulan. 1511

La obligatoriedad de la orden dictada por el superior depende precisamente de las disposiciones que reglamentan el ejercicio de su potestad. Formalmente, es indispensable que sea competente para impartir la orden y, además, que ésta cumpla con la forma prescrita[172]. Esto es lo que establecía el inc. 9 del art. 8 del Código de 1863, cuando disponía que el superior debía proceder "en uso de sus atribuciones" y que debían concurrir "los requisitos exigidos por las leyes para que la orden sea obedecida". 1512

A estas condiciones formales debe agregarse un límite material[173]. La orden impartida por el superior no debe vulnerar de manera eviden- 1513

---

169 T. I, p. 81.
170 T. I, p. 81.
171 FIANDACA/MUSCO, p. 209; VELÁSQUEZ, 1997, p. 474.
172 FIANDACA/MUSCO, p. 209 s.; VELÁSQUEZ, 1997, p. 476 s.
173 ROXIN, 1997, § 17 Nº 5 s.

te el orden jurídico y, en particular, no debe constituir un atentado contra la dignidad humana. El caso más evidente de orden no obligatoria por razones materiales es aquel en virtud del cual el superior ordena cometer un hecho que reviste relevancia penal[174]. Al respecto, y de manera general, debe recordarse que los intereses del Estado que pueden ser cumplidos o reforzados por la orden del superior nunca pueden prevalecer sobre el respeto de la dignidad de la persona; porque ésta, según el primer artículo de la Constitución, es el valor supremo en nuestro ordenamiento jurídico. La persona afectada por el comportamiento abusivo ordenado por el superior podría entonces defenderse con derecho contra el inferior que lo ejecuta o trata de ejecutarlo[175].

1514 En el ámbito civil, el inferior debe señalar de inmediato al superior las dudas que tenga sobre el carácter ilícito del comportamiento que se le ordena ejecutar. En caso de estar, sin embargo, obligado a cumplir la orden, será sancionado en la medida en la que sea culpable. El superior, por su parte, será responsable por haber incitado al inferior a cometer el acto típico.

1515 Según nuestro orden constitucional[176] resultaría inadmisible pretender, alegando que el aparato estatal podría ser paralizado, que el mandato de un superior goza de una presunción de legitimidad y que excluye así todas las dudas u objeciones de quien debe cumplirlo. Las normas que regulan la actividad del Estado ofrecen vías suficientes para que eso no suceda. La actividad de sus órganos –en particular, la que implica una restricción de los derechos de las personas– siempre debe tener una base legal. La supuesta razón de Estado no puede fundamentar dicha actividad[177].

1516 Se discute mucho sobre la obligatoriedad de las órdenes que puedan dar lugar a la comisión de delitos culposos: Por ejemplo, el superior que ordena al chófer del vehículo de servicio que lo conduzca a pesar del mal estado en el que se encuentran los frenos. Este ejemplo sirve para demostrar que el inferior no debe obedecer cuando resulta bastante probable que se produzca un daño o se ponga en peligro concre-

---

174 FIANDACA/MUSCO, p. 211.
175 ROXIN, 1997, § 17 Nº 12.
176 DU PUIT, 2002, p. 242.
177 VELÁSQUEZ, 1997, p. 478.

to a terceros. No basta, sin embargo, que del cumplimiento de la orden aparezca como probabilidad lejana producir un tal perjuicio.

Finalmente, quien obra en cumplimiento de una orden obligatoria, 1517
expedida por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones, no es castigado. En efecto, su cumplimiento tiende a realizar la "voluntad del sistema jurídico mismo". Por el contrario, si la orden es ilícita, el subordinado que la ejecuta comete un acto ilegal de la misma manera que el superior que la dicta. Pero el subordinado no incurrirá en reproche alguno si, en las circunstancias en las que actuó, se vio obligado a obedecer (la orden fue confirmada por el superior de quien la dictó), no se dio cuenta de su carácter ilícito, o lo hizo a pesar de la divergencia de criterios con su superior. En estos últimos casos, no se trata de calificar el acto, sino al autor: hay que determinar su culpabilidad. En cuanto al superior (autor mediato), será castigado por la infracción cometida por el subordinado al cumplir la orden obligatoria ilícita. Al contrario, el juez no podrá penarlo si su orden es conforme a derecho, aun cuando su ejecución implique la comisión objetiva de una infracción por el subordinado. La doctrina dominante estima que este criterio "diferenciador" permite comprender mejor las disposiciones del Código. Esto se deducía ya con relativa claridad del art. 86 del Código derogado: "En el último caso del artículo anterior, la represión del delito podrá ser aplicada al que por su orden hubiera determinado a otro a obrar".

b. En el ámbito militar

El art. 19, inc. 7, CJM presupone, a diferencia del art. 20, inc. 9, del 1518
Código Penal, una relación de jerarquía entre la persona que emite la orden (el superior) y el que la cumple (el subordinado). No se puede calificar de debida a la obediencia, como se hace en el Código Penal común, pues el Código Penal Militar añade el requisito de que la orden no debe ser notoriamente ilícita[178]. De esta manera, se admite que la orden debe ser acatada aun cuando sea ilícita, pero a condición de que esta característica no sea evidente. Esta es la diferencia esencial respecto al derecho penal común, en donde la orden dictada debe ser lícita. Puesto que esta última afirmación se deduce

[178] Respecto al derecho argentino, cf., SANCINETTI, 1987, p. 484 ss.

de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, la cuestión es saber si se justifica o no, al menos, cómo se explica la excepción respecto al régimen militar.

1519 Esta diferencia entre el derecho penal común y el derecho penal militar no puede descartarse invocando la afirmación, como se hace en la exposición de motivos del Código Penal de 1991[179], de que "aun cuando la fórmula de la obediencia jerárquica del Proyecto (artículo 20, inc.9), es exactamente igual a la del Código Penal [derogado] (artículo 85, inc. 5), cabe destacar que la Comisión Revisora interpreta que, con las locuciones 'orden obligatoria', 'autoridad competente' y 'ejercicio de sus funciones' se alude tácitamente, pero de manera suficiente, a que la orden superior no debe ser manifiestamente ilícita, no siendo necesario, en tal sentido, indicarlo así *expressis verbis* en el art. 20, inc. 9". Mejor habría sido que se hubiera dicho expresamente para dejar claro lo que se buscaba establecer.

1520 Los redactores de la exposición de motivos hicieron bien sin darse cuenta, puesto que el art. 20, inc. 9, supone, de acuerdo con la Constitución, que no existe el deber de cumplir órdenes ilícitas. Expresado con otras palabras, no existe la obligación ciega o absoluta a los mandatos que dicten las autoridades o los superiores jerárquicos, pues éstos, como el resto de ciudadanos, se encuentran sometidos al derecho. Por lo tanto, no les está permitido dictar órdenes ilícitas, ni es deber de sus destinatarios cumplirlas automáticamente.

1521 Esta regla general permite responsabilizar a quien ejecuta la orden cada vez que cumpla un mandato ilícito, ya que esta circunstancia impide que pueda considerarse su comportamiento como adecuado al derecho. Tal conformidad sólo existiría si la orden fuera formal y materialmente lícita.

1522 Otra diferencia entre el análisis del cumplimiento de una orden obligatoria emitida por autoridad competente en el ámbito civil y el militar, es que en el primero quien debe obedecer puede, al recibirla, controlar su carácter lícito o ilícito, situación que no concurre en el segundo. En éste, la cohesión de la institución requeriría una disciplina más estricta, de modo que el subordinado debe confiar en su superior y sentirse amparado en lo que hace por el mandato que

[179] CP 1991, p. 8.

obedece, salvo que la orden sea manifiestamente ilícita. Esto supondría que el subordinado sólo podría ser reprimido cuando tuviera consciencia del carácter ilícito del mandato y, por lo tanto, del comportamiento que ejecutaba en su cumplimiento. Es decir, que se aplicaría la teoría del dolo[180], según la cual actúa dolosamente sólo quien es consciente de que comete un acto contrario al ordenamiento jurídico. El subordinado, en este caso, no es responsable penalmente porque no ha obrado con dolo[181]. En este sentido, la actuación obediente del subordinado está justificada: el superior es autor mediato tras un instrumento que actúa justificadamente[182].

La regulación del Código de Justicia Militar debe interpretarse con- 1523
forme a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. De modo que no puede considerársele como una excepción a la regla de que no hay deber de obedecer órdenes ilícitas. Debe más bien procederse, como punto de partida, a una interpretación sistemática de la norma. Así, hay que tener en cuenta que el delito de desobediencia, conforme al art. 158 CJM, supone que el subalterno no cumpla la "orden del servicio sin causa justificada". Lo que deja la posibilidad de que el subordinado alegue, justamente, que la orden es ilícita para explicar su inobservancia. También hay que considerar que se reprime, por ejemplo, como abuso de autoridad, art. 180, inc. 8, CJM, el hecho de que se "den órdenes que no tengan relación con el servicio". En este caso, la víctima del abuso (subordinado) no tiene la obligación de obedecer y esto sólo es factible únicamente si tiene la posibilidad de controlar el carácter indebido de la orden en cuestión.

Es importante la correcta comprensión de la locución "notoriamen- 1524
te ilícita", para lo cual resulta útil tener en cuenta los criterios que se aplican en los casos de error de prohibición[183]. En este sentido, es evidente que con dicha expresión se está aludiendo, en principio, a los delitos más graves, los mismos que constituyen una violación a las reglas fundamentales de la convivencia social. Así, ningún subordi-

---

180 Cf. *infra* Nº 1726.

181 ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 1995, p. 206 s. Sobre el derecho foráneo, cf. MÜLLER-RAPPARD, p. 36, 138 y 170; MIR PUIG, 1998, p. 432 s.; CEREZO MIR, 1998, p. 249; BUSTOS, 1989, p. 256.

182 Cf. JAKOBS, 1991, 16/11.

183 Cf. *infra* Nº 1732 ss.

nado puede alegar que no sabía que era ilícita la orden por la que su superior le ordenó privar de la libertad y matar a una persona, violar a una mujer o asaltar un banco. Los problemas surgen en relación con mandatos cuya realización supondría la ejecución de comportamientos delictivos de menor gravedad o de índole bastante compleja. La solución sólo puede darse si se precisan los alcances de la expresión "notoriamente ilícita".

1525 Dicha circunstancia (notoriamente ilícita), a tenor de la manera cómo ha sido redactado el art. 19, inc. 7, CJM, es un elemento objetivo de la descripción de la obediencia jerárquica, pues en dicho precepto no se menciona que tenga que actuar conociendo la notoriedad del carácter ilícito de la norma. Hay que cuestionarse en todos los casos si una persona con buen sentido común y colocada en la misma situación que el subordinado, hubiera considerado como lícita la orden. En buena cuenta, esto significa adoptar el criterio de la apreciación paralela practicada por un profano, admitido para precisar en qué consiste la consciencia de la antijuricidad.

1526 La fórmula del Código de Justicia Militar sólo implica que el militar, ciego ante la notoriedad del carácter ilícito del mandato, no pueda disculparse afirmando que no conocía el carácter ilícito de su comportamiento. Lo que obliga a establecer un criterio para identificar cuándo el error sobre la prohibición era evitable, puesto que cualquier persona razonable podía darse cuenta de la antijuricidad de tal mandato. Esto no significa, no obstante, negar al subordinado el deber de reflexionar, antes de obedecer, sobre la antijuricidad de la orden que recibe. Esta idea supone reforzar la actitud atenta y responsable de los subalternos, al mismo tiempo que debilita la tendencia a favorecer el hábito de obedecer, fomentado por la idea que el militar debe hacerlo "a ciegas". Una disciplina de este tipo no es compatible con el Estado de derecho.

1527 En este orden de ideas, tanto en el ámbito civil como en el militar, invocar la obediencia a una orden supone que quien debe ejecutarla crea que tiene el deber de realizar el acto ordenado porque desconocía que tanto el mandato como el comportamiento eran ilícitos, o lo que es lo mismo, porque suponía que estaba amparado por una causa de justificación. De este modo, se alega, sobre todo, el haber actuado bajo la influencia de un error relativo al deber de obediencia y, de manera subsidiaria, coaccionado o en un estado de necesidad creado por las circunstancias en que se desarrolla la actividad militar.

6. Ejercicio legítimo de un oficio o cargo

Según el inc. 8 del art. 85 del Código derogado, estaba exento de pena quien realizaba un acto en cumplimiento de un deber de función o de profesión. Esta disposición ha sido modificada en dos sentidos: primero, se habla hoy de "ejercicio legítimo" en lugar de "cumplimiento de un deber". De esta manera, se amplía su alcance ya que ahora no se comprenden sólo los comportamientos obligatorios. Segundo, se han substituido los términos "función y profesión" por los de "cargo y oficio". La consecuencia es, también, ampliar los efectos de la disposición, pues por "cargo" debe comprenderse tanto el que corresponde a un funcionario (*stricto sensu*) como a un empleado, y por "oficio" toda actividad económica además de las que requieren para su ejercicio una licencia[184]. 1528

Según el mismo texto de la ley, es preciso, por un lado, que el cargo y oficio sean reconocidos o aceptados por el orden jurídico y, por otro, que ambos sean ejercidos conforme a las normas legales positivas o consuetudinarias que los regulan. El aspecto esencial es, en consecuencia, esta doble conformidad con el derecho. El que ejerce un tal oficio o cargo realizará, por lo tanto, un acto legítimo aunque éste sea conforme a un tipo legal. 1529

Comprendida así esta justificante, hay que admitir que constituye un caso especial de la circunstancia general del "obrar conforme a la disposición de la ley", pues el acto correspondiente al ejercicio legítimo de un oficio o cargo debe tener siempre una base legal. Sería entonces contradictorio y absurdo reprimirlo, puesto que implicaría admitir que un mismo acto pueda ser prohibido y permitido al mismo tiempo[185]. 1530

El hecho de mencionar de manera expresa estas circunstancias se justificaría si la fórmula "disposición de la ley" fuera interpretada en sentido restrictivo; es decir, entendiendo por ley sólo el derecho positivo. De modo que no serían comprendidos los actos cometidos en ejercicio de un oficio o cargo pero sólo regulados por el derecho consuetudinario. 1531

Pero, como en los demás casos hasta ahora estudiados, el obrar en ejercicio de un oficio o cargo no basta para justificar un acto típico. 1532

---

[184] Cf. VILLA STEIN, p. 333.
[185] VELÁSQUEZ, 1997, p. 487 s.

Tratándose además de una norma de remisión a todo el ordenamiento jurídico, es indispensable que el autor permanezca dentro de los límites del derecho.

a. Ejercicio legítimo de un cargo

1533 Esta fórmula se refiere a los casos en los que un órgano del Estado, al cumplir sus funciones, realiza un acto que se adecua a un tipo legal. No son raras estas situaciones; basta con señalar las diversas medidas coercitivas que los operadores judiciales emplean en el marco de un proceso penal, los múltiples actos restrictivos de derechos que cometen los órganos ejecutores de las penas privativas de la libertad sobre los condenados y los medios coercitivos que practica la policía para luchar contra la delincuencia.

1534 Las condiciones en las cuales estos actos pueden ser realizados están previstas por la ley. En los casos citados, se trata del Código Procesal Penal, del Código de Ejecución Penal, de la ley o de los reglamentos relativos a la Policía Nacional. El estudio de estas normas es materia de las disciplinas que se ocupan de ellas. El análisis de cada una de las situaciones sobrepasa, en consecuencia, en mucho el marco del presente estudio. Sin embargo, interesa directamente al derecho penal determinar los efectos del error en que se pueda incurrir al ejercer un cargo y las posibilidades que tiene la persona afectada de actuar en legítima defensa.

1535 La base de esta circunstancia justificante es la siguiente: el funcionario debe ser competente tanto en razón de la materia como del territorio. Esto supone, claro está, que haya sido nombrado conforme a la ley, haya asumido el cargo y que lo ejerza en el momento de realizar la acción típica. El usurpador de un cargo público no puede, pues, pretender justificar sus actos alegando el ejercicio del cargo para el cual no ha sido elegido o nombrado conforme al derecho[186]. Estas exigencias se encuentran en el art. 381 del Código Penal que reprime al "funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a una persona en quien no concurren los requisitos legales" y al que "acepta el cargo sin contar con los requisitos legales".

---

[186] VELÁSQUEZ, 1997, p. 493 s.

El hecho debe constituir un acto de servicio y ser realizado conforme a ley y de acuerdo con los mandatos constitucionales. En cuanto a la forma, debe cumplir con todos los requisitos establecidos por la norma legal pertinente. Materialmente debe respetar los criterios de proporcionalidad y de necesidad 1536

En el momento de actuar, el funcionario debe comprobar de forma debida si las condiciones materiales de su intervención existen o faltan, no siendo suficiente que haya obrado creyendo, simplemente de buena fe, que éstas estaban presentes. El Estado, representado por sus órganos, no tiene el privilegio de poder equivocarse, puesto que ello significaría aceptar que los funcionarios quedaran exonerados de responsabilidad en el caso del ejercicio abusivo de sus cargos. Ahora bien, esto no sería conforme al Estado de Derecho que debe esforzarse en garantizar los derechos fundamentales de las personas y en motivar a sus órganos para que actúen estrictamente de acuerdo a la ley[187]. 1537

La eficacia justificativa del ejercicio de un cargo está todavía condicionada por las circunstancias particulares del caso. La injerencia del funcionario se da, con frecuencia, en situaciones críticas y urgentes en las que es en particular difícil tomar la decisión de intervenir o no. Es el caso, por ejemplo, del policía que debe "capturar a los presuntos autores y partícipes" (art. 68, inc. h, CPP 2004) sorprendidos en flagrante delito. La presunción de responsabilidad implica que el policía no pueda tener la certeza de que la persona detenida realmente haya cometido la conducta punible. Así lo deja entrever también la definición de flagrancia dada en la misma disposición y anteriormente transcrita[188]. El sospechoso, aunque no sea el verdadero autor, debe, pues, soportar que se le prive de libertad para que se puedan efectuar los esclarecimientos necesarios. 1538

Si el funcionario ha actuado con la debida diligencia y conforme a su competencia, la privación de libertad que practica no sólo constituye un acto no doloso (error inevitable) sino también conforme al derecho. En consecuencia, la persona detenida no puede reaccionar contra esta medida y, si lo hace, su acto no será justificado aun cuando se compruebe *a posteriori* que su detención fue indebida. Tiene el dere- 1539

[187] ROXIN, 1997, § 17 Nº 12.
[188] Ver *supra* Nº 1499 s.

cho de oponerse, sin embargo, cuando el agente actúa negligentemente o de modo malintencionado al apreciar las circunstancias que condicionan la detención según la ley[189].

1540 El fundamento de la justificación es el siguiente: la preponderancia del interés[190] que el objetivo del ejercicio del cargo constituye, frente al interés de la persona que ve restringido uno de sus derechos personales. En el ejemplo dado, la identificación y la detención del sospechoso con miras a la realización de la justicia constituye el interés preponderante que tiene el presunto autor en conservar su libertad.

1541 Pero si un funcionario abusa de sus poderes, su acto será por supuesto ilícito. Así lo reconocía, el deficiente DL Nº 19644, del 5 de diciembre de 1972, al establecer, en su art. 1, que "el personal de las Fuerzas Policiales" está exento de responsabilidad penal cuando "en actos de servicio o con ocasión de él, haga uso de sus armas en forma reglamentaria". Por lo tanto, es insuficiente que actúe estando de servicio: debe además respetar las disposiciones que regulan las circunstancias en las que se puede hacer uso del arma y la manera cómo debe hacerse.

1542 Lo mismo establece el art. 376 del Código Penal al reprimir al funcionario público que, "abusando de sus atribuciones, comete [...], en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera". Si este acto también es típico (lesiones), además de ser el resultado de una violación de las normas que regulan las "atribuciones" del funcionario, éste será responsable tanto del abuso de autoridad como de las lesiones que haya infringido a la víctima.

b. Ejercicio legítimo de un oficio

1543 Como ya lo hemos indicado antes, la regla es el principio constitucional de la libertad de trabajar. Por eso, el ejercicio de un oficio no supone siempre una autorización especial o la regulación legal de dicha actividad, sobre todo en países como el Perú donde la crisis económica obliga a un gran número de personas a realizar diversas ocupaciones para poder subsistir. La iniciativa y creatividad indivi-

---

189 ROXIN, 1997, § 17 Nº 14.
190 VELÁSQUEZ, 1997, p. 493.

duales son los únicos medios con los que se cuenta para combatir la desocupación masiva. Regular estas innumerables actividades económicas constituiría un obstáculo para su desarrollo y daría lugar a la informalidad generalizada.

Esta realidad impone que se reconozca, de manera amplia, el ejercicio de un oficio como circunstancia justificante a fin de no privilegiar sólo a quienes ejercen ocupaciones (profesiones) que requieran una autorización y una formación especiales. Esto no significa, sin embargo que se descuiden las regulaciones necesarias de determinadas actividades por exigencia del orden y seguridad públicos. El ejercicio de un oficio supone, pues, que quien lo desempeñe, obre dentro del marco legal, general o especial, pertinente. 1544

El comerciante ambulante (informal), además de respetar las pautas municipales, debe actuar dentro de los límites establecidos por las normas que regulan la comercialización del producto-objeto de su actividad. El ejercicio de su oficio no le faculta, por ejemplo, a explotar el trabajo de menores ni a poner en peligro la seguridad de la circulación pública de vehículos y peatones. 1545

En el caso de los profesionales propiamente dichos (por ejemplo, médicos, farmacéuticos, ingenieros, abogados, periodistas, etc.)[191], el título profesional que los habilita para ejercer su oficio o profesión no constituye una patente de corso para justificar cualquiera de los actos que cometan como tales. El periodista, alegando la libertad de la prensa (art. 2, inc. 4, Const.), no puede impunemente ultrajar el honor de las personas. Esto explica que, en la misma disposición, se disponga también que los delitos cometidos mediante la prensa se tipifiquen en el Código Penal. No es diferente la situación del abogado que ejerce la defensa de una persona ante los órganos judiciales. Así, el art. 84, inc. 9, CPP 2004 instituye el derecho de "expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya sean naturales o jurídicas". 1546

Vivas discusiones se han producido en torno a la actividad profesional de los médicos y, en especial, respecto a las intervenciones quirúrgicas. Su deber de curar y de salvaguardar la vida de los pacientes no les da 1547

[191] VELÁSQUEZ, 1997, p. 490 s.

por supuesto plenos poderes sobre la existencia y la salud de éstos. Conforme al respeto de la dignidad humana, la persona concernida es la única capacitada para decidir lo que conviene a sus intereses. En consecuencia, no puede ser sometida a un tratamiento contra su voluntad, aun cuando éste sea considerado el único medio de conservar su vida o de mejorar su salud. De modo que la autorización que se les concede a los médicos para ejercer la medicina implica el respeto de la *lex artis* y del conjunto de normas que regulan la profesión.

1548 En resumen, cada vez que se presenten dudas sobre la tipicidad y el carácter ilícito de un acto cometido en el ejercicio de la medicina, como de toda otra profesión, debe indagarse sobre el marco jurídico en el que ha sido ejecutado y, en particular, sobre si el paciente dio o no su consentimiento.

7. Autorización de la autoridad competente

1549 Como ya lo hemos señalado al estudiar la tipicidad, la falta de permiso de la autoridad competente constituye, en diversos casos, un elemento del tipo legal objetivo. De ahí se sigue que si el acto ha sido autorizado en forma debida, no es típico. Por ejemplo, respecto a los tipos legales que prevén la represión de quien, "sin autorización, explora, excava o remueve yacimientos arqueológicos prehispánicos" (art. 226) o de quien "elabora mercaderías gravadas cuya producción, sin autorización, esté prohibida" (art. 271, inc. 1). Es, pues, la inexistencia de una autorización de la autoridad competente lo que determina la tipicidad del acto.

1550 El efecto de justificación del permiso otorgado por la autoridad competente está por supuesto limitado a los casos de prohibición sancionada con reserva de autorización. En el ámbito de las drogas ilícitas, el hecho de comercializarlas (art. 296) constituye siempre un acto típico. Pero se justifica si el agente cuenta con el permiso previo necesario. Al contrario, el farmacéutico que expende un medicamento que contiene estupefacientes realiza un comportamiento atípico si lo hace conforme a las normas que regulan su comercio y a la licencia que posee. Si lo hace violando estas normas, será responsable del delito previsto en el art. 300.

1551 Los problemas surgen cuando un acto es cometido al amparo de un permiso que ha sido obtenido coaccionando, corrompiendo o enga-

ñando a la autoridad competente para otorgarlo. La invalidez de esta autorización genera, de manera evidente, que el acto realizado sea típico e ilícito.

A causa del hecho de que la autorización deba estar arreglada a la ley y ser otorgada en una forma particular, la complacencia temporal de la autoridad competente no puede neutralizar la prohibición legal existente. Ésta sólo puede ser derogada mediante una disposición expresa. Por eso el que actúa creyendo, en razón de la actitud de la autoridad, que su acto es lícito, podrá alegar haber obrado bajo la influencia de un error de prohibición y, por lo tanto, considerarse no culpable. 1552

§ 14 Culpabilidad

I. Culpabilidad y responsabilidad. II. Regulación legislativa. III. No hay pena sin culpabilidad. IV. Noción de culpabilidad. 1. Concepción psicológica. 2. Concepción psicológico-normativa. 3. Concepción normativa. V. Impugnación de la culpabilidad. VI. Capacidad de culpabilidad (imputabilidad). 1. Generalidades. 2. Menores de edad. a. Introducción. b. Evolución legislativa nacional. b.1. Código Penal de 1863. b.2. Código Penal de 1924. b.3. Situación actual. c. Límite cronológico de la capacidad penal. 3. Imputabilidad. a. Generalidades. b. Técnica legislativa. c. Noción de imputabilidad. 4. Inimputabilidad según el art. 20, inc. 1. a. Anomalía psíquica. b. Grave alteración de la consciencia. c. Alteración de la percepción. 5. Actio libera in causa. *6. Duda sobre el estado mental del agente. 7. Inimputabilidad según el art. 15. 8. Imputabilidad disminuida. a. Generalidades. b. Técnica legislativa. c. Causas. 9. Jóvenes delincuentes. 10. Ancianos. VII. Error de prohibición. 1. Introducción. 2. Evolución legislativa. a. La ignorancia de la ley no excusa (error juris nocet). b. Error de hecho y error de derecho. c. Error de prohibición. c.1. Regulación. c.2. Modelo alemán recepcionado. 3. Art. 14 CP 1991. a. Generalidades. b. Objeto del error de prohibición. c. Formas de error de prohibición. c.1. Error de prohibición directo. c.2. Error de prohibición indirecto. c.3. Error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación. c.4. Error de prohibición invencible. c.5. Consecuencias penales. VIII. Exclusión de la culpabilidad. 1. Introducción. 2. Estado de necesidad exculpante. a. Evolución legislativa. b. Presupuestos del estado de necesidad. c. Restricción a la exculpación. 3. Exceso en la legítima defensa. 4. Miedo insuperable. a. Regulación legislativa. b. Índole de la circunstancia. c. Presupuestos de la exculpación. d. Origen del miedo. e. Miedo no superable. f. Ponderación de males. 5. Error sobre las circunstancias materiales de las excusas absolutorias.*

I. Culpabilidad y responsabilidad

El término responsabilidad es utilizado en diversos sentidos en el ámbito del derecho. Con mucha frecuencia se emplea en derecho procesal penal para indicar que se ha comprobado que el procesado es el autor del delito y que debe, por lo tanto, ser condenado. También se utiliza para señalar que el autor de una infracción es capaz de actuar penalmente y ser sometido a una pena. Además, un sector de la doctrina[1] recurre a él para concretar una categoría penal que complementa la enumeración de las condiciones que deben comprobarse antes de poder someter a una persona a una sanción penal. 1553

En las últimas propuestas planteadas tendientes a perfeccionar y completar la teoría del delito, el vocablo responsabilidad ha sido empleado para renovar los criterios de la imputación subjetiva del hecho punible. Pero, a pesar de los esfuerzos realizados, la noción de responsabilidad no ha ganado en precisión, pues las definiciones dadas han estado estrechamente relacionadas con las concepciones dogmáticas que han servido de punto de partida a sus autores. Tampoco ha sido fijada su función, ni en la sistemática de la teoría del delito, ni a nivel de la política criminal. Sin embargo, el análisis de los diferentes planteamientos que ofrece la doctrina permite comprobar que, como casi siempre sucede, el objetivo buscado es el de dar una solución más conveniente a algunos casos que no son tratados de manera coherente por el esquema conceptual aceptado. Mediante la noción de responsabilidad se trata, en efecto, de esclarecer por qué, en ciertas circunstancias, no se pena al agente a pesar de que éste ha actuado culpablemente, en la medida en que el mismo puede seguir el mandato de la norma de comportarse conforme al derecho. 1554

[1] ROXIN, 1997, § 19 Nº 1 ss.

1555 Si se admite entonces que en estas situaciones, al contrario de lo afirmado con frecuencia, la culpabilidad subsiste aunque bastante disminuida, se debe reconocer, en consecuencia, que ésta no basta para que se dé la responsabilidad penal: esta última implica, además, una valoración sobre la necesidad preventiva de imponer una sanción punitiva al agente culpable. La necesidad preventiva de castigar se desprende casi siempre de la incriminación del acto en el momento en que el legislador estatuye los tipos penales. Sin embargo, esto no siempre ocurre. Así, en caso de estado de necesidad no se reprimirá al agente, aun cuando sea culpable, porque se considera que la pena, como medio de prevención, no es indispensable para obligarlo a que se comporte conforme al orden jurídico.

1556 La noción de responsabilidad es por lo tanto de índole normativa. Constituye una valoración del hecho típico y antijurídico, que permite determinar si se debe penar al autor culpable en la perspectiva de los fines de prevención del derecho penal. La responsabilidad supone, en consecuencia, la culpabilidad y la necesidad preventiva de pena. Esta concepción permite reforzar la protección de las personas frente a la intervención punitiva del Estado: por un lado, la culpabilidad sigue siendo el fundamento y el límite máximo de la pena y, por otro, ésta no puede ser agravada por simples razones de prevención general o especial. La necesidad de prevención exige que el autor culpable sólo pueda ser sancionado en caso de ser por prevención indispensable[2].

1557 En este contexto, hay que recordar, en primer lugar, la necesidad de conservar la noción de culpabilidad; criterio indispensable mientras que la pena subsista. En segundo lugar, que el problema no puede ser reducido a la alternativa siguiente: conservación o eliminación de la culpabilidad. Se trata más bien de renovar el contenido del elemento culpabilidad teniendo en cuenta los fines preventivos del derecho penal, puesto que éste no puede seguir siendo considerado sólo en relación con su función represiva[3].

---

[2] ROXIN, 1997, § 19 Nº 6.

[3] En este sentido, no es acertada la opinión de VILLAVICENCIO, 2001, p. 186, para quien el uso del término "responsabilidad" en vez de "culpabilidad" se justifica más bien en la intención de "evitar cualquier criterio que se identifique con el retribucionismo". Cf. CEREZO MIR, 2000, p. 42 ss.

II. Regulación legislativa

Siguiendo la sistemática del Código derogado (Título IX del Libro Primero), el Proyecto de setiembre de 1984 preveía un Título VIII denominado "Condiciones de culpabilidad" (art. 16 ss.). No existía sin embargo un título "Del hecho punible". En cuanto al Proyecto de octubre de 1984, su Título "El Delito" estaba constituido por ocho capítulos. Los cuatro primeros trataban respectivamente de la "forma del hecho", de las "causas de justificación", de la "imputabilidad" y de la "culpabilidad". Esta sistemática fue seguida también en los Proyectos de 1985 (Título II) y 1986 (Título II), pero la denominación del Título fue cambiada por "El hecho punible"; también se prefirió emplear la expresión "inimputabilidad", así como suprimir la referencia a la "peligrosidad". En los Proyectos de 1990 (Título II, "Del hecho punible") y de 1991 (Título II, "Del hecho punible"), se adoptó una sistemática parecida a la empleada en el Código derogado. Los capítulos fueron, sin embargo, organizados de manera diferente y sus denominaciones en parte modificadas: "Hecho punible" (Proyecto de 1990), "Bases de la punibilidad" (Proyecto de 1991) y "Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal" (en ambos proyectos). El Proyecto de 1991 fue en conclusión aprobado como nuevo Código y, de esta manera, se reemplazó en la terminología del Código el vocablo "culpabilidad" por el de "responsabilidad". 1558

En la exposición de motivos del Proyecto de 1990[4], retomada sin modificación alguna como exposición de motivos del Código, se dice: "El Proyecto consagra el importante principio de la co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito cuando prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente (art. 51, inc.1). En esta forma nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando cierta responsabilidad en la conducta delictiva, mea culpa que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. La Comisión Revisora conceptúa que la 1559

[4] Separata especial del Diario Oficial *El Peruano* del 17 de julio de 1990, p. 12. Ver CP 1991, p. 9.

culpabilidad compartida a la que se alude, disminuye o desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social". En este sentido, Stratenwerth[5] dice con acierto que "el derecho penal retributivo que, en base al reproche de culpabilidad, responsabiliza sólo al autor de la infracción y que luego lo abandona a su propia suerte, debería ser reemplazado por una forma de reacción penal que extraiga las consecuencias de la corresponsabilidad de la sociedad y que ejerza por lo tanto frente al autor una 'solidaridad humana' ".

1560 La "co-culpabilidad" o "culpabilidad parcial", a la cual se refiere la exposición de motivos, se comprende mejor si se tiene en cuenta la explicación siguiente, dada en el mismo párrafo citado: la sociedad acepta así "una responsabilidad parcial en la conducta delictiva"; es decir, responsabilidad de que el autor haya cometido una acción típica, antijurídica y culpable. De este modo, por un lado, la reacción penal sigue explicándose y justificándose con relación a la autodeterminación del agente en calidad de persona y, por otro, en que la imposición de una pena determinada y la manera de ejecutarla están condicionadas por el contexto social.

1561 Mediante esta explicación, se busca justificar el cambio de concepción de la culpabilidad como elemento de la infracción penal. Dicho cambio se refleja en la nueva terminología empleada en el Título Preliminar para determinar el fundamento y el límite de la pena. En efecto el término "culpabilidad" es reemplazado por el de responsabilidad: "la pena requiere de la responsabilidad penal" (art. VII) y "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho" (art. VIII). Además, dándole un sentido un poco diferente, se utiliza el vocablo "responsabilidad" en el art. 46 del Código vigente, igual que en el art. 52 del Proyecto de 1990. Según esta disposición, "para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y la gravedad del hecho punible...". Así, se modificaron las fórmulas utilizadas con anterioridad: "los jueces apreciarán la culpabilidad y la peligrosidad del agente..." (Código de 1924, art. 51; Proyecto de 1984, art. 39); "toma en cuenta la gravedad del hecho cometido y la personalidad del autor..." (Proyecto de octubre de 1984, art. 60); "toma en cuenta la gravedad del hecho punible y la persona-

[5] STRATENWERTH, 1982b, p. 41.

lidad del autor..." (Proyecto de 1985, art. 71; Proyecto de 1986, art. 70). La situación se agrava, por la deficiente técnica legislativa y la incoherencia conceptual, en el Anteproyecto de 2004. En su art. VII, se vuelve a establecer que la "culpabilidad" es indispensable para imponer una pena; mientras que en el artículo siguiente, repitiendo el texto vigente, se dispone que la pena "no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho". Como quiera que en el art. 20 y ss., del Código vigente (causas que "eximen o atenúan la responsabilidad penal") se incluye a la legítima defensa (causa de justificación), debe concluirse que el término responsabilidad no es entonces empleado en el mismo sentido que en el art. 46 o en el párrafo de la exposición de motivos citado líneas arriba. En estos dos últimos casos, el sentido es más restringido que en el primero, en donde se trata de la declaración de la responsabilidad del agente que ha realizado todos los elementos del delito. En cuanto al sentido restringido (art. 46 o exposición de motivos), hay que entender que el término "responsabilidad" abarca sólo a uno de sus presupuestos, el mismo que, tradicionalmente, ha sido denominado "culpabilidad".

Para la aplicación de la pena, el juez debe ante todo individualizarla 1562
dentro de los límites legales teniendo en cuenta la culpabilidad (denominada responsabilidad en el art. 46; así mismo en el art. 48 del Proyecto de 2004) del agente y la gravedad del hecho. Respecto a esta última, deben considerarse las anteriormente denominadas "circunstancias objetivas y subjetivas" (Código de 1924, art. 51). Después, debe determinar y fundamentar la necesidad (de prevención general y de prevención especial) de la pena, considerando las carencias sociales que hubiera sufrido el agente; su cultura y sus costumbres; los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que dependen de ella (art. 45). No obstante, hay que llamar la atención sobre la dificultad de diferenciar, por un lado, la valoración que el juez debe realizar sobre la cultura y las costumbres del agente para fundamentar y determinar la pena (art. 45 inc. 2) y, por otro lado, la referida a la educación, situación económica y medio social del sujeto para la individualización de la sanción (art. 46, inc. 8).

III. No hay pena sin culpabilidad

De acuerdo con la doctrina dominante, la culpabilidad es considera- 1563
da como el fundamento, la justificación y la *conditio sine qua non* de la

pena. El principio "no hay pena sin culpabilidad" se ha transformado en uno de los pilares fundamentales del derecho penal[6].

1564 Esta evolución ha sido impulsada por dos ideas básicas. La primera se refiere al rechazo de la responsabilidad objetiva fundada sobre la simple causalidad material (*versari in re illicita*): nadie puede ser considerado, sin más, responsable de todas las consecuencias de su comportamiento. La segunda consiste en colocar a la persona en el centro del derecho penal.

1565 Los códigos penales modernos han sido pues elaborados sobre la base del principio de la culpabilidad. Su historia es la historia de los esfuerzos realizados con miras a eliminar todo rezago de responsabilidad objetiva.

1566 El legislador peruano, siguiendo al helvético, basó el Código de 1924 en el principio de la culpabilidad. Lo hizo de acuerdo con las ideas vigentes en aquel entonces, regulando el dolo y la culpa como las dos formas de culpabilidad que fundamentaban la imposición de toda pena. Además, previó en la parte especial, como circunstancia agravante, algunos casos de preterintencionalidad.

1567 En los proyectos de 1984, 1985 y 1986, siguiendo el Código Penal colombiano de 1980, se mencionaba en la parte general la preterintención. Así, se establecía que "la culpa y la preterintención son punibles sólo en los casos expresamente determinados por la ley". Mención que no ha sido conservada en el Código vigente, el mismo que prevé en relación con algunos delitos la agravación de la pena a título de preterintención. Pero como ya lo hemos indicado[7], esta noción no constituye una forma autónoma junto al dolo y a la culpa. Por lo que resulta superfluo su mantenimiento, ya que si mediante un solo comportamiento se realizan dos tipos legales (aborto y homicidio) basta aplicar las reglas del concurso ideal[8], solución adoptada en ciertos Códigos modernos. De esta manera se logra respetar mejor el principio de la culpabilidad.

---

6 Esta afirmación es generalmente formulada en los tratados o manuales de derecho penal. Entre los principales trabajos, citemos: ACHENBACH, 1974; ROXIN, 1974a, p. 171; NOLL, 1966, p. 219; JAKOBS, 1997, p. 365 s.; STRATENWERTH, 1972, p. 3; BAUERMANN, 1980, p. 196 ss.; OTTO, 1981, p. 481 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 18 Nº 2 ss.; CEREZO MIR, 2000, p. 14 ss.

7 Cf. *supra* Nº 1095.

8 Cf. *supra* Nº 2381 ss.

En consecuencia, se puede afirmar que el derecho penal peruano –como todo derecho moderno– es un derecho penal basado en el acto culpable, conforme lo prevé el art. VII del Título Preliminar. Los juristas siempre han estado de acuerdo en decir que la culpabilidad es un elemento esencial de la infracción; por eso han definido el delito como la acción típica, antijurídica y culpable[9]. 1568

IV. Noción de culpabilidad

1. Concepción psicológica

Bajo la influencia del positivismo filosófico y en oposición a la tesis del derecho natural, los juristas de mitad del siglo XIX describieron la culpabilidad como el lazo psicológico que une al autor de un acto con el resultado perjudicial que ocasiona. Franz von Liszt[10] afirmó que el agente es culpable porque causa, mediante un acto voluntario, un perjuicio ilícito. Según este criterio, llamado psicológico, la culpabilidad puede presentarse de dos maneras diferentes: la intención o dolo y la negligencia o culpa. 1569

Pero estas explicaciones se revelaron pronto insuficientes[11]. Esta concepción resultó incompleta al no explicar, primero, por qué si la capacidad de imputación sólo era considerada como una condición de la culpabilidad, el comportamiento de un enfermo mental no podía ser declarado culpable a pesar de que actuaba intencionalmente en el sentido natural. Segundo, el porqué de la impunidad en caso de estado de necesidad disculpante aun cuando el agente obrara con dolo. Tercero, por qué se comprendía la culpa inconsciente (el obrar sin darse cuenta de las consecuencias previsibles de su proceder) como una forma de culpabilidad, no obstante el hecho de que dicha culpa se caracterizaba, justamente, por la ausencia de toda relación psicológica entre el autor y el resultado (por ejemplo, el guardavía que se duerme y "causa" un grave accidente ferroviario en el cual mueren varias personas). 1570

---

9 Bramont Arias, 1978, p. 268; Peña Cabrera, 1995, p. 269 ss.; Hurtado Pozo, 1987a, p. 322 s.; Villavicencio, 1990, p. 100.

10 Liszt/Schmid, p. 159 s.

11 En relación con las críticas formuladas contra la tesis sicológica, cf. Jescheck/Weigend, § 38 II 2; Baumann/Weber/Mitsch, § 18 Nº 10 s.

2. Concepción psicológico-normativa

1571 Con el fin de corregir las insuficiencias de la concepción psicológica, algunos penalistas[12] recurrieron a las ideas filosóficas neokantianas que buscaban sobrepasar el positivismo, bajo cuyo amparo había precisamente florecido dicha tesis. Con este objeto, fijaron como factor indispensable el estado espiritual normal del agente (en el sentido de capacidad penal). Además, admitieron que el elemento psíquico de la culpabilidad no podía constituir siempre una relación concreta entre el autor del acto y el resultado (dolo), sino que bastaba la posibilidad de que existiera (culpa), y por último exigieron que el hecho tuviera lugar en circunstancias normales (es decir, por ejemplo, no en estado de necesidad). Dadas estas tres condiciones, el hecho cometido podía valorarse como culpable y, en consecuencia, era posible reprocharle al agente, a pesar de la normalidad tanto de su estado personal como de las circunstancias materiales, su comportamiento (haber cometido el hecho con dolo o con culpa). Así, introdujeron un factor nuevo de índole normativa: el juicio de valor o de reproche. La culpabilidad fue entonces definida como el reproche formulado contra el delincuente por haber cometido un acto ilícito, a pesar de haber podido actuar conforme al derecho[13].

1572 Mediante esta elaboración teórica, se lograron superar las deficiencias de la concepción psicológica. Por ejemplo, a pesar de la presencia del dolo no se admitía la culpabilidad cuando el agente era incapaz u obraba en estado de necesidad que exculpa. Esto permitió explicar y ordenar de manera más conveniente los elementos constitutivos de la culpabilidad. La capacidad penal, por ser indispensable para la formación de la voluntad delictiva, fue considerada como una condición previa a la culpabilidad, como presupuesto de ésta. En cuanto al dolo y la culpa, fueron calificados como formas de su manifestación. Finalmente, las circunstancias excluyentes de la culpabilidad fueron explicadas recurriendo al criterio normativo de la "no exigibilidad de otra conducta".

---

[12] Por ejemplo MEZGER, 1967, p. 109; Reinhard FRANK, 1907, p. 11; GOLDSCHMIDT, 1930, p. 428.

[13] Este es el criterio que ha sido generalmente admitido entre nosotros y esto debido a la influencia, sobre todo en un inicio, a la labor divulgadora de JIMÉNEZ DE ASÚA.

3. Concepción normativa

Los partidarios de la teoría finalista de la acción[14] criticaron con ve- 1573
hemencia la concepción normativa de la culpabilidad. De acuerdo a su manera de concebir la acción humana, desplazaron el dolo del ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad. Definieron el dolo como el fin perseguido por el agente y, por lo tanto, como un elemento subjetivo del tipo legal (objeto del juicio de valor de la ilicitud). En cuanto a la culpabilidad, consideraron que estaba constituida sólo por elementos normativos referidos al ilícito personal. Según esta concepción, la culpabilidad consiste en un juicio de reproche dirigido contra el autor. El objeto de este reproche es la actitud incorrecta del autor ante las exigencias del orden jurídico, actitud que se concreta en el hecho típico e ilícito. Esto supone que el agente se haya decidido a actuar violando su deber de conformarse a los mandatos del orden jurídico. En consecuencia, se le juzga negativamente porque, en el caso concreto, hubiera podido adecuar su voluntad al mandato legal. La evitabilidad subjetiva de la violación del deber jurídico constituye, pues, la condición fundamental del juicio de culpabilidad.

Conforme al hecho de que el derecho penal es un derecho de actos 1574
humanos, el punto de referencia del juicio de culpabilidad lo constituye el comportamiento ilícito. El reproche no concierne al carácter o a la manera de ser del agente, ni a su modo de vida. Estos factores sólo son considerados, después de haber establecido la culpabilidad, para individualizar la pena dentro de los límites establecidos por aquella (art. 45 y 46). Dicho de otra manera, se reprime al delincuente por lo que él puede voluntariamente hacer, no por lo que él es.

Determinar la culpabilidad mediante un juicio de reproche no signi- 1575
fica que se le confunda con un juicio de desaprobación moral. El juicio de culpabilidad, antes bien, depende en el fondo, aunque no sólo, de los criterios ético-sociales del orden jurídico. Es innecesario, por lo tanto, comprobar además si el comportamiento del agente merece o no ser desaprobado también por la moral.

---

[14] WELZEL, 1969a, p. 138; IDEM, 1941, p. 428; NOLL, 1981, p. 120; TRECHSEL/NOLL, p. 129; MAURACH/ZIPF, § 36 Nº 17; cf. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 18 Nº 16 ss.

V. Impugnación de la culpabilidad

1576 Mientras los penalistas permanecieron dentro de los esquemas dogmáticos, el principio de la culpabilidad no fue puesto en duda. Pero la situación cambió mucho cuando se pusieron en tela de juicio las mismas bases de la culpabilidad. Con independencia de la teoría de la culpabilidad que se adopte, se presupone siempre, por un lado, la libertad personal y, por otro, la posibilidad de comprobar que el autor de una infracción era –en el momento de cometerla– en realidad libre de obrar contra el derecho. Esto significa, en otras palabras, primero, que la culpabilidad se fundamenta sobre la aceptación del libre arbitrio[15]; y, segundo, que es incompatible, en consecuencia, con una concepción determinista del hombre y del mundo. En efecto, si el delincuente estuviera fatalmente determinado a delinquir, sería absurdo reprocharle su manera de comportarse. Ésta era, precisamente, la idea defendida por los positivistas italianos[16], con arreglo a la cual el delincuente no era culpable y, en consecuencia, no podía ser castigado. De esta tesis determinista se deriva la idea de que el derecho penal debería ser sustituido por un derecho de defensa social y la pena debería ser remplazada por medidas de seguridad y de tratamiento.

1577 Frente a los ataques del positivismo italiano, los penalistas trataron de eludir el problema aceptando *a priori* el libre arbitrio o afirmando que no le incumbía al derecho penal tomar partido en favor del determinismo o del indeterminismo.

1578 Algunos penalistas, sin dudar de la culpabilidad, admiten sin embargo la imposibilidad de demostrar la libertad del hombre individualmente considerado. Esto los lleva a explicar la culpabilidad en el marco de una apreciación comparativa de orden social (*sozial-vergleichendes Schuldurteil*)[17]. Esta apreciación equivale a preguntarse "si un individuo medio hubiera podido, encontrándose en las mismas condiciones que el autor del acto, obrar diferentemente". Ante la imposibili-

---

15 LANGE, 1964, p. 277 s.; KAUFMANN, ARTHUR, 1961a, p. 127 ss.; WELZEL 1969b, p. 91, 101; RUDOLPHI, en *SK*, § 20 Nº 25; BOCKELMANN, 1963, p. 372; BOCKELMANN/VOLK, § 16 II; JESCHECK/WEIGEND, § 37 II 2.

16 FERRI, 1928, p. 284 s.; 1893, p. 333 s.

17 Cf. JESCHECK/WEIGEND, §39 III 1; MAURACH/ZIPF, I § 36 Nº 12.

dad de constatar "la posibilidad individual y concreta de actuar diferentemente", se propone sustituir este criterio por uno de índole normativa, basado en "la posibilidad de actuar que posee una persona media abstracta". Dicho de otra manera, para determinar si una persona es culpable, sería entonces suficiente comparar su comportamiento con el que se podría atribuir, en circunstancias similares, a una persona media.

Quienes niegan el libre arbitrio o consideran imposible probar –en el caso concreto– la libertad de actuar del delincuente, piensan, en consecuencia, que la culpabilidad es una noción inútil y admiten que el derecho penal puede ser concebido sin ella[18]. Bastaría, según ellos, servirse de los medios que ofrecen las ciencias humanas –en particular la psicología y la psiquiatría– para explicar la necesidad y la utilidad del derecho penal. 1579

Otros, al comprobar la fragilidad de la base sobre la cual descansa la culpabilidad, juzgan indispensable renovar el contenido tradicionalmente atribuido a esta última. Por ejemplo, basándose en parte en las ideas de Luhmann (teoría de los sistemas), Jakobs[19] propone una noción funcional. Como toda otra noción jurídica, la de la culpabilidad no puede ser establecida sin considerar el contexto social que, por lo que se refiere a los efectos del derecho penal, puede ser descrito de modo esquemático como las relaciones recíprocas existentes entre las personas. Estas relaciones no podrían darse si cada uno de los participantes no confiara en que todos los demás van a actuar conforme a las normas, concebidas como criterios de orientación para la realización de las acciones. La violación de estas normas constituiría una infracción que pone en evidencia la falta de motivación del agente para actuar según la pauta trazada por dichas normas. Caracterizar este déficit de motivación es uno de los objetivos de la noción de culpabilidad, que puede ser definida, según Jakobs, como la responsabilidad del agente por dicha falta de motivación en el momento de cometer un acto antijurídico[20]. 1580

Ahora bien, la reacción frente a esta manera de actuar del agente constituye la pena, mediante la cual se manifiesta, de manera gene- 1581

---

18 GIMBERNAT, 1970, p. 379 ss.

19 JAKOBS, 1991, 17/18 ss.; Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 638 ss.

20 JAKOBS, 1991, 17/22.

ral, que debe de obedecerse la norma. La imposición de la pena, previa atribución de la culpabilidad, compensa la perturbación de la confianza en la norma (dicho de otra manera, en el ordenamiento jurídico) ocasionada por la acción antijurídica del agente (motivado de modo insuficiente para actuar conforme a derecho).

1582 Mediante la imposición de las penas, se pretende en consecuencia enseñar a tener confianza en la norma (así, se aumentan las posibilidades de que el acto sea considerado como un acto que no debe ser ejecutado), a asumir la fidelidad hacia el derecho (asimilándose que la ejecución del acto está vinculada al deber de asumir los costes que acarrea) y, por último, a aceptar estas consecuencias. Y como estos fines conciernen a todos y cada uno de los actores de las interacciones sociales (comprendidos los conflictos, es decir las infracciones), se puede afirmar que la función de la pena es la prevención general positiva, distinta a la negativa (intimidación o escarmiento) que posee en sus aplicación características psicológicas individuales. Esta función se cumple mediante el ejercicio del reconocimiento de la norma, es decir, en la obediencia del derecho. En la perspectiva de esta finalidad de prevención general positiva, se determina la culpabilidad. Su contenido sólo está precisado en la medida en que lo está el fin de la pena. Así, la noción de culpabilidad es configurada funcionalmente, es decir, como concepto fructífero de acuerdo con los requisitos del fin de la pena para una sociedad que responde a una estructura determinada.

1583 El inconveniente más serio de esta concepción reside en el hecho de que la determinación de la culpabilidad depende de lo que se considera como indispensable para adiestrar a las personas en la lealtad al ordenamiento jurídico. Las circunstancias personales dejan de ser decisivas y, en consecuencia, se abandona la base que hace de la culpabilidad un límite del poder punitivo estatal. Todo esto implica un retroceso ya que la persona es convertida en un simple medio para satisfacer intereses sociales de consolidación de la fidelidad al derecho. Finalmente, el hecho de que no contenga un criterio exacto para saber lo que es necesario para lograr dicho objetivo, ni cuándo la perturbación del orden justifica el juicio de culpabilidad, crea una gran inseguridad porque se le otorga al juez un poder absoluto para precisar lo que es necesario para restablecer la confianza o fidelidad en el derecho. En la medida en que no respeta la dignidad de la persona (al ser instrumentalizada) y en que la culpabilidad ya no es

un límite eficaz para la represión, esta concepción contradice doblemente la Constitución.

Sin llegar a estos extremos, la concepción que admitimos, defendida sobre todo por Roxin[21], plantea una renovación de la noción de culpabilidad. Este autor, de acuerdo con su idea sobre la justificación social de la pena, considera culpable a quien ejecuta un acto típico y antijurídico a pesar de que es capaz tanto de comprender la exigencia del derecho, como de controlar su comportamiento (calidad de poder ser influenciado por el mandato jurídico y de optar por la alternativa de actuar conforme al orden jurídico). La posibilidad que tiene el agente de conocer y obedecer los mandatos del ordenamiento jurídico permite tratarlo como persona libre y hacerle expiar su delito. 1584

De esta forma, la culpabilidad, como categoría dogmática del delito, viene a ser complementada con la responsabilidad, renovándose y enriqueciéndose así su comprensión en armonía con las finalidades preventivas del Derecho penal a que se hizo alusión anteriormente[22]. La responsabilidad es igualmente de índole normativa y se la deberá interpretar conforme a la necesidad preventiva de la pena que debe deducirse de la misma ley. La culpabilidad es, sin duda alguna, el fundamento y límite de la sanción, mas ésta sólo debe ser impuesta si aparece como indispensable en consideración a la necesidad de prevención. Pero la culpabilidad no depende de dicha necesidad de prevención (general o especial), sino de la capacidad de control del agente, la misma que puede ser examinada empíricamente y sirve, por lo tanto, de límite al poder punitivo del Estado. 1585

El punto de referencia del juicio de culpabilidad es el comportamiento típico y antijurídico (doloso o culposo) del agente en la perspectiva de la actitud censurable jurídicamente de la cual surge la decisión de actuar contra al derecho. El reproche expresado al autor por su acto está basado en su actitud reprobable, la misma que da al acto su contenido de valor o de desvalor. En consecuencia, la culpabilidad es el reproche, y no la característica del hecho típico y antijurídico de ser "reprobable" ("reprochable", "censurable"). Como reproche, la culpabilidad concierne a la actitud personal del agente que es desfavorable al ordenamiento jurídico. En la medida en que dicha actitud, 1586

---

21 ROXIN, 1997, § 19 Nº 42.

22 Ver *supra* Nº 1553 ss.

por un lado, se manifieste como dolo o culpa y, por otro, se refiera al injusto, la culpabilidad es graduable en cuanto a su intensidad (de la misma manera que lo es el hecho ilícito).

1587 Las condiciones del juicio de culpabilidad, de acuerdo con la doctrina dominante, son la capacidad de culpabilidad, el posible conocimiento del carácter prohibido del acto y la falta de circunstancias de exclusión de la culpabilidad.

VI. Capacidad de culpabilidad (imputabilidad)

1. Generalidades

1588 Nuestro ordenamiento jurídico penal distingue dos grandes grupos de personas. Las mayores de 18 años de edad, a las cuales presume capaces de obrar culpablemente y de comprender el sentido de la prohibición y de la pena; y las menores de 18 años, excluidas del derecho penal común y sometidas a un derecho de carácter preventivo tutelar.

1589 Por lo que se refiere a la aplicación de las medidas represivas y correctivas previstas por el derecho de menores, no se plantea el problema de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad de la misma forma que en el derecho penal común. En efecto, éste es, sobre todo, un derecho penal del acto y por esto la imposición de la pena depende del principio de la culpabilidad: "no hay pena sin culpabilidad", implícito a la noción de responsabilidad utilizada en el Código Penal[23]. En consecuencia es indispensable comprobar en este caso si el agente es capaz de actuar culpablemente, es decir, si es imputable. En cuanto a los menores, al contrario, la primera preocupación no consiste en determinar su responsabilidad y, luego, la pena respectiva. La prioridad la tiene el hecho de determinar su personalidad y situación con el fin de someterlo a un tratamiento adecuado. No obstante, si éste se revela innecesario, se decidirá entonces si el menor merece una de las penas especiales previstas para él. En este caso, sólo será indispensable constatar su capacidad penal y su responsabilidad.

---

[23] Ver *supra* Nº 1553 ss.

2. Menores de edad

a. Introducción

En general, las leyes parten de la constatación según la cual la imputabilidad no se adquiere de repente, sino que es el resultado de un largo y lento proceso. Si las disposiciones penales no tuviesen en cuenta este hecho, ignorarían entonces la realidad humana y social. Es, pues, necesario que consideren las diferentes etapas por las que pasa la persona; la cual crece y se desarrolla conforme a sus cualidades innatas y al medio ambiente ("*milieu*") en que se desenvuelve[24]. 1590

Sin llegar al análisis de las diversas etapas de la vida del individuo, señalemos, sin embargo, que el paso de la niñez a la madurez es un período de particular e intensa tensión, interna y externa. Dicha tensión será superada, biológicamente, con el paso a la pubertad (madurez sexual) y, sociológicamente, con la adecuación a un nuevo papel social: el de adulto. Esta fase de tránsito se caracteriza por un desequilibrio notable en el mundo interno del adolescente y por las contradicciones existentes entre "su personalidad y su situación vital externa". 1591

El rápido crecimiento biológico del individuo no va a la par de su desarrollo intelectual y moral. El adolescente posee una gran energía corporal, pero todavía no los mecanismos de control e inhibición propios del adulto. Las vivencias del individuo en esta etapa se orientan con intensidad hacia la autorealización, mediante una fuerte acentuación del "yo", marcada por un poderoso afán de imponerse. Su inseguridad interna se traduce por un claro sentimiento de orgullo y de rebeldía frente al sistema. Todo esto constituye una señal de debilidad e incapacidad para comprender todas las consecuencias de su manera de actuar. Esta situación se complica por su volubilidad e inconstancia que dificultan el proceso de inserción social. 1592

La duración de esta etapa de la vida del individuo no es uniforme: varía según sus cualidades innatas, el medio geográfico y el contexto socio-cultural en que vive. Los especialistas no han llegado a ponerse de acuerdo respecto a un límite; pero sí son unánimes al afirmar que los actos realizados por el individuo en esta fase de la vida no pueden 1593

[24] Sobre crecimiento y desarrollo, consultar las explicaciones de PIAGET, p. 31 s.

ser observados y valorados de la misma manera que los actos de una persona madura. Esta es la razón por la que el legislador en materia penal, ha tratado de adecuar, de manera más o menos acertada, la regulación de la capacidad penal de las personas a los resultados obtenidos por el progreso de las ciencias humanas.

b. Evolución legislativa nacional

b.1. Código Penal de 1863

1594 Nuestro Código Penal de 1863 diferenciaba entre: menores de 9 años; mayores de 9 años y menores de 15; menores de 18 años y mayores de 15; y, por último, mayores de 18 años.

1595 Los menores de 9 años eran considerados como irresponsables en derecho penal. A quienes se encontraban entre 9 y 15 años, se les favorecía con la presunción legal de irresponsabilidad. Para imponer una sanción penal a un menor perteneciente a este grupo, era en consecuencia, necesario probar que había obrado con discernimiento (art. 8, inc. 3). Además, el juez debía atenuar con mesura la pena y, en todo caso al menos en dos grados (art. 9, inc. 3, y art. 60). Si el agente era mayor de 15 años y menor de 18, se presumía su responsabilidad, pero aún procedía la atenuación de la pena (art. 10 inc. 2 y art. 57).

1596 De esta manera, la mayoría penal era atribuida a los 9 años. Los mayores de esta edad caían, por lo tanto, en el dominio del derecho penal en cuanto incurrieran en una acción delictiva, salvo que hubieran sido menores de 15 años y actuado sin discernimiento. La ley elevaba así el límite de la mayoría penal. Sin embargo, en la práctica, los menores de 15 años no eran sometidos a todas las rigurosas formas del enjuiciamiento, puesto que estos menores permanecían, durante su procesamiento, en libertad. Se les colocaba bajo la custodia de una persona responsable hasta que se esclareciera en la sentencia si habían obrado o no con discernimiento y si se les podía condenar o no[25].

---

[25] ARIAS, T. I, p. 69 s. Este autor no estaba de acuerdo con la determinación de un límite de edad fijo. Opinaba que a cierta edad debería comenzar la responsabilidad para determinados delitos; más tarde, para los que sean violatorios de derechos que sólo se pueden concebir cuando ya se ha ingresado en la vida ciudad.

Este sistema provenía del Código Penal español de 1848-50, fuertemente influenciado por la legislación francesa de la época. En Francia, se había establecido la presunción absoluta de irresponsabilidad penal para los niños menores de 7 años. La mayoría de edad penal estaba fijada a los 16 y la ley imponía a los jueces o jurados la obligación, en el caso de los menores de 16 años, de analizar si habían actuado o no con discernimiento. Si la respuesta era positiva, se preveía su condena a una pena atenuada en razón, justamente, de su minoría de edad. Si no, debían ser entregados a sus padres o confiados a una casa de corrección hasta que cumplieran 20 años[26]. 1597

Hoy en día los países cuyas legislaciones pertenecen al sistema del *common law* establecen, en principio, una presunción absoluta de irresponsabilidad para los niños menores de 7 años. Esta presunción es relativa para los menores de 14 años y mayores de 7. Pero llegado el caso, el menor podría ser juzgado, inclusive, por un tribunal de derecho común, según las reglas de este sistema[27]. 1598

b.2. Código Penal de 1924

Con la adopción del Código de 1924 se produjo, en nuestro país, un cambio importante en el ámbito del derecho de menores. Inspirándose en los proyectos helvéticos, nuestro legislador hizo suyos los principios que, partiendo de los EE.UU. de América, ganó poco a poco terreno en las legislaciones europeas de comienzos del siglo pasado. El paso decisivo que se dio entonces consistió en el abandono del discernimiento como factor discriminante entre menores punibles y no punibles. Tal criterio fue considerado como insuficiente y defectuoso. 1599

Los límites de edad fueron fijados a los 13, 18 y 21 años. Los niños (menores de 13 años) y los adolescentes (mayores de 13 años y menores de 18) fueron excluidos del derecho penal común. La razón de este cambio no fue evitar someter a los menores de 18 años a una medida determinada, sino más bien fijar las medidas que fueran ade- 1600

---

[26] Sobre la evolución del derecho de menores en Francia, ver BESSON/HEUYER/LEVASSEUR/CECCALDI, 1958; BESSON/CHOMBART DE LAUWE/GERMAIN/HEUYER/LEVASSEUR, 1961.

[27] SUSMAN/BAUM, 1968.

cuadas para su situación personal. De ahí que el juez debiera interrogarse sobre cuál era la medida idónea para salvarlos, o desde un punto de vista diferente, cómo los haría inofensivos para la sociedad[28]. La aplicación de estas medidas dependía de que el menor se encontrara o no en estado de abandono material o moral, peligro moral, perversión moral o persistente inclinación a las malas tendencias. Las medidas imponibles a los niños y adolescentes se distinguían por su naturaleza, por ser sobre todo curativas, de tratamiento o por su carácter correctivo-sancionador. Así, por ejemplo, en el caso de un menor de 13 años en estado de abandono material o de peligro moral que hubiera cometido un hecho calificado de delito o falta, la autoridad competente podía ordenar su entrega a una familia digna de confianza, su internamiento en una casa de educación (privada o pública) o en un establecimiento apropiado (art. 138, asilo, institución de asistencia). Si no se encontraba en estado de abandono ni de peligro, dicha autoridad podía dejarlo en poder de su familia, después de una admonición o advertencia a los padres y de una reprimenda al mismo niño o de arrestos escolares (art. 139). La reprimenda y los arrestos escolares constituían (y constituyen todavía), penas en efecto adecuadas a la personalidad de los menores. Lo mismo se podía decir de la colocación de un adolescente (mayor de 13 años y menor de 18), autor de un delito reprimido con la pena de prisión, en una escuela de artes y oficios, en una granja escuela o en una escuela correccional (art. 142). El carácter sancionador o correccional de la medida era sin embargo más evidente cuando al adolescente, autor de un hecho reprimido con penitenciaría o relegación, se le internaba en una sección especial de la escuela correccional o en una escuela correccional especial (art. 143).

1601 El carácter en particular preventivo de estas medidas, aunque algunas de ellas tenían un aspecto correctivo-sancionador, radicaba en el hecho de que eran graduadas conforme a las características personales del menor y que su aplicación dependía, en especial, de la situación personal de aquel. Para determinar qué medida había que imponerle, el juez debía considerar, sobre todo, la conveniencia de que se le aplicara una puramente preventiva. Sólo cuando la situación del menor no exigiera o aconsejara una medida de tal índole, se decretaba una más grave de carácter correctivo-sancionadora.

---

[28] ZÜRCHER, p. 33.

En el derecho penal de adultos, el razonamiento era (y aún es) inver- 1602
so. En el momento de sancionar, el juzgador debía preguntarse, ante todo, cuál era la pena que merecía el agente. Y, sólo después de imponérsela, conforme a su grado de culpabilidad, podía considerar la posibilidad de aplicarle una medida de seguridad, según su situación personal y grado de peligrosidad.

Finalmente, el paso más importante dado por nuestro legislador en 1603
1924, en favor de una regulación punitiva de menores distinta del derecho penal común y, por lo tanto contraria al derecho penal de actos, lo constituyó la inclusión de las medidas previstas en el título dedicado a ellos. En este sentido, en el art. 145 se previó que éstas debían aplicarse "en todos los casos en que fuera necesaria la preservación o la asistencia de los niños abandonados, moralmente pervertidos o en peligro moral, aun cuando todavía no hubieran cometido hechos reprimidos como delito". De esta manera, el fundamento de la reacción penal era el estado personal del menor y no un acto penalmente significativo.

En el Código de 1924 se reconocía una escasa importancia a la natu- 1604
raleza del acto cometido. La manera como el agente ha procedido y la comprensión que tuvo de su accionar, no tenían importancia alguna diferente a la de síntomas. Así, el art. 137 del Código derogado disponía que "la autoridad competente investigará la situación material y moral de la familia, el carácter y los antecedentes del menor, las condiciones en las que ha vivido y ha sido educado y las providencias convenientes para asegurar su porvenir honesto", y que esta investigación pudiera además ser completada por un examen médico.

La orientación del Código penal de 1924 fue respetada, por lo gene- 1605
ral, en los diversos proyectos de reforma; salvo en el de setiembre de 1984. En este, se propuso la solución extrema que consistía en rebajar el límite de la responsabilidad a los 14 años de edad. Dicho criterio fue rechazado luego en el Proyecto de 1985 (agosto). En los proyectos de 1990 (art. 20, inc. 2) y de 1991 (art. 25, inc. 2), se estableció simplemente el límite de la responsabilidad penal en los 18 años cumplidos. En el Anteproyecto de 2004[29] se fija el límite en los 16 años, sin proporcionar una justificación. La sola preocupación de los redactores de la exposición de motivos es indicar quiénes de los autores estuvieron en favor o en contra.

---

[29] Cf. p. 16.

1606 El Código de Menores (Ley Nº 13968 del 2 de mayo de 1962) preveía que el juez podía aplicarles las siguientes medidas: el cuidado en el propio hogar, la colocación y el tratamiento en otro lugar adecuado, la tutela en instituciones de educación, el tratamiento especializado en nosocomios o la tutela y el tratamiento especializado (art. 108). Su imposición dependía de la edad, la personalidad y la situación del menor.

1607 El criterio de base era el del tratamiento único, en el sentido de que las mismas medidas podían ser aplicadas a todos (art. 109, 110 y 113). Sólo se distinguía entre menores de 14 años y menores de 18 años, pero mayores de 14, cuando se trataba de personas en estado de peligro moral, que manifestaran peligrosidad prematura y que hubieran cometido un acto considerado como delito o falta o por otra grave circunstancia. Los primeros debían ser colocados en una escuela de preservación y los segundos en una escuela de reeducación, siempre que no requirieran un tratamiento especializado, y bajo el régimen de reglas de conducta y de vigilancia que señalara el juez de menores (art. 112). Por el contrario, un menor autor de un acto reprimido, según el Código Penal, debía ser sometido a internamiento o a relegación por un tiempo indeterminado, o internado en la sección correctiva de la escuela de reeducación (art. 113) cuando se pusiera de manifiesto su peligrosidad, sin considerar entonces si tenía 14 o más años de edad.

b.3. Situación actual

1608 El Código de los Niños y Adolescentes, Ley Nº 27337, del 2 de agosto del 2000, es imperfecto en la forma y deficiente en cuanto al fondo. Sin necesidad alguna y dando lugar a graves problemas de interpretación, en él se repiten disposiciones constitucionales que consagran los derechos fundamentales de las personas y, también, criterios establecidos en el Código Penal o en la legislación procesal penal. Además, se advierte la agravante de que algunos de sus preceptos no son conformes con esas declaraciones generales.

1609 Si se tiene en cuenta que en el Código Penal se rechaza el derecho penal del autor, sorprenden mucho los criterios que han sido aplicados en la elaboración del denominado Código de los Niños y Adolescentes. Por ejemplo, no parece posible que se pueda conciliar su artículo primero con las disposiciones penales relativas a la represión del aborto (art. 114 y ss.). En su primer párrafo se dice: "Se considera

niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad". Y agrega, luego, en el segundo párrafo: "El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece" y, en el artículo 1, que "el niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción". De modo que si el concebido (embrión o feto) es un niño, cómo no derogar las disposiciones sobre el aborto para que se apliquen las normas referentes al homicidio, pues, el niño es una persona y, por lo tanto, víctima de este delito previsto en el art. 106.

En cuanto a la clasificación de los menores, se distingue entre niños y adolescentes. Según el art. I del Título Preliminar, "se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad". En el art. IV del mismo Título Preliminar, se establece que en caso de infracción a la ley penal, el niño (comprendiendo el embrión y el feto) "será sujeto de medidas de protección" y el adolescente "de medidas socio-educativas". El carácter protector y preventivo del Código de los niños y adolescentes en general y, en particular, de sus disposiciones relacionadas con el derecho penal, pareciera confirmarse cuando se dispone, en el art. IX del Título Preliminar, que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado "se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos". Así mismo, cuando en el artículo siguiente se estatuye que: "El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y los adolescentes" y se agrega que "los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos". 1610

Las medidas de protección que de acuerdo con el Código de los Niños y Adolescentes se pueden imponer al niño que incurra en infracción penal son el cuidado en el propio hogar, la participación en un programa oficial o comunitario de defensa con atención educativa, de salud y social, la incorporación en una familia sustituta o colocación familiar y la atención integral en un establecimiento de protección especial (art. 242). En el caso de los adolescentes, el juez puede aplicar, según el art. 217, las medidas socio-educativas de amonestación, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, libertad restringida e internación en un establecimiento para tratamiento. 1611

1612 De los artículos 183 y 184 se deduce, a pesar de la defectuosa técnica legislativa, que se consideran niños y adolescentes infractores a aquellos que hayan cometido o participado en la comisión de un "hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal". Si se han regulado en dos disposiciones legales, aparentemente contradictorias, es tal vez debido a que sólo se prevé que los adolescentes sean sometidos a un proceso en el que se determinará su responsabilidad "como autor o partícipe". Este sistema de justicia del adolescente tiene como finalidad su rehabilitación y "encaminarlo a su bienestar" (art. 191).

1613 Sin embargo, el carácter represivo encubierto del Código de los Niños y Adolescentes se percibe cuando se analiza con atención la naturaleza de las medidas que se califican de socio-curativas; en particular, la medida de "internación en establecimiento para tratamiento". Esta medida, según los casos, puede durar hasta seis años (art. 195), y ha sido prevista para diversos hechos: el denominado "pandillaje pernicioso" (art. 193 a 199); la comisión de "un acto infractor doloso, que se encuentra tipificado en el Código Penal y cuya pena sea mayor de cuatro años" (art. 236, literal a), la "reiteración en la perpetración de otras infracciones graves" (art. 236, literal b) y el "incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socio-educativa impuesta" (art. 236, literal c).

1614 De acuerdo con el art. 235, "la internación es una medida privativa de libertad" que, por lo tanto, no difiere de una pena privativa de libertad regulada en el Código Penal por más que se le denomine medida socio-curativa. La trapacería legislativa es doble: por un lado, por esconder la represión presentándola como medida de protección y tratamiento y, por otro, por hacer pasar de contrabando una figura delictiva que está estrechamente vinculada a actividades subversivas y desvirtuar lo dispuesto en el art. 3 de la Ley Nº 26447, que derogó la disminución a 14 años del límite de la capacidad penal de 18 años fijado en el art. 20 inc. 2. Además, constituye una agravación velada de la represión de los actos violencia cometidos por menores en espectáculos deportivos, en la medida en que la Ley Nº 26830 (Ley de seguridad y tranquilidad pública en espectáculos deportivos), en su art. 7, establecía la imposición de la medida socio-educativa de prestación de servicios en beneficios de la comunidad no mayor de doce meses. Se trata de un acto de politiquería criminal criolla, encubierta en un discurso de política penal tuitiva.

1615 Los otros dos casos en los que se aplica la internación constituyen violaciones flagrantes a los principios del derecho penal liberal y su

carácter represivo supera al derecho penal de adultos. En éste, no sólo no se admite la agravante de la reiteración en el delito sino que se excluye la reincidencia. Tampoco, se considera como delito el no sometimiento a la ejecución de una sanción privativa de libertad (salvo en caso de evasión por medio de violencia o amenaza, art. 413), como lo hace el Código comentado violando el principio de la legalidad (art. 236, literal c).

Atención particular y condena firme merece la regulación del denominado "pandillaje pernicioso" (art. 193 a 199). La definición de este "pandillaje" no es conforme al principio de la legalidad. En el art. 193 se estatuye que "se considera pandilla perniciosa al grupo de adolescentes mayores de 12 años y menores de dieciocho que se reúnen y actúan para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes públicos o privados utilizando armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas". La ambigüedad de la redacción permite comprender que basta que los agentes considerados constituyan, aun de un modo ocasional, una pandilla y cometan actos para (elemento subjetivo del tipo legal: con la finalidad de) realizar uno de los comportamientos enumerados, sin que sea necesario que lo consuman. Esto se confirma cuando se prevé la internación no menor de dos ni mayor de cuatro años, por el solo hecho de que el adolescente pertenezca a una pandilla perniciosa "en condición de cabecilla, líder o jefe" (art. 196). Disposición que recuerda ciertas disposiciones de la legislación antiterrorista. 1616

c. Límite cronológico de la capacidad penal

El límite de los 18 años ha sido con frecuencia admitido en los países latinoamericanos y europeos y, en los EE.UU., la mayoría de los Estados, así como la legislación federal, lo consideran como el límite de la minoría penal[30]. En el Seminario Europeo sobre el Bienestar Social, celebrado en París en 1949, se recomendó dicho límite, con el argumento que "está fundada en el principio de que, por lo general, antes de esa edad no se tiene el modo de pensar del adulto y de que 1617

[30] Cf. RICHERT, p. 41.

las medidas de orientación y protección podrían ser beneficiosas para los menores que no han llegado a esa edad". Durante ese período, en efecto, el desarrollo incompleto –físico, intelectual y moral (carácter)– permite actuar con más eficacia en la formación del menor, mediante una buena influencia y ejemplos apropiados. Pero, al mismo tiempo, es la época en que los malos ejemplos y las influencias perniciosas son muy peligrosas porque sus consecuencias son más acentuadas y perdurables.

1618 Esta regla, fundada en una constatación científica respecto al crecimiento y al desarrollo del individuo e inspirada en los principios de la teoría clásica del derecho penal, no puede ser modificada o abolida en consideración a criterios sólo represivos. Nuestro legislador, sin embargo, lo ha hecho en reiteradas oportunidades con relación a los autores de los siguientes delitos: traición a la patria y servicio a las armas de potencia extranjera (Ley Nº 15590 del 18 de agosto de 1965) y robo y ataque a los miembros de las Fuerzas Policiales (art. 9 del DL Nº 19910 del 30 de enero de 1973, disposición derogada mediante el DLeg Nº 121, art. 12). Estas excepciones fueron, sin embargo, excluidas al redactarse el nuevo Código Penal. No obstante debido a razones políticas y represivas, fueron restauradas. Así, el art. 20, inc. 2, del Código Penal había sido modificado por el art. 1 del DL Nº 25564 (promulgado el 17 de junio de 1992 y publicado el 20 del mismo mes), reduciendo el límite de la responsabilidad penal cuando el menor de 15 a 18 años "sea autor o haya participado en hechos calificados como delitos de terrorismo". Felizmente, el numeral 2 del art. 20 ha recobrado su redacción primigenia por efecto de la Ley Nº 26447 (publicada el 21 de mayo de 1995), estableciéndose la minoría de edad penal, o lo que es lo mismo, el límite de la responsabilidad penal en los 18 años. Este límite es para todos los efectos, es decir, se aplica con independencia del delito cometido y de si se interviene en su comisión como autor o partícipe.

1619 La disminución de la minoría penal no puede ser fundamentada en el hecho de que sea inferior el límite cronológico fijado por la legislación respecto a la capacidad civil o política. Por eso la emancipación, el matrimonio o la obtención de un título profesional, circunstancias que ponen fin a la minoría civil, no hacen variar el tratamiento que corresponde a la edad cronológica. Tampoco el hecho de que la Constitución, en su art. 30, estatuya que son ciudadanos los mayores de 18 años, significa que sea inaplicable el art. 22 CP que conside-

ra como imputables relativos a los mayores de 18 años y menores de 21. Todo esto es debido por supuesto a las características personales descritas anteriormente y a las graves consecuencias que acarrea consigo la pena común en la frágil personalidad del joven[31].

En países como el nuestro, en los que el sistema penal es sobre todo represivo, a pesar de que la legislación sea de inspiración preventiva, se justifica sin embargo menos una disminución de la minoría penal. La mayor parte de los delitos es desde luego la obra de jóvenes delincuentes. Pero esto no constituye una razón válida para considerar que la mejor solución para resolver este problema, sea la aplicación de la pena concebida para el delincuente adulto a dichos jóvenes. No quiere decir esto que los jóvenes deban ser considerados impunes o irresponsables, sino que frente a ellos hay que recurrir a sanciones y medidas adecuadas a su peculiar personalidad. 1620

3. Imputabilidad

a. Generalidades

Según nuestro Código Penal, la capacidad penal del delincuente constituye la condición previa e indispensable de la culpabilidad y, en consecuencia, de la pena. Esto implica que la persona tenga la libertad de actuar de manera distinta a como lo hizo cuando cometió el delito. Si estuviera fatalmente determinada para obrar como lo ha hecho, sería en efecto imposible reprocharle su modo de comportarse. Así, se plantea el dilema de escoger entre el indeterminismo (libre arbitrio) y el determinismo. 1621

Sin entrar en la tradicional controversia que existe entre los partidarios de ambas concepciones –controversia del todo desnaturalizada– 1622

[31] En una encuesta realizada por órganos de las Naciones Unidas, se señala que un gran número de países recomienda la adopción del límite de 25 años y de que el hecho de tomar en consideración un grupo de jóvenes delincuentes debe ser siempre considerada como un medio, que puede ser temporal, de definir una categoría bastante restringida para permitir una cierta individualización del tratamiento y para facilitar la especialización de jueces, del personal correccional y de agentes de readaptación. Ver *Le jeune adulte délinquant; Études de la pratique et des programmes actuels de prévention et de traitement*, Nations Unies, New York 1965, p. 9 y 126.

debemos señalar que, en el estado actual de nuestros conocimientos, resulta muy dudoso estimar que el comportamiento humano sea, necesariamente determinado o totalmente autónomo. Hay que satisfacerse aceptando, con prudencia, el condicionamiento parcial del comportamiento de las personas[32].

1623 Si se analiza con atención cómo los partidarios del libre arbitrio plantean sus ideas, se percibe que no quieren dar una explicación causal del comportamiento humano. Se esfuerzan más bien por explicarlo desde una perspectiva normativa que de modo alguno es incompatible con la tesis determinista. Se trata, en consecuencia, de una manera de reivindicar que los individuos han de ser tratados como personas; es decir, que sus opiniones y decisiones deban ser consideradas seriamente, aunque no puedan ser con facilidad constatadas como lo son el color de la piel o de los ojos, el grupo sanguíneo o las perturbaciones hormonales.

1624 El aspecto central del problema es, por supuesto, la dignidad de la persona humana cuya realidad es una verdad indubitable para nuestra conciencia moral y social. El individuo no es, simplemente, el objeto pasivo de sus hechos y gestos. Posee, en el momento de obrar, el sentimiento de ser libre y espera además que el resto de personas tenga también un comportamiento libre. Pensar, hablar, amar o trabajar son acciones que pueden ser ejecutadas por el hombre en la medida en que pueda controlar y orientar su actividad[33].

1625 En esta perspectiva, y para los fines específicos del derecho penal, no es necesario recurrir a ficciones o afirmaciones apriorísticas para admitir que el comportamiento humano, salvo en algunas circunstancias, sea el resultado de una cierta autodeterminación de su autor. Además, esta tesis no contradice los criterios preponderantes de las ciencias sociales y humanas. La idea del individuo como persona capaz de autodeterminarse, estando aún sometida a la influencia de circunstancias externas y personales, constituye la base de la organización social tal como la vivimos. Su aceptación supone una consagración de la dignidad humana basada en el sentimiento de libertad personal; dignidad considerada como la piedra angular de nuestro

---

[32] GERMANN, 1942, p. 120, note 158; MAURACH/ZIPF, §32 II Nº 3.
[33] Cf. NINO, 1980a, p. 382; ANCEL, 1981, p. 249; PLANCK, p. 115.

sistema y regulada en la Constitución conforme a los principios de un Estado de derecho.

Todo comportamiento humano se encuentra condicionado por fac- 1626
tores externos. Pero el individuo es capaz, en cierta medida, de comprender la significación de sus actos y de orientar su voluntad según determinados juicios de apreciación. Sobre la base de estas ideas, en psicología se desarrolló la teoría de la personalidad estratificada, complementando así la solución intermedia que se debe seguir para explicar de la mejor manera posible los actos humanos[34]. Conforme a esta teoría, la capacidad de autodeterminación de la persona le permite controlar, según las circunstancias sociales, su impulso a realizar ciertas conductas. Este es el elemento que justifica el reproche que se hace al autor por su comportamiento y la pena que se le impone.

Además, la admisión de una influencia determinante de factores in- 1627
ternos y externos en la conducta delictiva ha implicado la aceptación de las medidas de seguridad como recursos para combatir el delito de manera más eficaz que con la pena, como única y exclusiva reacción penal. Desde esta perspectiva, se comprende mejor por qué nuestro derecho se aleja tanto de la teoría clásica, que considera al libre albedrío como la piedra angular del sistema y, en consecuencia, a la pena como única reacción contra el delito, así como de la teoría positivista italiana y de sus epígonos, que admiten la "responsabilidad social" y estiman que el delincuente debe ser sólo tratado con medidas de seguridad y no sancionado con penas[35].

b. Técnica legislativa

El legislador, consciente de las innumerables dificultades que supone 1628
elaborar en la ley una definición positiva de la imputabilidad, parte de la presunción según la cual los mayores de 18 años son, de manera normal, capaces de actuar culpablemente y se limita luego a establecer las condiciones necesarias para considerarlos como inimputables[36].

---

[34] Cf. JESCHECK/WEIGEND, § 37 III.

[35] MANNHEIM, T. I, p. 46; SPOLANSKY, p. 86.

[36] De manera excepcional, se encuentra en los códigos penales una definición positiva de la imputabilidad. Una excepción la constituye el art. 85, inc. 2, del CP italiano que estatuye: "es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer".

Siguiendo la fórmula mixta utilizada en el Código de 1924 (proveniente del derecho suizo), en el art. 20 inc. 1 del Código vigente se declara exento de responsabilidad a quien "por anomalía psíquica, o grave alteración de la consciencia; o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posee la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación".

1629 Respecto a la fórmula de 1924, se conserva la referencia a las dos capacidades que el agente imputable debe poseer (capacidad de comprender y de determinarse), pero las circunstancias personales que pueden determinar la desaparición de una de esas capacidades son en parte diferentes. En el art. 85, inc. 1, del Código derogado, se mencionaban, en efecto, el estado de enfermedad mental, la idiotez y la grave alteración de la conciencia. En el art. 20, inc. 1, del nuevo Código se conserva sólo la tercera y, siguiendo el art. 20-1 del Código portugués, se ha substituido a las dos primeras por la anomalía psíquica. Además, se ha introducido una nueva circunstancia de exención de responsabilidad penal, a saber, la alteración de la percepción (establecida en el art. 22, inc. 4, del Anteproyecto español de 1983).

1630 La fórmula mixta utilizada en la ley significa que, para que una persona pueda ser declarada inimputable, no es suficiente constatar la existencia de uno de los estados personales enumerados en el art. 20, inc. 1, sino que es necesario comprobar que dicho estado personal haya sido la causa de la incapacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. Así, se dejó de lado la fórmula puramente biológica del Código de 1863, que en su art. 8, inc. 1, declaraba exento de "responsabilidad criminal" al que obraba en "estado de demencia o locura"[37].

1631 En un primer momento, la fórmula mixta fue caracterizada como biopsicológica[38]. Esta designación fue objeto de crítica porque los elementos a los que aludía como de naturaleza biológica no lo son en realidad: constituyen, en buena cuenta, factores psicológicos. Y los comprendidos bajo este término en la designación de la fórmula no tienen en especial este carácter, sino que implican más bien valo-

---

[37] En relación con los menores se descartó en criterio de discernimiento; ver *supra* Nº 925 ss.

[38] Cf. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 19 Nº 12.

raciones de orden social. Por todas estas razones, algunos autores consideran que sería mejor hablar de la fórmula descriptiva (elementos fácticos) - normativa (elementos valorativos)[39]. Sin embargo, se ha señalado[40] con razón que esta manera de caracterizar la fórmula legal tampoco es del todo correcta: las causas y los efectos indicados son, en consecuencia, tanto de naturaleza psicológica (fáctica) como normativa. Esto se aprecia con evidencia, por ejemplo, cuando se precisa que la alteración de la consciencia debe ser grave (apreciación normativa), o cuando se asegura que la consciencia es de índole psíquica pero que la capacidad personal es de orden normativo[41].

Fuera de estas discrepancias, lo importante es que, mediante la adop- 1632
ción de la fórmula mixta, se estatuye con claridad que el hecho de determinar si un sujeto es imputable o no, resulta de una apreciación (juicio de valor) del juez basada en la constatación de una situación concreta[42].

La misma fórmula mixta ha sido empleada por el legislador, en el art. 1633
15, para regular otra eximente de responsabilidad. Ésta consiste en la incapacidad, originada por la "cultura o costumbres" del sujeto, de "comprender el carácter delictuoso del acto" o de "determinarse de acuerdo a esa comprensión". Si esta incapacidad sólo se halla disminuida, entonces se atenuará la pena. Se trata pues de casos de incapacidad (total o relativa) de comprender el significado del acto realizado o de decidirse conforme a esta comprensión. No constituye por consiguiente un caso de error de prohibición regulado en especial en el art. 14. Tampoco se trata de un supuesto error de comprensión, ya que la disposición legal no sólo se refiere a la comprensión, sino también a la determinación. Como en el caso de la imputabilidad del art. 20, inc. 1, nos encontramos aquí en un plano anterior al del conocimiento real o virtual del carácter ilícito del acto cometido. Dicho nivel corresponde al de la personalidad del agente, es decir, de su potencialidad para comprender o determinarse. Y esta potencialidad, según el criterio previsto en el art. 15, está precisamente afectada por la "cultura" o "costumbres" del autor.

---

39 Cf. JESCHECK/WEIGEND, § 40 III I; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 20 Nº 1; JAKOBS, 1991, 18/3; RUDOLPHI, en SK, § 20 Nº 3.

40 ROXIN, 1997, § 20 Nº 2.

41 Cf. LESCH, 1999, p. 216, 221 ss.

42 ROXIN, 1997, § 20 Nº 6.

1634 Esta capacidad propia a cada persona no es sólo un factor natural e innato, más bien constituye el resultado de un proceso que comienza con el nacimiento en el seno de un grupo social determinado y que consiste en la asimilación, por la imitación o el aprendizaje, de pautas culturales que indican las diversas maneras de reaccionar ante el entorno social y natural. La asimilación de dichas pautas culturales forma progresivamente la personalidad de cada individuo. En la medida en que asimile esas pautas, éste se integrará entonces en su comunidad como persona.

1635 La falta de integración, o una integración defectuosa, darán lugar a comportamientos contrarios al sistema cultural del grupo social del cual es miembro el agente. En sociedades pluriculturales, dichos comportamientos pueden contradecir las pautas culturales de los otros grupos y, en particular, las que impone el grupo social dominante. En estos casos, las pautas violadas no bastan para motivar el comportamiento de las personas que, debido a su experiencia cultural, no tienen la capacidad de comprenderlas y/o de obedecerlas. En consecuencia, no se les puede reprochar su "mal comportamiento" (malo de acuerdo a las pautas culturales ajenas) y, por lo tanto, resulta superfluo sancionar penalmente el comportamiento de dichos individuos.

1636 Dentro de esta perspectiva, se comprende mejor la afirmación según la cual la imputabilidad es una noción social, normativa. No sólo porque los factores mencionados en el art. 20, inc. 1 (anomalía, grave alteración, concepto de realidad, carácter delictuoso) y en el art. 15 (cultura, costumbres) son criterios normativos que se refieren a ciertos aspectos fácticos, sino sobre todo porque el hecho de determinar la existencia, total o parcial, tanto de la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto como la de determinarse de acuerdo con esta apreciación, supone, siempre, tener en cuenta el contexto social del agente y el grado de integración de éste en su grupo social.

c. Noción de imputabilidad

1637 De la concepción negativa de la imputabilidad admitida por el legislador, se puede deducir la siguiente noción positiva: una persona es imputable cuando posee la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto y la facultad de determinarse conforme a esta apreciación[43].

---

[43] JIMÉNEZ DE ASÚA, 1916, p. 136; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 658, 664.

Conviene destacar, en primer lugar, que el legislador se refiere a la 1638
"facultad de apreciar el carácter delictuoso" y no a la "apreciación del carácter delictuoso". Se trata pues de la capacidad intelectual del individuo para conocer sus deberes, para darse cuenta de la inserción de su propia persona en el orden jurídico y para comprender las exigencias puestas por la sociedad a los individuos que la forman (consideraciones mutuas, necesidad de la represión de la violación eventual de las normas sociales)[44]. Sin embargo, esta capacidad no se ha de confundir con la conciencia de la antijuricidad del acto[45] o de su carácter punible, puesto que consiste más bien en un cierto desarrollo de la razón, en la existencia de una cierta conciencia propia, en el conocimiento del deber, no sólo ético sino también legal[46]. Dentro de esta perspectiva, se puede decir que el mandato legal podría constituir un factor determinante en el proceso de motivación que concluye en la realización del acto[47]. En segundo lugar, cuando el legislador alude a la facultad de determinarse se refiere, claro está, a la voluntad. No se trata de admitir el libre albedrío, sino de reconocer a la persona consciente de sus deberes la capacidad de obrar conforme a sus móviles[48]. Esta facultad no es considerada ni como una entidad abstracta, ni como una simple función puramente psicológica. Se trata del "potencial voluntario mínimo que permite al individuo controlar, en concreto y efectivamente, su comportamiento según las normas de conducta admitidas, de manera general, por la sociedad en la que vive"[49].

La ley considera, en definitiva, que al hombre normal le basta la inte- 1639
ligencia para darse cuenta del hecho de que su acto es contrario al orden jurídico, y que su voluntad le permite conformar su acto a ese orden. Por eso impone una pena sólo a quien es capaz de conocer las exigencias del orden jurídico (factor intelectual) y de conformar su actividad a éste (factor volitivo). La apreciación valorativa según la cual el agente no tuvo una de esas capacidades en el momento de obrar es de exclusiva competencia del juez.

---

44 JOLIDON, p. 35 s.; WELZEL, 1969b, p. 148.
45 JIMÉNEZ DE ASÚA, 1916, p. 136.
46 THORMANN/VON OVERBECK, art. 10 Nº 8.
47 ROXIN, 1997, § 20 Nº 27.
48 JIMÉNEZ DE ASÚA, 1959, p. 333; THORMANN/VON OVERBECK, art. 10 Nº 11.
49 JOLIDON, p. 41 s.

1640 De acuerdo con la fórmula empleada por el legislador, el examen de la facultad del autor para apreciar el carácter delictuoso de su acto precede el reconocimiento de su facultad para determinarse conforme a esta apreciación. La ausencia o existencia de esta última aptitud se determinará entonces sólo después de haberse constatado la existencia de la facultad de apreciar el carácter ilícito del acto. Sin embargo, en la realidad, no siempre resulta simple distinguir con nitidez si se trata de la ausencia de una u otra facultad, debido a que ambas se hallan muy relacionadas[50].

4. Inimputabilidad según el art. 20, inc. 1

1641 Nuestro legislador considera que es suficiente que una de las dos facultades falte para que el agente sea considerado como inimputable. Como ya lo hemos afirmado, dicha falta debe ser la consecuencia de una de las causas enumeradas en la ley y relacionadas con el estado personal del agente.

a. Anomalía psíquica

1642 Para referirse a la primera causa, los autores del Código Penal de 1991 abandonaron la expresión de "enfermedad mental", utilizada en el Código derogado, en favor de la expresión más general "anomalía psíquica". Este cambio, no obstante, no tuvo en cuenta que mediante dicha fórmula, la legislación portuguesa (art. 20, inc. 1 CP), fuente de nuestra norma, aludía a toda forma de perturbación psíquica, resultando, así, superflua toda otra referencia suplementaria como las realizadas por el legislador peruano.

1643 De esta manera el legislador se alejó claramente de las discusiones propias de la psiquiatría y de las imprecisiones que existen tanto respecto a la definición como en la clasificación de las diversas dolencias mentales. Se escogió una solución más adecuada a las necesidades del derecho penal. Esta solución consiste en entender la expresión "anomalía psíquica" en el sentido con que se usa en el lenguaje corriente, es decir perturbación, trastorno síquico. Desde que no se intenta más emplear en la redacción de la ley los criterios propios de

[50] ROXIN, 1997, § 20 Nº 28.

la medicina[51] y se usa una terminología más cercana a la del lenguaje común, se puede afirmar que el punto de vista del legislador está dirigido hacía los fenómenos psíquicos que le parecen a un neófito en psiquiatría cualitativamente aberrantes, cuyo carácter reviste proporciones groseramente chocantes y que permanecen en absoluto ajenos y como impermeables a sus esfuerzos de comprensión y de asimilación vital. Además, el profano no diferencia entre perturbaciones de naturaleza intelectual y de naturaleza afectiva[52].

La noción de anomalía psíquica es, en consecuencia, más amplia que 1644
la noción médica de enfermedad o dolencia mental. En efecto, comprende tanto las dolencias mentales en sentido estricto, como las perturbaciones de la consciencia, las diversas formas de oligofrenia y las demás perturbaciones psíquicas graves (psicopatías, neurosis, impulsiones).

En esta perspectiva, la expresión "anomalía síquica" ofrece mayores 1645
ventajas que la de "enfermedad mental", sobre todo, porque ésta no tiene un significado unívoco en psiquiatría, disciplina que ha pasado por lo demás por una crisis seria de identidad[53]. Entre los especialistas, la noción de enfermedad mental varía según la ideología adoptada. Si el especialista se limita a una perspectiva puramente "médica", la considera sólo como la perturbación mental originada por un factor orgánico o biológico. Por el contrario, si adopta una orientación "psicológica", amplía la noción en el sentido de que se trata de un desorden psíquico. Por último, con una tendencia sociológica, la define como un trastorno psíquico de origen social, es decir, debido a las relaciones personales inadecuadas del individuo con su medio de vida o de trabajo. Todos estos criterios deben sin embargo ser tenidos en cuenta sin espíritu dogmático para comprender mejor la compleja realidad personal que debe ser considerada para decidir si una persona es imputable o no. En consecuencia, no importa en verdad optar por uno de los criterios precitados, ni tampoco ubicar la situación personal del agente en una de las categorías mencionadas en los diversos catálogos de trastornos mentales elaborados por los psiquiatras. Es decisivo, sin embargo el hecho de que la perturbación psíquica, por su índole e intensidad, sea idónea para comprometer

---

51 Cf. MAURACH/ZIPF, § 36 Nº 30; BLEI, p. 164 s.; JESCHECK/WEIGEND, § 40 III 1.
52 JOLIDON, p. 21, siguiendo la obra de BINDER.
53 FIANDACA/MUSCO, p. 250; ZAFFARONI/PLAGIA/SLOKAR, p. 663, 666 ss.

de manera grave la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse según esta comprensión.

1646 Esto no significa, desde luego, que deban ignorarse o despreciarse los conocimientos científicos. Estos deben incluso ser tomados en cuenta para precisar las apreciaciones de los juristas. Así, resulta útil considerar, por ejemplo, las nociones técnicas de psicosis, esquizofrenia, ciclotimia (locura maníaco depresiva), oligofrenia. En esta línea, constituyen anomalías psíquicas, por un lado, las psicosis de origen exógeno[54]. Las causas de estas psicosis se encuentran fuera del organismo de la persona. En efecto, dichas psicosis se deben en general a traumatismos cerebrales, artereoesclerosis, atrofias y desintegración de la personalidad con base orgánico-cerebral, infecciones o intoxicaciones debidas al alcohol u otras drogas. En este último caso, la alteración de la conciencia como causa de exención de la responsabilidad debe ser considerada patológica, precisamente porque es debida a una intoxicación del organismo. Por otro lado, constituyen anomalías síquicas las psicosis endógenas, cuya causa se encuentra al interior del organismo. Se distinguen aquí dos grandes grupos: la esquizofrenia y la ciclotimia. Por último, hay que considerar también como anomalía síquica la oligofrenia. Esta anomalía consiste en la debilidad intelectual congénita sin causa demostrable. Según su intensidad, se distinguen los casos de idiocia, imbecilidad, debilidad mental, inteligencia limitada.

1647 El criterio utilizado por la Corte Suprema para admitir la inimputabilidad ha sido, en ciertas ocasiones, bastante amplio. En una conocida ejecutoria, por ejemplo, la Corte Suprema sostuvo que, aunque los peritajes médico-legales "no llegan a definir como anormal a la acusada, calificándola sólo de extravagante, queda no obstante sumido el espíritu en las mayores perplejidades para decidirse a tratarla como persona responsable del doble filicidio..."[55].

b. Grave alteración de la conciencia

1648 Por lo que se refiere a la grave alteración de la conciencia, el profano, aunque no pueda dar una definición de conciencia, parte de la

---

[54] BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 19 Nº 15.
[55] En *AJ* 1943, p. 445.

idea de que el ser humano está dotado de un cierto poder de reflexión, o sea que obra sabiendo lo que hace. Pero, si circunstancias particulares perturban la reflexión de la persona, impidiéndole así darse cuenta lo que está haciendo en el momento en que actúa, existe entonces una perturbación de su conciencia. O, en otras palabras, una perturbación de su propia conciencia, de aquella que tiene de los hechos exteriores o de la relación existente entre ambas, lo que implica, a su vez, una perturbación de la autodeterminación[56]. La grave alteración de la conciencia no tiene un origen patológico. Su origen puede residir, por ejemplo, en los estados intermedios de ebriedad, en una profunda fatiga o en la hipnosis. Se trata, sin embargo, de trastornos de la conciencia que sobrepasan el límite de lo normal. Las estructuras psíquicas del individuo son trastocadas y sus instancias de control del todo alteradas. Es el caso, por ejemplo, de las formas intensas de estados hipnóticos o post hipnóticos, pasionales (odio, celos) o crepusculares no patológicos. El legislador emplea con justeza la expresión "grave alteración de la conciencia" y no la de "ausencia total de conciencia", pues en este último caso simplemente no hay acción por no existir voluntad[57].

Respecto a los primeros años que siguieron a la fecha en que entró 1649
en vigencia el Código Penal de 1924, se puede afirmar que la Corte Suprema sostuvo un criterio equivocado en relación con la grave alteración de la conciencia. En una ejecutoria del 8 de julio de 1929 expresó, en efecto, que no había que confundir la emoción violenta a la que se refería el art. 153 (actual art. 109), "con la grave alteración de la conciencia propia de los estados patológicos que anulan el discernimiento y la libre determinación, por lo que la ley los considera en el mismo plano que los estados de enajenación o enfermedad mental eximentes de pena"[58]. Este criterio restringido fue luego abandonado, al hacer suyos la Corte Suprema los siguientes argumentos del fiscal: "si bien el concepto de grave alteración de la conciencia no

---

56 BLEI, p. 166; MAURACH/ZIPF, § 36 Nº 34; JESCHECK/WEIGEND, § 40 III b; STRATENWERTH, 1996, § 11, Nº 24; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 18 Nº 17.

57 Un inimputable puede actuar, luego la imputabilidad no se identifica con la capacidad de acción; LOGOZ/SANDOZ, art. 10, Nº 5 b; WYRSCH, 1968, p. 113; ROXIN, 1997, § 20 Nº 29; cf. BINDING, 1890, II, p. 117; CEREZO MIR, 2001, T. III, p. 57 ss.

58 En *AJ* 1959, p. 81.

puede tomarse en sentido restrictivo ya que son muchos los factores que la producen: los impulsos patológicos de los dementes, de los alcohólicos, los epilépticos. Pero también hay estados psíquicos que producen una reacción inmediata, instintiva e involuntaria, y este estado de conciencia constituye la emoción [...]. Es pues evidente que dadas las condiciones personales y las circunstancias que rodearon la perpetración del evento, L.V. (el acusado) no se encontraba en situación de apreciar el carácter delictuoso de su acto..."[59]. También es interesante, mencionar el fallo en que se absolvió a una madre soltera que –rechazada por sus familiares y amigos– abandonó a su hijo recién nacido. El dictamen fiscal, conforme al cual se pronunció la Corte Suprema, sostuvo que "es lógico suponer que tales repudios afectasen profundamente el ánimo de la acusada" y que "así no resulta aventurado sostener que la acusada obró bajo el imperio de una grave alteración de la conciencia..."[60]. Sin embargo, hay que destacar que el hecho de recurrir a la "grave alteración de la conciencia" para no penar a la acusada no era del todo acertado. Los dictámenes emitidos por los Fiscales supremos fueron en efecto confusos y frecuentemente inexactos. Esto resalta, por ejemplo, en el siguiente párrafo: "La acusada es indígena, de mentalidad retrasada y carece de antecedentes. No tuvo intención de causar ningún daño; los hechos ocurrieron de manera causal y originados por la actitud del agraviado [no pasarle alimentos a su hijo]. La encausada, por su misma ignorancia y su estado mental [no padecía sin embargo enfermedad mental] sufrió una grave alteración de su conciencia"[61].

c. Alteración de la percepción

1650 Esta causa de la incapacidad de culpabilidad, no prevista en el Código de 1924, afecta gravemente la concepción que tiene el agente de la realidad. El término percepción proviene del verbo "percibir", que significa recibir por mediación de los sentidos las impresiones exteriores. Así, la "percepción" es la sensación correspondiente a la impresión material de los sentidos. De este modo, la persona compren-

---

59 ES del 13 de noviembre de 1952, en *RF* 1953, p. 266.

60 ES del 28 de octubre de 1949, en *RJP* 1949, p. 939; ver, igualmente, ES del 3 de octubre de 1958, en *RF* 1958, p. 671.

61 En *RF* 1958, p. 672.

de o conoce la realidad, esto es, llega a hacerse una idea (un concepto) de la realidad mediante el entendimiento.

Las alteraciones de la percepción resultan, por consiguiente, de la 1651
carencia o imperfección de los sentidos. Estas deficiencias impiden, si no son compensadas por una instrucción y educación adecuadas, que la persona tenga una idea correcta de la realidad. Ello genera que se encuentre incapacitada para comprender la significación social y jurídica de sus actos o para determinarse de conformidad con tal comprensión. Es el caso, por ejemplo, de una persona sordomuda no educada que puede ser comparada a un débil mental por no haber desarrollado normalmente su inteligencia. Pero aunque dicha persona haya sido educada, subsisten graves deficiencias mentales que pueden en efecto tener un origen patológico (enfermedad mental).

Si se entiende así la "alteración de la percepción", entonces cabe pre- 1652
guntarse si era necesario hacer mención expresa de ella en el Código Penal como una causa de inimputabilidad. Como ya lo hemos señalado antes, mediante la fórmula general de "anomalía psíquica", se hace referencia, en el art. 20, inc. 1, del Código portugués, a toda perturbación síquica. Además, si se considera que no basta la alteración de la percepción por defecto de los sentidos, sino que es indispensable que este defecto afecte gravemente el concepto de la realidad de la persona, hay que aceptar que este efecto es de orden síquico. Se trata pues, de una deficiencia personal que impide hacerse una idea correcta de la realidad, en particular del comportamiento que se ejecuta, y que constituye, en buena medida, una anomalía psíquica (*lato sensu*). En el Anteproyecto 2004[62], art. 20, inc. 1, los redactores se han limitado a suprimir la frase "que afectan gravemente su concepto de la realidad". De manera lapidaria, los autores explican que la "objeción reside en la implicancia de entenderse una realidad inequívoca donde cada sujeto tiene su propia realidad. La incidencia va más en una realidad valorativa, aunque no resulta suficiente"[63]. Sin entrar a juzgar el fundamento de este argumento, la supresión de la frase mencionada se justifica por las razones que se han expuesto en los párrafos precedentes.

---

[62] Cf., p. 16.

[63] Se trata de una crítica al texto del Código español hecha por BUSTOS, 1989, p. 345; retomada por VILLAVICENCIO, 2001, p. 105.

1653 En resumen, en la perspectiva de la ley, hay que distinguir tres niveles: primero, la existencia de una alteración de la percepción; segundo, la afectación grave del concepto de la realidad; y, tercero, la falta de la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse.

5. *Actio libera in causa*

1654 La imputabilidad del sujeto se determina en el momento en que éste actúa[64]. El derecho penal moderno aplica siempre esta regla. El agente debe ser capaz de obrar culpablemente en el momento en que desencadena el proceso de realización del delito (modelo del tipo, *Tatbestandsmodell*)[65].

1655 La cuestión de la "*actio libera in causa*" se plantea cuando surge el asunto de la responsabilidad de quien comete un delito en estado de inimputabilidad, pero que ha establecido, siendo aún capaz de obrar de modo culpable, la causa que dará lugar a la realización de dicha infracción. Se distinguen dos casos: en el primero, el agente provoca su propia incapacidad con la intención de cometer la conducta punible, concebida y decidida por él (*actio libera in causa* intencional). Por ejemplo, el autor, con el propósito de matar a una persona, se droga para darse ánimo y así cometer el homicidio.

1656 En el segundo caso, el agente se pone en este estado de incapacidad pudiendo y debiendo saber que, llegado el momento, no podrá usar la prudencia y previsión exigibles en la vida ordinaria y sabiendo que posiblemente tendrá que afrontar un deber para cuyo cumplimiento necesita de todas sus facultades (*actio libera in causa* culposa)[66]. Por ejemplo, el agente persiste en conducir su automóvil a pesar de las evidentes manifestaciones de cansancio, y atropella a un tercero.

1657 La "*actio libera in causa*" no constituye, pues, una excepción al principio de la concomitancia del acto y de la capacidad penal[67].

---

64 ROXIN, 1997, § 20 Nº 55 ss.

65 Sobre el criterio de la *Schuldlösung* (modelo de la excepción de culpabilidad), BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 19 Nº 42 ss.

66 Ver ZÜRCHER, p. 45; STOOSS, 1929 p. 130, nota 1; GRAVEN, 1965, p. 10; HAFTER, 1946, p. 112 s.; CLERC, 1942, I, p. 76.

67 En contra: HRUSCHKA, 1968, p. 554 ss.; JESCHECK/WEIGEND, § 40 VI 1; WESSELS/BEULKE, Nº 415 s.; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 20 Nº 35.

Los autores del Proyecto de 1985 (agosto) establecieron que "cuando el agente ha preordenado su trastorno mental responde por el dolo o la culpa en el que se halla respecto del hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación". Esta definición no ha sido conservada en el Código de 1991. En su lugar, se ha preferido seguir el método, ya adoptado en 1924, que consiste en no regular de manera expresa estos casos. La aplicación de las diversas disposiciones del Código y de los criterios relativos a la imputabilidad permiten, en efecto, resolver el problema en el sentido que hemos explicado[68]. 1658

6. Duda sobre el estado mental del agente

En el nuevo Código Penal no existe una disposición semejante al art. 93 del Código derogado. Según este artículo, en caso de duda sobre el estado mental del autor del delito, el juez instructor o el tribunal debía ordenar su examen por peritos. Dicho examen incluso era obligatorio en caso de epilépticos o sordomudos. 1659

En el mismo sentido, aunque mediante un lenguaje menos preciso, el art. 189 CdePP, estatuye que "cuando hubiere sospechas de que el inculpado sufre de enajenación mental o de otros estados patológicos que pudieran alterar o modificar su responsabilidad, el Juez Instructor, de oficio, o a petición del defensor o del Agente Fiscal [ahora fiscal provincial] mandará reconocerlo por dos peritos psiquiatras". Zavala Loaiza, autor del Anteproyecto de este Código, opina que se amplía el alcance del art. 156 del Código de Procedimientos en Materia Criminal (1920), "porque no sólo interesa conocer hoy si la responsabilidad del agente se encuentra anulada por la enajenación mental que padezca, sino que importa saber, también, si aquejado el inculpado de otros estados patológicos, sus condiciones volitivas estuvieron afectadas en el momento de la comisión del delito, presentándose, por consiguiente, el caso previsto en el art. 89 del Código Penal"[69] (imputabilidad restringida). En los proyectos elaborados con el objeto de modificar la ley procesal, se propuso sustituir la disposición precitada por una de sentido más amplio. En el Proyecto de 1971, el artículo 222 decía que "el juez puede ordenar, cuando lo 1660

[68] Jiménez de Asúa, 1926a, p. 17.
[69] Zavala Loaiza, 1947, p. 293.

considere necesario, el examen del procesado por peritos para establecer sus condiciones personales y las posibles causas que lo determinaron a cometer el delito"[70]. La norma del Código fue complementada mediante el art. 4 del DLeg Nº 52, Ley Orgánica del Ministerio Público, en el sentido de que el Fiscal Provincial debe pedir al juez "el reconocimiento del inculpado por médicos psiquiatras, cuando tuviere sospechas" de que sufre de "enfermedad mental o de otros estados patológicos que pudieran alterar o modificar su responsabilidad penal". Finalmente, en el art. 75, inc. 1, del nuevo Código Procesal Penal, se dispone que cuando "exista fundada razón para considerar el estado de inimputabilidad del procesado al momento de los hechos, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juez Penal, colegiado o unipersonal, según el estado de la causa, dispondrá, de oficio o a pedido de parte, la práctica de un examen por un perito especializado".

1661 La fórmula adoptada por el legislador para determinar la inimputabilidad, atribuye una singular importancia a la labor de los expertos. Estos son, pues, auxiliares del juez, cuya ayuda es indispensable para determinar la imputabilidad o inimputabilidad del procesado, así como la medida de seguridad apropiada que, en su caso, habrá de imponer. No obstante, es el juez quien debe decidir sobre la imputabilidad del agente, pero esto no significa que pueda rechazar o ignorar, de manera arbitraria, el informe del perito.

1662 Por último, el art. 83 del Código derogado, que por cierto no figuraba en el Proyecto Maúrtua de 1916, estatuía que "el agente de infracción no intencional ni culposa será también reprimible, en los casos de peligro social, cuando la ley lo prescribe expresamente sustituyendo a la pena la medida de seguridad o educativa más adecuada determinada por la ley".

7. Imputabilidad según el art. 15

1663 Entre todos los antecedentes de la regla contenida en el art. 15, hay que mencionar principalmente el Proyecto venezolano de 1948 (art. 13) que estatuye: "el juez podrá declarar inimputable al indígena que cometa un... delito, teniendo en cuenta su incapacidad para comprender o querer, derivada de su inadaptación cultural". El Proyecto

[70] Ver Proyecto del Consejo Nacional de Justicia, art. 207.

boliviano de 1964 también preveía la exclusión de la responsabilidad de los indígenas, pero de manera diferente. Disponía que "el error esencial será también excluyente de culpabilidad, así como el error o la ignorancia de derecho, con particular referencia al indígena". Hay que recordar que nuestro legislador de 1924 escogió la solución, criticada con razón, de considerar como inimputables o imputables relativos a los indígenas o selváticos, en la medida en que previó para ellos la substitución de la pena por una medida de seguridad.

Dada la influencia que parece haber ejercido Zaffaroni sobre algunos 1664
de los que intervinieron en las diferentes fases del proceso de reforma, hay que recordar una propuesta elaborada bajo su dirección. Mediante esta propuesta se recomendaba "que se elaboren conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes"[71].

La influencia de Zaffaroni se nota sin duda alguna en el hecho de 1665
que los autores de la Exposición de motivos del Proyecto de 1990 declararon "que el proyecto de la Comisión Revisora ha dado acogida a una forma especial de error conocida en la doctrina como 'error de comprensión culturalmente condicionado'". Pero, a pesar de esta declaración de intención, el art. 15 parece afiliarse más a la concepción admitida en el proyecto venezolano, que prevé una causa de inimputabilidad, que a la del Código boliviano, que prevé una circunstancia de inculpabilidad. En cuanto a la propuesta de Zaffaroni, hay que notar que, aunque habla de inculpabilidad, se refiere sin embargo a la persona que, en razón a las normas de su propio grupo cultural, no puede ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes. Es decir, se refiere a la incapacidad (no poder) de obrar según pautas jurídicas o culturales diferentes a las de su propio grupo o lo que es lo mismo, a la inimputabilidad. Esta ambigüedad podría explicar que, al redactarse el art. 15, se haya escogido la estructura del art. 20, inc. 1 (inimputabilidad) y se haya empleado la expresión "sin poder comprender...".

Esta manera de elaborar el art. 15 demuestra que no se reflexionó 1666
sobre la oportunidad y necesidad de incorporar una disposición de esta naturaleza en la ley, ni sobre los efectos de su aplicación. A pesar

---

[71] ZAFFARONI, 1986, p. 58.

de las buenas intenciones de sus autores, resulta en efecto incorrecto calificar la exención de responsabilidad penal prevista en el art. 15 de "error de comprensión condicionado culturalmente"[72].

1667 Si por comprensión se entiende la "acción de comprender" y la "facultad, capacidad o perspicacia para entender y penetrar la realidad", entonces todo error es un error de comprensión. Y como todo entender o comprender de la realidad está determinado por el condicionamiento cultural de la persona, todo error es un error condicionado "culturalmente".

1668 Esto quiere decir que el error de tipo (sustraer una cosa ajena creyéndola propia) y el error de prohibición (practicar el acto sexual con una menor creyendo que está permitido porque lo está en el grupo social al que pertenecen las dos personas en cuestión según el servinacuy, mal llamado matrimonio de prueba), serían errores culturalmente condicionados. No obstante, estos casos se hayan comprendidos en el art. 14. El art. 15 se refiere, más bien, a un caso particular de incapacidad de las personas que cometen un delito. Este era también el sentido expresamente manifestado por los autores del Proyecto venezolano de 1948. Por el contrario, las Bases del Proyecto de Código boliviano de 1964, citadas anteriormente, sólo hacían referencia al error.

1669 El art. 15 del Código peruano subordina la incapacidad de darse cuenta que tal comportamiento contradice el orden jurídico (basado en un conjunto de valores culturales determinados) o de determinarse conforme a esta apreciación, al hecho de que el agente pertenezca a una cultura diferente (cultura que no prevé la norma violada o que prevé una norma contraria por valorar de manera diferente el comportamiento en cuestión).

1670 Esta incapacidad no se debe, como en el caso de la inimputabilidad del art. 20, inc. 1, a una anomalía síquica, a una alteración grave de la conciencia o a alteraciones de la percepción que afectan gravemente el concepto que tiene el autor de la realidad. En lugar de estas circunstancias, el art. 15 menciona la "cultura" o las "costumbres" del

---

[72] En algunas resoluciones judiciales, se aplica esta disposición de manera totalmente equivocada: STC Nº 4160-96-Ancash, del 7 de noviembre de 1997, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 149 s. (consultar el dictamen del Ministerio Público).

agente. Éstas deben ser las causas de la incapacidad del sujeto activo para comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse conforme a esta apreciación. Sus patrones culturales, diferentes de los que forman la base del Código Penal, "afectan gravemente su concepto de la realidad", a tal extremo que no puede ser tratado de la misma manera que quien se haya integrado a la cultura dominante.

Según el texto del art. 15, elaborado de acuerdo con el art. 20, inc. 1 (inimputabilidad), el problema no reside en el hecho de que una persona plenamente capaz (tanto síquica como culturalmente) crea por error que actúa conforme al orden jurídico[73], sino que, más bien, dicha persona no posee las condiciones personales necesarias para actuar conforme al derecho. En otras palabras, aun cuando el agente no sepa que comete un hecho antijurídico, se le exime de pena no porque obre bajo la influencia de un "error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal" (art. 14, pf. 2), sino porque esté en la imposibilidad de comportarse conforme a cánones culturales que le son extraños. 1671

Para comprender esta solución adoptada frente al problema planteado por la aplicación de un sistema penal (que no es sino la manifestación de una cultura) a personas de culturas diversas, hay que tener en cuenta ciertos aspectos referentes al concepto de cultura. Sin descuidar las diversas perspectivas desde las que ésta ha sido definida, según la importancia dada a cada uno de sus elementos o a los fines tanto teóricos o prácticos perseguidos al elaborar la definición, hay que considerar que el término "cultura" debe ser comprendido como un sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera correcta según la cual las personas deben reaccionar en una situación determinada. Este sistema hace de un conjunto de individuos un grupo organizado y modifica a fondo las dotes naturales de éstos, otorgándoles grandes beneficios e imponiéndoles múltiples obligaciones. Los individuos ven restringidas, en definitiva, sus libertades en beneficio del bien común. 1672

Desde el día de su nacimiento en un grupo social determinado, el individuo comienza un proceso de adaptación al sistema cultural mediante la imitación y el aprendizaje. De esta manera interioriza 1673

---

[73] Cf. VILLA STEIN, p. 419 ss,

modelos culturales y da forma a su personalidad. El individuo adquiere la capacidad de comportarse conforme a las pautas culturales de su grupo social. Este proceso de formación de la personalidad es en definitiva el de la integración de la experiencia del individuo y de sus cualidades constitucionales que terminan por formar un todo funcional ajustado mutuamente. Así, la personalidad ha podido ser definida como "el conjunto de las cualidades psíquicas del individuo, es decir, la suma total de sus facultades racionales, percepciones, ideas, hábitos y reacciones emotivas condicionadas".

1674 Por supuesto, una persona puede violar dichas pautas culturales con pleno conocimiento de causa porque no ha logrado asimilar debidamente la pauta de comportamiento violada o porque lo ha hecho de manera deficiente. En estos casos se aplicarán las normas legales comunes para determinar su responsabilidad. Así, puede entrar en consideración la regla sobre la inimputabilidad si, por ejemplo, la no asimilación de las pautas culturales es debida a un trastorno mental grave. Cabe también invocar la disposición sobre el error de prohibición, cuando por una deficiente asimilación de la pauta cultural pertinente, el agente capaz supone por equivocación que su comportamiento no es ilícito.

1675 Los casos comprendidos en el art. 15 son aquellos en los que se presenta un conflicto cultural, lo que supone la presencia de diversos sistemas de valores. Por un lado, se encuentra la cultura en la que el autor del delito ha formado su personalidad y, por otro, la cultura cuyos valores son consagrados por la ley que aplica el representante del grupo social dominante.

1676 El conflicto puede ser absoluto. Por ejemplo, cuando se trata de un caso que implica al miembro de una tribu de la Amazonía que no ha tenido contacto alguno con la cultura de raigambre europea y cristiana del Perú oficial. Según sus pautas culturales era necesario matar al brujo del grupo (homicidio según el Código Penal) porque éste era considerado como responsable de la epidemia que diezmaba la tribu. Culturalmente se trata, por consiguiente, de un acto valorado de manera positiva, ya que era el medio por el que el grupo social creía poder salvarse. El autor de este comportamiento ha actuado conforme a las pautas culturales que ha asimilado mediante el proceso de inculturación antes descrito. Este proceso ha condicionado la formación de su personalidad y, como conjunto de pautas culturales, ha canalizado sus reacciones frente a las situaciones materiales y personales

concretas. En razón, justamente, a su peculiar personalidad, será considerado como un sujeto incapaz de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo a esta apreciación.

1677 En sociedades como la nuestra, complejas y resultantes de un largo proceso iniciado con un choque cultural brutal, los conflictos de esta naturaleza son con frecuencia menos nítidos. Los grupos sociales andinos (quechuas, aymaras, huancas, etc.) han sufrido la imposición, por la fuerza, de la cultura española (idioma, religión, sistema económico y político). Esto ha significado la modificación profunda de sus pautas culturales, pero sin que hayan desaparecido del todo, pues los grupos sociales andinos, como siempre sucede en estos tipos de conquista, reaccionaron ante la nueva cultura interpretando tanto sus moldes propios como los impuestos, lo que ha permitido la supervivencia de sus pautas culturales tradicionales.

1678 La aplicación del art. 15 dependerá, por consiguiente, del grado de integración de la persona que ha cometido el acto considerado como delito por el Código Penal (sistema cultural oficial). En el caso de relaciones sexuales con una menor de edad según la tradición del servinacuy, esta disposición se aplicará si se trata de un indígena sin, o con esporádicos, contactos con la cultura predominante, y si el hecho tiene lugar en el seno de su comunidad. Pero no si se trata de un inmigrante andino que habita en una barriada de Lima y que se encuentra relativamente bien integrado en el sistema oficial, porque su personalidad, formada al comienzo en el seno de su medio cultural y completada por sus vivencias en el medio cultural dominante, no puede ser considerada como la causa de su incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto precitado o de determinarse según esta apreciación. Esto no impide que, a pesar de sus capacidades personales, pueda haberse equivocado sobre el carácter prohibido de las relaciones sexuales con menores de edad. En este caso, se le aplicará el art. 14 que prevé el error de prohibición. Esta es la solución que ha permitido y permitirá tener en cuenta las diferencias culturales existentes entre todas las personas sometidas a nuestro sistema penal.

1679 La reticencia que puede existir en considerar la circunstancia regulada en el art. 15 como una causa de inimputabilidad es de orden ideológico. En efecto, esto resulta de la manera tradicional y discriminatoria como han sido y son tratados los indígenas y los pobladores de la selva. Marginados social y culturalmente, despreciados por considerárseles racialmente inferiores e intelectualmente dismi-

nuidos, su tratamiento legal ha seguido dos direcciones extremas. En primer lugar, han sido ignorados como realidad étnica y cultural, pero así mismo fueron considerados de manera abstracta como miembros libres e iguales de la nueva República. Por esta razón, en el Código Penal de 1863 no se consideraba de forma alguna su situación particular. Y, en segundo lugar, tomando en cuenta sus rasgos particulares, fueron clasificados conforme a un criterio etnocentrista y sometidos a un derecho penal considerado como un instrumento civilizador. Por esto, en el Código Penal de 1924 eran sometidos a medidas de seguridad en lugar de ser castigados según la pena prevista para el delito que habían cometido.

1680 Sin embargo, al contrario, dicha reticencia no es justificada si se parte del marco constitucional vigente. Primero, según el art. 2, inc. 19, de la Constitución, toda persona tiene "derecho a su identidad étnica y cultural". Este artículo dispone además que "el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación". Segundo, según el art. 17, pf. 4, *in fine*, de la Constitución, el Estado "fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional". En este contexto, no puede estimarse peyorativo el hecho de considerar como inimputable (incapaz de culpabilidad) a un individuo a causa de las circunstancias individuales que le son propias. Sobre todo si se tiene en cuenta que toda persona, incluso la inimputable, es tomada en consideración por lo dispuesto en el art. 1 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".

1681 La interpretación del art. 15, según la cual en éste se regula un caso particular de inimputabilidad, nos parece ser la que mejor corresponde tanto al texto legal de la disposición, como a la sistemática de nuestro Código. La voluntad manifestada por los redactores de la Exposición de motivos del proyecto del Código no concuerda, sin embargo, con lo establecido en realidad en el texto legal. La supresión del art. 15 sería negativa sólo si los responsables de la aplicación de la ley continuaran ignorando, por un lado, la igualdad entre las diversas culturas que existen en nuestro país y, por otro lado, la significación y los alcances del error de prohibición.

1682 Por último, conviene señalar que el art. 15, como toda otra disposición legal, debe ser interpretada y aplicada conforme a la Constitu-

ción. El intérprete, juez o abogado, no puede ignorarla. Si se trata de un juez, según la misma carta fundamental, tiene incluso la obligación de comprobar la constitucionalidad de una disposición legal antes de aplicarla. En esta perspectiva, hay que considerar que el factor cultural o las costumbres que determinan la incapacidad de comprender o de determinarse a los cuales se hace alusión en el art. 15, son pautas culturales que no atentan contra los derechos fundamentales. En caso contrario, existiría una contradicción paradójica en el sistema: garantizar los derechos fundamentales de la persona y, al mismo tiempo, considerar eximentes de pena a pautas culturales o costumbres contrarias a estos mismos derechos.

8. Imputabilidad disminuida

a. Generalidades

La distinción entre individuos normales y anormales no es nítida[74]. La siquiatría reconoce, desde hace algún tiempo, que hay una zona intermedia entre la normalidad y la anormalidad. En esta zona se encuentran los individuos sólo disminuidos en sus capacidades psíquicas. 1683

Frente a este gran problema, la doctrina clásica había adoptado una solución que era a la vez lógica y práctica por su simplicidad. Esta consistía en atenuar la pena de los delincuentes en proporción a la disminución de su estado mental constatada por los expertos (peritos). Evidentemente, dicha disminución de su estado mental no alcanzaba las proporciones de los estados que acarreaban la inimputabilidad[75]. 1684

Esta solución era desde luego conforme a los principios de la doctrina clásica, que consideraba a la pena como una pura retribución y fundaba su aplicación en el libre albedrío. Si éste era limitado, la lógica exigía que la pena fuese reducida. Pero en la práctica, estas ideas dejaban a la sociedad sin protección frente a individuos que constituían, justo a causa de su anormalidad, un peligro social más grande que los individuos normales. La solución clásica era, pues, inaceptable desde el punto de vista de una correcta política criminal. 1685

---

[74] HAFTER, 1922, p. 11.

[75] QUINTANO RIPOLLES, 1966, p. 277 s.

b. Técnica legislativa

1686 El legislador español había previsto, desde 1848, un sistema original de circunstancias que eximían o atenuaban la pena. Las circunstancias eximentes que no reunían todas las condiciones exigidas por la ley eran consideradas como circunstancias de atenuación (eximentes imperfectas). En nuestro Código Penal de 1863 y en el de 1924 se adoptó la misma técnica. Conviene destacar que el Código de 1863, de clara inspiración española, reconocía la existencia de estados intermedios entre la enfermedad y la salud mental, atribuyéndoles la calidad de circunstancias de atenuación.

1687 Otros legisladores, al contrario, comprendieron muy bien la necesidad de distinguir de manera explícita la categoría de delincuentes que, en el momento de cometer la infracción, no eran del todo imputables. Así surgió la noción de la "imputabilidad disminuida". El art. 14 del Anteproyecto suizo de 1915, que fue fuente de nuestro Código Penal de 1924, estatuía: "si a causa de una perturbación en su salud mental o en su conciencia, o a causa de un desarrollo mental incompleto, el delincuente, en el momento de obrar, no poseía plenamente la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse conforme a esta apreciación, el juez atenuará libremente la pena". Además, para evitar los inconvenientes de la teoría clásica, el legislador suizo incorporó en su ley las medidas de seguridad para esta clase de delincuentes.

1688 Nuestro legislador aceptó implícitamente este concepto al disponer, en el art. 90 del Código derogado, que "en los casos del art. 85, cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir la pena prudencialmente hasta límites inferiores al mínimo legal". En términos materiales, la misma regla ha sido prevista en el art. 21 del Código de 1991.

1689 La imputabilidad disminuida no constituye una categoría intermedia entre la imputabilidad y la inimputabilidad. Al contrario, los delincuentes limitados en su imputabilidad son capaces de obrar culpablemente y pueden, pues, ser castigados igual que los autores considerados como imputables[76]. Sin embargo, el juez debe tener en

[76] ROXIN, 1997, § 20 Nº 32.

consideración que su capacidad de resistir a los impulsos criminales es más débil que la de los individuos normales.

El Juez debe constatar, primero, la existencia o la inexistencia de la imputabilidad. Después de comprobar que el autor es imputable, indagará sobre la posible existencia de una disminución de la imputabilidad. Si la respuesta es afirmativa, entonces el juez podrá atenuar la pena por debajo, incluso, del mínimo legal. Pero si existe un riesgo de que el delincuente de imputabilidad disminuida cometa delitos muy graves o si requiere un tratamiento, ordenará su internamiento (art. 77) o la aplicación de un tratamiento ambulatorio (art. 76). 1690

En relación con los "drogadictos", el art. 29 del DL Nº 22095 (publicado el 2 de febrero de 1978) disponía que cuando éstos hubieran sido procesados por delitos relativos al tráfico ilícito de drogas, "el Tribunal podrá disponer su internamiento en un centro estatal de rehabilitación para fármaco-dependientes". Al término de este internamiento, eran puestos a disposición del Tribunal para que éste les impusiera la condena penal correspondiente al delito cometido. Esta disposición implicaba, en primer lugar, la aceptación de un sistema dualista rígido (medidas de seguridad y pena); en segundo lugar, no resultaba conforme a la sistemática de nuestra ley penal, al no preocuparse por saber si se trataba de un drogadicto inimputable o imputable relativo. Esta regla fue en consecuencia abrogada por el ya citado art. 77, en el sentido de que este artículo prevé para el toxicómano (imputable relativo o imputable) una medida de internación (art. 74) en lugar de la pena, y faculta al juez para que compute como tiempo de cumplimiento de la pena la duración del período de internación, sin perjuicio de que dé por extinguida la condena o reduzca su duración esperando el éxito del tratamiento. 1691

Algunos juristas consideran que la atenuación de la pena prevista para los casos de imputabilidad disminuida es debida al hecho de que este estado implica una disminución de la culpabilidad, y que por esta razón la disposición concernida debería encontrarse entre las que figuran bajo el título "la aplicación judicial de las penas"[77]. 1692

[77] BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 19 Nº 25; BLEI, p. 173; MAURACH/ZIPF, § 36 Nº 70.

c. Causas

1693 La disminución de la capacidad penal del agente se debe, con frecuencia, a perturbaciones en su salud mental o en su conciencia, o también a alteraciones de su percepción. Estos estados, que no logran hacer desaparecer del todo la facultad de comprender el carácter ilícito del acto o la de determinarse conforme a esta apreciación, generan sin embargo su debilitamiento. Pero no cualquier disminución de tales facultades es suficiente para poder admitir la existencia de la imputabilidad restringida. La disminución debe ser relativamente importante[78], pues la noción de "hombre normal" es concebida de manera amplia. En efecto, las pequeñas anomalías no sacan, según la ley, al hombre corriente del marco de la normalidad[79].

1694 En nuestro medio se reconoce con frecuencia la existencia de una imputabilidad restringida en los casos de relativa embriaguez, porque se considera que el agente actuó sin perder totalmente el control de sus actos[80]. También, han habido casos en los que se subordinó la disminución de la imputabilidad a "deficiencias mentales"[81]. A este respecto, resulta interesante la ejecutoria del 5 de enero de 1966, en la que "se condena a la pena de internamiento al autor del doble homicidio perpetrado contra su medio hermano y su cuñada... siendo el sujeto de personalidad psicopática, imputable, que goza de lucidez completa mostrando rasgos de agresividad, teniendo como atenuante su condición de primario, su relativo estado de embriaguez y su escasa cultura"[82].

---

78 El CP alemán establece, expresamente, esta condición en el § 21, al regular la imputabilidad disminuida: "Si la capacidad del autor para comprender el injusto del hecho, o para actuar de acuerdo a esa comprensión, está considerablemente disminuida en virtud de una de las causas señaladas en el § 20, entonces la pena podrá ser atenuada conforme al § 49, primer párrafo". La inimputabilidad por perturbaciones psíquicas es prevista en el § 20: "Actúa sin culpabilidad quien, al cometer un hecho, es incapaz de comprender el injusto del hecho, o de actuar de acuerdo a esa comprensión, a causa de una perturbación psíquica patológica, de una perturbación profunda de la consciencia, de una debilidad mental, o de alguna otra una anormalidad psíquica grave".

79 Cf. SCHWANDER, 1966, p. 214a.

80 ES del 28 de mayo de 1951, en *RJP* 1951, p. 414 y 540.

81 ES del 12 de enero de 1949, en *AJ* 1949, p. 225.

82 En *RJP* 1966, p. 396. Respecto a psicópatas e inimputables, ver SPOLANSKY, p. 83 s.

9. Jóvenes delincuentes

Como ya lo hemos explicado, el individuo no alcanza la madurez de repente. Se trata de un proceso paulatino, que varía de un individuo a otro. Debido a esta situación, las legislaciones contienen normas que regulan un período intermedio comprendido entre el límite que separa el derecho penal de menores del derecho penal común y el límite cronológico a partir del cual se considera plenamente adulta (madura) a una persona. 1695

Según el art. 148 del Código derogado, este período comprendía a los individuos mayores de 18 años y menores de 21. Los mismos límites figuran en el art. 22 del nuevo Código Penal. A estos individuos ya se les aplican las normas y sanciones del derecho penal común. Pero, por su situación personal, son considerados como incapaces relativos o imputables restringidos. Es decir, no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente. Por esta razón el Código derogado preveía la atenuación de la represión, que debía ser proporcional al grado de culpabilidad. Sin embargo, las sanciones previstas eran las mismas que las destinadas a los adultos. Según el art. 148, la pena de internamiento debía ser sustituida por la de penitenciaría no menor de 10 años; las penas de penitenciaría, relegación y prisión, podían ser reducidas por debajo del mínimum del tiempo aplicable a los mayores de edad por los mismos delitos y, por último, los términos de prescripción se reducían a la mitad. A contrario, en el nuevo Código sólo se prevé, para dichos incapaces relativos, que "podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido". 1696

Es cierto que, hoy en día, la mayoría de los delitos son obra de personas que se encuentran en este período de desarrollo. Pero también es cierto que el proceso de madurez del individuo aún no ha terminado. Pinatel sostiene, con razón, que "la madurez no comienza al final de la adolescencia", que "hay un período intermedio que va de los 18 a los 25 años, donde el crecimiento aún no ha terminado, donde la osificación evoluciona, el sistema nervioso termina su desarrollo" y, por último, que "la madurez propiamente dicha comienza a los 25 años"[83]. 1697

[83] BOUZAT/PINATEL, T. III, p. 158.

1698 La toma de conciencia de esta realidad ha impulsado la tendencia que consiste en distinguir un grupo de delincuentes jóvenes (*jeunes-adultes, Heranwachsende, young person*) a fin de aplicarles un tratamiento especial. No para considerarlos como irresponsables, pero sí para tratarlos diferentemente de los adultos, puesto que dada su situación personal, resulta con frecuencia ineficaz la pena que se les impone como si fueran ya adultos. Si dichos jóvenes, sin embargo, parecen no haber salido aún de la adolescencia, no pueden tampoco ser tratados como menores cuando buscan, precisamente, ser tratados como adultos plenos. En la mayoría de los casos, resulta entonces necesario recurrir a una medida de prevención; con el fin de no estigmatizarlos y traumatizarlos con una severa represión. Conviene reflexionar, por ejemplo, sobre los efectos demasiado negativos que comporta la aplicación de una larga pena privativa de libertad para un joven mayor de 18 y menor de 21 años. La extrema severidad de la ley incita al juzgador a buscar en cada caso concreto la vía interpretativa que le permita descender bajo el mínimum legal, o incluso absolver a estos jóvenes delincuentes. Dicha actitud se inspira en un sano sentimiento de justicia, pero es contraria a una correcta política criminal. Esta incorrección se debe a la marcada tendencia represiva que sigue nuestro legislador.

1699 En este dominio resulta interesante observar la evolución de la legislación helvética, tomada como modelo por nuestro legislador para la elaboración del Código Penal de 1924. La parte relativa a los menores era una fiel reproducción de las disposiciones suizas. Según la Ley federal modificatoria del Código Penal del 18 de marzo de 1971, si al momento de obrar el agente es mayor de 18 años pero menor de 25, el juez podrá, en lugar de aplicarle una pena, colocarlo en una casa de educación mediante el trabajo; en caso de que esta medida sea considerada como adecuada para impedirle reincidir o si la infracción por la que se le juzga está vinculada a una perturbación grave del desarrollo de su carácter, o éste se encuentra amenazado, o si la infracción es consecuencia de su estado de abandono, de su mal comportamiento o de su ociosidad (art. 100, 100 bis, 100 ter). En la reforma global, actualmente terminada y que entrará en vigor probablemente en 2006, las disposiciones relativas a los menores han sido suprimidas de la parte general del Código. En su reemplazo, se ha elaborado una ley federal regulando su condición penal[84].

[84] Message du Conseil fédéral, del 21 setiembre 1998.

Por lo que se refiere a este grupo de transgresores, se amplía, en consecuencia, la aplicación del principio vigente en el derecho de menores: el juez, antes de pensar en la pena que merezca el agente, debe preocuparse por determinar, en primer lugar, si no sería mejor imponerle la medida preventivo-educativa, medida que sustituiría entonces a la pena en caso de ser eficaz. Dentro de las limitaciones de nuestro medio, debe tenderse a seguir tal camino, en lugar de pretender disminuir la minoría penal y acentuar la represión[85]. 1700

10. Ancianos

Basándose en el art. 65 I del Código Penal brasileño, nuestro legislador ha considerado la edad avanzada del agente como una causa de disminución de la capacidad penal. A diferencia del texto brasileño que indica como límite la edad de 70 años, el nuestro lo fija en 65 años. Como todo límite de esta naturaleza, el escogido por nuestro codificador es relativamente arbitrario. 1701

El fundamento de esta causa de imputabilidad restringida es el hecho de que, después de la edad adulta en la cual la persona alcanza su madurez y durante la cual se estabilizan las relaciones familiares, sociales y profesionales, sobreviene un período de decadencia, de disminución de las actividades vitales, que desemboca en una etapa de degeneración que afecta las facultades vitales. En la medida en la que estas deficiencias provocan una disminución de la capacidad de comprender o de determinarse, la capacidad de culpabilidad de la persona afectada debe ser considerada como limitada. Si la degeneración del estado de salud de la persona provoca anomalías psíquicas, la disposición aplicable, según las circunstancias, será entonces el art. 20, inc. 1, o el art. 21. 1702

VII. Error de prohibición

1. Introducción

Si el sujeto que es capaz de obrar culpablemente posee la capacidad de apreciar el carácter delictuoso de su comportamiento, la cuestión 1703

---

[85] Clerc, 1972, p. 320; Germann, 1971, p. 337; Schultz, en 1973, p. 225; Kaiser, p. 199.

siguiente que se plantea es la de saber si, en el momento de actuar, el agente debe ser consciente de que está cometiendo un acto contrario al ordenamiento jurídico. Esta interrogante ha generado diversas respuestas, según el contexto social e histórico y, así mismo, según la concepción del delito en general y de la culpabilidad en particular.

1704 En efecto, si bien los planteamientos dogmáticos que intentan responder si, para declarar culpable a una persona, es o no indispensable constatar si ésta sabía que actuaba ilícitamente, son útiles para estructurar y plantear mejor una noción de delito, no permiten sin embargo percibir los objetivos de política criminal admitidos. El rechazo o la aceptación de estas propuestas se ha de llevar a cabo, en última instancia, sobre la base de cuáles son más convenientes para evitar lagunas en la represión penal y garantizar mejor los derechos fundamentales.

1705 Las propuestas que se hacen, bajo la denominación de teorías, siempre se basan en una regulación positiva determinada; en consecuencia, deben ser consideradas como posibles sentidos de las normas interpretadas. Por esto, en tanto que se recurra a teorías que han sido elaboradas sobre la base de alguna legislación foránea, su recepción debe ser efectuada teniendo en cuenta si son o no aplicables a nuestra ley penal.

2. Evolución legislativa

a. La ignorancia de la ley no excusa (error juris nocet)

1706 Siguiendo al Código español de 1848-50, el Código Penal peruano de 1863 estableció, por un lado, que "las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley, constituyen los delitos y las faltas" (art. 1) y, por otro, que "toda acción u omisión penada por la ley se reputa voluntaria y maliciosa, mientras no se pruebe lo contrario" (art. 2).

1707 Según estas disposiciones, no bastaba que la acción u omisión fuera voluntaria, sino que además tenía que ser maliciosa. Es decir, contraria a la virtud y con inclinación al mal. Así, sólo se consideraba el actuar con mala voluntad del agente (*dolus malus*).

1708 Al comentar el art. 2 CP 1863, Arias afirmó: "Nada más lógico y justo que lo que este artículo dispone. El hombre es esencialmente racional y libre para conocer el bien y el mal, practicar el primero y apar-

tarse del segundo: así debe proceder en la generalidad de los casos, y así ha de considerarlo el legislador, que establece principios generales también fundados en la naturaleza de aquel"[86]. Luego recordó que la "inteligencia está expuesta al error y la libertad de acción puede ser coactada" y señaló que "la ignorancia o error a que nos referimos deben ser en cuanto al acto, y no en cuanto a la ley que prohíbe su ejecución. Así, se admitiría como excusa al que mató a otro en una encrucijada, el haber ignorado que el occiso se hallaba en la dirección de tiro hecho con arma de fuego; pero no el desconocer la prohibición de disparar tales armas en los caminos públicos".[87]

1709 La cuestión implícita comprendida en este razonamiento es la referente al conocimiento del carácter ilícito del acto como aspecto del comportamiento voluntario. Si Arias partía de afirmaciones apriorísticas, su preocupación era sobre todo precisar si "sólo robar, matar, etc., son acciones que la ley considera como voluntarias y maliciosas mientras no se pruebe lo contrario; o si también supone igual voluntad y malicia al que presta elementos al asesino, al ladrón, etc.".[88] A su parecer, en todos estos casos quien los "practica queda sujeto a responsabilidad, mientras no pruebe que procedió sin intención criminal". Así, admitía como presunción general que la realización de una infracción (delito o contravención) implicaba el hecho de que el agente había actuado con mala voluntad (*dolus malus*). Esto significaba, por último, la aceptación de la regla según la cual la ignorancia de la ley no excusa.

1710 Este criterio estaba previsto de manera expresa en el art. 6 del CP 1863. Según esta disposición: "la ignorancia de la ley penal no exime de responsabilidad al delincuente". Para explicar este precepto, Arias partía, otra vez, de una afirmación general, según la cual esta regla "descansa en la naturaleza humana, y protege del modo más eficaz los intereses sociales"[89]. Este autor indicó luego de manera más directa, que "sería necesario carecer de toda noción de derecho para no poder apreciar la bondad o malicia de las acciones humanas, su conformidad u oposición con este tipo inherente a nuestro ser; y esa carencia de criterio es moralmente imposible".

---

86 ARIAS, T. I, p. 23.
87 ARIAS, T. I, p. 24.
88 ARIAS, T. I, p. 25,
89 ARIAS, T. I, p. 49.

1711 Esta concepción fue mantenida en el Código Penal de 1924, a pesar de la influencia de los proyectos del Código Penal suizo. El segundo párrafo del art. 87 estatuía: "La ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de los delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión". Al mismo tiempo que se regulaba, aunque en parte, el adagio "ninguno puede alegar ignorancia de la ley", se adoptaba otra ficción, consistente en suponer que los autores de los delitos reprimidos con pena de penitenciaría siempre conocían el carácter ilícito de su acto. El origen de esta disposición se hallaba en el art. 6 del viejo Código Penal de 1863 que mencionamos con anterioridad.

1712 En la Exposición de motivos del CP 1924, el legislador trató de justificar esta disposición alegando que "la ignorancia de la ley penal no modifica en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada pena mayor que la prisión, porque esos delitos pueden llamarse naturales y estar en todas las conciencias". Pero también añadió que era excusable la ignorancia solamente en los casos que no implicaran una violación fundamental de los principios de la moral universal y que pudieran estimarse como creaciones de la ley. Esta argumentación siguió en varios puntos el razonamiento de Arias. Si en comparación con lo dispuesto en el art. 6 del Código de 1863, la regla del Código de 1924 constituyó un avance en la medida en que sólo se refería a los delitos reprimidos con pena más severa que la de prisión, siguió siendo incorrecta por dos razones: por un lado, mantuvo el principio "*error iuris nocet*" y, por otro, hizo depender los efectos de la ignorancia de la ley penal de la gravedad de la pena. Dicha gravedad no es determinada, sobre todo hoy en día, teniendo en cuenta si el hecho delictuoso es "natural" o una "creación de la ley". Esta distinción incorrecta hace recordar la definición del delito natural de Garófalo y es, por consiguiente, de abolengo positivista.

1713 En los trabajos de reforma del CP 1924, a pesar de la influencia de las concepciones alemanas que se referían al error, se siguió afirmando expresamente que el "desconocimiento de la ley es inexcusable". Esto establecía el art. 29 de los Proyectos de 1985 y 1986. Además, esta regla era concebida de modo incorrecto, en la medida en que se aludía a toda ley y no sólo a la de índole penal. Todo error sobre la ley (civil, penal, administrativa, etc.) carecía pues de efecto sobre el dolo y la culpabilidad. En los Proyectos de 1990 y 1991, no se hizo más mención del desconocimiento o ignorancia de la ley.

b. Error de hecho y error de derecho

A pesar de admitir de manera constante la falta de relevancia del desconocimiento o ignorancia de la ley, desde el Código de 1924 (art. 87, pf. 1), se regularon dos tipos de error. Por un lado, la "errónea apreciación de los hechos no proveniente de negligencia" (falsa o ninguna representación de la que se hace u omite) y, por otro lado, la "ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso del acto que el agente hubiera considerado ilícito" (consciencia de los hechos, pero equivocada apreciación de su carácter ilícito). 1714

Así, se consideraban con relación a la conciencia del carácter ilícito del acto dos hipótesis: primero, el rechazo del error de derecho fundado en la ignorancia de la ley mediante una presunción *iuris de jure* respecto a los delitos reprimidos con pena mayor que la de prisión, y una presunción *iuris tantum* respecto a las infracciones menos graves; segundo, la admisión de la ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto como una circunstancia atenuante de la pena. 1715

La segunda regla implicaba, por un lado, una supervivencia de la responsabilidad objetiva en la medida en que se reprimía al agente a pesar que cometiera un hecho ilícito, creyendo, sin culpa alguna, que actuaba conforme al derecho y, por otro, una confirmación de la presunción según la cual todos conocen la ley y, más aún, de acuerdo a la cual quien cometiera un acto objetivamente delictuoso (típico) es consciente que obraba mal, contra el orden jurídico. De esta manera, se conservaba el viejo criterio sostenido por Arias, según el cual se confundía la consciencia de lo legalmente prohibido con consciencia de lo moralmente condenado. 1716

A fin de evitar estas deficiencias y, sobre todo, la violación del principio "no hay pena sin culpabilidad", se trató de otorgar un sentido específico al art. 87 del Código derogado, proponiendo la siguiente interpretación: la expresión "no culpable" debía ser comprendida en el sentido de que el error debía ser inevitable. El término "culpable" habría sido utilizado para no repetir el vocablo "negligencia" empleado en el mismo párrafo con relación al error de hecho. Cabría entonces preguntarse luego cómo había que sancionar a quien por descuido, hubiera creído obrar conforme al derecho cuando, en realidad, cometía un delito (error no basado en la ignorancia de la ley). Dos posibilidades podrían imaginarse: la primera, imponerle la 1717

pena prevista para la forma intencional pero atenuada, lo que significaría que la consciencia del carácter ilícito no fuera un elemento del dolo; la segunda, sancionarlo sólo cuando la ley previera la represión a título de culpa, debido al hecho de que no podría imponérsele la pena a título de dolo, por no existir la falta de consciencia del carácter ilícito del acto. Esta última posibilidad implicaría la admisión de la denominada teoría del dolo (*Vortsatztheorie*), según la cual dicha consciencia es un elemento del dolo, junto a la consciencia de los elementos del tipo legal objetivo.

1718 La deficiente regulación prevista en el art. 87, primer párrafo, provocó mucha confusión tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia. Ninguna de ellas llegó a distinguir con suficiencia los dos tipos de error. Así, por ejemplo, en su ejecutoria del 16 de agosto de 1972, la Corte Suprema afirmó que "el error en la apreciación de los hechos, a que alude el art. 87 del Código Penal, se refiere al carácter delictuoso del acto que el agente considera como lícito, pero no a sus circunstancias calificativas ni menos a las condiciones personales de la víctima, tales como su desarrollo físico, edad, etc., que el fallo recurrido ha merituado"[90].

1719 Además, en los casos en que pareciera que llegara a diferenciarlos, termina por desconocer los alcances del error de derecho. Por ejemplo, la Corte Suprema tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el error de derecho respecto a delitos cometidos por nativos de la región amazónica (art. 44 del Código derogado) y respecto a delitos de violación cometidos por indígenas al practicar el matrimonio tradicional[91], denominado comúnmente *servinacuy*. Por lo que se refiere a los primeros, afirmó en su ejecutoria del 26 de abril de 1939 que "debe tenerse en cuenta las normas de los artículos 44 y 87 del Código Penal, ya que se trata de sujetos a los que la ley considera en una condición especial, por estar al margen de la civilización"[92]. En este caso es patente lo injusto de esta disposición que obligaba a castigar a personas que, con certeza, desconocían el carácter ilícito de su acto.

---

90 En *BJ* 1972, Nº 3, p. 159.

91 Se trata de un largo proceso consistente en varias etapas y en el que, de manera progresiva, se va fortaleciendo el vínculo de la pareja y, así mismo, se reconoce la nueva unidad familiar por parte de la comunidad. Cf. PEÑA JUMPA, 1998, p. 164.

92 En *RF* 1939, p. 587.

En relación con los segundos, la Corte sostuvo criterios opuestos. Así, por ejemplo, señaló[93] que la menor (de menos de 16 años) había sido entregada por sus propios padres al acusado mediante el "*servinacuy*", "ceremonia [que] tuvo lugar de acuerdo con la costumbre tradicional generalizada entre el campesinado indio" y que consistía en el consentimiento de los padres para que su hija cohabitara con el novio. De donde dedujo que convenía entonces aplicar el art. 87, puesto que se trataba de una infracción cometida por "ignorancia o error no culpable sobre el carácter delictuoso del acto que el agente consideró como lícito". En otra ocasión[94], la Corte Suprema sostuvo que "si bien el *servinacuy* es una costumbre ancestral que todavía perdura en algunos pueblos del país, sin embargo no se le puede considerar como una circunstancia eximente de responsabilidad por no estar considerado como tal dentro de nuestra legislación penal, el que tan sólo puede ser apreciado dentro de las circunstancias que establece el art. 51 del Código Penal" (circunstancias objetivas y subjetivas de peligrosidad). Aquí, la Corte Suprema hizo uso de un criterio muy formalista al dejar de lado el análisis de la existencia del error de derecho (art. 87).

c. Error de prohibición

c.1. Regulación

Sin realizar los estudios necesarios de dogmática y de derecho comparado, se continuó tratando de regular lo mejor posible el error. El Proyecto de 1972 proponía una fórmula que se refería de manera equivocada a "la ignorancia sobre el carácter delictuoso de un acto" y, no al "error", así como a "la errónea apreciación de los hechos" no proveniente de culpa. Así mismo, se eliminó, con acierto, el segundo párrafo del texto original y se incorporó un nuevo artículo, en el que se regulaba el error de hecho provocado por un tercero. Esta última disposición, que reproducía casi a la letra el art. 48 del CP italiano, era sin embargo incompleta. Esto fue debido a que no se había considerado que el art. 47 del mencionado código no era igual que al art. 87 del texto revisado de nuestro código. El último párrafo de la disposición italiana tra- 1720

93 ES del 12 de mayo de 1943, en *AJ* 1943, p. 17.

94 ES del 29 de setiembre de 1972, en *BJ* 1972, Nº 4, p. 211.

ta, en efecto, del error que recae sobre una ley no penal y que determina un error sobre el hecho que constituye la infracción. Además, tampoco se había tenido en cuenta, en el momento de hacer la trascripción de la norma italiana, que el art. 5 del mismo código prohibía invocar como excusa la ignorancia de la ley (error de derecho)[95].

1721 El art. 29 de los Proyectos de 1985 y 1986 disponía: "El desconocimiento de la ley es inexcusable. El error sobre la ilicitud del hecho punible, si es inevitable, exime de pena; si es evitable permite la represión del delito culposo, si se halla previsto en la ley". Lo primero que llama la atención de esta disposición es el hecho de que mantenía la manera arcaica de regular el desconocimiento de la ley. Incluso se agravaba la situación al no limitarse siquiera, como lo hacía el Código entonces vigente, a las infracciones más graves. No resultaba, pues, del todo coherente considerar como "eximente" de la pena el error de prohibición inevitable y, al mismo tiempo, reprimir –según los casos– por culpa a quien hubiera delinquido pese a haber podido evitar el error de prohibición. Al respecto conviene señalar que, una vez admitida la primera regla, debería entonces considerarse, como lo hacían los códigos influenciados por la legislación alemana, el error evitable como una circunstancia atenuante de la sanción.

1722 En los Proyectos posteriores se corrigieron los errores de esta propuesta, al adoptar sus autores el modelo alemán. El art. 14, segundo párrafo, establece que la responsabilidad es excluida en caso de "error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal". Además, inspirándose en el Anteproyecto del Código Penal español de 1983 (art. 17, inc. 3), sus autores establecieron, en el mismo párrafo, la atenuación obligatoria de la pena en caso de error de prohibición vencible.

c.2. Modelo alemán recepcionado

1723 La regla contenida en el § 17 del Código Penal alemán es el resultado de un largo proceso llevado a cabo por la jurisprudencia y la doctrina alemanas[96].

---

[95] Cf. BETTIOL, 1969, p. 447 s.

[96] JESCHECK/WEIGEND, § 41 I 1; ROXIN, 1997, § 21, Nº 5 ss.; JAKOBS, 1991, 19/1 ss.; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 17 Nº 1 ss.; RUDOLPHI, en SK, § 17 Nº 1 ss.

El primer cambio significativo en relación con el hecho de no tener 1724
en cuenta el conocimiento del carácter ilícito del acto consistió en distinguir, respecto a las consecuencias de la aplicación del § 59 del Código Penal alemán de 1872, entre error de hecho y de derecho. Sólo el primero, comprendido de manera bastante amplia, era considerado como excluyente del dolo. Respecto al error de derecho, se distinguió el error penal del error no penal. Por ejemplo, si el agente había sustraído una cosa ignorando que ésta pertenecía a otra persona, se consideraba que había actuado sin dolo porque se había equivocado sobre las normas reguladoras de la propiedad que eran de carácter civil. Así, el error sobre un aspecto jurídico no penal era tratado como un error de hecho. Al contrario, si el error recaía sobre un aspecto regulado de manera autónoma por el derecho penal, era considerado del todo irrelevante. De esta manera, el principio general referente al error de derecho fue limitado al *error iuris criminalis nocet.*

Esta teoría, admitida por la jurisprudencia alemana[97], fue sin embar- 1725
go muy criticada por considerarse que, en realidad, era imposible distinguir de manera clara y constante entre esos dos tipos de errores[98]. Esta circunstancia daba en efecto lugar a una fuerte inseguridad porque los casos materialmente equivalentes debían ser tratados de manera distinta con arreglo a la forma aleatoria según la cual habían sido elaborados los tipos legales. Así, el ejemplo del error sobre el carácter ajeno de la cosa sustraída, también podía ser considerado como un error sobre el derecho penal, debido a que esta condición formaba parte de los elementos constitutivos del tipo legal del delito de hurto.

En oposición franca con la idea admitida por la jurisprudencia, se 1726
desarrolló un planteamiento que consideraba el conocimiento actual del carácter ilícito del comportamiento como necesario para admitir el dolo (teoría del dolo, *Vorsatztheorie*)[99]. No bastaba, pues, que el autor actuara con conciencia y voluntad, sino que debía, en el momento de obrar, tomar en consideración la significación jurídica de lo que hacía. En la base de este criterio, se encontraba la idea de

---

97 WESSELS/BEULKE, Nº 462.

98 MAURACH/ZIPF, § 37 Nº 5 ss.; ROXIN, 1997, § 21 Nº 5.

99 GERMANN, 1942, p. 53; HAFTER, 1946, p. 123 s.; SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 191; WILI, p. 56; HAUG, p. 56 s.; MEZGER, 1951, p. 500; cf. SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 89, 178 s.; OTTO, 1998, § 7, Nº 59 ss., § 15, Nº 5 ss.

que el delito consistía de manera esencial en la rebelión consciente del agente contra el derecho. Si el agente actuaba sin tener conciencia efectiva del carácter ilícito de su acto, entonces carecía de dolo y, por lo tanto, no podía ser reprimido. El único error a tener en cuenta era el consistente en aceptar que no hubiera actuado ilícitamente. Poco importaba, según esta opinión, el fundamento de este error; en consecuencia, ninguna relevancia tenía distinguir entre error de hecho y error de derecho.

1727 Una de las principales críticas hechas en contra de esta idea fue la de que permitía la impunidad del agente en todos los casos en que no tuviera conocimiento de la prohibición, aun cuando esto fuera debido a su indiferencia o mala fe[100]. Los esfuerzos hechos para superar esta dificultad, así como otras deficiencias originadas por la admisión de este criterio han sido diversos. En algunos casos, se propuso corregir su rigidez substituyendo la exigencia del conocimiento real del carácter ilícito del hecho, por la simple potencialidad de dicho conocimiento, bajo la condición de que sólo se comprendieran los casos en que existiera un alto grado de poder evitarlo, de modo que se pudiera considerar que el agente tenía una actitud hostil frente al derecho (ceguera jurídica). En estos supuestos, el autor debía entonces ser tratado como si hubiera actuado con dolo a pesar de que no había tenido de verdad consciencia del carácter ilícito de su acto (teoría limitada del dolo, *eingeschränkte Vorsatztheorie*)[101].

1728 En otros casos, se comenzó por negar la pertenencia del conocimiento de la prohibición al concepto del dolo, para luego afirmar que constituía un supuesto de la culpabilidad. Así, el dolo fue liberado de su dimensión valorativa y considerado como mero querer de la realización del tipo legal objetivo. Desde esta perspectiva, tanto el error sobre la apreciación general de la ilicitud del comportamiento (error de prohibición directo), como el error sobre la existencia, índole o amplitud de una causa de justificación (error de prohibición indirecto) constituyen errores de prohibición. Esta concepción es denominada teoría de la culpabilidad (*Schuldtheorie*)[102], porque no reconoce in-

---

[100] Cf. STRATENWERTH, 1996, § 11, Nº 57.

[101] MEZGER, 1951, p. 500.

[102] STRATENWERTH, 1996, § 11 Nº 59 ss.; GRAVEN/STRÄULI, p. 185; WESSELS/BEULKE, Nº 461 s.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 21 Nº 37 ss.

fluencia alguna de este tipo de error sobre el dolo y, en consecuencia, admite que la posibilidad de conocer el carácter ilícito del acto –con independencia del dolo– es una condición propia de la culpabilidad.

Como toda falta de consciencia del carácter ilícito del acto debe ser considerada con referencia a la culpabilidad, la diferencia de tratamiento está determinada sólo por el carácter evitable o inevitable del error. Si una persona cree que es permitido ayudar a morir a un individuo en fase terminal de una enfermedad mortal, comete el error de considerar que el hecho de proporcionarle un veneno es lícito. La manera de cómo será sancionada depende de si era o no posible que evitara este error. Si se admite que este error era inevitable, el dolo subsiste, pero su culpabilidad disminuye y, por lo tanto, la pena deberá ser atenuada. En este sentido, basta que el agente tenga la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su actuar; por el contrario, si carece de esta posibilidad debido a que las circunstancias le impiden vencer el error en que se encuentra no podrá considerársele como culpable porque este error inevitable excluye el reproche de culpabilidad. 1729

Esta es la concepción que se ha impuesto en Alemania a partir de los años cincuenta y que ha sido consagrada en § 17 de su Código Penal vigente. Como ya lo hemos señalado, el art. 14, el mismo que es conservado idéntico en el art. 14, pf. 2, del Anteproyecto de 2004, ha sido elaborado según ese modelo foráneo y, por consiguiente, su interpretación debe inspirarse en la concepción alemana predominante. Además, hay que tener en cuenta las diversas y sutiles variantes practicadas a esta teoría para tratar el error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación[103]. 1730

3. Art. 14 CP 1991

a. Generalidades

Según el artículo indicado, "el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. 1731

---

[103] Ver *infra* Nº 1739 ss. De manera confusa se plantea la existencia de error de prohibición y de estado de necesidad justificante: R. N. Nº 4103-96-Lima, del 15 de octubre de 1997, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 146; consultar también PACHAS PALACIOS, p. 28, 90 ss.

Si el error fuere vencible se atenuará la pena". De esta regulación del error de prohibición se deduce, con claridad, el rechazo a la teoría del dolo y la aceptación de la teoría de la culpabilidad; es decir, la determinación de si el agente tuvo, en el momento de actuar, la posibilidad de conocer que el carácter ilícito de su comportamiento constituye una de las condiciones de la culpabilidad (responsabilidad, según la terminología del Código) y no del dolo (elemento subjetivo del tipo legal).

b. Objeto del error de prohibición

1732 Según la norma comentada, el error debe concernir al carácter prohibido del "hecho constitutivo de la infracción penal". De ahí se sigue que el agente debe tener pleno conocimiento del hecho; es decir, debe conocer el conjunto de circunstancias tenidas en cuenta por el legislador al elaborar el tipo legal objetivo (ausencia de error de tipo). La cuestión que se plantea cuando se hace referencia al objeto del error de prohibición es la valoración que realiza el agente respecto a la conformidad de su comportamiento (hecho conocido de manera correcta) con el ordenamiento jurídico.

1733 De conformidad con la noción amplia de ilicitud, la consciencia de la significación del acto por parte del agente corresponde al sentimiento que éste tiene de actuar de acuerdo o en contra del orden jurídico en general. Esto acaece, por ejemplo, de manera clara cuando el autor sabe que obra violando un mandato general de este orden o perjudicando el bien jurídico de un tercero. Este sentimiento no es de manera necesaria concomitante con la realización del comportamiento[104], puesto que lo decisivo es que el agente deba haber tenido la posibilidad de determinar que, mediante su acción, obra contra el orden jurídico al lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por un tipo legal determinado. Esta afirmación concuerda con el criterio según el cual sólo se puede actuar culpablemente en relación con un tipo legal[105]. Así, el agente actúa bajo la impresión de cuestionar la protección brindada por las normas jurídicas[106].

---

[104] BUSTOS/HORMAZÁBAL, p. 345 s.
[105] WESSELS/BEULKE, Nº 461.
[106] STRATENWERTH, 1996, §11, Nº 50; cf. JAKOBS, 1991, 19/41

De esto no hay que concluir, sin embargo, que el agente deba conocer la descripción legal del acto y la pena prevista como consecuencia legal de su realización. Así, la consciencia de la prohibición existe desde que el autor, por ejemplo, sabe que su comportamiento no es conforme al derecho civil o administrativo, aun cuando no sea consciente del hecho de que dicho comportamiento es reprimido penalmente. Sin embargo, esta posibilidad de llegar a conocer el carácter ilícito de la conducta corresponde al conocimiento que puede alcanzar una persona sin conocimientos jurídicos particulares[107]. En este sentido, el término delictuoso, empleado en el art. 20, inc. 1, para definir la incapacidad de culpabilidad, no es el más apropiado, pues deja abierta la posibilidad de entender que con él se hace referencia al ilícito penal (adición del carácter típico del acto y de la ausencia de causas de justificación). Por esto resulta más coherente referirse, como se hace en el art. 14, segundo párrafo, a la ilicitud del hecho, puesto que así se logra una mayor coherencia en la regulación de la incapacidad de culpabilidad y del error de prohibición. 1734

Si, por un lado, no es necesaria la consciencia de la punibilidad del hecho, por el otro, resulta insuficiente que el agente crea que comete un acto inmoral o socialmente perjudicial[108]. En un país multicultural como el nuestro, no se puede hacer depender el reproche penal de culpabilidad de elementos tan diversos y cambiantes. Además, no hay que olvidar que, conforme al criterio de la *ultima ratio*, no se reprime penalmente todo comportamiento inmoral o antisocial[109]. Por todas estas razones, la consciencia de la inmoralidad del acto o de que éste es dañino para la sociedad sólo puede ser tenida en cuenta como un simple indicio de que el agente sabía que actuaba ilícitamente. Dicha consciencia puede ser, asimismo, invocada para reprochar al agente el no haberse esforzado de manera suficiente para determinar si actuaba o no conforme al derecho. 1735

La situación no cambia si el agente, consciente del carácter ilícito de su acto, lo realiza por estar convencido de que la prohibición es in- 1736

---

107 CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 17 Nº 5; RUDOLPHI, en SK, § 17 Nº 3 ss.; JESCHECK/WEIGEND, § 41 I 3 a; GROPP, § 13 Nº 43.

108 GROPP, § 13 Nº 42; cf. MORENO, 1999b, p. 88 ss.

109 Cf. *supra* Nº 60 ss., 111.

justa o por pensar que su acto es el medio justo para influenciar una situación política o social (por ejemplo, daños a la propiedad en una marcha de protesta, coacciones, injurias cometidas con ocasión de un conflicto laboral o político). El delincuente por convicción actúa[110], por lo tanto, con consciencia del carácter ilícito de sus actos. Sin embargo, el error de prohibición no está siempre excluido en estos casos, puesto que el agente puede considerar que su manera de actuar, en la situación concreta, es permitida o, al menos, tolerada por el orden jurídico (por ejemplo, el obrero que considera que su derecho a la huelga comprende impedir que trabajen sus colegas que se oponen a paralizar el trabajo).

c. Formas de error de prohibición

c.1. Error de prohibición directo

1737 Este tipo de error de prohibición se da cuando el autor desconoce que una norma legal prohíbe el acto, la cree derogada o la interpreta de modo que considera que su comportamiento es permitido[111]. Por ejemplo, el sujeto que mantiene relaciones sexuales consentidas con una menor de 13 años de edad, ignorando que la ley reprime todo acto sexual con menores de 14 años. Poco importa que el autor haya o no reflexionado sobre la conformidad de su acto con el ordenamiento jurídico. Se equivoca tanto quien duda sobre la licitud de su acto antes de ejecutarlo, como quien nunca se planteó la cuestión. Esto, sin embargo, no aparece de manera tan clara cuando se exige, como lo hacía el art. 87 del CP 1924, "que el agente hubiera considerado lícito [el acto]". Según esta fórmula, sería necesario entonces que el autor se representara de modo positivo que no actuaba ilícitamente. Esta exigencia es excesiva porque, para la culpabilidad, basta la posibilidad de darse cuenta del carácter ilícito del acto. Además, en la práctica, este caso de ausencia de la consciencia del ilícito resulta difícil de admitir tratándose de las incriminaciones centrales del derecho penal (por

---

[110] CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 17 Nº 7 s.; JESCHECK/WEIGEND, § 41 I 3 a; JAKOBS, 1991, 19/24 ss.; WESSELS/BEULKE, Nº 404; MAURACH/ZIPF, § 35 Nº 7; EBERT, p. 66.

[111] ROXIN, 1997, § 21 Nº 20 ss.; JESCHECK/WEIGEND, § 41 II 1a, 3 1 ss.; MAURACH/ZIPF, § 38 Nº 14 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 21 Nº 45 ss.; VELÁSQUEZ, 1997, p. 556; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 700 ss.

ejemplo, homicidio, lesiones, aborto, secuestro). Sin embargo, en sociedades pluriculturales, los miembros de ciertas minorías, aun pudiendo en principio conocer el carácter ilícito de un acto, no piensan siquiera en esto cuando dicho acto es conforme a los estándares de comportamiento del grupo social al que pertenecen.

c.2. Error de prohibición indirecto

1738 El error de prohibición se presenta también cuando el agente se equivoca sobre los límites legales de una causa de justificación reconocida por el ordenamiento jurídico o sobre la existencia de una causa de justificación no admitida por el derecho. Por esto también se le denomina error sobre la permisión (*Erlaubnisirrtum*)[112]. En el primer caso, cree actuar amparado por una causa de justificación (legítima defensa), pero en realidad sobrepasa los límites de ésta (utilización de medios desproporcionados o defensa cuando ya la agresión había finalizado). En la segunda hipótesis, el agente estima que su acto ilícito (lesionar a una persona) está permitido por el orden jurídico. Por ejemplo, el padre que se cree autorizado por las normas del derecho de familia para maltratar a su hijo menor desobediente con la finalidad de corregirlo. La doctrina ha señalado, de modo correcto, la dificultad de distinguir ambos casos, puesto que la primera hipótesis también implica la creencia en una causa de justificación inexistente. Además, el error indirecto se parece al error directo porque en ambos casos, el agente, conociendo los hechos, actúa con una representación de su significación jurídica que contradice la que corresponde a los valores establecidos por el ordenamiento jurídico.

c.3. Error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación

1739 En este caso, el agente obra creyendo por error que las circunstancias en las que actúa corresponden a las de una causa de justificación reconocida por la ley y que, por lo tanto, su comportamiento es lícito (*Erlaubnistatbestandsirrtum*)[113]. Él sabe que su acto es contrario a una

---

[112] WESSELS/BEULKE, Nº 458; CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 17 Nº 12; JESCHECK/WEIGEND, § 41 I 1b; GROPP, § 13 Nº 119 ss.

[113] GROPP, § 13 Nº 96 ss.; WESSELS/BEULKE, Nº 467 ss.; JESCHECK/WEIGEND, § 41 III 2; ROXIN, 1997, § 14 Nº 77 ss., § 21, Nº 21; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 21 Nº 29 ss.

norma prohibitiva, pero estima que ésta cede o no es eficaz en las circunstancias en que por equivocación cree actuar. Por ejemplo, quien se cree, por error, víctima de una agresión ilícita que en realidad no existe y lesiona a la persona que considera como su agresor. Este tipo de error presupone una situación inversa a la de quien carece de consciencia de que en el contexto en que actúa se dan las circunstancias de una causa de justificación. Además, hay que distinguirlo con claridad de los dos casos de error de prohibición indirecto indicados con anterioridad[114].

1740 En doctrina, la discusión se da sobre las consecuencias jurídicas de este error sobre una circunstancia material de una causa de justificación. Para los sostenedores de la teoría de los elementos negativos del tipo legal[115], dicho error constituye un error de tipo (art. 14, pf. 1)[116]. Por lo tanto, concluyen que el agente no actúa con dolo y que, si se dan las condiciones necesarias, sólo puede ser responsabilizado a título de culpa. Por su parte, los defensores de la teoría limitada de la culpabilidad (*eigenschränkte Schuldtheorie*) llegan a la misma conclusión, pero por razones diferentes, debido a que parten de la concepción de que la culpabilidad supone sólo la posibilidad de conocer el carácter ilícito del acto y de que todo error de prohibición la concierne. En realidad, se limitan a restringir la aplicación de este criterio de carácter general. Su argumento es que resulta conveniente atribuir, por analogía, al error sobre una circunstancia material de una causa de justificación los mismos efectos que los correspondientes a un error de tipo legal, es decir, la exclusión del dolo. Este trato diferenciado se justificaría porque la actitud de quien actúa bajo la influencia de este error no es la misma que la de quien comete un error de prohibición (art. 14, pf. 2). El dolo con que actúa quien se equivoca sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación no tiene la misma intensidad que el dolo de quien, sin equivocarse sobre las circunstancias materiales de su acción, se engaña sobre su carácter ilícito. Respecto al primero, si las circunstancias imaginadas por el autor hubieran existido, su comportamiento hubiera sido justificado; no así en el caso del segundo, que tiene una actitud de en-

---

114 Cf. *supra* Nº 1738 ss.

115 Cf. *supra* Nº 1071 ss.

116 Cf. *supra* Nº 1737 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 16 Nº 32, § 21 Nº 31; HRUSCHKA, 1983, p. 210; cf. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 13 Nº 15.

frentamiento al orden jurídico. Por consiguiente, si el error evitable sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación es debido a una falta de atención o imprudencia el agente debe ser reprimido conforme a las reglas referentes al error de tipo (art. 14, pf. 1).

En oposición a este criterio, los partidarios de la llamada culpabili- 1741
dad estricta (*strenge Schuldtheorie*) sostienen que hay que aplicar directamente al error sobre las circunstancias materiales de una causa justificación los criterios relativos al error de prohibición. En consecuencia, consideran que no tiene el efecto de excluir el dolo y que, si el error es inevitable, el agente no es culpable. Por el contrario, si dicho error es evitable, el agente podrá ser reprimido de forma atenuada, conforme a las reglas de la individualización de la pena (art. 46).

Debido a la similitud de la técnica legislativa empleada para redactar 1742
los tipos legales y las causas de justificación (descripción de un comportamiento y previsión de consecuencias legales), es conveniente asimilar la suposición equivocada de la existencia de una situación material relativa a una causa de justificación con la ignorancia o desconocimiento de un elemento del tipo legal objetivo. Quien obra bajo la influencia de este error tiene, en verdad, la voluntad de ejecutar un comportamiento conforme al orden jurídico. Ante esta situación se presentan dos alternativas: el comportamiento no es comprendido en el tipo legal o es considerado como lícito en la medida que la situación concreta es la que se ha representado el autor.

Tratándose de error de tipo, el agente no es consciente de lo que 1743
hace en realidad, mientras que, en caso de error sobre un aspecto objetivo de una causa de justificación, sabe que su acción es típica y, en principio, contraria al orden jurídico. Si se tienen en cuenta estas dos circunstancias, se puede admitir que la suposición errada de actuar bajo el amparo de una causa de justificación puede compararse al error de prohibición. Por lo tanto, dicho error no está del todo comprendido en el error de tipo ni en el error de prohibición.

Además, en razón de la dificultad para distinguir con precisión entre 1744
la conformidad con el derecho de un acto estimado socialmente aceptable y el comportamiento típico declarado lícito por la presencia de una causa de justificación, resulta inconveniente, conforme a una política criminal adecuada, aplicar las normas relativas al error de prohibición, más severas que las referentes al error de tipo, a casos que son, objetivamente, análogos a este último. Quien se equivoca

sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación no actúa con intención y si causa un perjuicio a un tercero sólo puede ser responsabilizado a título de negligencia. No es suficiente, para rechazar este criterio, afirmar, como lo hacen los defensores de la teoría estricta de la culpabilidad, que si el agente no incurre en error de tipo, debe estimarse que tiene la posibilidad de saber que su comportamiento era ilícito. Frente a esto, hay que sostener que, en realidad, quien se equivoca sobre el aspecto material de una causa de justificación obra con la misma consciencia de quien, sin quererlo, realiza un comportamiento típico y que, en consecuencia, sólo cabe reprocharle una eventual negligencia.

1745 En esta perspectiva, se ha considerado, partiendo de la teoría de la culpabilidad, que el problema debe ser resuelto teniendo en cuenta, sobre todo, las consecuencias jurídicas que conviene admitir (*rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie*)[117]. Con este objeto, se considera, por un lado, que el error sobre el aspecto material de una causa de justificación sólo disminuye la intensidad del juicio de valor negativo respecto al acto y, por el otro, que el autor no actúa motivado por la comisión de un acto ilícito, sino sólo debido a una apreciación equivocada de una situación de hecho. Además, teniendo en cuenta la doble función del dolo, se estima que dicho error no excluye a éste (elemento subjetivo del tipo legal), sino a la culpabilidad dolosa. Lo que determina, sin embargo, que no pueda reprimirse al agente como autor de un delito doloso. Por lo que deben aplicarse en caso de error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación los mismos criterios aplicados en caso del error de tipo, es decir, considerando sólo la posibilidad de reprimir al agente, según las circunstancias, a título de negligencia.

1746 Por razones prácticas creemos que, en nuestro medio, no es conveniente profundizar en tales sutilezas dogmáticas. Además, todo este debate ha sido bien criticado, por su exceso de dogmatismo. Tampoco hay que olvidar que los argumentos sutiles presentados ocultan criterios de política criminal, los cuales son claves para decidir sobre las consecuencias legales que deben establecerse en caso de error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación. Si el autor actúa bajo la influencia de un error este tipo, su decisión no es

[117] GALLAS, 1955, p. 45 ss.

la de cometer un comportamiento ilícito, sino que más bien lo hace con la idea de que obra conforme al derecho. Por lo tanto, resulta justo someterlo a la regla relativa al error de tipo. En el marco de nuestra legislación, por último, las discusiones teóricas pierden gran parte de su importancia en la medida en que, según el párrafo segundo del art. 14 (a igual que el § 17 CP alemán), la pena debe ser atenuada en el caso de error de prohibición evitable.

c.4. Error de prohibición invencible

1747 La condición según la cual el autor debe haber podido o no evitar el error con el que ha actuado está muy relacionada con la misma razón del derecho en general y del derecho penal en particular. Sólo respecto a quien tiene la posibilidad de conocer el mandato jurídico, se puede expresar, de manera justa, el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad. Asimismo, el sujeto se sentirá responsable de su comportamiento en la medida en que se dé cuenta de su valor negativo. Además, la eficacia del derecho penal como medio de control social depende de cómo se garanticen las condiciones que permitan a las personas saber que un determinado hecho está prohibido. Si el mandato normativo no ha sido bien interiorizado, resulta imposible que pueda servir de guía de comportamiento al individuo.

1748 Cuando el agente no tiene acceso al mandato de la norma, no puede saber si su acto está o no prohibido y, por lo tanto, no puede obrar culpablemente. Sin embargo, la decisión de reprocharle o no el comportamiento ilícito ejecutado está condicionada por las circunstancias que, en su caso, no le permitieron tener consciencia de la prohibición. Por esta razón, la ley distingue entre error de prohibición vencible e invencible[118]. Estas expresiones (evitable e inevitable) sugieren de manera incorrecta que lo decisivo es lo que es posible hasta el último extremo, es decir, que ni las circunstancias materiales, ni las creencias del agente deberían hacerle dudar del carácter lícito de su comportamiento.

1749 Siendo la culpabilidad una culpabilidad del acto individual, hay que admitir sin embargo que el carácter invencible del error debe determinarse tanto en relación con el agente en el contexto mismo de la reali-

---

[118] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 694 ss.

zación de la acción. De esto se desprenden dos conclusiones: en primer lugar, no se trata de una imposibilidad absoluta de descartar el error y, en segundo lugar, el agente tiene el deber de realizar esfuerzos suficientes para informarse sobre la índole de su comportamiento.

1750 La índole invencible del error no supone, en consecuencia, que éste sea imposible de evitar o que el agente deba desplegar esfuerzos extremos para descartarlo. Esta exigencia sería excesiva debido a que los destinatarios del derecho son personas normales, a las cuales no se les demanda que se comporten de manera sobrehumana. Si sucediera lo contrario, la vida comunitaria no podría desarrollarse con la fluidez y la tranquilidad necesarias, pues, cualquier circunstancia o reflexión podría crear dudas sobre la licitud del acto por materializar y, por consiguiente, el acto no debería ser realizado hasta haberlas descartado, y en el caso de no lograr esto, el acto no debería ser ejecutado. Además, el simple hecho de que las leyes sean publicadas y, por lo tanto, sean accesibles a todos (principio de legalidad) permitiría afirmar que todo error de prohibición puede ser evitado. Esto significaría que no habrían errores invencibles o inevitables. Interpretar en este sentido la fórmula legal "error inevitable", fuera de contradecir el fundamento del segundo párrafo del art. 14, implicaría volver al criterio superado del *error iuris nocet*.

1751 El deber de las personas de informarse en el momento de actuar está limitado a lo que es preventivamente imprescindible. Por analogía, deben aplicarse los criterios establecidos para determinar si la persona ha actuado con culpa (imprudencia, negligencia, descuidadamente). En este sentido, debe admitirse que el agente está obligado a informarse cuando duda de que su acto esté permitido, o cuando no sabe que dicho acto es perjudicial para terceros, o cuando, sin dudar que está prohibido, sabe que el dominio al que pertenece está legalmente reglamentado[119]. De esta manera, se excluyen las exigencias extremas consistentes, por un lado, en afirmar un deber general de cerciorarse de la conformidad del acto al derecho y, por otro, en sostener que cualquier duda es un motivo para informarse.

1752 Los esfuerzos destinados a obtener la información necesaria deben ser suficientes y serios. Así, el agente cuestionado por haber cometi-

---

[119] Esta opinión es compartida en el Perú por PACHAS PALACIOS, p. 29, para quien "el agente puede salir de esa falsa o errónea interpretación si es más cuidadoso, si consulta con otras personas, [si] fuese más negligente".

do un acto ilícito, debe estar en condiciones de poder afirmar que tuvo suficientes razones para creerse con el derecho de actuar. En cuanto al aspecto material del comportamiento, pueden señalarse como factores externos, por ejemplo, las informaciones proporcionadas por la autoridad competente, las autorizaciones administrativas, las prácticas habituales de tolerancia de las autoridades, los textos legales imprecisos o ambiguos, las resoluciones judiciales contradictorias. Todos estos factores pueden impedir la comprensión del carácter ilícito de un hecho determinado.

1753 En cuanto al aspecto personal, hay que considerar el ya mencionado nivel de socialización o de integración del individuo a la cultura predominante, fundamento del sistema jurídico. En esta perspectiva, hay que tener en cuenta también la pertenencia del agente a un sector social determinado y la actividad económica que ejerce. Si ésta se encuentra reglamentada, el agente está obligado a informarse sobre la regulación de dicha actividad (por ejemplo, el comercio de alimentos, el transporte de substancias peligrosas, la fabricación de explosivos, etc.). Por último, tanto el contenido como los límites del deber de informarse están determinados por el nivel de socialización y de experiencia de la persona involucrada.

1754 El carácter invencible del error no debe, sin embargo, ser decidido invocando la responsabilidad del agente por su falta de educación o de formación personal. Admitir esto conduciría con seguridad a afirmar la culpabilidad no por el acto, sino por la conducta de vida del individuo. Un caso bastante claro es el referente a los delincuentes habituales, respecto a los cuales se podría afirmar que su manera de ser los hace siempre conscientes de actuar contra el derecho.

c.5. Consecuencias penales

1755 A diferencia del modelo alemán, el art. 14, segundo párrafo, establece como consecuencia jurídica del error de prohibición inevitable la "exclusión de la responsabilidad" y no la exclusión de la culpabilidad. Si ambos términos son utilizados como sinónimos por el legislador nacional, la diferencia es entonces de poca importancia. Pero si se admitiera el criterio alemán según el cual hay que distinguir ambas categorías, se presentaría el problema de saber si la norma regula sólo la responsabilidad (necesidades de carácter preventivo que exigen la imposición de la pena) y no la culpabilidad (supuesto indispensable de la responsabilidad). Los partidarios de la noción de res-

ponsabilidad consideran que no se pena en estos supuestos de error debido a que no es imperioso penar por faltar necesidades preventivas de hacerlo[120]. El art. 14 resulta pues comprensible si se considera, como lo hemos propuesto, que el término responsabilidad sea entendido en el sentido de culpabilidad. La exclusión de la culpabilidad implica la no imposición de la pena, en aplicación del principio "no hay pena sin culpabilidad (responsabilidad)".

1756 En cuanto al error de prohibición evitable, el legislador ha preferido establecer la obligatoriedad de la atenuación de la pena. Así, ha considerado que la disminución de la culpabilidad provocada por dicho error debe materializarse siempre en una atenuación de la represión. Este criterio está justificado porque el agente, debido a la buena fe con que ha actuado, es menos culpable que quien obra conscientemente contra el derecho. El legislador alemán, por el contrario, deja un margen al juez para que decida, según la especificidad de cada caso, si atenúa o no la sanción. Los juristas germanos interpretan de manera restrictiva la prescripción que estatuye sólo la atenuación facultativa de la pena; puesto que consideran casi de forma unánime que en general la culpabilidad del autor se reduce de manera no poco considerable. Al respecto, sólo admiten a título excepcional la no atenuación de la pena cuando el error de prohibición se debe a la hostilidad del agente frente al derecho.

VIII. Exclusión de la culpabilidad

1. Introducción

1757 No es posible reprochar al autor el comportamiento típico y antijurídico que ha cometido, si es incapaz de actuar culpablemente u obró bajo la influencia de un error de prohibición invencible. La capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y la posibilidad de conocer el carácter ilícito del acto fundamentan la culpabilidad y, por lo tanto, ésta no existe si falta uno de dichos elementos.

1758 En los casos en que el autor actúa en circunstancias excepcionales, como la prevista en el art. 20, inc. 5 (estado de necesidad causa de inculpabilidad), se le exime de pena a pesar de que la culpabilidad

[120] ROXIN, 1997, § 21 Nº 37 ss.

no está del todo excluida. La capacidad de culpabilidad y la posibilidad de saber que se comete un acto ilícito no son afectadas. La exculpación ha sido, en un principio, explicada según el criterio de la no exigibilidad de un comportamiento conforme a la norma. Es decir, no se puede tener la pretensión, vistas las circunstancias concretas en las que el agente ha actuado, de que se hubiese comportado de manera distinta a como lo hizo.

Con el fin de reemplazar este criterio formal y general, insuficiente como fundamento, se trató de dar una explicación material común a las diversas causas de exculpación. En este sentido, se consideró que el estado de ánimo en el que se encuentra el agente se asemeja a una falta de capacidad de culpabilidad debida al contexto particular en el que ha realizado su comportamiento. Su libre determinación de voluntad habría disminuido debido a la presión anímica excepcional producida por las especiales circunstancias materiales en que actuó. Esta deficiencia en la capacidad de motivación implicaría una disminución de la culpabilidad. Sin embargo, si es así, cómo explicar que se exima de responsabilidad a pesar de que, aunque mínima, la culpabilidad subsiste. Del mismo modo, por qué se restringen sus efectos sólo a los actos concernientes a determinados bienes jurídicos (vida, integridad corporal, libertad) y a ciertas personas (con las que se tiene estrecha vinculación). 1759

Considerando la diversa índole de cada causa de exculpación, se prefiere, en la actualidad, aplicar un criterio discriminador que tenga en consideración sus diferencias especificas. Con este objeto, se tiene en cuenta la manera cómo dichas causas influyen en la valoración del carácter ilícito del comportamiento y en la de la culpabilidad del autor. La primera está condicionada por el hecho de que no sólo se daña un bien jurídico ajeno, sino que se salva otro bien jurídico. Esta atenuación de la ilicitud determina de un modo indirecto una disminución de la culpabilidad. En cuanto a la misma culpabilidad, su intensidad es reducida por la presión anímica excepcional con la que actúa el autor. En esta perspectiva, las causas de exculpación deben contemplarse, pues, como causas de disminución del injusto y de la culpabilidad, a las cuales el legislador ha asociado la *impunidad* porque su concurrencia impide que se alcance el límite del merecimiento de pena. 1760

Esta explicación, sin embargo, no es del todo satisfactoria, en la medida en que no permite comprender por qué no se exime de la pena a quien 1761

se le pueda exigir que acepte o soporte el peligro (por ejemplo, el policía en actos de servicio). Lo mismo sucede respecto a la no exclusión de la pena cuando el tercero afectado es un extraño al agente y no uno de sus allegados. Así mismo, la presión anímica excepcional puede ser provocada por el riesgo de una pérdida patrimonial muy importante, a pesar de lo cual el bien jurídico patrimonio no ha sido considerado por el legislador. En todos estos casos, el mínimo de merecimiento de pena tampoco existe cuando se dan las condiciones de una causa de exculpación. Por tanto, es indispensable buscar otra explicación.

1762 Con este objeto, una parte de la doctrina trata de fundamentar la exención de la pena refiriéndose a sus fines. Así, basándose en la noción funcional de la culpabilidad, se fundamenta el estado de necesidad que la excluye en la falta de necesidades de prevención general. El carácter extremo de este criterio ha sido limitado afirmándose que es indispensable tener en cuenta, además, la falta de necesidades de prevención especial; puesto que el autor tiene la capacidad de actuar conforme al derecho. La exención de la pena procede en la medida en que los criterios de prevención general la permitan. Cuando no sea necesario satisfacer estas necesidades, el efecto es la impunidad por falta de responsabilidad (en el sentido estricto). Por el contrario, si subsiste una necesidad de prevención general (por ejemplo, el policía ante un peligro debe cumplir sus deberes de función) el mantenimiento de la pena está justificado. La principal crítica que se hace a esta concepción se refiere a la misma idea de culpabilidad. La falta de una necesidad de prevención general de reprimir no determina que no exista la culpabilidad, sino más bien es la culpabilidad insignificante del agente la que no da lugar a la necesidad de prevención general, por lo tanto, también hace superflua la reacción penal.

1763 Son consideradas circunstancias de exculpación el estado de necesidad exculpatorio, el exceso en la legítima defensa, el exceso en el estado de necesidad justificante, los conflictos de deberes en ciertos casos previstos en la parte especial con relación a algunos tipos legales.

2. Estado de necesidad exculpante

a. Evolución legislativa

1764 El criterio diferenciador entre estado de necesidad como circunstancia justificante y como circunstancia de no culpabilidad fue establecida, por primera vez, en el Proyecto de octubre de 1984 (art. 28). En

esta disposición se estatuía: "No es culpable el que para proteger un derecho propio o de otra persona con la que está unido por vínculos de parentesco o afecto, ante un peligro actual o inminente, que no ha provocado, ni podía evitar de otra manera, sacrifica un derecho ajeno, que puede ser superior al derecho protegido, siempre que no le sea razonablemente exigible conducta diversa". En los Proyectos de 1985 (art. 31) y 1986 (art. 31), se suprimió la frase: "que puede ser superior al derecho protegido". El art. 20, inc. 5, del Código vigente dice: "El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación". Esta versión ya figuraba tanto en el Proyecto de 1990 (art. 25, inc. 5), como en el Proyecto de 1991 (art. 20, inc. 5). También aparecía en estos dos últimos proyectos el segundo párrafo del inc. 5. Esta disposición indica: "No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica". En los anteriores proyectos no se consideró disposición semejante. En el Anteproyecto de 2004 (art. 20, inc. 5) se proponen dos modificaciones relativas al primer párrafo. La primera consiste en reemplazar la expresión "integridad corporal" por la de "salud individual". La segunda, más de fondo, se refiere a ampliar la aplicación de la excusa a toda persona ("terceros"), en lugar de limitarla, como lo hace el texto vigente, a las persona con quien el agente tiene estrecha vinculación.

Conforme a lo manifestado en la exposición de motivos del Código, 1765
el modelo seguido al redactar el inciso 5 del articulo 20 es el § 35 del CP alemán. No se indica, sin embargo, si fue consultada la versión original o si se utilizó alguna de las traducciones hechas al español. Las afinidades con el art. 35 del CP español son bastante fuertes. La disposición, cuyo encabezamiento está titulado como "estado de necesidad exculpatorio" (*Entschuldigender Notstand*), dice: "El que ante un peligro actual, que no se puede conjurar de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal o la libertad comete un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo, de un pariente o de otra persona con la que tiene estrecha vinculación, obra sin culpabilidad. No rige esta exención en la medida en que al autor pudo exigírsele que aceptase el peligro, en función de las circunstancias, particularmente cuando él hubiese causado el peligro o cuando se hallase en una relación jurídica especial".

b. Presupuestos del estado de necesidad

1766 El estado de necesidad exculpatorio[121] presupone, por lo tanto, una situación de peligro, actual y no evitable de otro modo, para la vida, la integridad corporal o la libertad, y la comisión de un hecho antijurídico para salvarse a sí mismo o a una persona con quien se tiene estrecha vinculación.

1767 La noción de peligro es la misma que la referente al estado de necesidad como causa de justificación (art. 20 inc. 4). No existe razón alguna para interpretar de manera diferente, en este punto, los textos de los incisos 4 y 5 del art. 20. En ambas disposiciones se habla de peligro, que debe de ser actual. El hecho de que en el inciso 4 se haga referencia al carácter "insuperable de otro modo" de este peligro y en el inciso 5 que sea "no evitable de otro modo", no implica una diferencia substancial. Se trata de expresiones sinónimas mediante las cuales se alude a que el peligro pueda ser evitado, pero que no está permitido al agente descartarlo de cualquier manera. Su comportamiento ilícito debe ser el recurso extremo para salvar el bien jurídico en peligro. Ante todo, resulta evidente, no debe poder evitarlo realizando un acto conforme al derecho. Si sólo puede salvar el bien jurídico en peligro afectando intereses de terceros, debe recurrir al menos perjudicial de los medios que tiene a su disposición. Poco importa, así mismo, cuál sea el origen de la situación de riesgo.

1768 El legislador ha enumerado, siguiendo el criterio alemán[122], de manera exhaustiva los bienes jurídicos susceptibles de protección en estado de necesidad. Esta restricción se explica por tratarse de una causa de exculpación y por las razones de prevención tenidas en cuenta para declarar la impunidad del acto ilícito cometido en estado de necesidad exculpatorio. Estas razones no existen en relación con el estado de necesidad justificante, en el que la jerarquía de los bienes jurídicos en conflicto es determinante. En el inciso 5 sólo se mencionan la vida, la integridad corporal y la libertad.

---

[121] Lo admite la jurisprudencia, RN Nº 4103-96-Lima, del 15 de octubre de 1997, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 146. De manera del todo equivocada: RN Nº 194-97-La Libertad, del 30 de enero de 1998, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 151 s., en particular dictamen del Ministerio Público.

[122] MAURACH/ZIPF, § 34, Nº 13; JESCHECK/WEIGEND, § 44 I 1; RUDOLPHI, en SK, §. 35 Nº 5; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 23 Nº 20; JAKOBS, 1991, 20/9.

El bien jurídico vida debe ser comprendido en el sentido de la vida realizada; es decir, de una persona. No puede tratarse de la vida embrionaria: primero, porque ambas etapas del proceso vital son valoradas y protegidas penalmente de manera diferente; segundo, porque el mismo texto legal hace referencia a que el titular sea una "persona" y, según el derecho penal, no lo es el embrión o feto. La integridad corporal comprende tanto la constitución física del cuerpo, como la salud física y mental. Hablar de salud individual en lugar de integridad corporal (art. 20, inc. 5, del Anteproyecto de 2004) tiene el inconveniente de que toma en cuenta que se puede perjudicar la integridad corporal sin dañar a la salud. Lo contrario también es exacto, pero la expresión "lesiones corporales" siempre ha sido comprendida, conforme a los tipos legales de los delitos así llamados, como causar perjuicio tanto a la integridad corporal como a la salud (física o mental). Para evitar problemas, deberían ser mencionadas tanto la una como la otra. En cuanto a la libertad, hay que interpretarla como la libertad de movimiento y no la libertad general de actuar voluntariamente. Si bien respecto a estos dos últimos bienes jurídicos, la amenaza que representa la situación de peligro debe ser de cierta magnitud (por ejemplo, no basta el peligro de sufrir un simple arañazo o una brevísima privación de libertad), esto no obsta para que en el caso de la libertad deban considerarse circunstancias como la de la autodeterminación sexual respecto a la violación (que supone un riesgo para la vida e integridad corporal). 1769

El ámbito de aplicación del estado de necesidad exculpatorio es restringido aún más al limitarse el número de personas que pueden ser protegidas, además del propio agente. A diferencia del texto alemán y de otras leyes, el legislador no menciona expresamente a los parientes, ni a los allegados y se satisface con una formula general: "persona con quien tiene estrecha vinculación". Esta expresión es utilizada, en otros códigos penales, como complemento de la enumeración expresa de las personas indicadas. El texto de nuestra ley debe ser interpretado de manera amplia, comprendiendo toda relación que vincule de manera especial al agente y la persona en peligro. Este vínculo puede tener cualquier origen (familiar, amoroso, amistoso, legal, convencional, etc.) y su existencia debe ser comprobada en el caso concreto. De modo que, teniéndose en cuenta las circunstancias personales y materiales, se llegue al convencimiento de que es comprensible que el agente haya actuado de la manera como lo hizo. Constatación que permite comprender que, por razones de prevención ge- 1770

neral, el legislador admita la impunidad. Esta limitación es eliminada sin mayores explicaciones en el Anteproyecto de 2004.

1771 El comportamiento comprendido por el estado de necesidad está determinado por tres factores: primero, debe constituir un "hecho antijurídico", es decir típico, y no amparado por una causa de justificación. Segundo, debe ser el último medio para salvar el bien jurídico y de manera que cause el menor perjuicio a otro. Tercero, debe estar destinado a proteger el bien en peligro ("para alejar el peligro")[123]. Respecto a esto último, el agente no sólo debe haber conocido la situación de peligro en la que se encuentre el bien jurídico, sino que este conocimiento ha de haber sido el motivo que lo impulsó a actuar. Por el contrario, poco importa que haya también obrado por otros motivos.

c. Restricción a la exculpación

1772 De acuerdo con el art. 20, inc. 5, pf. 2, no procede la exención de pena si "al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias". Se trata de una referencia expresa a lo que el ordenamiento jurídico puede exigir a alguien que se encuentra en la situación excepcional propia del estado de necesidad. Esta regla especial no se refiere a los riesgos propios de la situación concreta en que actúa el agente y que deben ser tenidos normalmente en cuenta para admitir o no la exculpación. Más bien hace referencia a deberes u obligaciones particulares que se dan o existen en el momento de cometerse el acto. A manera de ejemplo de esta situación, la ley menciona los casos en los que el agente haya causado él mismo el peligro y quien está obligado por una particular relación jurídica.

1773 Estos ejemplos deben ser bien comprendidos en relación con el criterio de la exigibilidad. Por esto, no basta para excluir la invocación del estado de necesidad exculpatorio el hecho de que el autor haya creado un peligro, sino que es necesario comprobar si en virtud de haber causado el peligro se le pueda o no exigir que lo acepte o lo soporte. A quien denuncia a un sicario y pone así su vida o integridad corporal en peligro ante la reacción de la mafia, no puede exigírsele que acepte o soporte ser atacado. Los casos de vinculación jurídica especial están en

---

[123] LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 35 Nº 3 ss.; OTTO, 1998, § 14 Nº 10; WESSELS/BEULKE, Nº 438; JAKOBS, 1991, 20/10.

general relacionados con el ejercicio de un cargo o de una profesión: por ejemplo, el policía, bombero, médico, soldado, etc. En consecuencia, se trata sólo de peligros propios del cargo o de la profesión. En el caso de un incendio en un teatro, un espectador médico no está obligado a aceptar o soportar el peligro que amenaza su vida o integridad corporal. Resulta también inaceptable que la exigencia llegue al extremo del sacrificio de la vida o integridad corporal. No es objetivo del derecho penal imponer comportamientos heroicos.

3. Exceso en la legítima defensa

1774 En doctrina, se distinguen dos formas de exceso en el ejercicio del derecho a la defensa. Por un lado, el exceso intensivo consistente en el hecho de que el agredido se defiende de modo desproporcionado; es decir, que no se comporta de la manera menos perjudicial para el agresor. Su defensa rebasa el límite establecido por la ley. Por otro, el exceso extensivo, que concurre cuando la acción defensiva tiene lugar antes de que se dé de verdad la agresión o después de que ésta se ha producido.

1775 En ambos casos, el acto del defensor es ilícito, ya que la legítima defensa es imperfecta. Esta circunstancia impide prever la impunidad, pero no permite comprender cabalmente por qué sólo se prescribe la atenuación de la pena. Si la represión, aún atenuada, es posible, esto significa que el exceso en la legítima defensa no es considerado como causa de exculpación. Sólo constituye una circunstancia atenuante de la pena, la misma que debe ser fijada en proporción con el grado de culpabilidad.

1776 Esta diferencia entre los casos de exceso ha conducido proponer que no sean tratados de la misma manera. En el caso del exceso intensivo, se admite con cierta facilidad la atenuación de la pena –en algunas leyes extranjeras, hasta la impunidad– debido a que se considera que la excitación o la angustia provocada por el ataque ilícito limita la capacidad del agente para apreciar bien la proporcionalidad de su manera de defenderse. De modo que su culpabilidad es disminuida, lo que implica la atenuación de la represión. El factor decisivo es entonces el carácter excusable del exceso en que incurre el agente. Dicho de otra manera, su forma de reaccionar resulta comprensible, puesto que cualquier otra persona hubiera actuado del mismo modo. Por lo tanto, no basta el estado personal de perturbación en que éste se encuentra. Es indispensable que su comportamiento sea objeto de

un juicio de valor favorable, lo que implica también una disminución de la intensidad de la ilicitud del acto y de su culpabilidad. Esto no sucede cuando el agente obra impulsado, sobre todo, por la cólera o la revancha[124] y, así mismo, cuando el mismo ha creado culpablemente la situación peligrosa.

1777 Respecto al exceso extensivo, por el contrario, se afirma que no se trata en realidad de un exceso, ya que no existe del todo la legítima defensa, en razón a que la reacción del agente tiene lugar antes o después de que se dé la agresión. Por lo tanto, por un lado, no puede hablarse de exceso de límites que nunca han existido y, por otro, ni la ilicitud ni la culpabilidad han sido disminuidas[125].

1778 Actualmente, se cuestiona mucho este criterio con el argumento de que la concomitancia entre la agresión y el acto de defensa también constituyen un elemento de la legítima defensa, junto a la proporcionalidad de los medios. En consecuencia, el art. 21 puede ser aplicado. Esta opinión se justifica, en particular, si se tiene en cuenta la gran dificultad existente para distinguir, de manera objetiva, las dos formas de exceso[126]. Así, cómo diferenciar, el hecho de dar un solo golpe de puño violento del consistente en dar dos golpes medidos, pero uno de los cuales interviene ya concluida la agresión ilícita. Además, resulta poco conveniente, conforme a una política criminal coherente, distinguir esos dos casos, puesto que en ambos falta el apremio de satisfacer una necesidad de prevención general o especial.

1779 Ha sido propuesto un compromiso en el sentido de no atenuar la pena en el caso de la reacción prematura del agente ante una agresión aún no tangible, puesto que en esta circunstancia la legítima defensa nunca ha existido. Pero sí hacerlo en el caso del acto cometido una vez terminada la agresión, porque el agente se encontraba, de verdad, en estado de legítima defensa y esto provocó el estado de ánimo que lo condujo al exceso, el que no es diferente del mismo que se da en el exceso intensivo.

---

[124] STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 88; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 33 Nº 5; RUDOLPHI, en SK, § 33 Nº 3; ROXIN, 1997, § 22 Nº 75 ss.

[125] JESCHECK/WEIGEND, § 45 II, Nº 4; RUDOLPHI, en SK, § 33 Nº 2; KÜHL, 2000, § 12 Nº 141.

[126] LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 33 Nº 5; JAKOBS, 1991, 20/31; ROXIN, 1997, § 22 Nº 88.

Esta diversidad de opiniones se explica de acuerdo a la manera como 1780
sea comprendida la existencia de la "agresión ilegítima". Si se interpreta de modo amplio, debe admitirse la atenuación de la pena en los dos casos de exceso, a condición de que la reacción excesiva esté de manera estrecha relacionada, física y cronológicamente, con el inicio o el fin de la agresión. En los demás supuestos, resulta más conveniente considerar la presencia de un error sobre las circunstancias materiales de la legítima defensa. La legítima defensa putativa es el caso típico, pues el autor se cree atacado cuando en realidad no existe agresión alguna.

Estos últimos casos no deben ser confundidos con la denominada 1781
legítima defensa putativa: la agresión ilícita no existe en realidad. El agente actúa en consecuencia creyéndose, por error, atacado cuando en realidad no es así. Su comportamiento no está relacionado con un peligro inminente, simultáneo o recién terminado y, por lo tanto, no hay límites que pudieran ser sobrepasados. No hay legítima defensa y tampoco puede haber exceso. El autor del acto ilícito ha obrado incurriendo en un error relativo a un presupuesto de la legítima defensa (la existencia de la agresión).

De esta manera no se ha seguido el modelo alemán que regula el 1782
exceso en la legítima defensa como una causa de exculpación. Según el § 33 del Código alemán no se castiga al agente que se ha excedido en la legítima defensa debido a trastorno *(Verwirrung)*, miedo *(Furcht)* o pánico *(Schrecken)*.

4. Miedo insuperable

a. Regulación legislativa

Algunos de los casos comprendidos en el § 33 del Código alemán 1783
que venimos de citar pueden ser solucionados entre nosotros mediante la aplicación del inc. 7, del art. 20. Se declara exento de responsabilidad al que "obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor".

Siguiendo el modelo español, se estableció en los Proyectos de 1990 1784
(art. 25, inc. 7) y de 1991 (art. 20, inc. 7) una regulación idéntica a la prevista en la disposición vigente. De manera semejante, en el Código Penal derogado (art. 85, inc. 3), se establecía que sería reprimido quien "obra [...] impulsado por amenaza de sufrir un mal inminente

y grave" (coacción). En esta norma, se tenía en consideración también el estado de ánimo con que actuaba el agente. De manera un poco diferente, se estatuía en los Proyectos de 1984 (art. 27), 1985 (art. 30) y 1986 (art. 30) que si "el hecho es cometido bajo coacción irresistible [...] sólo es punible el autor de la coacción...".

b. Índole de la circunstancia

1785 Si se acentúa el efecto que el miedo pueda ejercer sobre la psiquis del agente, puede estimarse que afecta su capacidad personal para actuar conforme al derecho. Esta restricción de la capacidad provocaría la exclusión de la culpabilidad y, por tanto, de la pena. Esta interpretación llevaría a considerar el inc. 7 del art. 20 como una disposición superflua, pues constituiría una reiteración de lo ya establecido en el inciso 1 de la misma disposición.

1786 El hecho que el autor deba actuar compelido por el miedo y que deba ponderar el bien que salva con referencia al que va a perjudicar, puede hacer pensar que se trata de una causa especial de justificación semejante a la legítima defensa o al estado de necesidad. La especificidad radicaría en la carencia de uno de los presupuestos de estas justificantes, lo que impediría la aplicación de las normas que las prevén. En este caso, estaría demás el art. 21 que regula las eximentes imperfectas como causas de atenuación de la represión. O, se tendría que aceptar que el inc. 7 estaría destinado a regular la exculpación del exceso en la legítima defensa o en el estado de necesidad cuando sea producto de la perturbación causada por el miedo de sufrir el daño que implica la situación de peligro.

1787 Por el contrario, si se aprecia como noción autónoma, reconociendo que el legislador ha pensado en una circunstancia diferente a las otras previstas en la ley, y se tiene sobre todo en consideración el aspecto normativo que supone el no poder exigir al agente que actúe de manera diferente a como lo ha hecho, hay que concluir afirmando que se trata más bien de una circunstancia de exculpación. En el ámbito subjetivo no es correcto exigirle que debió haber actuado de otra manera. Resulta, por lo tanto, inoportuno reprocharle haber violado el orden jurídico –en la medida en que actúa excluyendo un ataque indebido mediante un acto dirigido a conservar el orden jurídico–, reproche que constituye la culpabilidad (la responsabilidad en el lenguaje del Código). El factor decisivo es la inexigibilidad, en la situación concreta, de no perjudicar a terceros.

c. *Presupuestos de la exculpación*

El término miedo tiene dos acepciones. Según la primera, es la per- 1788
turbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario. Tomado en este sentido, se estaría interpretando la circunstancia exculpatoria en la perspectiva de la capacidad personal para actuar culpablemente. Es decir, implicaría comprobar si se ha dado una perturbación de la consciencia, que de acuerdo a su intensidad determinaría la incapacidad o la capacidad relativa del agente. Esta interpretación no es la adecuada por cuanto, como lo hemos afirmado antes[127], el miedo insuperable constituye una eximente autónoma.

El miedo debe ser comprendido en su segunda acepción: recelo o 1789
aprensión que uno tiene que le suceda una cosa contraria a lo que desea. Este estado de ánimo impide al agente decidirse con corrección ante la situación que lo provoca. En esta circunstancia, no es posible exigir al sujeto que se comporte de otra manera.

Un aspecto importante es que el agente actúe impulsado por el mie- 1790
do. La ley dice compelido, expresión no muy afortunada, por cuanto compeler significa obligar a alguien con fuerza o por autoridad a que haga lo que no quiere. Lo que podría hacer pensar que el miedo debe ser provocado por una persona que amenaza al individuo que actúa contra el derecho. El vocablo impulsar permite comprender mejor en qué consiste la eximente si se le toma en el sentido figurado de promover o estimular una acción. El miedo estimula, empuja al autor a tomar una decisión que no hubiera adoptado de no haber estado sometido a la presión circunstancial. En consecuencia, el agente debe representarse tanto el daño, como el peligro que éste implica para uno de sus bienes jurídicos. Este criterio es compartido por la Corte Suprema en una sentencia referida a un caso en que el acusado, en su condición de tesorero, fue amenazado con armas de fuego y obligado a entregar a sus agresores la suma de siete mil cuarenta nuevos soles de propiedad de la comunidad campesina de Mellototora. Según los jueces, "el acusado tenía motivos suficientes para temer teniendo en cuenta que sus atacantes eran cuatro personas encapuchadas, que pertenecían a Sendero Luminoso, a lo que se debe agregar que el lugar donde se produjo el hecho, había sufrido los embates de la indicada agrupación subversiva" [128].

---

[127] Cf. *supra* Nº 1783 ss.

[128] ES Nº 1866-98, del 17 de junio de 1998, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 155 s.

d. Origen del miedo

1791 El agente debe temer sufrir un perjuicio en uno de sus bienes jurídicos. Es la posibilidad de que se concretice este mal, lo que provoca la aprensión o el recelo que le impide tomar la decisión adecuada. Ante el silencio de la ley, hay que admitir que puede tratarse de cualquier bien; aunque sería más fácil admitirlo cuando se trate de bienes personales de gran valor (por ejemplo, la vida o la integridad corporal en comparación al patrimonio). Dada la índole de la eximente, fundada sobre todo en la no exigibilidad, el mal no requiere ser siempre real. Es decir, que la persona concernida puede actuar atemorizada por un mal irreal, imaginado por ella misma. Poco importa, así mismo, que sea originado por el comportamiento de un tercero o por fenómenos de la naturaleza. Por ejemplo, la persona que causa daños a la propiedad ajena para poder escapar de la muerte que teme que le puede causar un incendio; incendio que ha supuesto al percibir el humo intenso proveniente del piso inferior y causado por niños jugando a quemar papeles en el balcón.

1792 El miedo provocado por un acto lícito (interpelación por un policía, pesquisa judicial) no puede dar lugar a la eximente.

e. Miedo no superable

1793 El miedo es insuperable cuando el agente no pueda sobreponerse a su presión motivadora y, por lo tanto, no puede dejar de ejecutar bajo su influencia el comportamiento ilícito, Así, el legislador ha establecido un parámetro objetivo para evitar una concepción demasiado subjetiva de la eximente. En este factor se percibe con claridad que la exculpación no se funda en la perturbación psíquica del agente, sino en el elemento normativo de que no se le puede exigir subjetivamente una conducta conforme al ordenamiento jurídico.

1794 Para determinar el carácter insuperable del miedo, no basta con recurrir al prototipo de una persona normal o media, sino que deben de tenerse en cuenta las circunstancias personales y materiales en que tuvo lugar el hecho. Esto se deduce de la situación de que el elemento en cuestión sea la culpabilidad del agente.

f. Ponderación de males

1795 El mal debe ser mayor o menor de acuerdo a la percepción que el agente, en comparación con una persona media, tenga del perjuicio

que lo amenaza. No se trata, como en el caso de las causas de justificación, de una ponderación general de los bienes en conflicto, sino más bien de una apreciación según la vivencia de la situación concreta en la que se encuentra. De esta manera se evita desnaturalizar el carácter de causa de exculpación del miedo insuperable. Para evitar estas dificultades, en derecho comparado se advierte, por ejemplo, que el legislador español ha suprimido este presupuesto de la eximente en análisis. De manera acertada se considera que la eliminación de la ponderación de males, en la regulación legal de la eximente parece conveniente, debido a que aquella referencia suponía aumentar la índole objetiva de su contenido y límites que se colocaba más allá de lo necesario (referencia legal al carácter insuperable del miedo) para el lógico desenvolvimiento del juicio de exigibilidad subjetiva del comportamiento adecuado a la norma.

5. Error sobre las circunstancias materiales de las excusas absolutorias

El autor cree por equivocación que se beneficia de una circunstancia absolutoria[129]. Su error puede concernir al mismo fundamento de la excusa o sus límites legales. En el primer caso, la doctrina afirma de manera casi unánime que el error no tiene efectos en derecho penal. Los autores también están de acuerdo en que, en el segundo caso, si el error es inevitable la culpabilidad es excluida, porque la coerción psíquica provocada, por el peligro supuesto, es idéntica a la que existe en caso de peligro real, dando lugar efectivamente a una excusa absolutoria. 1796

Se discute mucho, por el contrario, sobre los efectos del error evitable sobre los límites legales de la excusa absolutoria. La doctrina se inclina, en gran parte, a favor del criterio que afirma que ese tipo de error excluye el dolo y que el autor, según las circunstancias, puede ser reprimido a título de culpa (art. 14, pf. 1). Sin embargo, resulta más adecuada la opinión opuesta, según la cual un error de este tipo no concierne al dolo, puesto que no se refiere a un elemento del tipo legal objetivo, sino al carácter ilícito del hecho. Por consiguiente, no 1797

[129] Cf. *supra* Nº 1779; también STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 85 s.; cf. WESSELS/BEULKE, Nº 487 ss.

debe aplicarse la teoría limitada de la culpabilidad, sino la regla relativa al error sobre el carácter ilícito del acto[130]. De modo que la culpabilidad no es excluida, pero conforme a su intensidad la pena puede ser atenuada.

[130] STRATENWERTH, 1996, § 10 Nº 88.

§ 15 Responsabilidad penal de las personas jurídicas (*excursus*)

I. Introducción. II. Regulación normativa. 1. Introducción. 2. Código Penal de 1924. 3. Código Penal de 1991. III. Sistemas de responsabilidad. IV. Sistema de las "consecuencias accesorias" aplicables a las personas jurídicas. 1. La privación de beneficios (art. 104). 2. Otras consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas (art. 105). V. Apreciaciones.

I. Introducción

La discusión sobre la responsabilidad penal de los entes colectivos (personas jurídicas, agrupaciones sin personalidad jurídica, comunidades de hecho, etc.) se ha intensificado en razón de los profundos cambios sociales y económicos que caracterizan a las sociedades contemporáneas[1]. De la manera cómo han surgido y desarrollado las principales formas de la criminalidad moderna (el lavado de dinero, el crimen organizado, las infracciones económicas, el tráfico de drogas, el crimen informático), resulta bastante fácil constatar la importancia que las entidades colectivas (financieras, comerciales, industriales, políticas), por su especial organización y su peso social y político, han tenido y tienen como instrumento o marco de dicha delincuencia. De ahí se sigue que si en el mercado económico aparecen agentes cuya participación genera sucesos de relevancia penal, parece lógico que se recurra al derecho penal, y no sólo al derecho administrativo sancionador, el cual se presenta como insuficiente por obedecer a criterios de oportunidad y utilidad para los intereses de la Administración pública[2]. 1798

La referencia a la voluntad, hecha en todas las teorías, pone en evidencia que sólo la persona natural es considerada como sujeto activo de los comportamientos delictuosos[3]. No lo son en consecuencia las personas jurídicas (sociedades anónimas, fundaciones, cooperativas, etc.). Esto se comprueba con la afirmación constante del principio 1799

---

1 De Dollder/Tiedemann, 1996; Jakobs, 2002, p. 63; Silvina Bacigalupo, p. 41 ss., con una rica información bibliográfica; Meini, 1999b, p. 29; Zúñiga Rodríguez, 2003, p. 55 ss.; García Cavero, 2003, p. 662 ss.; Gracia Martín, 1996, p. 35 ss.

2 Cf. H.H. Hirsch, 1993, p. 1112; Heine, 1995, p. 34.

de culpabilidad, previsto en el art. VII del Código penal utilizando el término responsabilidad: ésta es personal e individual y supone la capacidad de comprender el carácter delictuoso del comportamiento y la de determinarse según esta apreciación. Y estas capacidades son consideradas, por supuesto, como características específicas de la persona natural. Además, las personas jurídicas son incapaces de ser sometidas a varias de las tradicionales penas o medidas de seguridad.

1800 Estos argumentos parecen decisivos, en principio, para excluir a las personas jurídicas de la categoría de los sujetos activos de delitos invocando supuestos criterios ontológicos. Es verdad que no puede admitirse que una sociedad anónima quiera un hecho de la misma manera que una persona física. También es inimaginable que una persona jurídica pueda ser encerrada en la celda de una prisión. Sin embargo, desde esta perspectiva no puede comprenderse por qué, por ejemplo, en las legislaciones de Inglaterra, EE.UU., Holanda y Francia se consideran a las personas jurídicas colectivas penalmente responsables. Salvo que se estimen estas regulaciones legislativas como irracionales.

1801 En la actualidad, la tendencia es más bien favorable a la tesis que permite atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. El objetivo evidente es luchar con eficacia contra determinados tipos de criminalidad: criminalidad organizada, delitos contra el medio ambiente, delitos económicos. En Alemania se ha propuesto, por ejemplo, que las personas jurídicas sean sancionadas ellas mismas. El fundamento sería que actúan como las personas físicas mediante sus órganos administrativos y que el juicio de culpabilidad recae de inmediato sobre ellas ("modelo de imputación simple", *schlichtes Zurechnungsmodell*)[4]. También se ha propuesto considerar que las personas jurídicas colectivas tengan una culpabilidad propia en razón de su organización (*eigenes Organization Verschulden*)[5]. No está demás recordar que, con base en la teoría de Gierke sobre la personalidad real de la persona jurídica, se propugnó la responsabilidad penal de éstas afirmando que "quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios"[6] y que "el derecho dice quién es la referencia final de la imputación de una conducta y a quién debe hacerse responsable de una conducta contraria a las normas".

---

3 KENEL, p. 264 ss.; HAFTER, 1946, p. 71 ss.; HURTADO POZO, 1996, p. 141 s.

4 SCHROTH, Hans Jürgen, 1993; OTTO, 1993.

5 TIEDEMANN, 1993, p. 527.

6 VON LISZT, 1908, 28/12, Nº 3.

La aceptación o el rechazo de este tipo de propuestas no depende de factores materiales como los señalados antes, sino de "si es justo, conveniente y coherente con los principios de la teoría de la responsabilidad que se acepte"[7]. Es pues un problema de política criminal, ya que siendo la responsabilidad penal una cuestión de orden normativo, bien puede convenirse bajo qué condiciones pueden considerarse penalmente responsables a las personas jurídicas. La enorme influencia que éstas ejercen en el ámbito social y económico, así como el hecho de que sean con frecuencia el ámbito y el medio propicio para la ejecución, en especial, de la criminalidad económica, hacen que la negación de su capacidad para cometer delitos sea más bien artificiosa. Atribuirles esta responsabilidad consiste, al mismo tiempo, en un reto y en una tarea urgente para los estudiosos de la dogmática penal. De esta manera, se lograrían además mayores garantías para todos los que pudieran ser afectados indirectamente en sus derechos por la aplicación de medidas represivas a las personas jurídicas, como es el caso con las leyes que prevén las denominadas "consecuencias accesorias de la represión" (por ejemplo, multas, anulación de la inscripción en el registro de las personas jurídicas, suspensión de actividades, entre otras). 1802

De acuerdo con los principios que rigen el sistema admitido en nuestro ordenamiento penal, resulta imposible considerar, de manera directa, que las personas jurídicas colectivas sean penalmente responsables y que, en consecuencia, puedan ser sancionadas como delincuentes. Por esta razón, se ha adoptado la solución de imponerles unas sanciones denominadas "consecuencias accesorias", que, como su propio nombre lo indica, operarían como medidas sancionadoras contra las personas jurídicas, con independencia de las penas que corresponde aplicar a los autores materiales, por la comisión de delitos en el ejercicio de su actividad o por utilizar la organización para favorecer o encubrir el acto delictuoso (art. 105). 1803

II. Regulación normativa

1. Introducción

Para comprender la situación actual hay que tener en cuenta las concepciones fundamentales del Código penal, las cuales excluyen la 1804

[7] NINO, 1980a, p. 414.

responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este es así mismo el parecer predominante entre los juristas, quienes han avanzado, desde hace mucho, tres argumentos en favor de este criterio.

1805 En primer lugar, si bien las personas jurídicas pueden adquirir todos los derechos y asumir todas las obligaciones que no sean inseparables a la condición natural de la persona física, no pueden –por definición– actuar y, por lo tanto, son incapaces de cometer acciones relevantes para el derecho penal. Las personas jurídicas sólo actúan por intermedio de sus órganos. En segundo lugar, la persona jurídica no puede comportarse de manera culpable, debido a que por su propia naturaleza no posee las capacidades síquicas (capacidad de comprender el carácter ilícito del acto y capacidad de determinarse según esta apreciación) constitutivas de la imputabilidad, condición esencial de la culpabilidad. Y, en tercer lugar, la pena se basa, según el art. VII Título Preliminar del Código Penal, en la culpabilidad del autor, y busca la expiación y la prevención. De modo que la pena sólo se dirige a las personas físicas, únicas capaces de pensar, querer y sentir. Este no es el caso de las personas jurídicas.

2. Código Penal de 1924

1806 Estos argumentos se han plasmado en todos los códigos penales peruanos, desde el de 1863 hasta el de 1991, pasando por el de 1924. No obstante, ya en el Código Penal de 1924 el legislador no pudo dejar de referirse, al menos de modo circunstancial, a los supuestos en que la persona jurídica se halla estrechamente relacionada con la infracción. Así, entre los delitos cometidos con ocasión de la quiebra de "una sociedad anónima o cooperativa", el Código de 1924 reprimía, en su art. 254, a título de quiebra fraudulenta, a "todo director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o contador o tenedor de libros, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores". De esta forma, se consideraba a la empresa, en este particular delito, como marco en el cual sus miembros individuales habían actuado ilícitamente. Sin embargo, no se modificó el planteamiento legal en virtud del cual no se le consideraba autora responsable de la quiebra fraudulenta o culpable.

1807 Sin embargo, atendiendo a la realidad económica y financiera, el legislador, en contra de los principios generales del Código Penal,

dictó disposiciones especiales en las que, al menos de manera formal, calificaba a las personas jurídicas como autoras de infracciones. Se observó esto, por ejemplo, con la Ley Nº 16185, de 28 de junio de 1966, que regulaba la represión del delito de contrabando. El art. 9 de esta ley dispuso que "las personas jurídicas o los comerciantes que, en el ejercicio de sus actividades, incurran en la comisión de los delitos a que se refiere esta ley, además de las sanciones que correspondan en forma personal a los ejecutores directos o indirectos de los delitos, serán sancionados, según los casos, con la cancelación en los registros públicos de la personería jurídica de que gocen y de las licencias, patentes u otras autorizaciones administrativas o municipales de que disfruten". La pena aplicable a las personas jurídicas consistía en la cancelación en los registros públicos de la personería jurídica, lo que significaba en realidad su disolución, medida de claro corte punitivo.

3. Código Penal de 1991

1808 En el Código Penal de 1991 se sigue reconociendo sólo la responsabilidad penal individual. En cuanto a la parte especial del Código Penal, es evidente que la utilización de la fórmula tradicional "el que..." para referirse al autor del comportamiento delictuoso, significa que se piensa en la persona natural y no en la persona jurídica. Esto es así aun respecto a los tipos legales que, por la índole de los delitos y la manera de describirlos, se refieren a actividades con frecuencia realizadas por entes colectivos (art. 232 CP y ss.) y al orden financiero y monetario (art. 244 CP y ss.). En la compleja realidad económica actual, este tipo de actividades, más que la obra de una persona individual, constituye la concretización de una política económica y financiera decidida y ejecutada conforme a directivas establecidas de modo colectivo. Esta condición y la estructura compleja de las grandes empresas hacen muy difícil identificar la o las personas individuales que han abusado de un poder económico que, en realidad, es un poder colectivo. Si a esto se agregan las dificultades para probar, en esas circunstancias, la culpabilidad individual de las personas naturales en cuestión, es fácil dudar de la eficacia del derecho penal para reprimir y evitar ese tipo de comportamientos.

1809 Considerando la legislación vigente, se puede objetar que es un tanto contradictorio reconocer, en derecho civil y administrativo, al ente colectivo como un actor real de la vida económica y jurídica y no

admitirlo en derecho penal. Además, resulta también poco claro, de lo contrario no se comprendería por qué se le imponen sanciones administrativas, que se admita que la persona jurídica percibe dichas sanciones como castigo con efecto disuasivo y, al mismo tiempo, se le considere incapaz de hacerlo respecto a la pena[8].

1810 En todo caso, se ha argumentado en favor de la admisión de la responsabilidad penal de los entes colectivos el hecho de que en las empresas los centros de decisión y de responsabilidad se diversifican, lo que dificulta la identificación del sujeto individual responsable, lo cual, por ende, dificulta también la imputación de la responsabilidad penal[9]. Del mismo modo, se habla de una "irresponsabilidad organizada", fundada en parte en carencias o deficiencias de organización que pueden deberse a las acciones u omisiones propias a las mismas estructuras de la persona jurídica. También se arguye la "actitud criminal colectiva", que denota la escasa resistencia que tienen quienes están obligados a obedecer en un sistema jerarquizado, lo que determina que se actúe de modo altruista en interés de la misma colectividad[10], cuando objetivamente se realiza una conducta prohibida por el Derecho penal.

III. Sistemas de responsabilidad

1811 Las diversas propuestas que se han dado en torno a la regulación de la responsabilidad de los entes colectivos se pueden agrupar, *grosso modo*, por un lado, en aquellas que hacen directamente responsable a la persona jurídica por el delito que se ha cometido por su intermedio o en el ejercicio de sus actividades y, por otro, las que hacen derivar la responsabilidad de ésta de la responsabilidad de uno de sus miembros en la comisión del delito concreto. Ejemplo de las primeras sería el sistema jurídico anglosajón[11], en el cual, a pesar de que la responsabilidad penal de los entes colectivos se basa en el criterio de

---

8 MEINI, 1999a, p. 128.

9 ZUGALDÍA, p. 83 ss., SILVA SÁNCHEZ, 1995, p. 363, MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 233; MEINI, 1999b, p. 150 ss.

10 SCHÜNEMANN, 1988, p. 529, 533; IDEM, 1995, p. 571 s.; MILITELLO, 1995, p. 411; TERRADILLOS, 1995, p. 39.

11 OTTLEY, p. 148 s.; PARISI, 1984, p. 46; LEIGH, 1969.

identificar a la empresa con el autor individual del delito, la responsabilidad del ente es independiente y autónoma de la de sus miembros. El sistema francés[12], por el contrario, se inscribe en el segundo grupo. Fundada en la idea de la "*criminalité d'emprunt*" (la empresa toma prestada la responsabilidad del agente singular), la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Francia se construye sobre la base de un modelo de atribución normativo y teñido de consideraciones político-criminales[13].

La propensión a atribuir responsabilidad penal a los entes colectivos, 1812
sobre todo a las empresas, gana cada vez más terreno. Diversos son los países europeos, además de Inglaterra y Francia, que la han regulado en sus legislaciones penales, destacando Holanda, Suecia, Noruega, Portugal. La Unión Europea impulsa esta tendencia teniendo en cuenta las necesidades de proteger el buen funcionamiento de sus instituciones. Así, por ejemplo, es favorable a esta represión en los ámbitos de fraudes al presupuesto comunitario, concursos y subastas públicas, así como en el de corrupción, blanqueo de capitales, receptación y, sobre todo, en el de asociaciones ilícitas. Similar fundamento y orientación tienen las recomendaciones 12 y 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa; la Recomendación Nº 13º del XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre "El concepto y los principios fundamentales del Derecho Penal Económico y de la Empresa", celebrado en El Cairo, en 1984; la propuesta efectuada por la Asociación Internacional de Derecho Internacional con motivo de su XV Congreso Internacional, celebrado en Río de Janeiro, del 5 al 10 de setiembre de 1994; y el art. 14 del *Corpus Iuris*.

Esta evolución no puede explicarse afirmando que se debe a que no 1813
existe una dogmática penal en dichos países, que no ha alcanzado un desarrollo suficiente o al avance de criterios pragmáticos en perjuicio del respeto de los principios dogmáticos. Afirmaciones de esta naturaleza parten de la idea errónea de que existe sólo una dogmática verdadera y técnicamente correcta. Lo cierto es que "dogmática" se hace en todas partes, en la medida en que se expliquen y

---

12 PRADEL, 2003, Nº 527 ss.; IDEM, 1995, p. 190 s.; BORRICAND, p. 143; DELMAS-MARTY/GUYON, 1993, p. 227 ss.

13 RUSCONI, p. 178.

sistematicen conceptos, nociones y principios con la finalidad de que las leyes sean aplicadas de manera igualitaria, racional y coherente. Además, implica olvidar que la responsabilidad penal, aun la de las personas naturales, constituye una cuestión convencional y normativa. Lo decisivo es saber cuáles son los criterios de imputación que deben ser admitidos para hacer responsables penalmente a los entes colectivos, si es que se considera necesario, en términos político-criminales, hacer que lo sean. Estas condiciones de punición, debido a la especificidad de las personas jurídicas, no pueden ser las mismas que las previstas en relación con la responsabilidad de las personas individuales[14].

IV. Sistema de las "consecuencias accesorias" aplicables a las personas jurídicas

1814 El Código Penal peruano de 1991, al igual que otros códigos sustantivos contemporáneos, ha regulado en sus art. 102 a 105 las llamadas "consecuencias accesorias". De estos preceptos, el art. 104 (pérdida de ganancias de la persona jurídica) y el art. 105 (medidas aplicables directamente sobre la persona jurídica) son los que atañen a la responsabilidad penal de los entes colectivos.

1. La privación de beneficios (art. 104)

1815 Este precepto prevé la pérdida de beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes. Como límite de esta privación establece la reparación pecuniaria de naturaleza civil que correrá a cargo de la persona jurídica si los bienes de aquellos resultaren insuficientes.

1816 *A priori*, se podría pensar que la voluntad del legislador era la de despojar a las personas jurídicas de los beneficios que ilícitamente hubieran obtenido debido a conductas ilícitas. En caso de ser así, el esfuerzo sólo quedó en buenas intenciones. Tal como se encuentra regulada, se trata de una medida de carácter patrimonial, subsidia-

[14] Cf. BAJO, p. 14.

ria, de ineficacia práctica y de nulo efecto preventivo[15]. Es de carácter patrimonial porque tiende a reparar los daños y perjuicios causados por los funcionarios o dependientes de la persona jurídica en el ejercicio de su actividad. El objeto de regulación del art. 104 es sólo la reparación civil *ex delicto*. Es subsidiaria en la medida en que la privación de beneficios tendrá lugar en tanto y en cuanto el peculio de los responsables directos (funcionarios o dependientes) no sea suficiente para afrontar la reparación civil. A sabiendas o por descuido, no se ha dado a la responsabilidad el carácter de solidaria. Si lo que interesa es que el perjudicado vea restituido su derecho lo antes posible, no es necesario esperar a comprobar que los dependientes o funcionarios tengan o no bienes suficientes para hacer frente al pago de la reparación civil (trámite obligado por el texto legal), sino constituir a la persona jurídica como tercero civilmente responsable, decretar los embargos preventivos necesarios y, llegado el caso, hacerse cobro con el patrimonio de la empresa, la cual podrá repetir luego contra sus funcionarios o dependientes.

De lo afirmado se deduce que el art. 104 no tiene efecto preventivo 1817
alguno. Es más, nuestro sistema jurídico penal no tiene mecanismos para privar a una empresa de los beneficios que pudiera obtener ilícitamente. Los supuestos legales de decomiso (art. 102 CP) se limitan a la aplicación de esta medida a los efectos provenientes de la infracción penal (*producta sceleris*) y al de los instrumentos con que se hubiera ejecutado la misma (*instrumenta sceleris*) a no ser que pertenezcan a terceros que no hubieran intervenido en el delito. El decomiso es facultativo si los efectos o instrumentos no son de ilícito comercio y su valor no guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal (art. 103). De acuerdo con esta regulación, aun cuando se recurra a la fórmula "efectos provenientes de la infracción penal" y se comprenda tanto a los efectos inmediatos (objeto material del delito) como a los mediatos (beneficios obtenidos), el decomiso no podrá afectar a las personas jurídicas toda vez que éstas siempre son terceros no participantes en el delito; puesto que para la ley no son sujetos capaces de acción, por lo que tampoco pueden ser calificados de partícipes. A partir de estas consideraciones, se comprueba entonces una laguna en nuestro ordenamiento

[15] Cf. MEINI, 1999b, p. 186 ss.

jurídico: no hay norma al amparo de la cual se puedan decomisar los beneficios que obtengan los entes colectivos en actividades delictivas. En consecuencia, se tolera el estado patrimonial ilícitamente alcanzado por una persona jurídica.

2. Otras consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas (art. 105)

1818 El art. 105 establece que si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, se le aplicarán todas o algunas de las medidas siguientes: la clausura de sus locales o establecimientos, la disolución, la suspensión de las actividades, la prohibición de realizar actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

1819 Estas mismas medidas, bajo el mismo título de "consecuencias accesorias" son previstas por determinadas leyes penales especiales. Tal es el caso del D. Leg. 813, art. 17 (Ley Penal Tributaria) y de la Ley Nº 28002, art. 11 (Ley de los Delitos Aduaneros). Hay que señalar, igualmente, que el art. 11 de la Ley 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros) prohíbe a toda "persona natural o jurídica" la realización de actividades en este dominio sin autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros, disponiéndose que "se presume que una persona natural o jurídica incurre en las infracciones reseñadas cuando, no teniendo autorización de la Superintendencia, cuenta con un local en el que, de cualquier manera: a) se invite al público a entregar dinero a cualquier título, [...] c) en general, se haga publicidad por cualquier medio con los indicados propósitos". De acuerdo con este precepto, las personas jurídicas son consideradas como autoras materiales de las infracciones previstas en el primer párrafo del art. 11, disponiendo que "quienes infrinjan la prohibición [...] serán sancionados con arreglo al artículo 246 del Código Penal".

1820 Esta última disposición conmina el delito de "intermediación financiera no autorizada" con pena privativa de la libertad y multa, por lo que cabe cuestionarse si se ha querido reprimir sólo a las personas individuales autoras y violadoras directas de la prohibición o también a la persona jurídica toda vez que no es posible imponer una pena privativa de libertad a una organización, motivo por el que sólo

se les infligiría la multa. Aun podría sostenerse que, en tanto la pena de multa puede ser convertida, al amparo del art. 56 CP, en una pena privativa de la libertad, limitativa de derechos o de prestación de servicios a la comunidad, tampoco podría aplicarse a los entes colectivos. Del mismo modo se presentaba el art. 5 del DL 25643 (derogado por el DLeg 846, de 21 de setiembre de 1996) que sancionaba como delito de terrorismo la posesión no declarada, por parte de personas naturales o jurídicas, de nitrato de amonio o de elementos que sirven para su elaboración; y el art. 2 de la Ley 25363 (derogada por Ley 26509, de 21 de julio de 1995) que establecía que "las personas naturales o jurídicas que incumplan lo dispuesto en el artículo 1º, serán pasibles de sanción penal prescritas en el Libro II, Título I Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud y el Título XII, Capítulo III Delitos contra la salud pública, del nuevo Código Penal".

El hecho de calificar de "consecuencias accesorias" a las medidas aplicables a las personas jurídicas plantea la cuestión importante de la naturaleza jurídica de estas medidas. En el marco general del Código Penal, no pueden ser consideradas ni penas ni medidas de seguridad porque no se imponen al autor de la infracción, ni su gravedad corresponde a la del delito[16]. Por esto, con razón, no son mencionadas en el art. 28 (según el cual las únicas penas aplicables de conformidad con el Código Penal son la privativa de libertad, restrictiva de derechos, limitativas de derechos y multa). Este criterio formal no implica que dichas sanciones no tengan materialmente un carácter penal. 1821

V. Apreciaciones

La manera como las personas en general, los juristas y hasta los legisladores se refieren a diario a la responsabilidad de los entes colectivos debe llevar a preguntarnos, como lo han hecho repetidamente diversos autores y en diferentes latitudes, si es coherente la forma de tratarla en la actualidad en derecho penal. 1822

No es extraño, por ejemplo, que se reproche a una empresa industrial haber contaminado un río o un lago y considerar que debe reparar los daños causados. De este modo, se le tiene por "culpable" 1823

16 MAPELLI/TERRADILLOS, p. 219, SILVA SÁNCHEZ, 1995, p. 363.

por el perjuicio personal o social originado por sus actividades. Esto significa que existe una percepción social, manifestada en el lenguaje, de que las decisiones del ente colectivo y, por lo tanto, los actos cometidos por sus miembros individuales, se originan en el ejercicio de un poder difuso específico que le es propio. Poder que, además, es el producto de las estructuras de su organización. En consecuencia, la culpabilidad de los miembros individuales no se confunde con la de la persona jurídica.

1824 En el ámbito penal señalemos la incongruencia en que se incurre al imponer multas administrativas a las personas jurídicas –que en nada se diferencia de la multa prevista en el Código Penal–, además de prever que cometen delitos y, al mismo tiempo, reprimir al autor material. Asimismo, denunciar, perseguir, sancionar a los entes colectivos como tales, en base a leyes como la referente a los derechos de autor, y no hacerlo cuando se trata de infracciones penales bastante análogas a algunas reguladas en normas penales comunes[17].

1825 La realidad socio-económica, diversa y compleja, que caracteriza al mundo actual impone cierta flexibilidad de los sistemas conceptuales para lograr mayor eficacia en la protección de los bienes jurídicos y de los derechos fundamentales de las personas. Por esto, quizás sea mejor responder de manera unificada a los innumerables problemas que plantean los entes colectivos, privados o públicos, en la vida de la comunidad. Sobre todo respecto a las grandes y complejas entidades que ejercen una influencia decisiva en la vida económica de la sociedad y, en particular, en los supuestos de grupos de empresas, cuyas actividades constituyen procesos muy tecnificados y organizados.

1826 Aun en los casos en que, debido a la organización simple de la empresa y a su dimensión relativamente pequeña, se pueda llegar a identificar al responsable material del delito, el problema de la responsabilidad penal del ente colectivo subsiste. La admisión de esta responsabilidad no tiene la finalidad de dejar en la impunidad a los autores individuales. Por el contrario, se trata de una responsabilidad directa y propia del ente que no tiene por qué excluir la imputación de la responsabilidad penal a las personas naturales que hagan parte de sus órganos de dirección.

---

[17] Cf. art. 165 del DLeg N° 822, del 23 de abril de 1966.

Las objeciones formuladas contra el reconocimiento de la responsabilidad penal propia de las personas jurídicas constituyen la expresión de una concepción específica de la persona humana. Ésta es percibida como el ser humano natural, poseedor de capacidades físicas y psíquicas determinadas. Por lo tanto, es la única que tiene la capacidad de actuar, la capacidad de comprender lo que hace u omite y, en consecuencia, la única que puede ser culpable. Por las mismas razones, sólo ella puede ser, por ejemplo, condenada a una pena privativa de la libertad. 1827

Sin embargo, en derecho privado no se niega, recurriendo a la misma concepción, que la persona jurídica tenga la capacidad de actuar (suscribir contratos), la capacidad de responder por los perjuicios causados (indemnización por actos ilícitos: incumplimiento de contrato), la capacidad para soportar sanciones civiles (inhabilitación para efectuar ciertas actividades). La persona jurídica es tratada de la misma manera que la persona individual en la atribución de derechos y obligaciones, a pesar de que no se trata de un ser humano, una persona natural. ¿Significa esto que en derecho civil el ser humano no es considerado de la misma manera como lo es en derecho penal? 1828

La respuesta sólo puede ser negativa. El ser humano está en el centro de todo el derecho, por el simple hecho de que él es quien lo crea y, al mismo tiempo, es su finalidad en última instancia. El sujeto de derecho o persona no se identifica con el ser humano. Dicho con más propiedad, la noción de sujeto de derecho o persona no es igual a la noción de ser humano. Admitir lo contrario implicaría que se estuvieran confundiendo dos planos diferentes: el del mundo natural con el "mundo" normativo del derecho. Capacidad de actuar o capacidad de culpabilidad son nociones jurídicas que no deben ser confundidas con las aptitudes físicas, psíquicas e intelectuales del ser humano. Estas capacidades naturales del ser humano no constituyen la razón de la imputación, sino más bien el sentido que les reconoce el sistema jurídico. Cuando no se respeta esta distinción el concepto jurídico de persona es erróneo y empíricamente falso[18]; porque los seres humanos capaces mentalmente pueden no ser considerados como personas por el derecho (los esclavos y los extranjeros humanos no eran personas para el derecho romano[19]) y, al contrario, se 1829

[18] TAMAYO Y SALMORAN, p. 304.
[19] GRZEGORCZYK, 1990, p. 208.

puede considerar personas a entes que no son seres humanos (las personas jurídicas son el ejemplo por excelencia).

1830 La noción de sujeto de derecho o persona es de índole convencional. Mediante ella, el legislador califica determinados seres humanos, atribuyéndoles deberes y obligaciones bajo ciertas condiciones. De esta manera, establece las condiciones bajo las cuales se debe determinar quién debe ser considerado como el sujeto, por ejemplo, del derecho de poseer, comprar, suscribir contratos, ejercer la patria potestad o de la obligación de indemnizar al perjudicado, de alimentar a un menor de edad. De manera figurada, se puede decir que el derecho atribuye (a través de las normas) los diversos papeles que pueden asumir determinados seres humanos (los actores)[20]. Los términos sujeto de derecho o persona son usados de manera paradigmática en el sentido de personaje: una personificación, un papel representado por un actor. Personaje al que se considera filosóficamente, desde el Siglo de las Luces, como sujeto dotado de razón y voluntad libre. Pero este personaje, sujeto de derecho o persona, no debe ser confundido con el sujeto físico (de carne y hueso). Sólo existe en tanto que forma o manera de percibir jurídicamente la realidad y es, consecuencia, irreducible al mundo extra jurídico[21].

1831 El ser humano, concebido a partir del Siglo de las Luces como centro del universo y señor absoluto de lo que crea, es responsable de sus acciones tanto ante él mismo, como ante los demás (tan libres como él mismo). Así, la voluntad es considerada como factor esencial de la responsabilidad de todo ser libre. En este contexto, se definirá la personalidad como la posibilidad subjetiva de la voluntad jurídica; llegándose de este modo a concebir al "hombre" como titular de "derechos subjetivos"[22].

1832 Esto no significa que se ignore la relación existente entre sujeto de derecho o persona y ser humano; sin embargo cuando se utilizan las expresiones sujeto de derecho o persona en el discurso jurídico no se hace con la finalidad de designar directamente a un ser humano; sino más bien para referirse a éste con relación a su conducta regula-

---

[20] GRZEGORCZYK, 1989, p. 12.
[21] GRZEGORCZYK, 1990, p. 231.
[22] TAMAYO Y SALMORAN, p. 304.

da por el derecho. En esta perspectiva, Kelsen[23] afirmó que el objeto de la ciencia jurídica no es el hombre sino la persona.

La idea de que todos los seres humanos son personas (en sentido jurí- 1833
dico) constituye la culminación de un largo proceso social, sin embargo sólo puede ser del todo comprendida si es replanteada diciendo que, en el presente, los sistemas jurídicos modernos confieren derechos, deberes y facultades a todos los individuos por el simple hecho de pertenecer al género humano[24]. En relación con esto, se llega a afirmar que "uno no nace persona, no se es (persona) a partir de la naturaleza, sino que se es bajo determinadas relaciones sociales, a saber, en el momento en que se atribuyen derechos y obligaciones"[25].

En el contexto normativo del derecho, se comprende sin dificultad 1834
que se considere como personas o sujetos de derecho a las agrupaciones de individuos (y aun a cosas como un patrimonio: masa hereditaria); siempre y cuando no se crea que se les otorga dicha calificación en razón a sus características humanas. Se trata de una calificación jurídica y no de una propiedad natural. Así, se puede decir, de manera general, que "persona", en sentido jurídico, es aquel "algo" al que se atribuyen "derechos" y "deberes" por las normas jurídicas[26]. El efecto práctico es que los derechos, obligaciones y facultades concernidos serán tratados de modo unitario. La agrupación o persona colectiva (persona jurídica), de la misma forma que el sujeto de derecho o persona con respecto al ser humano, está relacionada con los individuos que la conforman; sin embargo, tampoco puede ser identificada con éstos. Cuando se dice que la persona colectiva está obligada a pagar una multa fiscal, esto quiere decir, conforme a la regulación normativa vigente, por un lado, que uno de sus miembros individuales incurrió en una conducta determinada y, por otro, que dicho incumplimiento es atribuido a la persona jurídica.

Con base en la presencia real de las personas colectivas, en socieda- 1835
des muy complejas y tecnificadas como las modernas, es también com-

---

23 KELSEN, 1934, p. 48.

24 Cf. GARCÍA CAVERO, 2003, p. 655.

25 JAKOBS, 2002, p. 68 s.; IDEM, 1999, p. 38 ss.; así mismo LESCH, 1999, p. 14. Para este último, la persona es aun el "producto de una atribución social". Sobre esta problemática consultar el sugerente trabajo de PÉREZ DEL VALLE, p. 625 ss.

26 LARENZ, 1966, p. 92.

prensible que se plantee la cuestión de la responsabilidad ética y social de la empresa como tal. Su marcada influencia tanto en el desarrollo técnico como económico es determinante en la creación de situaciones y relaciones riesgosas (por ejemplo, en el mercado financiero o el medio ambiente), además de que constituye un hecho fundamental para delimitar el papel social que desempeñan. En cuanto a la responsabilidad social[27], se trata de superar el criterio tradicional orientado hacia la rentabilidad y ganancia para comprender a la empresa en su complejidad, considerando todos los factores que la conciernen en la perspectiva de la organización. En este sentido, se dice que la responsabilidad social implica, por un lado, conducir su actividad a un ámbito donde ésta sea congruente con las normas, los valores y las expectativas sociales vigentes. Por otro, comprende el desarrollo de procesos de estructuración de toma de decisiones por medio de los cuales y de acuerdo con una información incompleta, quienes las adoptan colectivamente anticipan, responden y gestionan todas las ramificaciones de la política y de las prácticas de organización[28]. Estos esfuerzos para determinar la responsabilidad social de la empresa, persona colectiva, suponen concebirla normativamente como una persona diferente a la de sus miembros individuales. El objetivo, entonces, es fijar bajo qué condiciones se la considera responsable socialmente y en qué consiste esta responsabilidad.

1836 Si se tiene en cuenta la manera como se concibe a la persona en el derecho, en general y, en particular, en el derecho civil, no resulta claro el porqué debe ser considerada inaplicable este criterio en el derecho penal. Lo mismo puede decirse respecto al derecho administrativo, en el que se trata a la persona jurídica como sujeto pasible de sanciones represivas. El sujeto de derecho en materia penal, tanto como sujeto activo del delito como sujeto pasivo de las sanciones penales, es también determinado por la forma en que el legislador establece las condiciones para punir y como define los comportamientos delictuosos en particular. La dogmática penal no tiene como objeto especificar en qué consiste en realidad el delito (hecho social), ni cómo es el ser humano delincuente. No existen delitos naturales, ni delincuentes natos. Se trata de categorías normativas determinadas

---

[27] Cf. Ricoeur, 2001, p. 285 s.

[28] Lozano, p. 105, ss.

por la regulación legislativa penal. Lo mismo se puede decir de cada una de las nociones establecidas basándose en lo previsto en la ley penal. Por ejemplo, aun en el caso de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad que puede ser considerada como una de las nociones más cercanas a la realidad humana, no se puede decir que se trate de una calificación concreta del ser humano de acuerdo con los criterios de las ciencias humanas. Se trata más bien de la calificación jurídica de un aspecto de la realidad (persona física concernida) y, al mismo tiempo, de una clasificación de las condiciones normativas que deben existir para imputar objetiva y subjetivamente el delito a una persona determinada.

La cuestión se reduce, en consecuencia, en determinar si hay que atribuir o no responsabilidad penal a las personas jurídicas y, en caso de respuesta afirmativa, de qué manera y con qué amplitud hacerlo. Como lo muestra la evolución actual de las legislaciones penales, estas cuestiones corresponden al ámbito de la política criminal y, de manera más amplia, a la política general del Estado[29]. Si se tiene en cuenta que desde hace decenios, en el derecho anglosajón, se responsabiliza penalmente a las personas jurídicas, resulta difícil sostener que el dogma de la responsabilidad penal individual constituye un obstáculo insuperable. No se trata de una verdad absoluta y su admisión también depende de los criterios de política criminal que se acepten. Esto no implica atribuir al Estado un poder absoluto para reprimir, puesto que las soluciones que se adopten deben conformarse de acuerdo a los criterios de proporcionalidad y subsidiaridad del derecho penal. 1837

Además, siendo el derecho penal la *ultima ratio* en el sistema de control social, el reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes colectivos debe estar acompañado por la renovación y el perfeccionamiento de las medidas de económicas y jurídicas en el ámbito civil y administrativo. 1838

[29] Chistian-Nils ROBERT, 1985, p. 125 ss.; HEINE, 1996, p. 211 ss.; ROTH, 1997, p. 352 ss.; LÜTOLF, p. 98 s., 245 ss., 273 ss.; DELMAS-MARTY/GUYON, 1993, p. 227 ss.

Cuarta Parte

§ 16 Delitos culposos

I. Introducción. II. Evolución legislativa. III. Evolución de la doctrina. IV. Sistemática de los delitos culposos. V. Delitos de comisión culposos. 1. Tipo legal objetivo. a. Autor. b. Acción típica. c. Peligro no permitido. c.1. Criterios para determinar el peligro no permitido. c.2. El principio de confianza. c.3. Ámbito de protección del tipo legal. 2. Tipo legal subjetivo. a. Introducción. b. Individualización de la determinación de la culpa. c. Culpa con representación y culpa sin representación. 3. Ilicitud. 4. Culpabilidad. 5. Tipos legales ampliados.

I. Introducción

Como ya lo hemos señalado, en el art. 11 se considera que los delitos y las faltas pueden estar constituidos por acciones u omisiones tanto dolosas como culposas. De esta manera, se consideran las formas tradicionales de infracciones penales: por un lado, las cometidas mediante la ejecución o la omisión de una acción y, por otro, desde una perspectiva subjetiva las realizadas con dolo o culpa[1]. Así, nuestro legislador no hace sino seguir la tradición del derecho penal de Europa continental. 1839

La importancia de los comportamientos culposos ha aumentado de modo notable con los cambios substanciales producidos por la mecanización y la automatización de grandes sectores de las actividades domésticas, comerciales e industriales. Un ejemplo claro, es el del transporte, ámbito en el que los medios son cada vez más veloces y tecnificados. Estos medios, sin duda, comportan grandes ventajas; pero, al mismo tiempo, son fuente de riesgo para las personas y el medio ambiente. Esta evolución ha hecho posible que las sociedades desarrolladas sean calificadas de sociedades de riesgo y que se les considere como ámbito propicio para la proliferación de diversos comportamientos imprudentes[2]. Esto permite comprender que las infracciones culposas, según las estadísticas, constituyan un gran porcentaje de los delitos cometidos y, por lo tanto, sean la materia de una buena parte de los procesos que ocupan a los órganos de control penal. 1840

En la legislación, los tipos legales que prevén delitos culposos son una minoría en relación con los que reprimen delitos dolosos. La 1841

---

1 Ejecutoria Suprema del 3 de junio de 1998, Exp. Nº 6329-97-Ancash, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 132.

2 BECK, 1989.

represión de éstos es prevista como la regla, mientras que la de los delitos imprudentes como excepcional[3]. Las penas previstas para los responsables de los primeros son mucho menos graves que las estatuidas para los agentes de delitos dolosos. Las razones son, primero, que se estima innecesaria la protección de todos los bienes jurídicos contra los perjuicios causados mediante comportamientos culposos. Sólo algunos de los bienes jurídicos más importantes (por ejemplo, la vida, la salud) son tenidos en cuenta. Cuando este es el caso, el legislador debe establecerlo mediante la elaboración de un tipo legal específico, haciendo constar de manera expresa que se reprime a título de culpa. Esto significa que, conforme al art. 12, rige en el derecho penal peruano el sistema de *numerus clausus*[4] de delitos culposos, que presupone la regla general de que sólo se reprime a título de dolo y, por el contrario, de manera excepcional a título de culpa.

1842 La segunda razón es que se les considera menos graves[5] y que, en consecuencia, hay que tratarlos de manera desigual. Difieren tanto en la intensidad de la ilicitud como de la culpabilidad. Esto implica, por ejemplo, que la exclusión del carácter ilícito de la acción culposa sea admitida con mayor facilidad que en caso de acción dolosa y que la pena sea menos severa. Al respecto, basta comparar las penas previstas para el homicidio simple (pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de veinte años, art. 106) y para el homicidio culposo (pena privativa de la libertad no mayor de dos años o prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas, art. 111).

1843 De esta graduación de mayor a menor entre el dolo y la culpa no debe deducirse que se encuentren en relación lógica de categorías alternativas; es decir, en un caso concreto, negado el dolo no debe admitirse siempre la culpa. La represión a título de culpa sólo puede plantearse después de descartarse que el agente haya actuado con dolo. Esto tampoco supone una relación de subsidiaridad entre ambas categorías, pues es también posible que la acción no haya sido

---

[3] Cf. PEÑA CABRERA, 1995, p. 461; VILLAVICENCIO, 1995, p. 447; BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1999, p. 165 s.; CHOCLÁN, p. 13; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000, p. 321 s.

[4] MAZUELOS, 2003, p. 153 s.; Exp. Nº 6095-97 del 7 de enero de 1998, en GJEJ, p. 67 s.

[5] PEÑA CABRERA, 1995, p. 463.

cometida ni con dolo ni con culpa o que no sea necesario plantearse tal análisis, como sucede cuando, por ejemplo, se incurre en una causal de ausencia de acción[6]. Sin embargo, hay que admitir la graduación normativa ya que el comportamiento doloso implica mayor intensidad de ilicitud y de culpabilidad que el culposo.

II. Evolución legislativa

A diferencia del Código de 1924, el de 1991 no contiene disposición alguna en la que se defina de manera general el delito culposo. Siguiendo el modelo suizo, en el art. 82, pf. 2, del CP derogado, se disponía que "comete delito por negligencia, el que, por una imprevisión culpable, obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. La imprevisión es culpable cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal"[7]. 1844

El no definir la culpa en la ley no se justifica plenamente. Si bien es cierto que en ésta no deben resolverse problemas doctrinales, también es cierto que ese tipo de definiciones constituyen una ayuda para quien la aplica[8]. Esto nos parece sobre todo válido para países como el nuestro, en donde ni la jurisprudencia ni la doctrina han alcanzado un desarrollo suficiente. Además, la inserción de una determinada definición no implica que el juez o el abogado estén obligados a interpretarla siguiendo de manera fiel la concepción adoptada por el legislador, aun cuando deban respetar el marco general determinado por el texto legal. En el extranjero, uno de los argumentos invocados para justificar las definiciones legales en el Código Penal es el de considerar que es un factor de orientación para los diversos órganos encargados de aplicar la ley. Así mismo, hay que tener en cuenta que, con frecuencias, dichas definiciones son interpretadas superando los criterios teóricos que las habían inspirado. 1845

En cuanto a la elaboración de los tipos legales culposos, el legislador ha continuado empleando el llamado "simple tipo causal". Por ejem- 1846

---

6 Cf. *supra* Nº 1051 ss.

7 La idea se conserva aún en diversas sentencias; por ejemplo, Exp. Nº 5445-97, 30 de enero de 1998, en BACA/ROJAS/NEIRA, p. 131.

8 Cf. *supra* Nº 1175 ss.

plo, en el art. 111 se describe el homicidio culposo diciendo "el que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona...". Los cambios de terminología con respecto al art. 156 del CP de 1924 ("el que por negligencia causare la muerte de una persona...") no tienen mayor importancia, puesto que la "negligencia" ha sido siempre entendida como sinónimo de culpa y que "ocasionar" no significa otra cosa que "causar". Siempre se trata de "causar", mediante un comportamiento culposo (activo u omisivo), el resultado o la acción penalmente relevante.

1847 Esta técnica legislativa ha hecho dudar sobre la conformidad de los tipos legales culposos con el principio de la legalidad, pues serían tipos legales abiertos que el juez debe completar[9]. Esta objeción, no obstante, pierde fuerza si se admite que el tipo objetivo de los delitos culposos es, en buena cuenta, el mismo que el de los delitos dolosos. Es decir, las circunstancias que fundamentan la realización del tipo objetivo del delito de homicidio simple doloso (art. 106) son las mismas que las del art. 111; la diferencia está en el tipo subjetivo. La acción en el homicidio simple (matar una persona) está más delimitada que en el caso del homicidio culposo, respecto al cual sólo se hace referencia a que se cause la muerte de la víctima. Así, la coincidencia de la voluntad de cometer un acto y la de realizar el delito permite circunscribir mejor los comportamientos que deben ser calificados de homicidio doloso. Por el contrario, en caso de culpa la determinación de los comportamientos típicos depende en mayor medida de criterios de valor que, recurriendo a toda la fuerza creadora de la interpretación[10], el juez debe tener en cuenta. El aspecto más relevante es el de calificar el comportamiento de imprudente.

III. Evolución de la doctrina

1848 La frecuencia y la gravedad de los comportamientos culposos en la vida moderna han condicionado el desarrollo de la doctrina penal[11]. La atención de los juristas se había centrado, sobre todo, en los delitos dolosos. Las categorías conceptuales elaboradas respecto a éstos

---

9 WELZEL, 1967, p. 126; JORGE BARREIRO, 1990, p. 40; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000, p. 322; HAVA, 2001, p. 51. En el mismo sentido, VILLAVICENCIO, 2001, p. 65.

10 Cf. *supra*, Nº 470 ss.; cf. HAVA, 2001, p. 51 s.; FEIJÓO, 2001, p. 196.

11 STRATENWERTH, 1996, § 16 Nº 1.

fueron utilizadas para explicar los delitos culposos; categoría calificada como secundaria. Esta situación ha cambiado de manera significativa. Ahora, se le considera como un tipo particular de delito, junto e independiente de los delitos dolosos[12]. Sin embargo, en la doctrina, no se ha alcanzado, en materia de delitos culposos, aún el nivel y el acuerdo relativo que existe en la explicación de las condiciones de punibilidad de los delitos dolosos.

De acuerdo con la concepción clásica[13] de la teoría del delito y, por 1849
lo tanto, de la acción causal, la culpa fue considerada como una forma de culpabilidad, junto a la culpabilidad por dolo, y su contenido ilícito fue reducido a la producción de un resultado perjudicial. El agente obra equivocándose respecto a los hechos y causa el resultado perjudicial previsible. Esta manera de percibir la culpa ha sido llamada "noción unitaria de la culpa" (*einteilige Fahrlässigkeitsanerkennung*).

Con posterioridad[14], se distinguió a nivel de la culpabilidad el hecho 1850
de que el agente no respetara el cuidado objetivo necesario y la posibilidad de que se comportara conforme a éste. Uno de los criterios decisivos consistió en afirmar que no se podía prohibir sólo la producción de resultados perjudiciales. A partir de estas afirmaciones, se concibió la teoría compleja de la culpa (*Komplexerbegriff*), según la cual ésta se estructura en dos niveles: primero, debe ser constatada de modo objetivo en el nivel de la ilicitud y, segundo, de manera subjetiva en el de la culpabilidad. En el primero, hay que considerar el doble aspecto del deber de cuidado, es decir, tanto la obligación de reconocer los riesgos que amenazan un bien jurídico y de apreciar con corrección sus alcances, como la obligación de evitar, mediante un comportamiento adecuado a las circunstancias, la producción del resultado típico. En el segundo, debe apreciarse la capacidad personal del agente para reconocer y respetar el deber de prudencia. Deber que se determina en relación con las exigencias del orden jurídico respecto a una persona cuidadosa y razonable que forma parte del mismo círculo social que el agente[15]. Estos aspectos

---

12 JESCHEK/WEIGEND, § 54 I 3; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 15 Nº 105; WELZEL, 1967, p. 123.

13 Cf. *supra* Nº 971 ss; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 12 Nº 14 s.

14 EXNER, 1910, p. 193 ss.; ENGISCH, 1930, p. 268 ss.

15 JESCHECK/WEIGEND, § 55 I 2 b; WESSELS/BEULKE, Nº 669.

del deber de cuidado están muy relacionados, puesto que la ejecución del comportamiento apropiado para descartar el resultado perjudicial depende de la apreciación correcta del peligro que amenaza el bien jurídico.

1851 Esta tendencia fue acentuada por el finalismo[16]. Sus partidarios explicaron que si el comportamiento humano, tanto el doloso como el culposo, se orientaba a la realización de un fin determinado, no podían reducirse los tipos legales de los delitos culposos a la producción del resultado. Sin aceptarse, siempre, las explicaciones de los partidarios del finalismo sobre las estructuras ónticas de la acción, se admite en la actualidad que la tipicidad de los delitos culposos, como la de los dolosos, supone también un juicio de valor negativo sobre la manera como el agente lleva a cabo la acción final que quiere ejecutar[17]. Esta apreciación valorativa está determinada por la violación del deber de cuidado y, en consecuencia, su inobservancia forma parte del tipo legal.

1852 La evolución de las ideas sobre los delitos culposos ha sido influenciada de manera decisiva por los esfuerzos efectuados para renovar la teoría del delito recurriendo a los criterios de la imputación objetiva[18]. En esta perspectiva, la violación de un deber de prudencia no es más considerada como condición necesaria sólo respecto a los delitos imprudentes, sino también para los dolosos. Esto en razón de que dicha violación constituye uno de los criterios para determinar la imputación objetiva que es común a ambos tipos de delito. La consecuencia para la culpa es que la capacidad personal del autor para reconocer y respetar el deber de prudencia deja de ser percibida como factor de la culpabilidad (como lo hacía la noción compleja de culpa) para ser considerada en tanto que elemento del tipo legal subjetivo. Esta manera de percibir la culpa constituye, en buena cuenta, una renovación de la teoría unitaria de la culpa, en la medida en que el deber de evitar el peligro es considerado como elemento común a todo delito[19]. La diferencia reside sólo en el tipo legal subjetivo, así,

---

16 Cf. *supra* Nº 979 ss.

17 WELZEL, 1969a, p. 127 [1976, p. 92].

18 Cf. *supra* Nº 1130 ss.; ROXIN, 1997, § 24 Nº 3 ss.; JAKOBS, 1991, 9/1 ss.

19 MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 43, Nº 112; STRUENSEE, 1987a, p. 54; HRUSCHKA, 1997, p. 82 ss; KINDHÄUSER, 1994, p. 204 ss.

en los delitos dolosos, el deber de prudencia es violado desde el momento en que el agente deba tomar consciencia del comportamiento previsto en el tipo legal, mientras que en los imprudentes la violación de dicho deber procede de la apreciación incorrecta, pero evitable, del peligro previsible[20].

En resumen, de acuerdo con este criterio, el tipo legal objetivo del delito culposo está constituido por los factores de la imputación objetiva que permiten atribuir el resultado al agente, mientras que en el tipo legal subjetivo se consideran las capacidades y conocimientos del autor para apreciar de modo correcto los alcances del peligro[21]. 1853

La aplicación de la teoría compleja y de la unitaria de la culpa, en la práctica, conduce a conclusiones similares. Ambas teorías se superponen en aspectos esenciales como la imputación objetiva, la previsibilidad del resultado o la falta de respeto a los límites del riesgo permitido. Sus diferencias son, sobre todo, de orden sistemático en la medida en que difieren sobre el nivel en que debe tratarse la capacidad personal para reconocer y respetar el deber de cuidado. 1854

El hecho de que ninguna de las teoría, brevemente presentadas, haya sido adoptada de manera general en sus lineamientos fundamentales, explica la diversidad de criterios con que se trata de explicar el contenido de los delitos culposos. De acuerdo con el criterio más difundido, se recurre a la violación del deber de cuidado, así como a la previsibilidad y evitabilidad del resultado; sin dejar de apoyarse en la imputación objetiva para explicar, sobre todo, la relación entre la producción de éste y la acción. En la medida en que se reconozca que estas categorías suponen elementos de imputación, es posible admitir que mediante su determinación pueden precisarse mejor las condiciones de punición de la culpa que invocando la fórmula general de la violación del deber de cuidado. Sin embargo, si se admite, como nosotros lo hacemos, que estas concepciones son sólo propuestas de interpretación de las disposiciones legales respectivas, la adopción de una de ellas no puede ser justificada invocando que es la científicamente verdadera, sino más bien que es la más conveniente y útil para interpretar la regulación legal y para analizarla de manera transparente, coherente e igualitaria. 1855

---

[20] HAVA, 2003, p. 111 ss.

[21] Cf. MAZUELOS, 2003, p. 117 ss.

IV. Sistemática de los delitos culposos

1856 Conforme a la teoría del delito, el delito culposo está constituido, como el doloso, por la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. En razón de las características específicas de la acción culposa, el contenido de cada una de estas categorías es determinado de una manera particular. Las diferencias con los delitos dolosos son, como es lógico, más marcadas respecto a la tipicidad; pero menos en cuanto a la antijuricidad o a la culpabilidad.

1857 Al igual que los delitos dolosos, los culposos pueden ser cometidos tanto por comisión como por omisión. En consecuencia, hay que subrayar que el delito culposo no es un delito de omisión, como a veces se ha deducido del papel destacado que juega la violación del deber de cuidado, la misma que constituye una omisión de las precauciones necesarias para evitar el resultado perjudicial.

1858 De acuerdo con la regulación legal, la tentativa y la participación criminal en los delitos culposos no son posibles, puesto que en estos casos es indispensable una resolución delictiva que no existe en caso de culpa.

1859 Salvo las discrepancias conceptuales en cuanto a la participación en los delitos culposos, existe amplio acuerdo sobre los diversos aspectos de la culpa. Las diferencias se presentan, no obstante, cuando se trata de fundamentar y justificar, por ejemplo, el contenido de la acción culposa, la aplicación de ciertas causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad.

V. Delitos de comisión culposa

1. Tipo legal objetivo

1860 A pesar de que el comportamiento culposo cuenta con un aspecto externo y otro interno, la tipicidad de la infracción culposa no puede ser concebida siempre, como en el caso de la acción dolosa, distinguiendo entre tipo legal objetivo y tipo legal subjetivo. El contenido de la voluntad, alcanzar un objetivo ilícito en el caso del delito doloso, carece en principio de relevancia penal en cuanto al delito culposo. Sin embargo, la cuestión se plantea, sobre todo, respecto a la culpa consciente[22].

[22] Cf. *infra*, Nº 1885 ss.

La tipicidad y, por lo tanto, el contenido ilícito de la culpa deben ser analizados de manera diferente[23].

a. Autor

1861 De la misma manera que en los tipos legales dolosos, cualquier persona puede ser el autor de un delito culposo, salvo que la ley disponga que el agente reúna una calidad especial (delitos especiales culposos). Por ejemplo, el funcionario o servidor público que ocasiona, mediante culpa, que un tercero sustraiga caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (art. 387, pf. 3)

b. Acción típica

1862 De acuerdo con la índole del comportamiento, los delitos culposos pueden ser de comisión y de omisión[24], así como de pura actividad o de resultado[25]. Estos últimos son los que con mayor frecuencia se han previsto en la ley. En cuanto a los primeros, basta la realización del comportamiento y, por lo tanto, no hay que comprobar la existencia de un resultado (daños o puesta en peligro concreto de un bien jurídico). El carácter culposo de la comercialización o tráfico de productos nocivos a la salud de las personas (art. 288, pf. 4) no está, en buena medida, en relación con el mismo acto de poner en venta o en circulación, importar o tomar en depósito (comportamientos siempre intencionales), sino con el hecho de que el consumo, empleo normal o probable del producto pueda comprometer la salud de las personas.

1863 Tratándose de delitos de resultado, el agente debe, mediante su comportamiento, producir la modificación del mundo exterior previsto en el tipo legal. El juicio de valor negativo referente a la producción del perjuicio prohibido (muerte o lesiones de una persona, por ejemplo) constituye, junto al juicio negativo sobre la acción de crear o aumentar un peligro, un aspecto esencial de la tipicidad del delito culposo. Por esto, dicho resultado es un elemento constitutivo del tipo legal[26] y

---

[23] Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 522 ss.; CEREZO MIR, 1998, p. 160 ss.
[24] Cf. *infra* Nº 1912 ss.
[25] Cf. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 12 Nº 29.
[26] Cf. VILLA STEIN, p. 250.

no sólo una condición objetiva de punibilidad. El criterio contrario no puede ser justificado afirmando que sólo se pueden prohibir acciones y no resultados. Tampoco es decisivo que la represión del autor de un comportamiento culposo dependa de la materialización aleatoria[27] del peligro creado o aumentado mediante dicho comportamiento.

1864 Para determinar la relación de causalidad deben aplicarse los mismos criterios empleados con relación a los delitos dolosos. Así mismo, se aplicarán los criterios referentes a la imputación objetiva[28]. Al respecto no hay que olvidar, por un lado, que tanto en la jurisprudencia y en la doctrina comparada se ha invocado con frecuencia la denominada causalidad adecuada y, por otro, que este criterio se encuentra en la base de la concepción de la imputación objetiva. Además, como lo venimos de señalar, la adecuación de la acción del agente a un tipo legal culposo consiste, en buena medida, en la comprobación de los criterios referentes a la imputación objetiva; los mismos que son similares a los empleados para saber si el autor ha violado el deber de cuidado. La causalidad es siempre la condición imprescindible para plantearse la cuestión de la imputación objetiva[29].

c. Peligro no permitido

1865 Las normas implícitas a los tipos legales culposos prohíben la realización de comportamientos que creen o aumenten un peligro[30] para los bienes jurídicos protegidos. Por ejemplo, el tipo legal del homicidio culposo (art. 111) supone la prohibición de realizar comportamientos peligrosos para la vida de las personas. Esta prohibición implica que el perjuicio que comporta el peligro sea previsible y evitable[31]. Si

---

27 Exp. Nº 8653-97-Lima, 6 de agosto de 1998, en ROJAS/INFANTES, p. 70.

28 Cf. *supra* Nº 1130 ss.

29 Cf. Sent. CSup abril 24-1998, Exp. Nº 550-98-Lima, 24 de abril de 1998, en BACA/ROJAS/NEIRA, p. 131.

30 Sentencia Nº 035-98 de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Arequipa, del 10 de febrero de 1998, Exp. Nº 167-97 P/COR Camaná, en ARMAZA/ZAVALA, p. 26.

31 Ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 6 de agosto de 1998, Exp. Nº 8653-97, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 628; ES del 18 de setiembre de 1998, Exp. Nº 3019-98 Puno, en ROJAS/INFANTES, p. 69; ES del 31 de octubre de 1997, Consulta Apurímac Nº 1917-96, en ROJAS/INFANTES, p. 72.

este no es el caso, resulta imposible exigir a las personas que actúen dándose cuenta de los efectos de su comportamiento o teniéndolos presentes. El agente debe crear una contingencia capaz de lesionar o poner en peligro un bien jurídico. Por lo tanto, la prohibición está orientada a impedir la creación de riesgos para los bienes jurídicos de terceros y no de manera directa a evitar la producción de perjuicios[32]. La prohibición de realizar comportamientos que creen o aumenten un peligro para los bienes jurídicos protegidos, como ya lo hemos explicado, no puede ser absoluta, porque la vida comunitaria requiere o tolera la ejecución de comportamientos que son peligrosos. Este peligro es calificado de permitido. Si el agente no crea peligro alguno o se comporta dentro de los límites del peligro o riesgo permitido, significa que no ha actuado de modo imprudente. En el caso del chofer que conduce su vehículo conforme a las reglas del tráfico y produce la muerte de una persona que de pronto se lanza bajo las ruedas del mismo, el hecho de que conduzca un vehículo, fuente de peligro, no crea ni aumenta un peligro no permitido. En consecuencia, su comportamiento no es el previsto en el art. 111 (homicidio culposo). De esta manera, la constatación de si el agente ha sobrepasado el límite del riesgo permitido está muy vinculada con la determinación de si ha respetado sus deberes de diligencia.

Para acatar la prohibición de ejecutar acciones peligrosas, quien se proponga pasar al acto debe informarse antes y reflexionar de manera debida. Así mismo, debe preguntarse si es capaz de comportarse sin dañar a terceros o si tiene la formación debida para emprender la acción peligrosa. En caso de falta de información o de capacidad para llevar a cabo la acción riesgosa, el agente debe abstenerse para que no se le reproche el haber actuado con culpa. En esta circunstancia, se habla de culpa por emprendimiento o asunción[33]. 1866

c.1. Criterios para determinar el peligro no permitido

En este aspecto se revela la estrecha relación con el criterio mayoritario de considerar como factor central la violación del deber de prudencia[34], 1867

---

32 Peña Cabrera, 1995 p. 462; Mazuelos, 2003, p. 167 ss.

33 Roxin, 1997, § 24 Nº 47.

34 ES del 2 de abril de 1998, Exp. Nº 2007-97-Cono Norte, Lima, en Rojas Vargas, 1999a, p. 305 s.; Exp. 2505-98 Lima, 9 de setiembre de 1998, en Rojas/Infantes, p. 69.

puesto que para delimitar si se ha generado un peligro no permitido o se ha desestabilizado desfavorablemente una situación de peligro existente, hay que tener en cuenta todas las circunstancias que permiten afirmar que se ha violado el deber de diligencia correspondiente[35].

1868 Establecer si la acción comporta un peligro relevante para el derecho penal exige tener en cuenta el contexto social en el que ésta tiene lugar: en especial, su importancia social, la gravedad del posible perjuicio que representa el peligro y la magnitud de los esfuerzos que deben hacerse para excluir del todo el riesgo. Por ejemplo, a un comerciante de alimentos no puede exigírsele que, además de la fecha de vencimiento indicada por el productor, compruebe el buen estado de cada producto enlatado que vende. Exigencias de esta naturaleza paralizarían el normal desarrollo de actividades, como la dada en el ejemplo, que si bien son socialmente importantes, comportan ciertas contingencias (peligro permitido). Por haber sido ejecutada la acción sin sobrepasar el riesgo permitido, resulta imposible plantearse la cuestión si el agente ha obrado con culpa.

1869 En la medida en que son pocas las actividades humanas que están reguladas específicamente (por ejemplo, la circulación en las vías públicas), es necesario recurrir al criterio de la persona media[36] para tratar de establecer los límites en que son permitidas, aun cuando su ejecución implique peligro para terceros. Esta idea consiste en plantearse hipotéticamente cómo, en la misma situación concreta en que actuó el agente, hubiera obrado una persona consciente y prudente, perteneciente al mismo círculo social o profesional de éste.

1870 Si mediante esta comparación se comprueba que el autor ha actuado, al menos, en los límites del riesgo permitido, no es posible considerársele como imprudente[37]. Sin embargo la especificación de ese modelo (chófer, arquitecto, maquinista, médico, etc.) se lleva a cabo con referencia a determinadas normas o directivas relacionadas

---

35 DE LA CUESTA AGUADO, 1999, p. 138 s.; ROXIN, 1997, § 24 Nº 14.

36 Ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 7 de setiembre de 1998, Exp. Nº 3475-98, en ROJAS VARGAS, 1999c, p. 617.

37 Ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 9 de setiembre de 1998. Exp. Nº 2505-98, en ROJAS VARGAS, 1999c, p. 638.

con la actividad realizada por el agente. En el caso de profesiones, oficios o actividades que requieren una autorización precisa, la idea del modelo o baremo medio implica, en realidad, la constatación de si ciertas normas han sido o no respetadas. Lo mismo se puede decir, aunque no de modo tan evidente, respecto a la manera como, por ejemplo, deben guardarse y conservarse en casa productos peligrosos (barbitúricos, fósforos, combustibles, armas, pesticidas, etc.). La forma de hacerlo sin peligro para terceros, en especial para los niños, se determinará teniendo en cuenta las indicaciones establecidas por los productores o distribuidores respecto al modo de utilización o consumo de tales artículos. Constituye una acción peligrosa no permitida, por ejemplo, debido a que se sabe por experiencia que los niños se meten en la boca lo que encuentran, dejar a su alcance objetos que puedan causarles perjuicios en su vida o salud.

Indicios más claros de la peligrosidad de una manera de comportarse son la violación de las normas establecidas de manera expresa para regular determinadas actividades que son peligrosas, pero aceptadas y aún promovidas en razón de su utilidad social. Al respecto, vale la pena citar una vez más las normas relativas a la circulación de vehículos de motor. Mediante estos preceptos, el legislador ha prohibido, basándose en la experiencia y en la reflexión, la ejecución de actos que comportan riesgos generales para terceros, tratando de evitar la producción de situaciones que constituyen peligros abstractos. La violación de esas normas (por ejemplo, las que limitan la velocidad, establecen la prioridad en la circulación, regulan la manera de sobrepasar otros vehículos) crean en general un peligro no permitido. 1871

Aunque sin la misma fuerza vinculante que las normas legales, debido a que son establecidas por instituciones privadas no del todo imparciales, deben ser consideradas, también, las directivas estatuidas respecto a determinadas esferas de la actividad comercial, industrial, profesional o lúdica. Las normas técnicas establecidas por los Colegios de ingenieros, arquitectos o médicos constituyen una concreción de la *lex artis*[38], aprovechando los conocimientos y la experiencia adquirida en la práctica de estas profesiones. Las prescripciones, por ejemplo, relativas a la solidez de los fundamentos y a la resistencia de las estructuras de una edificación tienen como objetivo evitar 1872

[38] Bustos/Hormazábal, p. 177 s.; Romeo Casabona, p. 30; Hava, 2001, p. 56 ss.

una situación de peligro para las personas. El hecho de que no sean respetadas crea esta situación y puede producir un peligro no permitido que dé lugar, en caso de lesiones corporales, a un reproche por culpa contra el infractor.

1873 En relación con ambos tipos de normas[39], hay que reconocer sin embargo que su violación no significa de manera necesaria que se haya creado el peligro concreto no permitido. Este peligro debe ser comprobado en la situación particular en que actúa el agente. En algunos casos, la exclusión del peligro no permitido sólo puede ser posible, justamente, por una acción contraria al precepto: por ejemplo, no respetar la luz roja o el límite de velocidad para evitar atropellar un peatón. Además, bien puede suceder que la norma en cuestión sea anacrónica o no esté adecuada a la situación concreta. Sin embargo, fuera de estos casos excepcionales, en general, la violación de estas disposiciones constituye un indicio real[40] de la creación del riesgo no permitido y, en consecuencia, de la culpa del autor.

c.2. El principio de confianza

1874 Todas las normas dirigidas a evitar la realización de acciones que crean una situación de peligro no permitido deben ser respetadas por todos y, en especial, por quienes desarrollan actividades reguladas en particular. Así que cada uno de los que ejecutan de manera correcta una actividad espera que los demás se comporten también de conformidad con las obligaciones de cuidado que corresponden. De este modo, surge una relación de confianza que constituye un criterio límite para determinar el peligro no permitido[41]. Por ejemplo, no podrá decirse que aumenta indebidamente el peligro, ínsito en el hecho de conducir un automóvil, el conductor que, ante la luz verde del semáforo, no detiene su vehículo para comprobar si otro conductor tratará de pasar el cruce a pesar de la luz roja que le ordena detenerse. Su comportamiento permanece dentro de los límites del riesgo permitido. La cuestión de un actuar culposo no se presenta.

---

[39] Ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 7 de setiembre de 1998, Exp. Nº 3475-98, en ROJAS VARGAS, 1999c, p. 617.

[40] HAVA, 2001, p. 53; FEIJÓO, 2001, p. 212.

[41] PEÑA CABRERA, 1995, p. 464; VILLAVICENCIO, 2001, p. 71.

En la medida en que se trata de determinar la existencia de un peligro concreto, la creación de éste no puede deducirse de modo inmediato del criterio de confianza. Ante la evidencia de la incorrección del comportamiento de un tercero (por ejemplo, conducir a contramano en una carretera de doble vía), no se debe continuar ejecutando la acción correcta (conducir en el sentido debido), considerando que no se hace sino afirmar el derecho y que es el otro quien no respeta las normas, aumentando así el peligro de que se produzca un accidente[42]. Esto se debe tener en cuenta, en particular, respecto a la manera de comportarse de ciertas personas, como los niños, ancianos, ebrios o inválidos, quienes por sus condiciones personales incurren con frecuencia en acciones que entrañan riesgos. Así, por ejemplo, en una zona donde se encuentra un colegio, bien señalizada, un conductor que circula a la hora de salida de los alumnos debe tener en cuenta que con frecuencia éstos invaden la calzada (en contra de lo dispuesto en las normas y a lo que espera el conductor según el criterio de confianza). 1875

Si bien el principio de confianza ha sido elaborado y aplicado en el ámbito de la circulación, también es pertinente invocarlo con respecto a otras actividades[43]. En especial, cuando éstas son ejecutadas por un grupo de personas que actúan en equipo y de acuerdo a una división de tareas. Por ejemplo, el transporte y la instalación de muros de concreto prefabricados por obreros bajo la dirección del maestro de obra o la intervención quirúrgica practicada por un equipo conformado por médicos y personal auxiliar. Cada uno de los participantes actúa confiando en que los demás cumplan sus tareas. Sin embargo, la aplicación del principio de confianza tampoco puede ser automática en estos casos, pues hay que considerar el supuesto de los partícipes que, por formación o experiencia, pueden señalar y corregir los errores de los demás; así como el tipo de relación que existe entre ellos. En una relación horizontal o de igualdad, el principio de confianza será aplicado, en principio, teniendo en cuenta la responsabilidad propia e individual de cada participante; ya que cada uno tiene la obligación de preservar el desarrollo de sus actividades y, así, evitar producir daños a terceros por haber sobrepasado el nivel 1876

[42] BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 12 Nº 44.
[43] HAVA, 2001, p. 81 ss.

de riesgo permitido (principio de autorresponsabilidad)[44]. Si se trata de una relación jerárquica, habrá que tomar en consideración, además, los deberes de vigilancia o control (deberes de diligencia secundarios)[45] que puedan tener los superiores respecto a los inferiores. Así, el médico especialista y jefe del equipo no puede ampararse en la confianza de que los demás actuarán correctamente si, sin descuidar sus propios actos, podía y debía controlar lo que hacían o en razón a sus deberes de diligencia suplementarios. La razón está en la posición de garante fundada en el deber de vigilancia correspondiente.

1877 Los ejemplos que hemos dado no deben hacer pensar que hay que tener en cuenta el principio de confianza sólo cuando se deba considerar culposo o fortuito el hecho atribuido a un tercero. También hay que valorarlo en relación con los comportamientos intencionales que éste pueda cometer. El vendedor de armas de fuego no aumenta el riesgo de que éstas sean utilizadas por el comprador para cometer un homicidio, puesto que él no debe contar con que esto suceda. Por el contrario, cabe preguntarse si no aumenta indebidamente el peligro de que se cause la muerte de una persona, quien entrega un arma a uno de los sujetos que se agreden con violencia y recíprocamente. De esta manera, aumenta el riesgo de que se produzca un resultado grave, debido a que su comportamiento se da en el contexto de un peligro concreto para los bienes jurídicos con conflicto y, según las circunstancias, se le puede imputar, al menos, a título de culpa. La respuesta debe ser diferente en relación con el caso, muy citado, de la persona que con la idea de suicidarse guarda un revólver en el cajón de su mesa de noche y que es utilizado por un tercero para matar un individuo. No puede imputársele haber aumentado el riesgo de que este homicidio se produjera, ni tampoco culpa alguna. Esto último sería posible, por el contrario, si el arma hubiera sido depositada en un lugar poco seguro y si un niño la hubiera encontrado y, jugando, hubiera causado la muerte de su compañero (culpa respecto a la muerte). Lo decisivo es que el agente no promueva la propensión objetiva que pueda existir en el posible autor de un delito doloso, como sería el caso de quien entrega un arma a uno de los participantes en una riña. Lo mismo puede decirse de la amante que,

---

[44] Cf. sobre el principio de autorresponsabilidad, de lo más destacado: ZACZYK, p. 30 ss.; SCHUMANN, 1986, p. 6 ss.; JAKOBS, 1997, p. 358 s.; IDEM 1991, 7/129 s.; FRISCH, 1988, p. 162 ss.; CANCIO MELIÁ, 2001, p. 297 ss.

[45] SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 31 ss; JORGE BARREIRO, 1994, p. 381 s.

sabiendo que su compañero medita sobre la posibilidad de matar a su esposa, le entrega un arma de fuego. Arma que éste utiliza para cometer después el homicidio.

c.3. Ámbito de protección del tipo legal

Como en los delitos dolosos, la creación de un peligro no permitido o su aumento son suficientes para la imputación de la culpa. En ciertas circunstancias, esta imputación no procede cuando el resultado perjudicial no está comprendido dentro de la esfera de protección de la norma que contiene el tipo legal[46]. Dicho de otra manera, cuando el resultado perjudicial no sea la materialización directa de la infracción de la norma. La finalidad del art. 111, por ejemplo, es la de proteger la vida de una persona ante la situación de riesgo no permitida creada por un tercero, pero no la de evitar la muerte por acción responsable de la propia víctima[47]. Quien entrega heroína a un drogadicto comete un acto prohibido y crea un riesgo no permitido, pero no puede imputársele a título de culpa la muerte producida por la sobredosis que, sabiéndolo, se inyectó el fallecido. Se trata de una forma particular de cooperar en una puesta en peligro consciente y voluntaria de la víctima por ella misma. El resultado muerte, en este caso, materialización del riesgo no permitido, no está comprendido por la finalidad de la norma. Por lo tanto, a pesar de que la entrega de la droga influyó en la creación o aumento del riesgo no permitido, no puede imputársele el resultado a título de culpa a quien la entregó. Desde la misma perspectiva, hay que analizar el caso de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste: el conductor ebrio que provoca un accidente y causa la muerte de su amigo que le había solicitado, consciente de los riesgos, que lo transportara a su casa. El riesgo aceptado por el acompañante impide que la acción del conductor, creadora del peligro no permitido, caiga dentro de los alcances de protección del tipo legal, pues éste no comprende el hecho de que la víctima se exponga a sí misma en una situación de peligro[48]. Al

1878

---

46 Peña Cabrera, 1995, p. 467.

47 Ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 6 de agosto de 1998, Exp. Nº 8653-97, en Rojas Vargas, 1999c, p. 638; Exp. Nº 2505-98, en Rojas Vargas, 1999c, p. 638.

48 Cf. Cancio Meliá, 2001, p. 301 ss.

incendiario no se le puede imputar a título de culpa la muerte de una persona que intervino de manera temeraria para sofocar el incendio; tampoco a quien lesiona una persona, cuya muerte es provocada por una atención médica deficiente. Esto significa, en buena medida, que cada uno responde por sus hechos (principio de autorresponsabilidad). No hay responsabilidad por el hecho imprudente cometido por un tercero.

2. Tipo legal subjetivo

a. Introducción

1879 En la medida en que se procede al análisis de todos los aspectos subjetivos del comportamiento en el nivel de la culpabilidad (orden de tener cuidado y prever el perjuicio respecto a la persona del autor), se niega la existencia o, al menos, la necesidad práctica de considerar la presencia de un tipo legal subjetivo en los delitos imprudentes. De modo que se considera dado el injusto en estos delitos en razón a tres factores: la posibilidad de prevenir el riesgo de la realización del hecho típico, el obrar sin el cuidado exigido de modo objetivo y, en caso necesario, la realización del resultado típico por la violación del deber de cuidado. El reproche de culpabilidad tendría como objeto la actitud censurable ante el derecho. Si el suceso es imprevisible, se trata de un caso fortuito[49], el mismo que está fuera del derecho penal.

1880 Si se tiene en cuenta la delimitación hecha entre culpa con representación (consciente) y culpa sin representación (inconsciente), hay que preguntarse si ello no implica matizar la afirmación de que no es posible concebir el tipo subjetivo en los delitos culposos. Tratándose de la culpa sin representación, resulta imposible hacerlo porque el agente no se ha representado los presupuestos del tipo objetivo. Respecto a los ejemplos dados, es lo que sucede cuando el chofer ni siquiera percibe la luz roja del semáforo y el ama de casa olvida apagar la cocina. Por el contrario, tratándose de la culpa con representación, el agente debe ser consciente de todas las circunstancias que

---

[49] RN del 18 de setiembre de 1998. Exp. Nº 3019-98-Puno, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 111 s.; STC Nº 3837-96-La Libertad, del 29 de setiembre de 1997, en ROJAS VARGAS, 1999c, p. 113; ES del 3 de junio de 1998, Exp. Nº 6239-97-Ancash, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 132.

hacen de su acción un comportamiento peligroso no permitido. De esta manera, él se representa la posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido; es decir, es consciente de las circunstancias previstas en el tipo legal objetivo. En esto reside, en efecto, su semejanza con el dolo eventual. En este último, la decisión con que actúa el agente respecto al resultado permite decir que lo acepta, lo asume, lo hace suyo; mientras que el agente culposo confía en que no se produzca. De modo que la admisión, al menos parcial, del criterio del tipo subjetivo en los delitos culposos depende de cómo se defina dicho tipo. Sin embargo, no existen razones materiales suficientes para limitarlo sólo a los delitos dolosos. Según una opinión extrema, ambas formas de culpa implican un tipo legal subjetivo en el sentido de que siempre existe una relación subjetiva entre el autor y el riesgo para el bien jurídico. Así, se alude a que el autor debe siempre conocer la acción que ejecuta y los peligros que ésta implica[50].

b. Individualización de la determinación de la culpa

Según la opinión dominante en doctrina, el análisis para determinar si el tipo legal culposo debe hacerse de acuerdo a criterios objetivos. Con esta finalidad, sólo se tendrá en cuenta la capacidad de una persona promedio; modelo que es elaborado considerando los criterios objetivos empleados para determinar el peligro permitido. Este prototipo de persona cuidadosa, prudente, debe ser caracterizada en relación con el grupo social o profesional al que pertenece el agente[51]. La capacidad, formación y habilidad individuales para respetar dichas exigencias generales servirán, por el contrario, para constatar su culpabilidad. Este criterio sería, en particular, más conforme al principio de igualdad de las personas. 1881

Los juristas, aún minoritarios[52], que rechazan este criterio, afirman que éste supone un desconocimiento de la realidad. En su opinión, es injusto, en caso de una persona calificada o con conocimientos especiales, exigirle que se comporte sólo de acuerdo con el modelo medio, es decir, que no haga uso de su capacidad personal particular. 1882

---

50 BUSTOS/HORMÁZABAL, II, p. 172 ss.; HAVA, 2002, p. 205 ss.

51 JESCHECK/WEIGEND, § 54 Nº 3; cf. ROXIN, 1997 § 24 Nº 46 ss.

52 STRATENWERTH, 2000b, Nº 1096 ss.; JAKOBS, 1991, 9/1; MAZUELOS, 2003, p. 174 ss.

Consideran paradójico exigir a quien, debido a su estado personal, no posee las capacidades atribuidas al modelo promedio que se comporte de acuerdo al criterio objetivo general. Por estas razones, por un lado, estiman que un conductor profesional y experimentado debe esforzarse más que un conductor debutante, de modo que si no lo hace puede ser responsabilizado a título de culpa, a pesar de que no lo sería una persona que no posea esas capacidades. Por otro, sostienen que quien no tenga la capacidad promedio y produzca un resultado típico no puede imputársele el tipo culposo, aunque sí procede hacerlo respecto a una persona de capacidad media[53].

1883 Si se tienen en cuenta las consecuencias materiales de los criterios en conflicto, se percibe que llegan al mismo resultado respecto a la determinación de la culpa en caso de personas de capacidad inferior al promedio. Según ambas, éstas no serán reprimidas porque su responsabilidad no puede sobrepasar su capacidad personal. Se les considera no culpables (aplicación del doble baremo) o que no han realizado el tipo debido a su incapacidad. Así mismo, de acuerdo con ambos criterios, la culpa por asunción fundamenta también la punibilidad del agente que, siendo capaz de darse cuenta de su propia incapacidad para realizar el comportamiento peligroso, emprende sin embargo la realización de la acción. Aun la diferencia material que existe entre ellos respecto al caso de quien tiene capacidades o conocimientos especiales se atenúa, en la medida en que los partidarios del criterio objetivo especifican cada vez más el prototipo medio teniendo en cuenta las características del autor del acto.

1884 Desde esta perspectiva, se propone una vía intermedia, según la cual las "capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la ilicitud, mientras que las capacidades superiores a la media deben ser utilizadas"[54]. Así, se puede generalizar el criterio respecto a los autores que tienen una capacidad inferior a la media; mientras que para quienes posean una capacidad mayor o conocimientos especiales, hay que prever criterios particulares. Como lo hemos visto, la comprobación de la conformidad del acto con el tipo objetivo depende sólo de criterios objetivos, ajenos a la persona del autor: cons-

---

[53] En el Perú mantiene esta postura, aunque sin argumentarla, VILLAVICENCIO, 2001, p. 70.

[54] ROXIN, 1997, § 24 Nº 49 ss.; cf. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 12 Nº 45.

tatar la creación o aumento del peligro, así como que el resultado sea comprendido en la finalidad de la norma implícita al tipo legal. Por lo tanto, conciernen a la culpabilidad la capacidad del agente para evitar la violación de una norma y las circunstancias personales que impiden al autor actuar de manera diferente. Sería contrario a la idea de justicia así como a una política criminal eficaz estimar que el agente, poseedor de una capacidad especial (médico calificado, piloto de coches de carrera, etc.), no deba utilizar las calificaciones que posea para prever el perjuicio y respetar el deber de prudencia. Es decir, éste no sólo debe referirse a las exigencias establecidas para una persona media para justificar el acto imprudente que ha cometido. Así, el criterio de la individualización muestra sus ventajas para realizar esta apreciación.

c. Culpa con representación y culpa sin representación

En la medida en que la expresión culpa inconsciente[55] pueda dar a comprender que existe una "culpabilidad inconsciente", es preferible hablar de culpa con o sin representación. La importancia de este mínimo problema de terminología no debe ser exagerada. Lo decisivo es que se comprenda que la consciencia o la representación conciernen a la realización del tipo legal[56]. 1885

En la culpa sin representación, el agente, en el momento de realizar la acción peligrosa no permitida, no se da cuenta que así puede realizar un tipo legal[57] (matar o lesionar una persona, art. 111 y 124, respectivamente). El autor denota una falta de atención para no crear o no aumentar el peligro. A pesar de conocer las circunstancias en que realiza su acción no percibe que es posible perjudicar bienes jurídicos de terceros. Por ejemplo, el chofer distraído que sobrepasa el límite de velocidad y no percibe la luz roja del semáforo, atropellando a un peatón que cruzaba la calzada; o el ama de casa que olvida apagar la cocina y produce un incendio en el que resulta lesionado su marido. 1886

---

55 Ejecutoria suprema, del 3 de octubre de 1997. Exp. Nº 3365-96-Piura, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 101.

56 Ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 6 de agosto de 1998, Exp. Nº 8653-97, en ROJAS VARGAS, 1999c, p. 638.

57 Cf., VILLAVICENCIO 2001, p. 71; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 12 Nº 63.

1887 Por el contrario, la culpa con representación[58] supone que el agente, a pesar de que se da cuenta de que mediante su acción peligrosa puede dañar a un tercero, subestima esta posibilidad y piensa poder evitar su realización[59]. No basta que él hubiera debido ser consciente de esta eventualidad, es indispensable que se la represente realmente. Al no tener en cuenta el peligro que crea o aumenta, el agente muestra una voluntad deficiente que le impide abstenerse o no le permite tomar las precauciones necesarias para excluir las consecuencias negativas de su obrar.

1888 En el art. 82 del CP de 1924 se hacía referencia a estas dos formas de culpa al estatuirse que "comete delito por negligencia [culpa], el que [...] obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto...". Esta disposición no ha sido conservada en el Código vigente.

1889 La diferencia entre estas formas de culpa no supone consecuencias esenciales respecto a la estructura del delito culposo. En sí mismas, dichas formas de culpa no implican distinciones de grado en cuanto a la ilicitud o a la culpabilidad. Es en la situación concreta en la que se determina la gravedad tanto de la falta de atención como de la confianza en la producción del tipo legal. Puede suceder que el exceso de confianza sea más grave que una leve falta de atención o, viceversa, que la primera sea de poca importancia y la segunda sea bastante grave. Resulta así incorrecto afirmar, *a priori*, que uno de los dos tipos de culpa sea más grave que el otro. Esto explica que el legislador no haya establecido, basándose en esta distinción, consecuencias jurídicas diferentes[60].

1890 Como ya lo hemos visto antes[61], la distinción entre dolo eventual y culpa con representación tiene consecuencias prácticas importantes. Así, mientras que la muerte causada por imprudencia será siempre reprimida sin importar si el agente actuó con culpa con o sin representación, la represión será diferente si se considera que en lugar de culpa con representación, el autor procedió con dolo eventual.

1891 Las dificultades que plantean todas estas distinciones no pueden, sin embargo, ser resueltas negando la importancia penal de la culpa in-

---

58 Sentencia Nº 035-98 de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Arequipa, del 10 de febrero de 1998, en ARMAZA/ZAVALA, p. 27.

59 Así también PEÑA CABRERA, 1995, p. 467.

60 ROXIN, 1997, § 24 Nº 61; JESCHECK/WEIGEND, § 54 II Nº 1.

61 Cf. *supra* Nº 1216 ss.

consciente, o asimilando la culpa consciente al dolo eventual o viceversa[62]. Respecto a la negación de la culpa sin representación, hay que recordar que para la culpabilidad penal basta, en el caso de una persona conocedora de las circunstancias en que radica el peligro de su acción, que no haya deducido la posibilidad de lesionar un bien jurídico ajeno. En cuanto a la asimilación propuesta, hay que tener en cuenta que entre el dolo eventual y la culpa con representación hay una distinción material consistente en que el primero se fundamenta en la decisión del agente favorable al daño que se ha representado como eventual.

3. Ilicitud

En principio, todas las causas de justificación entran en consideración en el análisis de los delitos culposos[63]. Sin embargo, se plantean algunos problemas específicos. Cuando la acción peligrosa tiene lugar en el contexto de una situación de necesidad (en sentido amplio), hay que considerar más bien la falta de tipicidad, en razón de que, tratándose de una situación excepcional, el comportamiento resulta conforme al riesgo permitido, en la medida en que éste es definido con mayor amplitud. Entonces, el comportamiento deviene adecuado socialmente. Además, resulta difícil imaginar la aplicación de ciertas causas de justificación como el ejercicio de un cargo (por ejemplo, en caso de detención ordenada por el juez instructor) o el obrar por disposición de la ley. En este último caso, si se actúa conforme a las reglas (por ejemplo, de la circulación), el comportamiento no será típico[64] y, por tanto, es inútil preguntarse sobre su carácter ilícito. Por todo esto es necesario analizar cada caso en particular. 1892

La consideración de la legítima defensa como causa de justificación exige, en el ámbito de los delitos dolosos, que quien ejerza la defensa actúe consciente y voluntariamente contra el autor de la agresión ilícita. En el marco de los delitos culposos, por definición, tal situación no puede presentarse, puesto que el agente actúa sin voluntad 1893

---

62 MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 42 II A 2; JAKOBS, 1974, nota 4; MAZUELOS, 2003, p. 163 ss.; cf. HAVA, 2002, p. 243 ss.

63 BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 12 Nº 54.

64 LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem. §§ 32 ss. Nº 92 ss.

de causar el resultado y, en el caso de la culpa sin representación, sin consciencia del mismo. Sin embargo, es posible imaginar supuestos en los que un actuar culposo sea justificado por la legítima defensa. Por ejemplo, la persona que es atacada por un ladrón, puede, con la intención de impedir de ser despojada de su maletín, utilizar una arma de fuego como arma contundente, es decir, sin intención de disparar. En este caso, el acto doloso cometido para defenderse (lesiones en agravio del agresor) está justificado en la medida en que reúne los requisitos de la legítima defensa, en particular, la racionalidad del medio de defensa empleado (arma contundente). Pues bien, si en estas circunstancias, debido a un descuido de quien se defiende, se dispara el arma y el agresor resulta lesionado, cabe afirmar que esta acción culposa será también justificada. La misma conclusión hay que admitir, por ejemplo, cuando, siendo posible la legítima defensa, se lesiona a una persona a consecuencia de un disparo de advertencia, tirado de manera imprudente al aire por quien se defiende. Si bien respecto a estos aspectos existe un amplio acuerdo, se discute mucho, por el contrario, sobre si es necesario que concurra el aspecto subjetivo de la legítima defensa. En las dos hipótesis planteadas, el agente debe saber, al menos, que actúa en circunstancias en las que puede ejercer su derecho de defensa.

1894 También los delitos culposos cometidos cuando se intenta salvar bienes jurídicos que están en peligro de sufrir un daño inminente (estado de necesidad) pueden ser justificados. Así, son justificadas las lesiones leves causadas a un peatón por un chofer que, con la finalidad de trasladar al hospital a una persona en peligro de muerte, conduce a gran velocidad su vehículo y produce el accidente. Como en el caso de la legítima defensa, el agente debe conocer la situación de necesidad en la que ejecuta su acción peligrosa.

4. Culpabilidad

1895 En razón de que la culpa no es más considerada como una forma de culpabilidad, sino como una forma de delito junto a la dolosa, por un lado, las explicaciones dadas referentes a los delitos dolosos son también válidas respecto a las imprudentes[65] y, por otro, la constata-

[65] JESCHECK/WEIGEND, § 54 I Nº 4b.

ción de la culpabilidad debe hacerse también de la misma manera[66]. Primero, se debe comprobar la capacidad penal del agente; luego, si éste ha actuado o no bajo la influencia de un error de prohibición; y, por último, si no lo ha hecho en condiciones que no permitan exigirle un comportamiento diferente al que ha cometido.

El agente, en el momento de actuar, debe ser capaz de comprender 1896
el carácter ilícito de su acción y de determinarse de acuerdo con esta apreciación. Así mismo, debe de tenerse en cuenta si su capacidad de culpabilidad no estuvo restringida. Sin embargo, no hay que olvidar que quien ya no es capaz, por ejemplo de conducir conforme a las reglas de la circulación, debe abstenerse de hacerlo si se da cuenta que puede lesionar bienes jurídicos de terceros. Si no lo hace, como ya lo hemos indicado, puede imputársele una culpa que, en este caso, consistiría en el hecho de haber emprendido la acción en esas condiciones (culpa por asunción).

Igual que en los delitos dolosos, en los culposos el agente debe haber 1897
tenido la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento. En el caso de la culpa inconsciente, sin embargo, resulta complicado admitir la posibilidad de que el autor conozca el carácter ilícito de su conducta, porque éste no se representa la posibilidad de producir el tipo legal. Por el contrario, en la culpa consciente, el autor puede deducir de la representación que tiene de causar un perjuicio a terceros, el carácter ilícito de su comportamiento. Si el agente actúa, a pesar de conocer esta circunstancia y estimando por equivocación tener el derecho de hacerlo por estar amparado por una causa de justificación, habrá incurrido en error de prohibición. En este ámbito, es necesario considerar que un error sobre el carácter prohibido del peligro creado o aumentado es posible, con cierta frecuencia, debido al desconocimiento de las normas de las que se deduce tal prohibición.

Entre las circunstancias de exculpación, los casos más frecuentes pue- 1898
den ser los referentes a la no exigibilidad de otra conducta que deben ser analizados teniendo en cuenta los intereses en conflicto. En estos casos, el interés que condiciona el comportamiento del autor culposo debe ser más importante que el que va dañar. Las semejanzas con los delitos de omisión (en la medida en que la culpa implica la

---

66 ROXIN, 1997, § 24 Nº 102.

omisión de medidas de precaución) permiten explicar que los criterios para admitir la no exigibilidad de otra conducta sean menos estrictos que los aplicados con relación a los delitos de comisión dolosos. La menor intensidad del carácter ilícito de los primeros es un factor decisivo para que se exculpe al responsable. Como ejemplo de no exigibilidad puede mencionarse el caso del chofer de un ómnibus de una empresa de transporte de pasajeros que acepta, a pesar de conocer el mal estado en que se encuentra el vehículo, la orden de su empleador de emprender el viaje. Hecho que realiza, por un lado, pensando en la posibilidad de un accidente y confiando en poder evitarlo; y, por otro, por el temor a perder su trabajo por no obedecer al empleador. En un país como el nuestro, donde la desocupación reina y los trabajadores no están bien protegidos legalmente, es más probable que no se pueda exigir al conductor un comportamiento diferente al que realizó.

1899 Además, hay que tener presente que es bastante factible que por culpa se incurra en excesos en las acciones cometidas en legítima defensa y estado de necesidad. Estas circunstancias deben admitirse como causas de no culpabilidad debido tanto a la índole menos grave de la culpa como a la tensión y angustia con que se actúa en esas condiciones.

1900 Por último, hay que considerar que en muchos casos, en razón a la insignificancia del daño o a la ligereza de la culpa, aparece como conveniente, por falta de necesidad de castigar, excluir la responsabilidad del agente culpable.

5. Tipos legales ampliados

1901 En la medida en que la tentativa[67] es concebida como el hecho de tratar, con intención, de realizar un delito y no consumarlo (art. 16), resulta imposible admitirla de *lege ferenda* en los casos de delitos culposos. La represión de la acción culposa supone, siempre, la realización completa del tipo legal, sin importar que se trate de un delito de lesión o de peligro. De la realización del resultado y de su importancia depende también la severidad de la pena prevista en la disposición legal.

---

[67] Cf. *infra* Nº 2044 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 12 Nº 72; JESCHECK/WEIGEND, § 54 IV.

Si se tienen en cuenta los criterios elaborados sobre la participación delictuosa en los delitos dolosos[68], ésta no es imaginable respecto a los delitos culposos, puesto que las diferentes formas de participación suponen que tanto el autor como los partícipes actúen con dolo. Así, si en el caso de la coautoría es indispensable que los coautores actúen de común acuerdo, espontáneo o premeditado, para ejecutar el delito, es imposible concebir, por ejemplo, que dos o más personas se pongan de acuerdo para causar, mediante imprudencia, la muerte de una persona (homicidio culposo). Tampoco se puede imaginar que el autor mediato busque hacer ejecutar de manera negligente un delito mediante un tercero ("instrumento"). 1902

En cuanto a la instigación y la complicidad, la imposibilidad de admitirlas en lo referente a la culpa la establece la misma ley. Los art. 24 y 25[69] prevén de manera expresa que el instigador y el cómplice actúen con dolo. El instigador sólo puede hacer nacer la idea criminal en el instigado mediante actos dirigidos a alcanzar este objetivo, así lo establece expresamente el art. 24 ("El que, dolosamente, determina a otro ..."). Lo mismo sucede respecto tanto al cómplice primario como al secundario, conforme al art. 25. Ambos deben, con dolo, colaborar con el autor principal (art. 25). En la práctica, se puede imaginar que alguien, por imprudencia, haga nacer en un tercero la idea de cometer una infracción; por ejemplo, alabando ante una persona bastante influenciable el hecho de conducir a gran velocidad bajo el dominio del alcohol. Comportamiento que es cometido por esta persona, ocasión en la cual atropella un peatón. También se puede pensar que alguien, de manera negligente, realice un acto (dejar un explosivo al alcance de niños) que constituya una contribución material a la producción de un resultado perjudicial (lesiones causadas a terceros por los niños que manipulan el explosivo en cuestión). En estos casos, en que no se ha proyectado la ejecución del delito, no es factible admitir que se ha inducido al autor material o colaborado con él. La responsabilidad de quien glorifica un comportamiento peligroso o produce una de las condiciones de la realización del resultado perjudicial será determinada individualmente a título de culpa y de acuerdo con el grado de su culpabilidad. 1903

---

[68] Cf. *infra* Nº 2174 ss.; Cf. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 12 Nº 73

[69] MAZUELOS, 2003, p. 179 ss.

1904 Por el contrario, debido a que en el art. 23, en oposición a la manera como la coautoría es definida por la doctrina, se prescribe, simplemente, que serán reprimidos con la pena establecida para el delito ejecutado "los que lo cometan conjuntamente". En este contexto, se plantea la cuestión de determinar si el comportamiento culposo cometido y que objetivamente podría presentarse como un acto de participación, puede o no servir de fundamento para responsabilizar a las personas concernidas por un delito culposo determinado[70]. Por ejemplo, los conductores de vehículos que, en razón a su estado de ebriedad y al exceso de velocidad, provocan un accidente cuyo desenlace es la muerte de un peatón. Materialmente, se puede decir que todos ellos han contribuido a la producción de este resultado. Sin embargo, la simple causalidad no basta para, de acuerdo con las disposiciones legales, considerarlos jurídicamente como coautores de homicidio culposo[71]. Debido a la similitud de esta situación con la de la denominada participación dolosa paralela o por concomitancia, se recurre a esta noción para tratar la concurrencia de varios actos imprudentes en la producción de un tipo legal culposos. Si en el caso de los delitos dolosos, significa que dos o más personas, por iniciativa propia y sin acuerdo previo, ejecutan conjuntamente actos que provocan el resultado perjudicial (muerte de la víctima), en los delitos culposos, éste es causado por el conjunto de comportamientos imprudentes cometidos. En consecuencia, cada uno es considerado responsable como autor de tal delito de acuerdo con su grado de responsabilidad personal (criterio extensivo de autor)[72].

1905 En los casos en que los comportamientos de los diversos actores no están relacionados entre sí, la solución deducida del criterio unitario de autoría (en los delitos dolosos, autoría accesoria, *Nebentäterschaft*), aparece coherente. En el caso contrario, que es lo más frecuente, dicho criterio conduce a soluciones insatisfactorias. Así, surge la necesi-

---

70 SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 514.; OTTO, 1998, § 21 Nº 118; RENZIKOWSKI, p. 282 ss; cf. KÜHL, 2000, § 20, Nº 10, 116a ss.; ROXIN, 2000, p. 531; DONATSCH, 1989, p. 111; JAKOBS, 1991, 21/111 s.; JESCHECK/WEIGEND, § 61 VI; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 12 Nº 74.

71 Ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 7 de enero de 1998, Exp. Nº 6095-97, en GJEJ, Lima, enero 2000, p. 225.

72 PÉREZ MANZANO, p. 21; PEÑARANDA RAMOS, p. 272 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, p. 110 ss.

dad de plantearse la cuestión de cómo tratar la mencionada conjunción de comportamientos cuando se presente en un contexto en que los agentes previeron o pudieron prever la producción del resultado.

Respecto a estos últimos casos, resulta insuficiente aplicar el criterio 1906
de la participación concomitante, según el cual los sujetos concurrentes deben ser considerados como autores individuales (participación paralela o por concomitancia) que deben responder conforme a su culpa personal. El cuestionamiento de esta solución se basa en que no permite resolver con claridad, por ejemplo, el caso de los paseantes que, sin tomar las precauciones necesarias, prenden una fogata en el bosque para cocinar y causan un incendio (art. 278, incendio culposo). Esta insuficiencia resulta más significativa en el caso, señalado por Roxin, de la producción de un delito contra la salud mediante la decisión conjunta adoptada por el consejo de una empresa para poner en circulación un producto dañino para la salud y que consuma un delito por negligencia. Si en este caso, aun una determinación contraria, conforme al desarrollo de los hechos, no hubiera cambiado la situación, difícilmente podría establecerse la causalidad de la decisión respecto al hecho. Cada uno de los miembros del consejo podría alegar que si se suprime de manera hipotética su voto, el resultado hubiera sido el mismo. Por el contrario, si se admite la coautoría no habría dificultad para admitir la causalidad entre el comportamiento cometido conjuntamente y el daño o peligro producido para algún bien jurídico, puesto que no es necesario comprobar la causalidad respecto a cada comportamiento individual.

En este contexto, resulta posible rechazar el argumento de que esta 1907
participación no pueda ser calificada de coautoría porque ni hay una resolución previa común ni una división de tareas entre los participantes. La razón es que no se trata, justamente, de aplicar a los delitos imprudentes los criterios de participación elaborados para los dolosos. El factor esencial consiste en que los participantes, de manera consciente, concurren con sus actos a la creación de un peligro prohibido o a su intensificación y del que se sigue un resultado típico previsible.

Un caso interesante ha sido analizado por el Tribunal Federal sui- 1908
zo[73]. Los hechos juzgados consistieron en que dos personas de co-

[73] ATF 113 IV 58/JdT 1987 IV 138; cf. ATF 126 IV 88; RIEDO/CHVOJKA, p. 165; STRATENWERTH, 1996, § 16 Nº 47; JENNY, en NIGGLI/WIPRÄCHTIGER, p. 210; ARZT, 1988, p. 72.

mún acuerdo, sin darse cuenta y sin tener presentes las consecuencias de sus actos, precipitaron sucesivamente al fondo de un acantilado dos piedras, una de las cuales, al menos, causó la muerte de un individuo, sin que se hubiera podido, sin embargo, determinar cuál de éstas lesionó de muerte a la víctima. Según los jueces federales, habiendo cada una precipitado una piedra al fondo del barranco, poco importa saber cuál de las dos ha lesionado de muerte al perjudicado. Lo que es decisivo es la relación de causalidad entre el comportamiento en cuestión y el accidente. En su opinión, tal vínculo existe, en todo caso, cuando, como en las circunstancias presentes, la imprudencia es común y se concreta mediante actos cometidos casi simultánea y prácticamente en el mismo lugar, de tal manera que las consecuencias sólo han dependido del azar. Basan su afirmación en el criterio de la causalidad adecuada, para esto basta, siempre según los jueces suizos, la constatación de "que la muerte de la víctima ha sido producida, de todos modos, por una de las dos piedras". Estiman así mismo que la situación sería diferente sólo si los acusados hubieran actuado de manera separada. Comprobados así los hechos y afirmada la relación de causalidad entre el comportamiento colectivo de los dos agentes, los jueces federales concluyen sosteniendo que "resulta superfluo examinar si, como lo ha admitido el Tribunal Superior, la condena se justificaría según la teoría del riesgo agravado (*Risikoerhöhungstheorie*). En efecto, es incontestable que arrojando la segunda piedra, [...], cualquiera que sea la teoría aplicada, [se] ha creado un riesgo suplementario para terceros".

1909 Si bien esta sentencia ha sido criticada, los jueces con mucho sentido práctico en el manejo de las teorías (simples propuestas de interpretación), dejan de manera clara abierta la posibilidad de que se admita un cierto tipo de autoría propia a los delitos imprudentes. Este criterio gana, cada vez más, terreno entre los penalistas y supone un actuar conjunto de una pluralidad de personas, que crean conscientemente una situación de peligro o aumentan un riesgo ya existente, violando un deber de prudencia y realizando así un comportamiento previsto en un tipo legal, el cual era previsible y evitable. De este modo, se trata de superar la noción de participación paralela o por concomitancia en favor de una noción de coautores adecuada a los delitos culposos.

§ 17 Delitos de omisión dolosos

I. Introducción. II. Comisión y omisión. III. Delitos de omisión propia. 1. Tipo legal objetivo. 2. Autor. 3. Deber de actuar. 4. Omisión de la acción esperada. 5. Posibilidad de ejecutar el comportamiento exigido. IV. Delitos de omisión impropia. 1. Introducción. 2. Tipo legal objetivo. 3. Causalidad e imputación objetiva. 4. Deber de garante. a. Ley. b. Contrato. c. Comportamiento peligroso previo. d. Situaciones complementarias. e. Equivalencia de la omisión a la realización del tipo mediante comisión. V. Tipo legal subjetivo. VI. Tipos legales ampliados. VII. Ilicitud. VIII. Culpabilidad. IX. Pena.

I. Introducción

La represión expresa de comportamientos de omisión[1] está prevista, de manera excepcional, en la ley penal. En estos casos, la disposición se fundamenta en la violación de una norma que ordena la ejecución de una acción determinada[2]. Por ejemplo, el delito de omisión de prestar auxilio implica el incumplimiento del mandato de socorrer a la persona en peligro (art. 127). El autor es, en consecuencia, penado por no haber realizado lo que el ordenamiento jurídico esperaba que ejecutara (criterio de la acción esperada)[3]. En la mayor parte de los casos, por el contrario, la disposición represora está redactada en función de una norma prohibitiva (por ejemplo, no hurtar, art. 185), cuya violación tiene lugar, muy a menudo sobre todo, mediante un comportamiento de comisión. En estas eventualidades, la ejecución, mediante omisión, de los delitos previstos en este tipo de disposiciones depende de la manera como haya sido concebido el tipo legal. Esta posibilidad ha sido regulada, a diferencia del CP de 1924, en el art. 13. Según esta disposición, es reprimido quien se abstiene, violando un deber especial, de cometer una acción (omisión) y realiza un tipo legal que supone la violación de una norma prohibitiva (no matar, implícita al art. 106). 1910

La noción de omisión propia[4] se desprende de la manera como el legislador ha elaborado los tipos legales para reprimir el hecho de no 1911

---

1 ES del 25 de agosto de 1999, Exp. Nº 2528-99, en ROJAS/INFANTES, p. 78.

2 ROXIN, 2003, § 31 Nº 27; JESCHEK/WEIGEND, § 58 II 1; STRATENWERTH, 2000b, Nº 1022; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 45 Nº 35; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 13 Nº 42; PEÑA CABRERA, 1995, p. 469; VILLA STEIN, p. 275.

3 ROXIN, 2003, § 31 Nº 6 s.

4 BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 15 Nº 7 s.; SILVA SÁNCHEZ, 1986, p. 21 ss.; IDEM, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, T. I, p. 441 ss.

ejecutar un acto que exige que sea realizado. Dichos tipos legales contienen una norma que ordena la ejecución de un acto determinado, por lo que constituye un delito de mera actividad[5]. En el art. 101 del CP de 1924, de acuerdo con los criterios de la época, se estatuía que el autor de un delito de omisión era aquel que no hacía lo que ordenaba la ley. El art. 127 del Código actual, por ejemplo, supone el mandato de que debe prestarse auxilio a una persona que se encuentra en peligro. La noción de omisión impropia, por su lado, ha sido desarrollada, primero, por la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo alemanas. Después de amplios debates, que continúan hasta ahora, se ha impuesto, en muchas legislaciones[6], el criterio de regular las condiciones indispensables para reprimir a un individuo, conforme a una disposición legal que prevea un delito de comisión, por haber sido ejecutado éste mediante una omisión. Los partidarios de esta solución sostienen, con bastante frecuencia, que, en tanto los tipos legales en cuestión sólo prevean comportamientos activos (comisión), esta regulación será necesaria para respetar mejor el principio de legalidad[7].

II. Comisión y omisión

1912 Determinar si se trata de una acción de comisión o de omisión es una cuestión que no presenta dificultades cuando se pueda tener en cuenta el aspecto exterior del comportamiento[8]. La acción de comisión se percibe con mayor nitidez en los casos en que el agente dispara sobre la víctima, la apuñala o sustrae un bien mueble, pues el comportamiento ejecutado presenta una dimensión dinámica y constituye la causa de la realización del delito previsto en el tipo legal[9]. La omisión, por el contrario, consiste en dejar que los hechos sigan su curso, sin intervenir a pesar de poder hacerlo; por ejemplo, no socorrer a una persona que está en peligro de ahogarse (art. 127). Esta aparente facilidad se debe a que, de manera parcial, se tiene sobre todo

---

5 PEÑA CABRERA, 1995, p. 472.

6 Por ejemplo, § 13 del CP alemán, § 2 del CP austríaco, § 40 del CP italiano, art. 10 del CP portugués, art. 11 del CP español.

7 BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 8 Nº 36, § 15 Nº 39 ss.

8 ROXIN, 2003, § 31 Nº 69 ss.; STRATENWERTH, 2000b, § 13 Nº 2; WESSELS/BEULKE, Nº 699; JESCHECK/WEIGEND, § 58 II 2; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 15 Nº 26 s.

9 ROXIN, 2003, § 31 Nº 73 s.

en cuenta el aspecto material de las acciones, cuando la distinción se realiza a nivel normativo[10].

Distinguir entre comisión y omisión es una tarea ardua cuando la 1913
acción reviste una forma ambigua y resulta difícil precisar el criterio decisivo para calificarla como una de ellas. Esta dificultad es, en particular, frecuente en el ámbito de los delitos culposos, puesto que la culpa presupone, con frecuencia, una omisión, consistente en no tomar las precauciones necesarias y de manera correcta para evitar que el daño se produzca (violación del deber objetivo de cuidado). Así, por ejemplo, a un ciclista que, de noche, conduce su bicicleta sin el faro reglamentario, se le reprochará el hecho de conducir un vehículo en malas condiciones o de haber omitido instalar el faro en el mismo vehículo. De igual manera, cabe preguntar si el fabricante que entrega a sus obreros materia prima contaminada debe ser reprimido por no haber entregado dicho material de trabajo o por no haberlo desinfectado.

Aunque con menos frecuencia, el mismo tipo de dificultades existen 1914
en los delitos dolosos. Los ejemplos más conocidos son los relativos al hecho de salvar a una persona en peligro. Por ejemplo, quien al escuchar las llamadas de auxilio de un individuo que está por ahogarse y le lanza un salvavidas, pero luego lo retira al reconocer en la persona en peligro a uno de sus enemigos. Así mismo, el caso de quien impide al socorrista salvar a la persona que está por ahogarse o cuando el socorrista se coloca, dolosa o culposamente, él mismo, en incapacidad de prestar auxilio a alguien en peligro ("*omissio libera in causa*"). Un caso en particular importante es el relacionado con la eutanasia[11]. Por ejemplo, un médico puede provocar la muerte de un paciente agonizante inyectándole un fármaco determinado, pero así mismo abstenerse, desde el inicio, de someterlo a un tratamiento dirigido a mantenerlo con vida o desconectar los aparatos de respiración artificial. En esta última hipótesis, la duda subsiste en cuanto a la manera de calificar el comportamiento del médico, en la medida en que puede considerarse que obró por comisión (interrumpir el funcionamiento de los aparatos) o por omisión (abstenerse de iniciar tratamiento o de continuar el comenzado). En doctrina, se afir-

---

[10] SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 16.

[11] MIR PUIG, 1998, p. 299.; HURTADO POZO, 1997a, Nº 41 ss., y la bibliografía citada.

ma con frecuencia que se trata de una omisión, en la medida en que el médico tenga un deber de garante en relación con la víctima. Se trataría de un caso de eutanasia pasiva impune.

1915 Los criterios propuestos para superar esta dificultad, consistente en diferenciar entre comportamientos de comisión y de omisión, son diversos. Sin embargo, ahora, hay consenso sobre que se trata más bien de una cuestión normativa y no empírica[12]. Así, debe tenerse en cuenta el sentido social del comportamiento para determinar el aspecto significativo que atribuye a esta conducta relevancia para el derecho penal. Si bien es cierto que con esto no se ha progresado en la solución del problema, puesto que es indispensable aún determinar qué criterio normativo se debe aplicar, también es verdad que se tiene la ventaja de considerar insuficientes tanto al criterio de causalidad (*Kausalitätskriterium*)[13] como a la teoría del factor decisivo o energía positiva (*Schwerpunktheorie*)[14]. De acuerdo con el primero, el agente comete una acción de comisión cuando se esfuerza directamente en obtener, mediante un hacer positivo, un resultado determinado. Según la teoría del factor decisivo, hay que considerar el carácter concluyente de la energía desarrollada (comisión) o retenida (omisión) por el sujeto activo en el momento de ejecutar el delito. Algunos autores, luego de destacar las deficiencias de estos criterios y las dificultades para aplicarlos a los casos concretos, consideran más eficaz, en caso de duda, decantarse porque se trata de una acción de comisión.

1916 En la perspectiva de la imputación objetiva, una minoría de autores alemanes propone resolver el problema según las reglas del concurso (*Konkurrenzlehre*)[15], lo que implica tener en cuenta la manera como han sido concebidos los tipos legales. Al respecto, se afirma que si se admite que la creación de un peligro constituye la condición de la imputación objetiva, toda comisión implica una omisión, en la medida en que se da una injerencia o intromisión en el disfrute de sus derechos por parte de un tercero. En esta línea, quien apuñale

---

12 Wessels/Beulke, Nº 700; Mir Puig, 1998, p. 296 s.; Silva Sánchez, 2004, p. 16, 214.

13 Bacigalupo, 1970, p. 70 ss.; Jescheck/Weigend, § 58 II 2; Maurach/Gössel/Zipf, § 45 Nº 30 ss.; Rudolphi, en SK, vorbem § 13 Nº 7.

14 Cf. Roxin, 2003, § 31 Nº 76.

15 Jakobs, 1991, 28/1 ss.

a una persona (comisión) se encuentra también obligado a prestarle asistencia (omisión en caso que no lo haga). Así mismo, los comportamientos de omisión pueden ser acompañados por actos de comisión.

De todo esto se deduce que la distinción entre comisión y omisión sólo se puede efectuar de manera relativa y únicamente según los tipos legales. Las dos posibilidades (comisión y omisión) son vías alternativas por las cuales el autor puede evitar la realización del tipo legal y, por lo tanto, del delito: la comisión es la ejecución de un comportamiento que no debe ser ejecutado, mientras que la omisión es la no ejecución de un comportamiento que debe ejecutarse. Por consiguiente, es indispensable, siempre, precisar las condiciones en las que se produce la acción. Si éstas conciernen o bien a la comisión o bien a la omisión, el delito será reprimido conforme a uno de estos títulos. En caso contrario, deben aplicarse las reglas del concurso de delitos para determinar cuál de los dos tiene la prioridad. En la medida en que el criterio de la subsidiaridad material sea aplicable, el delito doloso prima sobre el delito culposo, de la misma manera como la consumación prima sobre la tentativa, la instigación sobre la complicidad, etc. Por ejemplo, el chófer que, mediante culpa, lesiona de gravedad a un peatón y omite luego, con intención, prestarle asistencia, será reprimido por homicidio doloso (dolo eventual, al menos) por omisión impropia (deber de garante por injerencia) y no por homicidio culposo por comisión. 1917

En realidad, no hay criterio absoluto para resolver el problema en la aplicación práctica de la ley. En general, se admite el criterio de la subsidiaridad, en el sentido de que es necesario, primero, determinar si el comportamiento constituye una comisión y, si este no es el caso, plantearse la cuestión si se da o no una omisión. En otros términos, ésta es examinada en la medida en que una acción de comisión no pueda ser establecida[16]. Este criterio resulta admisible a condición de que sólo se consideren los comportamientos que crean o aumentan el peligro (implícito al resultado), pero no los que evitan su producción[17]. 1918

[16] MOREILLON, p. 62 s.; STRATENWERTH, 2000b, § 14 Nº 2.
[17] STRATENWERTH, 2000b, § 13 Nº 2.

III. Delitos de omisión propia

1. Tipo legal objetivo

1919 A partir de la descripción de los delitos de omisión hecha por el legislador en los tipos legales[18] deben deducirse cuáles son las circunstancias que constituyen los elementos explícitos e implícitos del comportamiento incriminado[19].

1920 Como ya lo hemos indicado, la realización de un tipo legal relativo a una omisión propia (*echte Unterlassungdelikte*) supone la desobediencia de un mandato del orden jurídico con independencia de los efectos que puedan generarse. Por ejemplo, prestar auxilio (art. 127) o proporcionar los alimentos o los subsidios impuestos por el derecho de familia (art. 149). De acuerdo con la descripción contenida en el tipo legal, hay que identificar al autor de la omisión y determinar en qué contexto debe desobedecer el mandato de la norma preceptiva implícita en dicho tipo.

2. Autor

1921 Toda persona puede ser autora de un delito de omisión, en la medida en que el legislador ordena la ejecución de ciertos comportamientos a todo individuo que se encuentre en la situación prevista en el tipo legal. De manera excepcional, igual que con respecto a los delitos de comisión, el círculo es limitado a ciertas personas (delitos de omisión propia especiales). Por ejemplo, sólo quien, legalmente o de hecho, tiene la responsabilidad de cuidar a un menor de edad o una persona incapaz de valerse por sí misma puede cometer el delito de exposición o abandono previsto en el art. 125.

3. Deber de actuar

1922 En el tipo legal, el legislador establece el contexto en que surge el deber de actuar[20]. El cumplimiento de este deber tiene el objetivo de

---

18 VILLAVICENCIO, 2001, p. 75.

19 Sentencia de la Corte Superior de Lambayeque. Exp. Nº 1394-98, en *SerJur* 3, p. 171, también en VILLAVICENCIO, 2001, p. 79.

20 ROXIN, 2003, § 31 Nº 177.

evitar que se produzca el perjuicio o la puesta en peligro del bien jurídico de terceros. Según el art. 126, por ejemplo, la víctima debe haber sido herida o incapacitada por el autor; según el art. 149, el agente debe tener la obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial[21].

Para que el delito sea consumado, en todos estos casos, basta que el agente se abstenga de ejecutar el comportamiento ordenado; por consiguiente, es superfluo preguntarse si la víctima ha sufrido un perjuicio. 1923

4. Omisión de la acción esperada

Como ya lo hemos afirmado, la norma preceptiva implícita al tipo legal que prevé un delito de omisión exige que se ejecute un comportamiento determinado. En otros términos, dicha norma impone la obligación de obrar[22]. El autor realiza, por lo tanto, el tipo legal cuando viola dicho mandato; por ejemplo, no cumple con el deber de auxiliar a la persona que está en grave e inminente peligro (art. 127)[23]. 1924

El vocablo "omisión" no significa pues que el autor debe permanecer del todo inactivo. Así, él puede continuar, simplemente, ejecutando el comportamiento que venía realizando o cualquier otro. Por ejemplo, se aleja del lugar donde se encuentra la persona en peligro o del lugar donde él mismo provocó el accidente[24]. En realidad, es suficiente que su comportamiento no sea aquel ordenado por el orden jurídico: prestar auxilio a la persona en peligro. Los actos que realice, por el contrario, deben ser conformes a la finalidad de la norma, la misma que tiende a evitar que se perjudiquen bienes de terceros. Si a pesar de todos sus esfuerzos, el agente no logra evitar, descartar o disminuir el peligro, no se le puede imputar que haya incurrido en una omisión dolosa. 1925

5. Posibilidad de ejecutar el comportamiento exigido

Ante todo, hay que recordar que nadie está obligado a hacer lo imposible. Saber si a una persona se le puede, con razón, exigir que 1926

---

21 Sentencia de la Corte Superior de Lima, del 16 de noviembre de 1998, Exp. Nº 1907-98 Lima, en GJ.

22 ROXIN, 2003, § 31 Nº 179 s.; PEÑA CABRERA, 1995, p. 471.

23 Cf. VILLA STEIN, p. 256.

24 MIR PUIG, 1998, p. 297.

intervenga ante un peligro depende de las circunstancias del caso concreto. Ella debe poseer las condiciones físicas y psíquicas que le permitan obrar conforme al derecho (*Tatmacht* o *Handlungsmöglichkeiten*)[25]. Así, por ejemplo, no se puede exigir a quien no sabe nadar y no cuenta con otros medios para intervenir (pedir ayuda a terceros o disponer de un salvavidas) que socorra a una persona que corre el peligro de ahogarse. Lo mismo hay que admitir respecto al chófer, responsable de un grave accidente, que sufre una crisis nerviosa tan intensa que lo incapacita para socorrer a las personas heridas.

1927 Los delitos de omisión propia son similares a los delitos de pura actividad, en la medida en que en ambos es innecesaria la producción de un resultado. Los delitos de omisión propia son delitos de desobediencia, cuya realización consiste en el simple hecho de no cumplir la acción que el ordenamiento jurídico espera que sea ejecutada. Sin embargo, a veces, el legislador ha restringido la represión de la omisión propia, previendo la creación de un peligro como elemento constitutivo del tipo legal (delito de omisión de peligro concreto). Sucede así, en el caso de la falta contra la seguridad pública consistente en omitir la vigilancia que corresponda sobre un insano mental, en donde sólo se reprimirá al autor cuando la "omisión constituye un peligro para el enfermo o los demás" (art. 451). Sin embargo, la defectuosa redacción de esta disposición puede hacer pensar que se trata sólo de una simple condición objetiva de la punibilidad.

IV. Delitos de omisión impropia

1. Introducción

1928 Según el art. 13, será sancionado quien omite impedir la realización del hecho punible, a condición que, por un lado, tenga "el deber jurídico de impedirla o si crea un peligro inminente que fuere propio para producirla" y, por otro, si "la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer". En la perspectiva normativa, se trata entonces del caso en que el agente viola una norma prohibitiva (no matar) mediante el incumplimiento de una norma pre-

---

[25] ROXIN, 2003, § 31 Nº 8 ss.; SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 141; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 15 Nº 15 ss.; PEÑA CABRERA, 1995, p. 474.

ceptiva que ordena ejecutar un acto (prestar auxilio)[26]. Así, por ejemplo, el hecho de matar a una persona (art. 106), el cual implica, en principio, la realización de una acción (envenenar, apuñalar, golpear, etc.), puede cometerse mediante una abstención consistente en no intervenir para evitar que se produzca el resultado letal. En consideración a la estructura de este tipo de delito, la doctrina lo designó, en un inicio, con la expresión "delito de comisión por omisión"[27]. En el presente, se ha generalizado el uso de la fórmula "delito de omisión impropia" (*unechtes Unterlassungsdelikt*), por considerarse más conveniente[28].

1929 La noción de omisión impropia se basa materialmente en la posibilidad de consumar todo delito de comisión mediante una acción de omisión. En otras palabras, una mera omisión es considerada apropiada para provocar la lesión o la puesta en peligro prohibida por la norma implícita en los tipos legales que prevén los delitos de comisión.

1930 En el nivel normativo, el hecho de provocar un resultado mediante una omisión debe ser considerado equivalente al hecho de producirlo mediante una comisión para poder vincular el comportamiento de omisión al comportamiento de comisión (art. 13, pf. 2). Esta apreciación depende tanto de la manera como el legislador haya descrito el comportamiento de comisión en el tipo legal respectivo, como de la posibilidad que tenga el autor para evitar que sobrevenga el resultado perjudicial. En efecto, la omisión sólo es equiparable a la comisión si el autor tiene un deber especial de intervenir y proteger al titular del bien jurídico en peligro (art. 13, pf. 1). De esta manera, se ha adoptado el modelo mixto alemán de considerar la omisión impropia como una omisión cualificada por la índole y la intensidad especiales del deber. En contra de esta solución se afirma que, en buena cuenta, los verbos típicos no describen acciones sino más bien adscriben el hecho a la persona concernida y que, por lo tanto, no es indispensable regular la omisión impropia en la ley. En este sentido,

---

26 ACALÉ, 2000, p. 283 ss.; MIR PUIG, 1998, p. 302.

27 Sentencia de la Corte Superior de Lima, del 15 de mayo de 1998, Exp. Nº 8380-97, en ROJAS/INFANTES, p. 77 s.

28 En el contexto español, MIR PUIG, 1998, p. 300; GIMBERNAT, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, p. 412 s., notas 8 y 9; ver en especial, SILVA SÁNCHEZ, 1986, p. 163 ss.; IDEM, 2004, p. 209 ss.

el factor decisivo sería la equivalencia normativo-material de la omisión con la comisión[29].

1931 Fuera de las discrepancias sobre su regulación o no en la ley, por razones de política criminal, la exigencia de la equiparación resulta conveniente[30], ya que, por un lado, la represión generalizada de toda persona que, por su abstención, diera lugar a la consumación de un delito, debilitaría mucho la protección de los bienes jurídicos. Por otro, las condiciones estatuidas sirven, sino de manera absoluta, de límites a la extensión del poder punitivo del Estado. Si no se reprimiera la omisión impropia (o comisión por omisión), se daría una situación insostenible[31], por ejemplo, la de que los padres que provocaran la muerte de su hijo recién nacido por inanición no fueran considerados responsables penalmente.

1932 Según la exposición de motivos del Código Penal, con la previsión de la regulación de la omisión impropia, en el art. 13, se ha subsanado "un importante vacío legislativo". Los modelos utilizados para redactar esta disposición han sido tanto el § 12 del Proyecto Alternativo alemán de 1966, como el § 13 del CP germano de 1975. En el texto original del art. 13 se indicaba que bastaba que el agente tuviera el "deber moral" de actuar. Este error, que desnaturalizaba la noción doctrinaria de la omisión impropia y ampliaba en exceso la represión, ha sido corregido mediante la Ley 26682 del 11 de noviembre de 1996. La referencia al deber moral ha sido simplemente suprimida del texto legal. En el Anteproyecto de 2004[32], art. 13, pf. 1, se ha suprimido toda referencia al deber de garante. La razón escueta dada es que "se excluye la lista de fuentes del deber de garante, dejando esta tarea a la doctrina y a la jurisprudencia". Esta defectuosa técnica de redactar las disposiciones legales impide a los autores darse cuenta de que reducen las condiciones de la omisión impropia a la de evitar un hecho punible y a la de la equivalencia, "según el texto de la Ley, a la realización del tipo penal [de un delito de resultado] me-

---

29 Silva Sánchez, 2004, p. 61; Gimbernat, 1994, p. 5 ss. En España, están a favor de la inserción de una disposición general Mir Puig, 1998, p. 302; Gómez Benítez, p. 585.

30 Cf. Zaffaroni/Alagia/Slokar, p. 548 ss.

31 Graven/Stràuli, p. 77.

32 Cf., p: 15.

diante un hacer" [33]. El formalismo con que se aplican las leyes en nuestro medio, haría de una disposición como ésta el medio adecuado para ampliar la represión penal a extremos que se buscan excluir mediante la exigencia del "deber de garante".

1933 La regulación expresa de la omisión impropia por parte del legislador se justifica, en particular, por el afán de respetar el principio de legalidad. Una de las objeciones más serias e insistentes formuladas contra su represión, cuando no estaba regulada, era que no se respetaba dicho principio fundamental. Sin embargo, esto no significa que se hayan resuelto todas las otras objeciones que se han expresado de manera repetida contra la idea de la omisión impropia[34]. Las ventajas de la regulación legislativa dependen de la manera como sea interpretado y aplicado el art. 13; sobre todo si se considera que esta disposición no delimita suficientemente las condiciones en que se debe reprimir a título de omisión impropia. En Alemania, una parte de la doctrina[35] se muestra escéptica con referencia a si el § 13 del CP germano, en el que se regula la omisión impropia, respeta el principio de legalidad. En su opinión, la represión según esta disposición no está bien delimitada en la medida en que las condiciones establecidas no son bastante precisas.

1934 Los problemas que se buscan resolver recurriendo a la noción de omisión impropia no siempre han sido abordados de la manera como lo hace la dogmática influenciada por la doctrina alemana. Por, ejemplo, en Francia[36], desde una perspectiva causalista del delito, la jurisprudencia y la doctrina rechazan la noción de omisión impropia. Este criterio está basado, en particular, en el principio de la legalidad. Así,

---

33 Así, no se dan cuenta que con el nuevo texto legal, lo quieran o no, se orienta hacia una concepción diferente a la del art. 13, que ellos dicen mantener; pero dejando en libertad al intérprete para determinar el deber de evitar la realización del delito. A manera de ejemplo, recordemos el art. 5 de la Propuesta alternativa de la parte general del CP español del Grupo parlamentario comunista: "Los delitos consistentes en la producción de un resultado podrán considerarse realizados tanto por acción como por omisión, pero sólo cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación".

34 Cf. HUERTA TOCILDO, p. 19 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 61; VIVES ANTÓN, p. 84.

35 Cf. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 15 Nº 39, 41.

36 PRADEL, 2003, Nº 364 s.; STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, p. 185; MOREILLON, p. 61 ss.

si se admite que la violencia que provoca la muerte de una persona supone un comportamiento de comisión, luego la omisión de cuidados no puede ser asimilada a la "violencia". De esta manera, se abandona el viejo principio que asimilaba simplemente la omisión a la comisión y expresado en el dicho "*celui qui n'empêche, pêche*" (quien se abstiene, peca). Pero por el contrario, en este sistema, en el cual no se recurre a la noción de omisión impropia, se ha reforzado, en el *Code Pénal*, la represión de delitos como los de "no asistencia de personas en peligro" (art. 223-6) y de "malos tratos de menores" (art. 227-15).

2. Tipo legal objetivo

1935 A semejanza de los delitos de omisión propia, los delitos de omisión impropia implican la existencia de una situación de peligro, la no ejecución de la acción esperada (ordenada por el ordenamiento jurídico) y la posibilidad real de que el agente obre de acuerdo con el deber impuesto por la norma[37].

1936 Mientras que en los delitos de comisión el autor crea o aumenta un peligro no autorizado, en el caso de los delitos de omisión, no se descarta o no se disminuye, a pesar de que se puede hacer, el peligro que representa la situación fáctica prevista por el tipo legal. Entre las múltiples posibilidades que tiene el autor de actuar, decide no realizar aquella que le permitiría neutralizar el peligro.

1937 Teniendo en cuenta que, conforme a lo que se deduce sin mayor dificultad del art. 13, la omisión impropia supone la aplicación *a contrario* del tipo legal relativo a un delito de comisión, resulta indispensable considerar lo previsto en dicho tipo legal al apreciar la situación de peligro, ya que su finalidad es, precisamente, evitar que se produzca el daño o la puesta en peligro de un bien jurídico. Por consiguiente, la omisión impropia sólo puede ser concebida en relación con ciertos delitos de comisión[38]. Así, por ejemplo, resulta difícil imaginar la comisión de un acto sexual por omisión (art. 171), de

---

37 RN Arequipa, Nº 1384, del 18 de junio de 1998, en GJEJ, p. 33; MIR PUIG, 1998, p. 305.

38 ROMEO CASABONA, 1999, p. 929; SILVA SÁNCHEZ, 1986, p. 351; VIVES ANTÓN, p. 84; HUERTA TOCILDO, p. 50.

una coacción (art. 151), de un falso testimonio (art. 409) o de una falsificación de documentos (art. 427)[39].

3. Causalidad e imputación objetiva

Al tratar la causalidad[40], ya tuvimos ocasión de señalar que no es una cuestión perteneciente al ámbito de la naturaleza de las cosas, sino que corresponde al dominio normativo y que consiste en determinar bajo qué condiciones un resultado puede ser imputado al autor de un comportamiento determinado. 1938

A diferencia de lo que sucede respecto a los delitos de comisión materiales, la constatación de la denominada "causalidad natural" no sirve como punto de partida en el caso de los delitos de omisión impropia. Una omisión no puede tener efectos en el sentido de las leyes de la naturaleza (*ex nihil nihil fit*)[41]. El hecho de afirmar que entre la omisión y el resultado debe existir una "relación de causalidad natural" da lugar a frecuentes malentendidos. Resulta más conveniente hablar de una relación de tipo normativo entre el comportamiento no ejecutado y la producción del resultado, cuya realización trata de ser evitada mediante el tipo legal. 1939

Al respecto, se habla de una forma particular de causalidad, que es designada mediante la expresión "causalidad hipotética"[42], en oposición a la llamada "equivalencia de condiciones" o "causalidad natural". A diferencia del procedimiento seguido para constatar este tipo de causalidad, en el que se plantea la cuestión de si el resultado desaparecería si se suprimiera la acción, en el caso de la causalidad hipotética hay que preguntarse si el resultado perjudicial se habría producido, incluso si el autor hubiera ejecutado el comportamiento ordenado. Es evidente que procediendo de esta manera, se abandonan los criterios naturales que permitirían hablar de "causalidad" en sentido "natural". 1940

---

39 En el art. 13 del Anteproyecto de 2004, se dice "de cualquier hecho punible de resultado".

40 Cf. Nº 1103 ss.

41 MIR PUIG, 1998, p. 318.

42 TRECHSEL/NOLL, p. 250; BACIGALUPO, 1997, p. 405.

1941 Para complementar el criterio de la causalidad hipotética, se ha recurrido a una condición suplementaria, consistente en reconocer la dimensión de causa de la omisión sólo cuando hay una gran probabilidad de que el resultado no se habría producido si el autor hubiera realizado el comportamiento exigido por la norma jurídica (*Wahrscheinlichkeitstheorie*)[43].

1942 Criticando la falta de precisión de la noción de probabilidad y, en particular, respecto al grado de intensidad que ésta debería alcanzar, algunos autores[44] consideran que la cuestión de la causalidad debe ser analizada en relación con el riesgo o peligro que está en la base de la imputación objetiva, puesto que el resultado está vinculado con la existencia de un peligro prohibido. A diferencia de los delitos de comisión, en la omisión impropia el tipo legal es considerado como realizado mediante la omisión de un comportamiento apropiado para evitar o disminuir el peligro que amenaza el bien jurídico protegido (*Risikoerhöhungstheorie*)[45]. Una relación con el resultado concreto debe, en consecuencia, ser constatada; por consiguiente no basta tener en cuenta *in abstracto* el resultado previsto en el tipo legal.

1943 Desde esta perspectiva, se trata de probar, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas *ex post*, que la acción esperada hubiera de verdad disminuido el riesgo de realización del resultado prohibido. En otros términos, es indispensable que el agente haya aumentado, materialmente, la posibilidad de que el resultado se produjera. Si no se prueba este hecho, hay que admitir que no existe relación jurídica relevante entre la omisión y el resultado. Ahora bien, esta constatación sólo puede ser lograda examinando el grado de probabilidad con que el resultado podía producirse.

1944 Además, son numerosas las dificultades para probar que el agente hubiera podido evitar el resultado perjudicial con un alto grado de probabilidad (casi seguridad) o, al menos, que hubiera podido aumentar la posibilidad de que el resultado no se produciría. En estas dos hipótesis, el hecho de no haber podido evitar el resultado prohibido debe poder ser imputado al autor. Una protección más eficaz de

---

[43] SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 128; GRAVEN/STRÄULI, p. 91; VILLAVICENCIO, 2001, p. 76 s.

[44] STRATENWERTH, 2000b, § 14 Nº 36; WALDER, 1977, p. 159 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 46 Nº 23; RUDOLPHI, en SK, vor § 13 Nº 16.

[45] GIMBERNAT, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, p. 426.

los bienes jurídicos en peligro, sin embargo, puede ser lograda si se exige al agente que intervenga cuando, al menos, es posible aumentar los márgenes de protección y que, por el contrario, la debilite si el acto de protección debe llevarse a cabo sólo si hay la certeza de descartar el riesgo. Por ejemplo, en el caso de muerte provocada por una omisión, el elemento decisivo a constatar es si, mediante la realización del acto ordenado por la norma (intervención de un médico), la víctima hubiera tenido grandes posibilidades de sobrevivir[46].

4. Deber de garante

Los delitos de omisión impropia, a diferencia de los de omisión propia, constituyen delitos especiales[47], puesto que sólo quien, en razón de su situación personal, tiene el deber de evitar la producción del resultado prohibido puede ser el autor de tal acto. 1945

La posición de garante[48] tiene, por lo tanto, la función de determinar, entre las personas que pueden evitar, mediante un acto positivo, la realización del resultado, aquella que tiene el deber de intervenir para garantizar que éste no se produzca. Dicha posición resulta, así mismo, útil para imputar, a quien se ha abstenido, el perjuicio que ha afectado al bien jurídico protegido mediante el tipo legal respectivo. Así, en caso de un incendio, muchas personas se encuentran quizás en situación de salvar al niño que pide auxilio. Si no intervienen, pueden ser reprimidas, según las circunstancias, por omisión de prestar auxilio a una persona en peligro (delito de omisión propia, art. 127), pero sólo, por ejemplo, al padre del niño, en caso de estar presente, podría imputársele la muerte de éste, ya que él tiene un deber de garante en relación con la integridad corporal y la vida del infante. 1946

El deber de evitar el resultado deriva de la posición de garante. Este deber constituye un deber jurídico y no sólo moral como había sido establecido en el texto original del art. 13, ni tampoco es el basado en la simple buena fe. Se trata, pues, de una obligación jurídica par- 1947

---

46 STRATENWERTH, 2000b, § 14 Nº 35; TRECHSEL/NOLL, p. 252 s.

47 GROPP, § 11 Nº 8; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 15 Nº 44. Cf. PEÑA CABRERA, 1995, p. 475.

48 Sentencia de la Corte Superior de Lima, del 15 de mayo de 1998, Exp. Nº 8380-97, en ROJAS/INFANTES, p. 77 s.

ticular, estrechamente vinculada al estatus específico del autor. Por consiguiente, el deber de obrar, en los delitos de omisión impropia, se corresponde con el deber de abstenerse, relativo a los delitos de comisión. Dicho deber, en los delitos de omisión impropia, constituye un elemento normativo, ya que su existencia debe ser determinada mediante un juicio de valor de orden jurídico.

1948 Los innumerables esfuerzos realizados para determinar un principio único que fundamente el deber de garante han sido vanos[49]. Por esto, se tienen, sobre todo, en cuenta las fuentes de las que se considera que surge la obligación de una persona de intervenir para evitar un perjuicio respecto a bienes de terceros.

1949 En el art. 13, como lo hemos visto, el legislador no se limita a establecer que el agente tenga el deber de intervenir, sino que indica las fuentes de donde surge este deber. Primero, alude al orden jurídico cuando se refiere a la presencia de un "deber jurídico" y, luego, a la situación de peligro inminente creada por el mismo agente (injerencia). De esta manera, la disposición mencionada se orienta hacia el criterio formal[50], con el que, durante mucho tiempo, la doctrina ha considerado que el deber de garante debía estar basado en la ley, un contrato o el peligro creado por el autor (actuar precedente o injerencia).

1950 En las últimas décadas, este criterio formal ha sido contrapuesto a uno de orden más bien material, el mismo que tiene en cuenta el sentido del deber de protección (*ratio* del deber de actuar). Así, se distinguen dos categorías de deberes de garante: por un lado, los concernientes a la protección de bienes jurídicos determinados y expuestos a peligros indeterminados (*Obhuts- oder Beschützerpflichten*) y, por otro, los relativos a la vigilancia de fuentes de peligro conocidas amenazando bienes jurídicos indeterminados (*Überwachungs- oder Sicherungspflichten*)[51].

---

49 KÜHL, 2000, § 18 Nº 42.

50 KIENAPFEL, 1984, p. 499 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 15 III 4 a; cf. ROXIN, 2003, § 32 Nº 143 ss.; BACIGALUPO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, p. 424 ss.

51 ARMIN KAUFMANN, 1959, p. 283 ss.; ROXIN, 2003, § 32 Nº 17 ss; SCHÜNEMANN, 1995, p. 51 ss.; GROPP, § 11, Nº 21 s.; RUDOLPHI, SK, AT I, vor § 13 Nº 24 s.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 15 Nº 46 s.; MIR PUIG, 1998, p. 306 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 1986, p. 21 ss.; IDEM, COBO DEL ROSAL Y OTROS, p. 470 ss.; BACIGALUPO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, p. 424 ss.

Algunos autores, insatisfechos con estos criterios, han buscado precisar 1951
los fundamentos del deber de garante mediante la individualización de uno o más principios calificados de fundamentales, por ejemplo, el principio de confianza o el de la responsabilidad por función protectora. De esta manera, distinguen dos tipos de deberes de garante, en relación tanto con los delitos de comisión como con los de omisión: uno en relación con la organización y el otro con referencia a la institución[52].

Para comprender lo que se entiende por organización, hay que con- 1952
siderar que cada individuo goza de un marco jurídico para obrar y realizar sus intereses. El aspecto esencial de esta libertad consiste en que cuando uno actúa tiene la obligación de organizarse de manera que garantice que los intereses de terceros y de la comunidad no sean dañados o puestos en peligro. De esta organización del espacio personal de actuar se deriva la responsabilidad de no aumentar los riesgos para los bienes jurídicos de terceros. Por lo tanto, forman parte de este ámbito los deberes de dominio de las fuentes de peligro y aquellos relativos a los actos de injerencia en la esfera jurídica de otras personas (injerencia).

En cuanto a la posición de garante en virtud de las instituciones, el 1953
fundamento es la idea de que el único medio para garantizar la libertad de cada individuo es la existencia de relaciones sociales durables y reconocidas por el ordenamiento jurídico. Relaciones que son denominadas "instituciones" (por ejemplo, relaciones entre padres e hijos, marido y mujer, relaciones de poder estatal, presencia de una justicia y una administración sometidas a derecho, etc.). En este marco, se consideran los deberes que se derivan de los vínculos naturales de las personas o relacionados con la comunidad, de la aceptación de una función de protección y aun de la responsabilidad por los comportamientos de un tercero.

En realidad, los criterios formales y los materiales no se excluyen en- 1954
tre sí, sino que más bien se complementan. Su papel es decisivo para delimitar el dominio de aplicación de la omisión impropia. El tercer criterio que venimos de indicar no hace sino explicarlos mejor, justificando al mismo tiempo los fundamentos tomados en consideración por los otros dos. Estimando que los fundamentos individuales se

---

[52] JESCHEK/WEIGEND, § 59 VI; JAKOBS, 1991, 20/27 ss.; BACIGALUPO, 1997, p. 405 ss.

superponen, varios de ellos pueden concurrir en un solo caso concreto[53]. Por lo tanto, conviene analizar las diversas posibilidades para fundamentar el deber de garante de manera tópica[54].

a. Ley

1955 De una disposición legal puede deducirse tanto un deber de proteger como un deber de vigilar las fuentes de peligro. Debido a la manera amplia como son redactados los textos legales, hay que precisar con exactitud qué clase de relación existe, en realidad, entre, por un lado, la persona concernida por el deber de evitar el resultado y, por otro, el bien jurídico en peligro o la fuente de peligro en cuestión. Por consiguiente, el deber jurídico de obrar no implica, siempre, un deber de garante. Si se admitiera el criterio contrario, se producirían consecuencias absurdas; por ejemplo, la de convertir en superflua la noción de omisión impropia. Debido a que ésta supone la existencia de un mandato jurídico de realizar un comportamiento, se podría responsabilizar a quien se abstiene, debido a que viola cualquier deber jurídico, por el resultado producido. Así, quien no presta auxilio a una persona en peligro de muerte (art. 126) sería considerado responsable de homicidio si ésta muriera.

1956 Sólo analizando caso por caso, es posible determinar si existe un deber de garante basado en la ley. Así, este deber puede ser deducido de las relaciones legales de familia (padre e hijos, art. 235, 287 CC), marido y mujer (art. 234, 288 CC), familiares en línea directa (hermanos y hermanas). Sin embargo, no basta constatar la existencia de esta base legal. Este vínculo formal debe constituir una relación estrecha, ya que, en la realidad, puede haberse debilitado bastante y aún dejado de existir. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de la separación de cuerpos, divorcio o cuando un hijo se aleja de la casa paterna. Así mismo, hay que considerar que estas reglas no son absolutas, sino que hay que apreciar las circunstancias materiales y personales del caso concreto, por ejemplo, el hecho de constatar si el marido y la mujer viven realmente juntos[55].

---

[53] WESSELS/BEULKE, Nº 716.

[54] STRATENWERTH, 2000b, § 14 Nº 11.

[55] GRAVEN/STRÄULI, p. 81; STRATENWERTH, 2000b, § 14 Nº 13; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 15 Nº 55.

El deber de garante se presenta también entre quienes conviven en común. Al respecto, hay que recordar que la Constitución y el Código Civil peruanos otorgan al llamado hogar de hecho la misma protección que al matrimonio. Dicho modo de cohabitar existe cuando dos personas hacen vida común durante dos o más años y entre ellas no hay impedimentos para contraer matrimonio. Entre estas personas se dan, evidentemente, obligaciones de asistencia mutua. 1957

En el caso de las personas que ejercen una función pública determinada (policías, jueces, fiscales, funcionarios), la ley constituye también una fuente del deber de garante. Así, por ejemplo, puede ser considerado responsable de obstaculizar el ejercicio de la acción (art. 404), el juez que, violando con dolo su deber de función, no cumple con perseguir al responsable de un delito, o el policía que no denuncia al autor de una infracción. El deber de garante, en estos casos, debe formar parte de la esfera de competencia del funcionario, situación que se presenta sólo cuando la ley prevé, de modo específico, la obligación de obrar. De manera que no basta que se disponga que todo funcionario tenga la obligación de denunciar todo acto sospechoso de constituir un hecho punible. 1958

El deber de vigilar una fuente de peligro para bienes jurídicos de terceros tiene, también, como fundamento las disposiciones legales. Son ejemplos claros los casos del propietario o poseedor de un vehículo o de un animal (art. 1969 ss. CC), el propietario de una empresa o de un edificio. Todos ellos deben tomar las medidas adecuadas para evitar causar un perjuicio a terceros. Su deber de garante se basa en el hecho de que la máquina, el animal, las instalaciones de la empresa o de la casa están bajo el dominio directo de la persona obligada a obrar, la cual es, por lo tanto, responsable de la indemnidad de los bienes amenazados por el peligro[56]. 1959

b. Contrato

El deber de vigilar a una persona o una fuente de peligro[57] puede surgir del hecho de que, mediante un acuerdo de voluntades, un 1960

---

56 STRATENWERTH, 2000b, § 14 Nº 13.

57 SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 141; TRECHSEL/NOLL, p. 244 s.; GRAVEN/STRÄULI, p. 81 s.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 15 Nº 57 ss.

tercero asuma esta obligación en relación con la otra parte. Por ejemplo, el médico acepta, mediante el contrato de mandato, la obligación de cuidar al paciente que solicita sus servicios, lo que supone que debe hacer lo necesario para curarlo o salvarle la vida. Si él no cumple debidamente con salvaguardar los intereses del paciente y se abstiene, por ejemplo, de someterlo a un tratamiento determinado, puede ser considerado responsable del perjuicio ocasionado por su omisión. De la misma manera, asume una responsabilidad similar el guía de montaña en relación con uno de sus clientes o el administrador respecto a quien le ha confiado sus intereses patrimoniales. Sin embargo, todo compromiso contractual no basta para fundamentar el deber de garante, pues, éste tiene que tener la finalidad de evitar que el perjuicio se produzca. El factor decisivo reside en que quien se abstiene ha asumido, previa y libremente, una posición dirigida a proteger a la persona perjudicada o vigilar una fuente de peligro determinada. Para que el compromiso sea válido no es necesario que sea establecido mediante una formalidad especial, ni ser efectivo según las reglas del derecho civil (por ejemplo, quien solicita asistencia médica no es capaz según el derecho civil). Sin embargo, no debe deducirse de toda intervención libre y voluntaria para proteger a una persona en peligro, que el socorrista esté obligado, mediante la amenaza penal, a continuar brindando su ayuda[58].

c. Comportamiento peligroso previo

1961 El deber de garante puede originarse debido a que la persona que se abstiene, se había comportado previamente de manera tal que creó o aumentó el peligro para que los intereses de un tercero fueran dañados (*Ingerenz*)[59]. Aun cuando se admite de manera amplia, se discute mucho tanto sobre la conveniencia de aplicarlo, como respecto a las condiciones en que deba ser reconocido.

---

58 STRATENWERTH, 2000b, § 14 Nº 17.

59 MOREILLON, p. 257 ss.; STRATENWERTH, 2000b, § 13 Nº 27; 1996, § 14 Nº 18 ss.; ROXIN, 2003, § 32 Nº 143 ss.; JAKOBS, 1991, 29/29; KÜHL, 2000, § 18, Nº 91; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 46, Nº 23; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 13 Nº 32; TRECHSEL/NOLL, p. 247 s.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 15 Nº 63 ss.; MIR PUIG, 1998, p. 312 ss.; VILLA STEIN, p. 283.

Se cita, con frecuencia, como ejemplo de comportamiento prece- 1962
dente el caso del chófer que, de manera imprudente, atropella a un peatón y no le presta ayuda a pesar de que se da cuenta que está gravemente herido y que, sin ayuda médica oportuna, puede fallecer. Las lesiones corporales graves son producidas mediante un comportamiento imprudente de comisión, mientras que la muerte, debido a la omisión de ayuda, puede ser calificada de homicidio intencional (dolo eventual, resultado previsto y asumido por el agente).

En estos casos resulta más fácil aceptar que el responsable del com- 1963
portamiento precedente tenga el deber de garantizar que no se concretice el perjuicio, implícito en el peligro por él creado. De acuerdo con el criterio mayoritario, el comportamiento precedente debe ser contrario al orden jurídico. Sin embargo, esta opinión es bastante discutida, en la medida en que se admita que los comportamientos anteriores peligrosos permitidos puedan dar lugar a los deberes de garante. El factor decisivo sería que el agente asumiera el control del riesgo que originara mediante su comportamiento.

En este contexto, sin embargo, hay que admitir que no tiene ningún 1964
deber de garante quien, actuando en legítima defensa, crea una situación de peligro para el agresor (por ejemplo, causándole lesiones para defender su vida). Por consiguiente, no puede considerársele responsable del perjuicio (muerte o lesiones corporales graves) sobrevenido por la omisión de prestarle socorro. Habiéndose colocado el mismo agresor en situación de peligro, no puede esperar que el orden jurídico le imponga un deber de garante a la víctima de la agresión[60]. Ésta no hace sino proteger su esfera de libertad, actuando así de conformidad con las finalidades del ordenamiento jurídico. Si se aceptara el criterio contrario, se desnaturalizaría la función de la legítima defensa en tanto causa de justificación. Sin embargo, es evidente que si quien se defiende sobrepasa los límites de su derecho a defenderse, tiene el deber de auxiliar al agresor inicial, debido a que su comportamiento no es más justificado.

Un análisis diferente debe hacerse respecto a las otras causas de justi- 1965
ficación, con la finalidad de tener en cuenta sus características peculiares. Por ejemplo, en el caso del estado de necesidad, causa de justi-

[60] STRATENWERTH, 2000b, § 14 Nº 20.

ficación, quien salva su vida lesionando a un tercero tiene el deber de prestar ayuda a éste para evitar que se agrave su estado de salud o muera. En esta hipótesis, el tercero, ajeno del todo a los sucesos, merece igual protección de parte del orden jurídico que quien lo lesiona actuando en estado de necesidad.

1966 Mediante esta exigencia de que el comportamiento precedente sea ilícito[61], se trata de excluir que el deber de garante sea fundamentado en la simple causalidad. Por tanto, el simple hecho de que el autor haya creado una situación peligrosa no permite hacerlo responsable por los efectos debidos sólo al azar. Así mismo, se busca evitar que se imponga un deber de garante a quienes realizan actividades riesgosas permitidas por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, al conductor de un camión, por el hecho de conducir una máquina peligrosa en general, no puede considerársele obligado a prestar ayuda a una persona lesionada en un accidente y del cual él no es responsable. Debe socorrerla si es consciente del peligro grave y esto por la simple razón de que la ley reprime la omisión de auxilio necesario. En consecuencia, tampoco se le puede imputar la muerte de dicha persona por no haberla socorrido.

1967 En los casos que vienen de ser mencionados, sería suficiente la obligación genérica de prestar ayuda, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la represión a título de omisión de prestar auxilio (art. 127). Este delito se consuma con la omisión y su represión se explica por el carácter peligroso del acto de no prestar auxilio a quien se encuentra en "estado de grave e inminente peligro". La cuestión sobre la existencia del deber de garante se plantea cuando, por ejemplo, la persona en peligro fallece y hay que determinar tanto si este resultado mortal ha sido condicionado por la omisión, como si quien se abstuvo estaba obligado jurídicamente a evitar que se produjera dicho resultado.

1968 Un caso, bastante discutido, en el que se admite la existencia de un deber de garante a pesar de que el comportamiento precedente es conforme a derecho, es el de la puesta en circulación de productos, los mismos que, por sus propiedades y la manera como puedan ser utilizados, son potencialmente peligrosos para la salud o la vida de las personas. El productor tiene el deber de tomar medidas de pro-

---

[61] Cf. PEÑA CABRERA, 1995, p. 477.

tección, comprendida la de retirar el producto de la circulación, si se revelan en éste deficiencias peligrosas. Quienes niegan o restringen de manera importante la admisión del deber de garante en el caso de comportamientos precedentes lícitos, estiman que la protección de los consumidores estaría garantizada de modo suficiente mediante medidas de orden comercial o administrativo. Así, estando sometida la puesta en circulación de tales productos a un permiso de la autoridad competente, ésta puede derogar la autorización concedida y, en consecuencia, el productor estaría obligado a retirar del mercado el producto en cuestión. En este contexto, si no obedeciera el mandato recibido, se haría responsable de los perjuicios causados por la omisión en que incurre. Además, cabe señalar, aprovechando este ejemplo, que también sería responsable de los perjuicios causados a terceros el funcionario que, a pesar de haber constatado la nocividad del producto, se abstenga de tomar las medidas necesarias para neutralizar el peligro puesto en evidencia (por ejemplo, anular la autorización concedida para la comercialización del producto).

1969 Cuando se ponen en peligro bienes propios, hay que admitir que no es dable exigir a un tercero que intervenga para evitar un resultado perjudicial para dichos bienes. Por ejemplo, el propietario de un bar que sirve bebidas alcohólicas a un cliente que conducirá su automóvil, no tiene el deber de impedirle que utilice su vehículo. En consecuencia, no puede ser responsabilizado por la muerte de dicha persona en el accidente que ésta produce debido a su estado de ebriedad. Por el contrario, subsisten dudas en cuanto a la responsabilidad de quien, sin quererlo, hace posible que se cometa un delito por parte de un tercero. Es el caso, por ejemplo, de quien entrega un revólver a una persona ebria, el mismo que es utilizado por ésta para amenazar a otro [62]. La cuestión es determinar si quien entregó el arma tiene el deber de intervenir para evitar la ejecución de la infracción. Este asunto concierne la participación delictiva y la respuesta depende de la postura que se adopte frente a la participación por omisión.

d. Situaciones complementarias

1970 La descripción de las fuentes del deber de garante, que se acaba de realizar debe ser complementada presentando algunos casos en los

---

[62] STRATENWERTH, 2000b, § 14 Nº 22.

que las circunstancias concretas permitan admitir la presencia de dicho deber a pesar que no exista una base formal.

1971 Hay que considerar, en primer lugar, las situaciones en las que varias personas realizan, de común acuerdo, una actividad peligrosa o de "vivir en comunidad"[63]. En razón de su objetivo y de las relaciones de confianza que se establecen entre quienes intervienen, dichas situaciones suponen un deber de ayuda y de asistencia recíproco. Este no es el caso, cuando dichas circunstancias se deben al azar; por ejemplo, las víctimas de un accidente o de un incendio, afectadas por la misma situación de peligro, no tienen un deber de garante entre sí. Cuando se trata de actividades colectivas peligrosas, el factor decisivo es el compromiso libre y voluntario de cada participante, lo que recuerda bastante el caso de quien asume deliberadamente un deber de protección o de vigilancia. Las diferencias que existen entre los participantes respecto a sus capacidades y experiencias desempeñan un papel importante en la determinación de quien asuma el deber de garante. En consecuencia, quien incita a otro a participar en la realización de un comportamiento peligroso, haciéndole comprender que le prestará ayuda en caso necesario, está obligado a hacer lo indispensable para eliminar los peligros que puedan presentarse. Cuando dos personas cohabitan, en la medida que falta una base legal[64], la simple decisión de hacer vida común no basta para admitir la existencia de un deber de garante destinado a una ayuda y protección recíprocas. Sin embargo, teniendo en cuenta las circunstancias concretas, las personas concernidas pueden asumir voluntariamente un compromiso específico, el mismo que implica una injerencia en la vida y la actividad del otro. Es el caso, por ejemplo, de personas del mismo sexo que establecen uniones similares a las que da lugar el llamado hogar de hecho.

1972 En segundo lugar, hay que tener en cuenta los casos en que una persona es responsable de vigilar y de controlar un determinado ámbito de actividad (por ejemplo, el jefe de empresa, el miembro de un ór-

---

63 STRATENWERTH, 2000b, § 14 Nº 25 ss.; MOREILLON, p. 265 ss; WESSELS/BEULKE, Nº 719; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 46 Nº 91; RUDOLPHI, en *SK*, § 13 Nº 51; PEÑA CABRERA, 1995, p. 477; VILLAVICENCIO, 2001, p. 76 s.; VILLA STEIN, p. 282 s. Cf. JAKOBS, 1991, 29/66.

64 MOREILLON, p. 227 ss; REHBERG/DONATSCH, p. 266 s.; STRATENWERTH, 2000b, § 14 Nº 24; WESSELS/BEULKE, Nº 719.

gano de una entidad)[65], es decir, de una persona que, real y directamente, tenga el dominio de dicho espacio de ocupación. Esta persona tiene el deber de intervenir para descartar los peligros que crea o aumenta la actividad que está bajo su control. En relación con los cuadros directivos superiores de una empresa, se plantea el problema particular de saber si pueden ser responsabilizados por los actos delictuosos cometidos por sus subalternos de acuerdo con la división de tareas propia de la empresa. La respuesta será afirmativa en la medida en que el superior tenga conocimiento de la comisión de los delitos, pero no haga nada para impedirlos. De manera general, los autores admiten, cada vez con más frecuencia, el principio según el cual todo dirigente de una entidad privada o pública tiene el deber, en razón a su posición, de impedir que sus subordinados cometan delitos[66]. Sin embargo, es siempre indispensable que el delito esté en relación directa tanto con la actividad propia de la empresa como con el ámbito de competencias del superior[67].

e. Equivalencia de la omisión a la realización del tipo mediante comisión

La violación del deber de garante no basta para imputar el resultado 1973
al agente. De modo que no es suficiente comprobar que no ha evitado la producción del resultado porque no cumplió con su función de proteger directamente el bien jurídico o de vigilar la fuente de peligro. En este sentido, hemos explicado que, para precisar el deber de garante, los criterios formales (por ejemplo, fundamento legal o contractual) deben ser aplicados de manera relativa en relación con el contexto concreto. El hecho de que quien se abstenga tenga que ser garante de que el resultado típico no se produzca constituye un primer aspecto de la equivalencia que debe existir entre la omisión y la comisión. La apreciación normativa está, sobre todo, determinada por la aplicación estricta de los criterios de imputación. La referencia de la omisión en la realización de un tipo legal relativo a un delito de comisión implica la transposición de los criterios de imputación concernientes a la comisión en la omisión impropia[68]. De modo que

---

65 GRAVEN/STRÄULI, p. 80; STRATENWERTH, 2000b, § 14 Nº 28; MOREILLON, p. 143.
66 TRECHSEL/NOLL, p. 256 s. Cf. VILLAVICENCIO, 2001, p. 79.
67 STRATENWERTH, 2000b, § 14 Nº 28.
68 SILVA SÁNCHEZ, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, p. 472 s.

la correspondencia exigida entre la omisión y "la realización del tipo penal mediante un hacer" es una condición adicional para considerar que el autor de la omisión debe ser tenido responsable de la realización del tipo legal de referencia, al mismo título que lo sería si lo hubiera consumado mediante una comisión.

1974 En el art. 13, pf. 2, se prevé un segundo nivel de correspondencia, el mismo que es, así mismo, de orden normativo, puesto que ambas maneras de actuar difieren en su estructura. En consecuencia, la correspondencia debe estar referida al carácter ilícito de la omisión en que incurra el agente y la realización del "tipo penal mediante un hacer". En este sentido, hay que considerar que la omisión impropia debe merecer la misma valoración negativa que la realización del resultado mediante un comportamiento de comisión. Dicho de otra manera, el no impedir el resultado o dejar que se produzca debe equivaler por su carácter ilícito a la realización activa del tipo legal[69]. En el ejemplo típico de la madre que causa la muerte de su hijo recién nacido por inanición aparece de modo claro que la ilicitud de este comportamiento de omisión no difiere en lo esencial de la que hubiera caracterizado el hecho de que la madre hubiera, por el contrario, envenenado a la víctima.

1975 La situación es menos clara en relación con los tipos legales en los que la realización del delito es caracterizada señalándose modalidades específicas de la conducta que el agente debe realizar (engaño, empleo de instrumento peligroso, coacción, etc.). Al respecto, deben tomarse en consideración las circunstancias materiales y personales del caso concreto y, en especial, apreciarlas como es debido en relación con la interpretación específica del tipo legal de referencia. Por ejemplo, si bien resulta difícil imaginar cómo una abstención puede tener el carácter de fraudulenta y provocar el error en el que debe actuar la persona estafada, hay que admitir que en un contexto social determinado se llega a aceptar que la omisión constituye la manera astuta con que actúa el estafador (por ejemplo, cuando éste abusa de la estrecha relación de confianza que mantiene con la víctima)[70].

---

[69] BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 15 Nº 76; GIMBERNAT, COBO DEL ROSAL Y OTROS, p. 419 ss.; BACIGALUPO, 1997, p. 401.

[70] JESCHECK/WEIGEND, § 59 V 1.

Este criterio se justifica en la medida en que los redactores del art. 13, siguiendo de cerca el modelo alemán, previeron que la pena pueda ser atenuada en el caso de comisión por omisión (último párrafo de esta disposición). Esta atenuación se explica, de acuerdo con la doctrina alemana, por el hecho de que la correspondencia exigida por la ley no implica la identidad entre omisión y comisión. El uso del término correspondencia permite pensar que basta comprobar que el hecho de producir el resultado mediante una omisión debe ser comparable, proporcional con el de producirlo por intermedio de una comisión. Por lo tanto, es posible que la valoración negativa de la omisión impropia no alcance la intensidad que comporta la realización del tipo legal mediante una acción de comisión, lo que justifica que se reprima con menos severidad al autor que si el carácter ilícito de su comportamiento hubiera sido considerado igual al de realizar el tipo legal mediante un hacer. 1976

V. Tipo legal subjetivo

El dolo, como en el caso de los delitos de comisión, constituye en los delitos de omisión el elemento central del tipo legal subjetivo[71]. En principio, todos los tipos de dolo son admisibles. 1977

En lo que respecta al elemento cognitivo del dolo, el autor debe tener conocimiento de la situación concreta de peligro o, al menos, de que ésta se produzca (por ejemplo, el peligro inminente en el que debe encontrarse la víctima) y de sus propias posibilidades de actuar[72]. En el caso de la omisión impropia, debe ser consciente, además, de que tiene la obligación de realizar el acto ordenado por la ley (conocimiento en el sentido de un profano). Es decir que no basta que sea consciente de las circunstancias materiales en las que actúa y, en particular, del resultado que puede provocar, sino que debe saber que, mediante su abstención, incumple su obligación de garante de intervenir[73]. Si se equivoca con respecto a uno de los elementos del tipo legal objetivo, el dolo no existe porque el error impide que el agente tenga consciencia de lo que hace (art. 14). 1978

---

71 ROXIN, 2003, § 31 Nº 184 ss.; JESCHEK/WEIGEND, § 59 VI; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 46 Nº 110; GROPP, § 11 Nº 84.

72 Cf. VILLAVICENCIO, 2001, p. 79.

73 STRATENWERTH, 2000b, § 14 Nº 40.

1979 En cuanto al factor volitivo del dolo, el agente debe tener la voluntad de abstenerse[74]. Con pleno conocimiento de las circunstancias propias del tipo legal, decide permanecer pasivo ante el mandato de obrar de una manera determinada. Sin embargo, la voluntad en materia de omisión no se presenta de la misma manera que en materia de los actos de comisión. Está claro que muchas veces el autor decide efectivamente abstenerse, por ejemplo, cuando el chófer que ha provocado el accidente de tránsito abandona el lugar de los hechos con el fin de evitar el control policial, dejando así sin asistencia al conductor lesionado del otro vehículo. Sucede sin embargo, con cierta frecuencia, que el agente no toma de manera clara una decisión y sólo asume su inactividad poco a poco, en función del desarrollo de los hechos[75]. En estos casos, es suficiente que el autor tenga conciencia de la situación objetiva y de la posibilidad de intervenir, de modo que, en buena cuenta, asume de modo progresivo su falta de acción en función del desarrollo de los hechos.

1980 En relación con la omisión impropia (delito de resultado), la voluntad debe estar dirigida a la materialización del perjuicio típico, en la medida en que el autor, mediante su abstención, espera que el resultado posible se realice. En otros términos, quien se abstiene debe mostrar que está dispuesto a asumir la producción del resultado como una consecuencia de su omisión[76]. Por todas estas peculiaridades, en doctrina se prefiere hablar de cuasi dolo. Algunos autores, llegan a afirmar que el elemento subjetivo falta en los delitos dolosos[77].

VI. Tipos legales ampliados

1981 Teniendo en cuenta que la omisión propia es una forma de delito de pura actividad, cabe preguntarse si es posible admitir la tentativa[78]. En principio, cuando el comportamiento incriminado consiste sólo en abstenerse de hacer algo (por ejemplo, no socorrer a una persona

---

74 VILLA STEIN, p. 277; cf. PEÑA CABRERA, 1995, p. 474.
75 Cf. VILLAVICENCIO, 2001, p. 76.
76 STRATENWERTH, 2000b, § 14 Nº 44 s.
77 BUSTOS/HORMAZABAL, p. 209.
78 Sentencia de la Corte Superior de Lima, del 22 de setiembre de 1998, Exp. Nº 2357-98-Lima, en GJEJ, Lima 2001, p. 134 s.

en peligro), hay que admitir que el delito se consuma en el momento en que el agente no realiza la acción esperada (socorrer a la persona en peligro). Sin embargo, en la práctica, puede suceder que quien debe prestar asistencia a una persona que ha lesionado puede alejarse del lugar de los hechos y, de *motu proprio* o por intervención de terceros, revenir sobre su decisión inicial, regresando para ayudar a la víctima sin tardanza. En este caso, se trataría de una forma de tentativa inacabada. Por el contrario, no es posible admitir la tentativa acabada, puesto que el agente, en este supuesto, se abstiene hasta el final, lo que implica ya la consumación del delito.

1982 Se admite con mayor facilidad la tentativa y hay menos dificultades para comprobarla, cuando la infracción constituye un delito de resultado, es decir, en el caso en que una modificación del mundo exterior sea prevista como un elemento constitutivo del tipo legal objetivo (la puesta en peligro del bien jurídico: delito de peligro concreto). Si este resultado no tiene lugar, sólo se habrá producido una tentativa inacabada o acabada. Lo mismo debe ser admitido respecto a la omisión impropia[79]; en la medida en que ésta es un delito de resultado. Por ejemplo, en el caso del titular del deber de garante que se abstiene y está a la espera de que se produzca el resultado, pero éste es evitado por un tercero o por su propia intervención voluntaria.

1983 La participación es posible en los delitos de omisión. Dos o más sujetos pueden ponerse de acuerdo para no prestar auxilio a una persona en peligro; por ejemplo, los padres para no socorrer a su hijo en situación de riesgo. Un pasajero puede instigar al conductor del vehículo en que viaja para que no auxilie al peatón atropellado. El problema de saber si es posible participar en la realización de un delito de comisión mediante una omisión constituye un dilema diferente. Participa en la comisión de un hurto el guardián que omite cerrar con llave las puertas del establecimiento (complicidad) para facilitar el ingreso de los ladrones (autores principales). La instigación, por la manera como es concebida, no puede llevarse a cabo mediante una omisión[80].

---

79 PEÑA CABRERA, 1995, p. 479 y 480; VILLA STEIN, p. 284.

80 BUSTOS/HORMÁZABAL, p. 301; BACIGALUPO, 1997, p. 413.

VII. Ilicitud

1984 El análisis de si la omisión es contraria al orden jurídico no difiere del que se realiza respecto de los delitos de comisión[81], en la medida en que se trata siempre de constatar la ausencia de causas de justificación[82]. En consideración a la estructura específica de la omisión[83], en general, en la mayor parte de los casos resulta difícil imaginar la aplicación de las circunstancias de justificación. Un ejemplo claro es el referente a la legítima defensa, la cual supone la existencia de una agresión ilícita. Ésta en principio no puede ser rechazada mediante una abstención. Por el contrario, juegan un papel importante tanto el conflicto de deberes[84] como el estado de necesidad justificante. Por ejemplo, quien causa un accidente está obligado a prestar asistencia a los lesionados, pero es posible que no pueda ocuparse de todos al mismo tiempo. Absteniéndose de manera momentánea de auxiliar a una de las víctimas, el agente debe asistir a la persona que más lo necesita.

VIII. Culpabilidad

1985 Además de comprobar la capacidad penal del autor y la ausencia de circunstancias de no culpabilidad, es indispensable constatar si el agente, en el momento en que hubiera debido actuar, creyó o no si estaba autorizado a no cumplir con su deber intervenir[85]. Si, por error, se cree con el derecho de abstenerse, incurre en una falsa apreciación sobre el carácter ilícito de su comportamiento, la misma que debe tenerse en cuenta (error de prohibición o, más exactamente, error de mandato, *Gebotsirrtum*, art. 14, pf. 2).

IX. Pena

1986 Las penas previstas para los delitos de omisión, en referencia a las previstas para las infracciones de comisión relativas a los mismos bie-

---

81 PEÑA CABRERA, 1995, p. 478 s.
82 BUSTOS/HORMAZABAL, p. 231 ss.
83 ROXIN, 2003, § 31 Nº 203 s.
84 JESCHEK/WEIGEND, § 59 VIII; GROPP, § 11 Nº 88 ss.
85 ROXIN, 2003, § 31 Nº 207 ss.; GROPP, § 11 Nº 891 s.

nes jurídicos, son menos graves. Esto se explica porque constituyen ataques mediatos y menos intensos. En cuanto a los delitos de omisión impropia, a pesar de la equivalencia exigida con la realización del delito por comisión, el legislador prevé que la pena debe ser atenuada respecto a la que corresponde a la realización de este tipo de delito. Este criterio está condicionado por la manera como se concibe la omisión impropia, la misma que es considerada como algo menos que la comisión, en la medida en que no es del todo conforme al tipo legal concernido. Por el contrario, si se admite que la represión se funda en la equivalencia de fondo (material y normativa) de la realización mediante omisión y comisión, el responsable de la omisión impropia debería ser reprimido con la misma pena que el autor que obra mediante comisión[86]. Un argumento práctico en favor de esta tesis es que los jueces se inclinarían más fácilmente a admitir la comisión para omisión en lugar de aplicar la pena más severa prevista en el tipo legal correspondiente[87]. Dada la severidad extremadamente severa de los marcos penales previstas, en general, en nuestras leyes penales, resulta, por el contrario, preferible aumentar las posibilidades para que los jueces atemperen los abusos del legislador.

---

[86] SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 214

[87] SCHÖNE, 1974, p. 341.

§ 18 Delitos de peligro

I. Introducción. II. Noción de peligro. III. Clases de delitos de peligro. 1. Peligro concreto. 2. Peligro abstracto. 3. Peligro colectivo: concreto y abstracto

I. Introducción

El reconocimiento del principio de la lesividad[1] como pilar fundamental del derecho penal es propio del Estado liberal[2]. Por el contrario, es negado en los Estados totalitarios, en los que las personas están completamente sometidas al poder estatal. En el ámbito penal, esto significa que el régimen liberal supone la idea del delito como una acción que perjudica bienes jurídicos, abandonándose así el criterio de identificarlo con el pecado o de que viola sólo derechos subjetivos. La concepción totalitaria percibe el delito, sobre todo, como una acción de desobediencia o de traición, como violación de deberes o manifestación de rebeldía. 1987

El principio de la lesividad, no obstante, no ha sido previsto en la Constitución, pero es indudable que en ésta se encuentra su fundamento. Por un lado, el modelo de Estado social y democrático de Derecho adoptado por la Carta Magna (art. 3 y 43) exige la plena vigencia de éste en los términos del Estado liberal. Por otro lado, el hecho de que se reconozca a la persona como titular de una serie de derechos fundamentales (art. 2 Const.) implica una limitación esencial del poder estatal y que, en consecuencia, las relaciones entre Estado y persona no sean de absoluta sumisión de ésta a aquél[3]. Por lo tanto, el delito no puede ser concebido como una simple desobediencia o infidelidad al Estado. 1988

Así mismo, como se deduce de modo directo del principio de la legalidad (art. 2, inc. 24, letra d Const.)[4], sólo se reprime penalmente por 1989

---

1 BRICOLA, 1973, p. 82 ss.; MARINI, 1993, p. 254; FIORELLA, p. 793 s.; FIORE, p. 288; MARINUCCI/DOLCINI, p. 449 ss.; FIANDACA/MUSCO, 1995, p. 16 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, p. 5 ss.

2 MARINUCCI/DOLCINI, p. 451; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 465.

3 MARINUCCI/DOLCINI, p. 452.

4 Ver *supra* Nº 362 ss.

la ejecución de acciones u omisiones y no por sentimientos, opiniones o maneras de ser personales. En este caso, se vulneraría el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, no se puede imponer una pena a una persona por lo que piensa o siente, ni someterla a una medida de seguridad sólo por lo que es (peligrosa, prostituta, consumidor de droga, etc.). La disposición constitucional se refiere, bien es cierto, sólo a la acción y a la omisión sin establecer expresamente que se debe perjudicar un bien jurídico. Esto se comprende si se tiene en cuenta que la finalidad de la norma de la carta fundamental es sobre todo estatuir la ley como único medio para incriminar acciones y no la de indicar cómo éstas deben ser descritas en la misma.

1990 En la única disposición de la Constitución donde se establece qué es un delito (art. 2, inc. 4, pf. 3), también se hace referencia sólo al comportamiento. Así, se dice: "Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión...". No es dable, no obstante, deducir sin más de tal precepto que el constituyente entendió que los denominados delitos de prensa consistían tan sólo en suspender o clausurar un órgano de expresión. Más bien hay que aceptar que consideró que la represión de tales acciones se justificaba en la medida en que constituían atentados contra el derecho de las personas, previsto en el primer párrafo de la misma disposición, "a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento...". Por lo tanto, el legislador penal, al elaborar la correspondiente figura delictiva deberá hacerlo de manera que se repriman sólo los actos concretos que perjudiquen el bien jurídico libertad individual, en su aspecto particular libertad de información y de opinión.

1991 Además, hay que considerar, por un lado, que la declaración de que el fin supremo de la Sociedad y del Estado son "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad" (art. 1 Const.) excluye toda posibilidad de que, mediante el derecho penal, se trate a la persona como objeto de una sanción fundada en una simple desobediencia o en su supuesto carácter peligroso. Por otro lado, es importante tener en cuenta que estatuir el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural, así como declarar que el "Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación" (art. 2, inc. 19) impide que el derecho penal sea utilizado como un instrumento para imponer a las personas una ideología política, un credo religioso o una moral determinados e, igualmente, que el delito sea concebido

como la mera desobediencia a un sistema político, a normas religiosas o morales.

1992 De acuerdo con los criterios constitucionales que se han reseñado, el principio de la lesividad implica que el derecho penal esté orientado única y exclusivamente hacia la protección de bienes jurídicos y que deben reprimirse como delito, en consecuencia, sólo las acciones que los perjudiquen. De este planteamiento se deduce que el legislador penal no debe reprimir comportamientos inofensivos para los mismos y, además, que la labor de interpretación de los tipos legales ha de llevarse a cabo de manera que se respete en forma estricta el citado principio.

1993 En los últimos años, los cambios sociales, económicos y los avances de la ciencia y técnica han modificado a fondo las condiciones de vida; lo que ha hecho necesario perfeccionar la protección de los bienes jurídicos y completarla en relación con las nuevas tendencias de las personas y de la comunidad. Así, la legislación penal se ha desarrollado y los criterios dogmáticos han sido renovados para hacer frente con eficacia a nuevas formas de delincuencia. Un buen ejemplo de lo que se dice es la evolución y el nivel que ha adquirido el denominado derecho penal económico. Los nuevos intereses a los que habría que conceder protección penal, serían, por ejemplo, los referidos al medio ambiente, al patrimonio genético, a la informática, al mercado de valores, a los derechos de los consumidores, etc.

1994 Las primeras dificultades dogmáticas que se advierten cuando se pretende abordar el análisis de la relación que debe existir entre el principio de la lesividad y estos intereses supraindividuales, conciernen a la determinación de qué significa perjudicar un bien jurídico. Es evidente que, teniendo en cuenta la noción asumida de éste[5], no se trata de dañarlo en sentido natural, materialmente. La situación es clara en relación con los delitos de lesión en los que el bien jurídico es perjudicado en la medida en que el autor daña el objeto del delito (produce el resultado típico, por ejemplo, matar a una persona según el art. 106). Las dudas se presentan respecto a los delitos de peligro y, aún más, en los llamados delitos de peligro abstracto. También se dan con relación a los delitos de omisión propia en los que se reprimiría la simple violación de un deber de actuar[6].

---

5 Cf. *supra* Nº 37 ss.

6 Cf. *supra* Nº 1919 ss.

II. Noción de peligro

1995 Mucho se ha discutido sobre la manera de concebir el peligro o la situación de peligro. En el lenguaje común, se entiende por peligro el "riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal" y por situación de peligro aquella que "aumenta la inminencia del daño". En oposición a esta percepción objetiva, se percibe el peligro como el temor que tiene la persona concernida de que se produzca el daño que lo amenaza. Esta diferencia de perspectivas también se ha dado en el ámbito del derecho penal, en el cual además existen diversas maneras de definirlo en función de la categoría jurídica aplicada (por ejemplo, imputación objetiva, tentativa).

1996 A partir de una concepción determinista que afirma que dadas todas las condiciones se producirá necesariamente un suceso, se ha sostenido que sólo hay lugar para la alternativa consistente en que el resultado se produce o no se produce. Las dudas de que uno de estos extremos se realice son debidas únicamente a la falta de información suficiente sobre la manera como se desarrollarán los hechos. De modo que el peligro no existe objetivamente; se trata sólo de un juicio de apreciación equivocada sobre la realidad[7]. Así, la represión de los denominados delitos de peligro no es cuestión de dicho peligro objetivamente inexistente, sino más bien del sentimiento de seguridad tanto de las personas individuales como de la comunidad. Esta idea ha sido retomada, de cierta manera y en otro marco conceptual, cuando se sostiene que la represión de los delitos de peligro no tiene por objeto proteger directamente bienes jurídicos, sino más bien el interés distinto y autónomo a la seguridad sobre la existencia de los mismos. El titular del bien jurídico atacado vería cuestionado su interés de tener la seguridad de poder disfrutar de éste[8].

1997 Si se observa la evolución de la noción de peligro, se constata que la preferencia ha sido dada a la percepción objetiva de éste, es decir, en tanto hecho real, apreciado de acuerdo a la experiencia y sin consideración de las impresiones personales de la persona concernida[9]. Desde esta perspectiva predominante, la manera como se explica la

---

7 DELITELA, p. 288 s.; MEZGER/BLEI, p. 86.
8 KINDHÄUSER, 1989, p. 163 ss.
9 GALLAS, 1972, p. 176; HORN, p. 32 ss.

noción general de peligro y los diferentes problemas relativos a los delitos de este carácter se encuentra muy influenciada por la dogmática alemana, aún condicionada por los criterios establecidos por Binding. De acuerdo con su teoría sobre las normas, este autor distinguió tres clases de infracciones[10]: delitos de lesión relativos a las prohibiciones de lesión (*Verletzungsverbote*), delitos de peligro relacionados con las prohibiciones de peligro (*Gefährdungsverbote*) y delitos de desobediencia referidos a las simples prohibiciones (*Verboten*). De ellas, sólo consideró a las dos primeras como comportamientos que afectan bienes jurídicos; opinión que se comprende si se tiene en cuenta que este autor definía al bien jurídico (concebido desde una perspectiva material) y al peligro de manera bastante restringida. En la obra de Binding[11], el peligro constituye siempre una agresión efectiva capaz de perturbar la existencia de los bienes jurídicos (*Erschütterung der Daseingewissheit*). En este sentido sólo admitió el delito de peligro, lo que le permitió delimitar mejor los delitos de desobediencia (que no perturban de verdad el bien jurídico).

Para reforzar su idea restringida de peligro, Binding[12] recurrió a un 1998
criterio matemático en la medida en que, sin admitir la idea de probabilidad, concebía a éste como un conflicto de posibilidades, en el que las condiciones favorables para que se produjera el perjuicio eran más importantes que las desfavorables. Acorde con ello, el peligro era percibido como una situación objetiva (*Zustand*) producida causalmente y consistente en el estado de crisis en que se colocaba la existencia del bien jurídico, y no como la mera posibilidad de un perjuicio futuro. De modo similar, Schröder[13] afirma que el peligro es una situación en la cual una modificación insignificante (*geringfügige*) de las circunstancias en las que desarrollado el comportamiento hubiera dado lugar, necesariamente, al daño.

Esta concepción restringida de peligro no es la más conveniente. Uno 1999
de sus aspectos discutibles es el de concebirlo como un suceso o evento considerado en sí mismo y no con relación a hechos futuros e inciertos[14]. Al configurar los delitos de peligro, la preocupación no se re-

---

10 BINDING, 1890, I, p. 326 s.; p. 339 s.
11 BINDING, 1890, I, p. 372 s.
12 BINDING, 1890, I, p. 382 ss., 389.
13 SCHRÖDER, p. 13.
14 PARODI GIUSINO, p. 182 ss.

fiere a lo que ya ha sucedido en cuanto tal (una colisión de vehículos o la explosión de una granada), sino más bien a lo que podría haberse producido a consecuencia de esta situación fáctica (muerte o lesión de personas, daños a cosas). Es esta posibilidad de perturbar bienes jurídicos ajenos lo que se valora de manera negativa y, por lo tanto, la que hay que evitar. El aspecto decisivo del concepto de peligro radica entonces en la relación entre el suceso (considerado fuente de riesgos) y el mal futuro que pueda producirse[15]. Esta relación, por lo demás, no tiene existencia autónoma, ya que depende de los factores extremos: el comportamiento y el probable perjuicio.

2000 Así mismo, hay que considerar que, a diferencia del vínculo de causalidad, la relación referente al peligro es siempre un nexo de posibilidad y no de necesidad entre la fuente del riesgo y el mal futuro. Esta relación (valorada de manera negativa por el orden jurídico) indica que, en las circunstancias en que tiene lugar, el comportamiento puede desarrollarse en un cierto sentido y causar un perjuicio. Hay, pues, incertidumbre respecto a si el daño se producirá o no. Esto se debe a que la situación se aprecia *ex ante*, esto es, en el momento en que se presenta y de acuerdo a los limitados conocimientos que se tengan en ese instante (desconociendo, por ejemplo, algunas circunstancias porque aún no se habían verificado o porque no es posible esclarecer todas las condiciones del suceso). En el caso de la causalidad, hay que tener en cuenta, por el contrario, todos los conocimientos en el momento de proceder a su apreciación con posterioridad a los hechos.

2001 Además, el hecho de casi identificar el peligro con el resultado (en sentido técnico) hace que deban tenerse en cuenta, al comprobarse su existencia, todos los conocimientos disponibles en el momento del suceso. Sin embargo, este procedimiento desnaturaliza la categoría de peligro puesto que de esta manera se termina constatando si se ha o no producido un daño. El peligro sería admitido sólo cuando no se pudiera explicar por qué el perjuicio, que debía producirse según los conocimientos proporcionados por la experiencia y la ciencia, no tuvo lugar en definitiva. Esto conduciría a no admitir el peligro cuando la no consumación del daño fuera puramente casual.

2002 A nivel de la política criminal, la concepción restringida de peligro impediría que se ampliara la esfera de protección del derecho penal,

---

[15] PARODI GIUSINO, p. 187 ss.; MILITELLO, 1984, p. 18 ss.

pues no se comprendería a los llamados delitos de peligro abstracto[16]. Este tipo de peligro no estaría incluido en la indicada definición, de modo que si se estimara aún indispensable reprimirlo sería necesario elaborar otra noción del mismo. Pero ello implicaría trabajar con una duplicidad de conceptos que no es compatible con la unidad del sistema dogmático.

Para superar estas dificultades se ha propuesto definir el peligro como 2003
la relación de posibilidad de la que a partir de un suceso se derive un perjuicio futuro. Al respecto, el problema radica en determinar cómo debe comprenderse el factor posibilidad: incertidumbre de que el daño se produzca[17]. Ante todo, debe descartarse la idea de que es suficiente cualquier posibilidad para evitar caer en el exceso de que poco importa la intensidad del riesgo (por más insignificante que sea) para calificar la situación de peligrosa. Además, hay que aceptar que la posibilidad en tanto tal no puede ser graduada de mayor o menor; antes bien, sólo las condiciones que hacen o no posible el perjuicio podrán ser calificadas de más o menos cercanas física y temporalmente a la producción del percance. Se trata entonces de un juicio de valor que expresa si la posibilidad es importante y seria o, por el contrario, insignificante. Esta apreciación está condicionada por el sentimiento social y jurídico predominante en un momento determinado en una sociedad dada[18], por lo que no constituye un criterio invariable. Por esto, en derecho penal, la verificación científica de la probabilidad de un perjuicio no es suficiente para admitir la realidad de un peligro. Su existencia ha de ser precisada normativamente mediante el juicio de valor indicado con anterioridad.

Aunque bastante difundido, no es conveniente adoptar el criterio 2004
consistente en aplicar de manera uniforme un cartabón general para determinar si una circunstancia es peligrosa. Desde una perspectiva histórica, por ejemplo, se puede constatar que se han dado cambios esenciales en cuanto a la apreciación de lo que se consideraba inocuo para la salud de las personas o para el medio ambiente y que ahora se estima que no lo es. Tratándose de bienes personales como la salud, hay que tener en cuenta la importancia del bien y el tipo de

---

16 Cf. *infra* Nº 2011 ss.

17 GERMANN, 1942, p. 244, 247; STRATENWERTH/JENNY, § 4 Nº 8; HURTADO POZO, 1997b, Nº 483; WILFRAT, p. 240 s.

18 BUSTOS/POLITOFF, p. 42.

perjuicio que se puede sufrir; mientras que respecto a los materiales (por ejemplo, el patrimonio), hay que considerar, además, el número de objetos afectados. Al respecto, juega un papel decisivo el tipo penal; por ejemplo, para admitir el peligro que amenaza la vida de una persona individual, conforme al art. 126, el grado de probabilidad de que se produzca el perjuicio que se busca evitar debe ser mayor que en el caso de la probabilidad de que se desencadene el derrumbamiento de una represa (art. 277). Es decir, en cuanto a este último caso, una violación mínima de las medidas de seguridad puede considerarse suficiente para la consumación del tipo legal (de puesta en peligro de la vida y salud de las personas o de bienes patrimoniales).

2005 La noción de peligro no es única en derecho penal. Su contenido, amplitud y determinación están relacionadas con el ámbito en que es aplicada: tentativa, legítima defensa o estado de necesidad, delitos culposos, etc. Merece especial mención el criterio del riesgo permitido por ser utilizado, con relativa frecuencia, como límite para afirmar o negar la existencia del riesgo. Si bien este criterio es útil para delimitar las condiciones que permiten imputar objetivamente un perjuicio al autor de un acto o precisar si éste ha obrado con culpa, no es suficiente para precisar la noción de peligro, puesto que el grado de probabilidad necesario para que el mismo exista, está en relación con la índole dañina de la infracción y con el momento en el que, mediante la interpretación teleológica, se busca verificar si el acto es esencialmente perjudicial para el interés protegido. El peligro es determinado en relación directa con el comportamiento concreto (singular), mientras que constatar si se ha superado el riesgo permitido requiere un juicio de valor sobre la índole general del comportamiento.

2006 Concebido el peligro como una relación de probabilidad entre un acto y un perjuicio futuro (en la que el factor probabilidad es variable), hay que admitir que se trata de una noción normativa, en el sentido de que sus diversas acepciones están determinadas por cada uno de los preceptos (de la parte general o especial del Código), en los que se le asigna un papel diferente. Por ejemplo, en relación con los tipos legales el peligro puede aparecer como un presupuesto del delito (art. 452, inc. 4), como calificativo del comportamiento (art. 451, inc. 1), atributo del objeto del delito (art. 289) o como resultado del delito (art. 282). Sin embargo, en la interpretación y en la aplicación deben considerarse, de manera particular, además de la función

atribuida al peligro, los criterios constitucionales de la prevención y de la proporcionalidad de la represión penal.

III. Clases de delitos de peligro

2007 En los delitos de peligro, el legislador, de acuerdo con la experiencia y el nivel de los conocimientos científicos, considera que determinados comportamientos son idóneos para perjudicar bienes jurídicos. Su interés en reprimirlos radica en la idea de que para protegerlos con eficacia es indispensable adelantar la barrera de protección. En lugar de esperar la producción de un daño real (resultado material), estima que es mejor intervenir en el momento previo a que se produzca este suceso, es decir, cuando el agente crea una situación que pueda producirlo (situación de peligro)[19]. De esta manera, por ejemplo, la protección del bien jurídico vida se organiza en tres niveles: primero, contra los ataques directos destinados a dar muerte a una persona (homicidio, art. 106); segundo, contra los ataques indirectos consistentes en crear un riesgo individual para la víctima (exposición a peligro de muerte, art. 125); y, tercero, contra los ataques indirectos contra bienes colectivos que son indispensables para que las personas vivan en seguridad (adulteración de substancias o bienes, art. 287).

2008 Si bien la gran parte de autores están de acuerdo sobre la necesidad de aumentar de este modo la protección, sobre todo, de los bienes jurídicos más importantes y de aquellos cuya recuperación sería imposible, difícil, lenta o costosa, las divergencias surgen cuando se trata de determinar hasta dónde puede ir el legislador sin que se le reproche no respetar el principio de la lesividad. En otras palabras, cuándo puede afirmarse que el mismo ha incriminado una acción de manera tal que la ha vaciado del contenido que debe tener de acuerdo con el citado principio.

1. Peligro concreto

2009 Tradicionalmente se considera como delito de peligro concreto la infracción definida en el tipo legal constituida por una acción que

---

[19] CHAVANNE, p. 128.

produce una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico. Esta última es, en consecuencia, el resultado (elemento constitutivo del tipo legal objetivo). En efecto, al igual que ocurre con los delitos de lesión, en los delitos de peligro concreto el tipo legal prevé, como elemento constitutivo de la infracción, una modificación del mundo exterior, física y cronológicamente, diferente de la acción incriminada. Por eso, la cuestión de la causalidad y de la imputación objetiva se plantea de la misma manera que con relación a los delitos de lesión. Sin embargo, a diferencia de éstos, en donde el objeto del delito (cosa, persona, etc.) es directamente afectado por el quehacer delictuoso, en los delitos de peligro concreto dicha modificación sólo consiste en la creación de una situación que puede dar lugar a un perjuicio respecto al objeto del delito.

2010 En los delitos de peligro concreto, el legislador respeta el principio de la lesividad cuando condiciona la represión de la acción a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción. La situación es clara en casos como el de la exposición al peligro de muerte del art. 125. Aunque la descripción contenida no tenga la misma precisión respecto a la producción de un peligro, no hay mayores dificultades para concluir que éste también es una condición de la represión cuando el mismo texto legal permita esta interpretación. Así, si bien en el art. 286 se reprime a quien "envenena, contamina o adultera aguas o substancias alimenticias o medicinales destinadas al consumo", sin indicarse que debe ponerse en peligro a las personas, hay que admitir que no se busca sancionar cualquier tipo de tales acciones, sino sólo aquellas que por su magnitud supongan un daño inminente para la salud pública, ya que están "destinadas al consumo". Así mismo, cuando en el art. 280 se sanciona a quien "ejecuta cualquier acto que pone en peligro la seguridad de naves, aeronaves, construcciones flotantes o de cualquier otro medio de transporte colectivo o de comunicación destinado al uso público", hay que aceptar que para comprobar que el acto cometido por el agente "pone en peligro la seguridad de naves" es indispensable constatar que implicaba también un peligro para los usuarios. De ahí se sigue que el tipo legal no debe considerarse realizado si el comportamiento del autor no alcanzó este nivel de peligrosidad debido a que no se dieron las circunstancias propias para poner en peligro la seguridad pública (bien jurídico protegido).

2. Peligro abstracto

El denominado delito de peligro abstracto[20], a diferencia del delito de peligro concreto, no supone alteración alguna del mundo exterior diferente e independiente de la acción en que consiste. Por lo tanto, se consuma con la realización de la acción reprimida por peligrosa[21]. El peligro, así visto, aparecería como la *ratio* que ha motivado al legislador para incriminar la conducta[22]. 2011

El legislador, con base en los conocimientos adquiridos por la experiencia y las ciencias, comprueba la existencia de comportamientos riesgosos para los bienes jurídicos. Esta constatación lo lleva a prohibir dichas acciones sin que sea necesario verificar si el peligro se ha dado efectivamente, ya que lo que se pretende es bloquear su fuente (la realización de comportamientos como el descrito en el tipo legal). Se trata, pues, de un peligro general y difuso, y no de uno efectivo y real, propio de los delitos de peligro concreto. 2012

Debido a que su ejecución no implica perturbación real de un bien jurídico, los delitos de peligro abstracto sólo serían infracciones de desobediencia y, en consecuencia, delitos de pura actividad[23]. Esta manera de entender los delitos de peligro abstracto, no obstante, olvida que también los hechos punibles de pura actividad son comportamientos que deben ser reprimidos en la medida en que afectan bienes jurídicos. Dicho de otra manera, si bien la finalidad de los delitos de peligro abstracto consiste en ampliar la intervención del derecho penal para proteger con más eficacia ciertos bienes jurídicos, ello no significa que haya que acudir a los delitos de esta clase para reprimir comportamientos inofensivos, en donde no se respeta del todo el principio de la lesividad. Sin embargo, hay que considerar así mismo que frente a las nuevas necesidades de protección penal se dan casos en los que los intereses a salvaguardar (medio ambiente, economía nacional, mercado de valores, etc.) no pueden ser afectados en el sentido aceptado desde hace tiempo. Por esta razón, 2013

---

20 LUZÓN, 1996, p. 314; MARTÍNEZ-BUJAN, p. 108 ss.

21 PEÑA CABRERA, 1995, p. 281.

22 JESCHECK/WEIGEND, § 26 II 2; JAKOBS, 1991, 6/86 ss.; ROXIN, 1997 § 11 Nº 127; HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 306 ss. Nº 3a s.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 8 Nº 43.

23 HORN, p. 27 ss.

el hecho típico sólo puede concebirse como la violación de obligaciones jurídicas; sin tenerlas en cuenta, no podría determinarse cuáles son los comportamientos ilícitos[24].

2014 Con todo, no basta permanecer en el nivel formal afirmando que el peligro sólo es la *ratio legis* y que resulta suficiente constatar que el comportamiento ha sido realizado para asentir que se ha consumado el tipo legal. En la medida en que éste es elaborado por el legislador para reforzar una norma y alcanzar un objetivo (no comportarse de manera peligrosa y evitar dañar bienes jurídicos de terceros), estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta para verificar si la acción está comprendida concretamente en el tipo legal. Es decir, para aplicarlo, el juez debe comprobar, en atención al bien jurídico, si el comportamiento reúne los requisitos exigidos (en especial, el carácter peligroso que el legislador ha tenido en cuenta para incriminar su simple ejecución). No es suficiente, en consecuencia, la simple violación de la obligación de obrar, sino que se requiere una acción que, objetivamente, esté impregnada de amenazas para el bien jurídico[25].

2015 En esta línea, el principio de la lesividad sería violado cuando el delito de peligro abstracto esté previsto como la mera desobediencia de determinados mandatos del orden jurídico. Por ejemplo, el conducir un vehículo motorizado en estado de ebriedad (art. 274); el fabricar, almacenar, suministrar o tener en su poder bombas o armas ilegítimamente (art. 279); el violar las medidas impuestas por la ley o por la autoridad para la introducción al país o la propagación de una enfermedad o epidemia o de una epizootia o plaga (art. 292); el depositar, comercializar o verter deshechos industriales o domésticos en lugares no autorizados o sin cumplir con las normas sanitarias y de protección del medio ambiente (art. 307). Desde un punto de vista formal, para considerar consumadas estas infracciones bastaría verificar que el agente ha cometido uno de los comportamientos indicados en los tipos legales, sin que sea necesario comprobar que alguna persona fue puesta en peligro fuera del propio autor. Esta interpretación estaría justificada porque el legislador ha considerado, de acuerdo con la experiencia, que dichas acciones son en sí peligrosas. No obstante, tal planteamiento no satisface, pues, lo cierto

---

[24] Cf. TIEDEMANN, 1969, p. 28.

[25] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 462, 469.

es que bajo esta presunción *juris et de iure* se reprimen comportamientos que no perjudican a los bienes jurídicos[26]. Por esto se impone interpretar los tipos legales concernidos a luz del principio de la lesividad, otorgándoles, en consecuencia, un substrato material. El simple acto de verter deshechos domésticos en un lugar no autorizado no realiza el tipo legal del art. 307, ya que es indispensable que la acción sea de tal magnitud que represente al menos un peligro para el medio ambiente; de lo contrario no se explicaría por qué el legislador reprime como falta el hecho de arrojar "basura [deshechos domésticos] en la calle o a un predio ajeno [lugar no autorizado]" (art. 451, inc. 6).

No es acertado, por lo que se viene diciendo, hablar de peligro presunto para referirse al delito abstracto[27]. Esta última expresión es más precisa en la medida en que denota la represión de diversos comportamientos que tienen como especificidad común la de implicar un riesgo para los bienes jurídicos, sin tener en cuenta las características particulares del caso concreto. De esta manera, no se trata, como en el caso de la presunción (peligro presunto), de equiparar actos diversos entre sí con el fin de tratarlos de la misma forma, como si todos fueran peligrosos. Lo que hay que afirmar, en buena medida, es que el peligro abstracto, por ser el fundamento de la disposición penal, no debe ser verificado aplicando los criterios utilizados para constatar el peligro concreto, sino más bien empleando parámetros diferentes y más generales. En esta perspectiva, no hay que buscar cuál es la calidad intrínseca que distingue los delitos de peligro concreto de los de peligro abstracto, sino determinar qué criterios debe aplicar el juez para, según el grado de concreción o de abstracción, distinguir las dos formas de delitos de peligro. 2016

Sin embargo, queda abierta aún la interrogante de si, en situaciones excepcionales, no es conveniente recurrir a la técnica de los delitos de peligro abstracto. La respuesta parece ser afirmativa en los casos, primero, de ciertos bienes colectivos que por lo general no pueden ser perjudicados por acciones individuales. Así sucede con el bien jurídico medio ambiente. En el ejemplo que venimos de proponer, la peligrosidad de la acción individual, de cierta importancia, debe 2017

---

26 ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 469; MÉNDEZ, p. 134; cf. WESSELS/BEULKE, Nº 29.

27 TORIO, p. 838 ss.; cf. MIR PUIG, 1998, p. 209.

deducirse, según los criterios debidamente confirmados por la experiencia, de su efecto acumulativo con el de otras acciones de la misma clase (arrojar deshechos). En segundo lugar, también parece conveniente acudir a la técnica de los delitos de peligro abstracto, cuando según el estado actual de los conocimientos científicos se afirma el carácter peligroso general de algunas acciones, sin llegar a demostrarlo en los casos concretos. Este criterio permite comprender mejor el art. 288 que reprime a quien, por ejemplo, pone en venta o en circulación, un producto, a sabiendas, de que su consumo o empleo "puede comprometer la salud de las personas". El término comprometer debe entenderse, entonces, como que de manera general se sabe que el producto es peligroso, pero no se puede comprobar su peligrosidad respecto a cada hecho particular. Este riesgo general basta para admitir que la acción perturba el bien jurídico salud pública. La situación es, por el contrario, diferente respecto al art. 294 que reprime a quien, "teniendo autorización para la venta de sustancias medicinales, las entrega en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica o distinta a la declarada o convenida o vencido el plazo que garantiza su buen estado". Aquí, no se dan ninguna de las dos hipótesis señaladas (necesidad especial de proteger un bien colectivo o incapacidad científica de probar el peligro en el caso concreto); se trata más bien de una simple infracción de desobediencia que debe ser interpretada en el marco del principio de la lesividad. Así, por ejemplo, el farmacéutico que entrega en lugar del medicamento indicado en la receta médica, otro de mejor calidad no sólo no crea un peligro, sino que más bien actúa en provecho de la persona concernida. En consecuencia, su comportamiento no puede ser reprimido a pesar de que cumple formalmente con la descripción del tipo legal, por no perjudicar el bien jurídico salud pública.

2018 En todo caso, debe evitarse la utilización del derecho penal, sabiendo que no será eficaz en la práctica, como instrumento de formación de una conciencia cívica en las personas (derecho penal simbólico)[28]. La represión prevista en la norma no está entonces dirigida a la protección real de un bien jurídico, si no que tiene sobre todo por objeto intimidar y, además, tranquilizar a la comunidad frente a determi-

[28] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 467 s.; HASSEMER, 1991, p. 23 ss.; WESSELS/BEULKE, Nº 29.

nado fenómeno delictivo mostrando la capacidad del Estado para solucionar este problema. Esto no significa negar el papel simbólico que tiene la amenaza penal en el sistema de control de este carácter, pero sí rechazar que se recurra al derecho penal sólo para que cumpla un mero papel como el descrito. Proceder de esta manera implica propiciar la manipulación política del poder punitivo y debilitar el efecto limitador del principio de la lesividad.

3. Peligro colectivo: concreto y abstracto

2019 El peligro colectivo, en oposición al peligro individual, fue concebido inicialmente como fuente de posibles daños en detrimento de las personas y capaz de extenderse de manera incontrolada e indeterminada. El número de personas a las que concernieron estos riesgos, fue considerado, en un primer momento, sin importancia en la medida en que lo decisivo era el hecho de su indeterminación. En este sentido, se entendía que era suficiente que una sola persona imprecisa fuera puesta en peligro. En la actualidad, un buen sector de la doctrina considera que debe tratarse de un número elevado de éstas. El peligro colectivo se presenta igualmente, sea como peligro concreto o como abstracto.

2020 Un aspecto importante del peligro colectivo se refiere al bien jurídico, ya que si bien los delitos de peligro de este carácter constituyen también barreras de protección de los bienes jurídicos individuales, esta protección se efectúa garantizando la permanencia de bienes jurídicos denominados colectivos. Por ejemplo, el delito de incendio (art. 273) es reprimido con la finalidad de proteger la seguridad pública, aunque implica también la protección, en segundo plano, de la vida, salud y patrimonio de las personas. Lo mismo se puede afirmar respecto a la protección del medio ambiente: la represión del delito de contaminación del agua o del aire (art. 304) se orienta a preservar las buenas condiciones naturales para que las personas se desarrollen normalmente en él. Sin embargo, la dificultad está en precisar en qué consisten cada uno de los bienes jurídicos colectivos.

2021 En esta perspectiva existe una relación entre la manera de concebir el peligro colectivo y la de percibir el bien jurídico de éste género. Esta relación se encuentra condicionada por la manera como ha sido regulado cada uno de los delitos considerados de peligro colectivo. En todo caso, teniendo en cuenta que el peligro es una relación de

probabilidad de un resultado incierto entre la acción y el futuro perjuicio, hay que considerar que la valoración de los actos incriminados por su índole riesgosa implica siempre una cierta abstracción de la realidad, la misma que debe estar acompañada de algún componente de concreción.

2022 La seguridad pública, entendida como la seguridad de un número indeterminado de personas, no puede ser comprendida como la de todos los individuos en particular. La indeterminación significa que, observado el suceso *ex ante*, éste conlleva un riesgo para un cierto número de personas o bienes, aun cuando después se compruebe que sólo una de éstas o uno de éstos estuvo en peligro. Poco importa además que se pueda o no identificar a la persona o bien que estuvo en esta situación. Si se buscara individualizar el objeto de la tutela penal y concretar lo más posible el peligro, los tipos legales de los delitos de peligro colectivo serían desnaturalizados y, de esta manera, se les despojaría de toda eficacia para proteger los bienes jurídicos.

2023 Mediante esta técnica legislativa, los tipos legales de peligro colectivo (concreto) suponen el reenvío a las normas generales de la experiencia para verificar si se ha realizado una probabilidad importante de que se produzca el perjuicio futuro. Mientras que por intermedio los tipos legales de peligro colectivo (abstracto) se remite a comportamientos o sucesos generalmente peligrosos, mediante la descripción expresa en la ley.

Quinta Parte

§ 19 El proceso ejecutivo del delito (*iter criminis*)

I. Nociones preliminares. II. Etapas del iter criminis. *III. Actos preparatorios. 1. Noción. 2. Fundamentos de la impunidad. 3. Excepciones a la regla de la impunidad. IV. Tentativa. 1. Fundamentos de la represión de la tentativa. a. Criterio objetivo. b. Criterio subjetivo. c. Criterio mixto. d. Desobediencia a la norma. e. Apreciación. 2. Regulación legislativa. 3. Elementos de la tentativa. a. Elemento subjetivo. b. Elemento objetivo: comienzo de ejecución. b.1. Criterio formal objetivo. b.2. Criterio material objetivo. b. 3. Criterio subjetivo. b.4. Criterios mixtos. c. No realización de la consumación. d. Idoneidad de la acción. 4. Tentativa y delito agotado. 5. Jurisprudencia. V. Desistirse de ejecutar e impedir la consumación. 1. Introducción. 2. Fundamentos de la impunidad. 3. Voluntariedad. 4. Tentativa fracasada. 5. Abandonar la ejecución e impedir el resultado. a. Tentativa acabada e inacabada. b. Abandono de la ejecución. c. Impedir la producción del resultado. d. No consumar el delito. e. Reparación espontánea del daño y confesión sincera. VI. Delito imposible. 1. Noción. 2. Aspecto subjetivo. 3. Aspecto objetivo. a. Comienzo de ejecución. b. Consumación imposible. 4. Tentativa irreal o supersticiosa. 5. Jurisprudencia. 6. Delito putativo. 7. Imposibilidad por sujeto activo inapropiado. VII. Regulación de la pena en caso de tentativa. 1. Sistemas legales. 2. Legislación nacional. 3. Pena por el delito realmente cometido.*

I. Nociones preliminares

Según el art. IV del Título Preliminar del Código Penal, "la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley". Esta norma implica que los tipos legales deban describir los actos incriminados, como actos consumados. Dicha descripción es efectuada según criterios precisos de política criminal y, en particular, con el objeto de alcanzar una mejor y más eficaz protección de los bienes jurídicos. Así, conforme al principio de la legalidad, si el acto ejecutado no cumple con todos los elementos del tipo legal, tanto objetivos como subjetivos, el autor no podrá ser castigado. 2024

Por ejemplo, el art. 185 establece que comete un hurto el que, "para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, substrayéndolo del lugar donde se encuentra". Según esta disposición legal, el ladrón debe, mediante un acto de sustracción, apoderarse de una cosa mueble que no le pertenezca ni total ni parcialmente. Es el caso de quien penetra en una casa ajena, sustrae joyas de la caja fuerte y esconde su botín en un lugar seguro para utilizarlo después. Actuando de esta manera, se ha apoderado de un bien mueble ajeno sustrayéndolo del lugar donde se encontraba. 2025

El hecho de consumar un hurto, como la realización de cualquier acción, implica un proceso más o menos largo según las circunstancias, en el que pueden distinguirse diferentes etapas. En efecto, dicho proceso se inicia con la toma de decisión por parte del agente de perpetrar el hurto (luego de sopesar el pro y el contra), continúa con la preparación de la ejecución (obtención de informaciones y de un instrumento adecuado para abrir la puerta de la casa y el cofre); luego con la ejecución propiamente dicha de sacar el bien de la esfera de posesión de su propietario, mediante el apoderamiento del bien 2026

sustraído (poder disponer de la cosa como si el ladrón fuera el propietario); y, por último, con el aprovechamiento real del bien (enriquecimiento). En doctrina este proceso ejecutivo del delito es denominado *iter criminis*.

II. Etapas del *iter criminis*

2027 La primera etapa, o sea la deliberación que culmina con la toma de decisión de cometer la infracción, se desarrolla en el mundo interno del agente. La deliberación puede ser casi instantánea (la ocasión hace al ladrón) o durar un lapso más o menos largo (meditación). Sea lo que sea, existe unanimidad en la doctrina respecto a la impunidad de quien se limita a deliberar sobre las posibilidades de cometer una infracción, aun cuando tome la decisión de ejecutarla y la comunique a terceros, pero no llega a materializarla mediante actos concretos[1]. Conviene, a este efecto, recordar la frase de Ulpiano con frecuencia citada[2]: *Nemo cogitationis peonam patitur.* Imposible reprimir, sin recurrir a un sistema inquisitivo, teniendo como única base la idea o la voluntad de cometer un delito.

2028 Los actos preparatorios constituyen la etapa siguiente. Son la primera manifestación exterior de la resolución criminal. Sin embargo, se admite en general que no son lo suficientemente inequívocos como para poder justificar la intervención penal (por ejemplo, el acopio de informaciones o la compra de una ganzúa para abrir puertas).

2029 La tercera etapa del *iter criminis* es la tentativa. Ésta existe desde que "el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer" (art. 16). En el ejemplo dado líneas arriba, el agente no sólo adquiere los instrumentos para penetrar en la casa de la víctima y abrir el cofre (actos preparatorios), sino que realiza los actos de ejecución (tentativa) cuando abre la puerta del inmueble para entrar en el mismo.

---

1 Cf. CASTILLO GONZÁLEZ, 2003, p. 27 ss.; STRATENWERTH, 2000b, § 12 Nº 3; SEELMANN, p. 93. Es interesante recordar el art. 38, pf. 2, del CP derogado, en el que, conforme al modelo helvético, se regulaba la caución de buena conducta, esta disposición no fue aplicada. Sobre el derecho suizo, ver PHILIPPE GRAVEN, 1963; CLERC, 1981, p. 37.

2 Citado en el Digesto de Justiniano, *Digesto* 48, 19, 18.

El primer problema del proceso ejecutivo del delito, consiste en dis- 2030
tinguir los actos preparatorios de la tentativa[3], pues la necesidad de reprimirla es admitida sin discusión. Esta distinción implica determinar si el agente será o no sancionado penalmente, puesto que los actos preparatorios son, en principio, impunes. Sin embargo, para poder reprimir la tentativa (por exigencias del principio de la legalidad) ha sido necesario que el legislador lo prevea expresamente (art. 16). Desde el punto de vista técnico, esta regulación significa una ampliación de los tipos legales, por lo que la disposición precitada debe ser entendida en tal sentido. En efecto, la circunstancia de comenzar "la ejecución de un delito" alude de manera directa a una acción prevista en la ley como hecho punible. Esta vinculación legal al tipo de los actos previos a la consumación de la infracción constituye una garantía fundamental del derecho penal liberal.

La cuarta etapa del *iter criminis* es la consumación, la cual constituye 2031
la referencia que permite ordenar las diversas etapas del proceso ejecutivo del delito. Consiste en la realización completa de los elementos del tipo legal objetivo. Según el art. 185, por ejemplo, el ladrón debe haber realizado la acción indicada por el verbo principal del tipo legal, o sea apoderarse de un bien ajeno (joyas), mediante un acto de sustracción. Esta noción técnica de la consumación, condicionada por el tipo legal, no coincide del todo, sin embargo, con la noción admitida en la vida ordinaria. En ésta se considera consumado el hurto cuando el ladrón ha obtenido un provecho económico. En el art. 185 esta circunstancia no constituye un elemento objetivo de tipo legal y, por lo tanto, no es necesario que se produzca. Según dicha disposición legal, es suficiente que el agente haya obrado con el afán de enriquecerse ilícitamente.

La doctrina habla de agotamiento del delito para referirse a la fase 2032
posterior a la consumación del mismo. Se le denomina también consumación material, oponiéndola así a la consumación formal o legal, que es la se desprende de la literalidad del tipo legal. En el ejemplo dado, habrá consumación (legal o formal) cuando el ladrón se apodera de las joyas con ánimo de lucro, y agotamiento (consumación material) cuando logra venderlas y así obtener dinero. Esta distin-

---

[3] BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 26 Nº 45; BACIGALUPO, en CONDE-PUMPIDO y otros, p. 536 ss.

ción entre consumación y agotamiento es importante para la admisión o rechazo de algunas circunstancias agravantes o de la participación delictiva, puesto que, como se verá[4], esta es, en principio, posible sólo hasta la fase de la consumación.

III. Actos preparatorios

1. Noción

2033 Conforme a la manera como interpretamos las disposiciones relativas a la tentativa, deben ser considerados como actos preparatorios todos aquellos que hacen posible el inicio de la acción delictuosa, creando las condiciones previas adecuadas para el comienzo de la ejecución. Pero un tercero que desconozca el plan del agente no podrá afirmar, al percibir los actos cometidos por éste, que dichos actos se hallan, física y temporalmente, en la inmediatez de la realización típica.

2034 La conducta humana no es considerada como un suceso sólo material. Por esto, es imposible distinguir actos que sean de por sí actos preparatorios. De conformidad a lo ya afirmado, se trata de una calificación normativa que depende del tipo legal concernido y del plan de acción del autor. Sin embargo, conviene indicar como ejemplos ciertos actos que, por lo general, pueden recibir tal calificación: la fabricación o adquisición de instrumentos para cometer un delito, la elaboración de un plan de acción, la inspección del lugar de omisión de la infracción, el hecho de espiar a la futura víctima[5].

2035 Por último, no hay que olvidar que desde hace mucho, se ha establecido, en las partes especiales de los código penales, la represión de ciertos actos preparatorios con relación a determinados delitos. Así, en nuestro Código, basta citar como ejemplos los art. 255 (fabricar, poseer, importar útiles o instrumentos para falsificar moneda), 292 (violar medidas sanitarias referentes a la introducción en el país o la propagación de una enfermedad, epizootia o plaga), 296 (comercia-

---

[4] Ver *infra* Nº 2313.

[5] En el fondo la distinción entre tentativa y actos preparatorios coincide con la que el derecho antiguo practicaba entre "*conatus remotus*" y "*conatus propinquus*". Esto no significa, sin embargo, que los conceptos coincidan.

lizar materias primas destinadas a elaborar drogas), 311, pf. 2 (ofrecer en venta áreas intangibles con fines urbanos), etc. También vale la pena citar los casos relativos a la represión del terrorismo y del tráfico de drogas.

2. Fundamentos de la impunidad

2036 En general, la doctrina y la legislación admiten la impunidad de los actos preparatorios, sobre todo, porque éstos no constituyen una manifestación suficiente de la voluntad criminal y del fin que el autor persigue. Mediante su realización, éste ha sobrepasado el límite de la fase interna del *iter criminis* (etapa deliberativa), pero no ha alcanzado aún un nivel que permita afirmar que su acción se halla en estrecha e inmediata conexión con la realización típica.

2037 La impunidad de los actos preparatorios es una exigencia dictada por la seguridad jurídica. Por esta razón, hemos considerado inadmisible la pura concepción subjetiva para distinguir la tentativa de los actos preparatorios.

2038 Nuestro legislador no ha hecho referencia alguna a los actos preparatorios, ni ha establecido expresamente su impunidad. Pero ésta se desprende, de manera implícita, del hecho que haya establecido como límite genérico para la intervención penal, el comienzo de la ejecución de un delito. Sin embargo, en contradicción injustificada a este criterio, sí los ha regulado en el Código de Justicia Militar. En efecto, en su art. 8, último párrafo, especifica, reproduciendo el texto del art. 3 pf. 3, del Código Penal derogado, que "hay actos preparatorios cuando, antes de dar principio a la ejecución directa del delito, practica el culpable algunos hechos como medio para perpetrarlo". Además, en el art. 9, pf. 20, de este mismo Código, se dispone la impunidad de tales actos, "salvo cuando medie confabulación"[6]. La misma disposición afirma que hay confabulación "cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del delito"[7].

---

6 Ver CP de 1863, art. 4, pf. 2.

7 En el art. 3, último párrafo, del CP de 1924, se exigía que los agentes celebren "con tal fin dos o más reuniones" y se refería a "algunas personas", sin hacer mención de su número mínimo.

2039 La vieja influencia española se manifiesta en esta regulación. Recordemos que aun en el Código Penal hispánico, se prevé la punición de algunos casos de actos preparatorios. Así, se regula, en el art. 17, la conspiración ("cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven cometerlo") y, en el art. 18.1, la provocación ("cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilita la publicidad, ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito")[8].

3. Excepciones a la regla de la impunidad

2040 En algunos casos, sin embargo, nuestro legislador ha previsto la represión de ciertos actos preparatorios, subrayando de esta manera la importancia del bien jurídico protegido. Son, no obstante, supuestos excepcionales. Por ejemplo, destruir o alterar los linderos de un inmueble "para apropiarse de todo o en parte" del mismo (art. 202, inc. 1) y el hecho de turbar la posesión de un inmueble con violencia y amenaza (art. 202, inc. 3) en relación con el delito de usurpación; el hecho de ejecutar "actos de cultivo, promoción, facilitación o financiación de plantaciones de adormidera" (art. 296 D) por lo que se refiere al delito de tráfico de drogas; el hecho de practicar "un acto dirigido a someter a la República..." (art. 325), como delito contra la seguridad nacional y de traición a la patria; el hecho de tomar "parte en una conspiración de dos o más personas, para cometer los delitos de rebelión o sedición o motín" (art. 349)[9], entre los delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional. Como delito contra la seguridad pública se sanciona a quien "fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, o sustancias o materiales destinados para su preparación..." (art. 279). Por lo que se refiere a los delitos contra la fe pública, se pena al que "a sabiendas

---

8 QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES Y OTROS, p. 122 ss.; CEREZO MIR, 2001, p. 178 ss.

9 Esta disposición hace recordar la represión de la confabulación en los CJM y CP de 1924. En cuanto al CP vigente, no la reprime en relación con todos los delitos y sólo en lo que concierne al que asume el papel director o promotor de la conspiración,

fabrica o introduce en la República o conserva en su poder máquinas, cuños o cualquiera otra clase de útiles o instrumentos, destinados a la falsificación de timbres, estampillas, marcas oficiales o cualquier especie valorada...". (art. 439).

Estimamos desacertado el hecho de calificar de delitos *sui generis* es- 2041
tos casos excepcionales en los que el legislador reprime los actos preparatorios. En efecto, esta terminología podría hacer pensar que la represión de la tentativa de actos preparatorios es posible[10].

Además, hay que tener en cuenta que ciertos actos, que considerados 2042
independientemente podrían ser calificados de preparatorios, son reprimidos muchas veces a título de actos de complicidad. Sucede así, por ejemplo, con el hecho de entregar el arma al homicida[11].

A causa de la necesidad de combatir la criminalidad violenta y orga- 2043
nizada, algunos países han decidido reprimir los actos preparatorios en relación con ciertos crímenes graves. Lo que constituye una de las manifestaciones del denominado "derecho penal de la puesta en riesgo"[12]. En vista de la importancia que ha tenido el derecho penal suizo en nuestro medio, resulta conveniente indicar que después de largas e intensas discusiones, se ha incluido en la parte especial del CP helvético, la figura delictiva de los actos preparatorios delictuosos ("*actes préparatoires délictueux*")[13]. La acción incriminada consiste en el hecho de haber adoptado, conforme a un plan preconcebido, medidas concretas de orden técnico o de organización, las cuales indican, por su naturaleza y amplitud, que el agente se disponía a ejecutar el acto delictivo[14]. Por ejemplo, según esta fórmula, un acuerdo entre delincuentes para cometer una de las infracciones enumeradas por la ley (homicidio simple, asesinato, lesiones corporales graves, robo o rapiña, secuestro, rapto, toma de rehenes o incendio intencional) no es suficiente. En efecto, es necesaria la existencia de un plan y además el agente debe desarrollar una cierta actividad. Se tra-

---

10 WAIBLINGER, 1958, Nº 1199, p. 4.

11 Ver *infra* Nº 2317.

12 HASSEMER, 1989b, p. 88.

13 TRECHSEL, 1997, art. 260bis, Nº 1 ss.; respecto a España, SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 149 ss.; Miguel OLMEDO CARDENETE, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, p. 866 ss.

14 Art. 260 bis de la ley federal que modifica el CP suizo, del 9 de octubre de 1981, en vigencia desde el 1º de octubre de 1982.

ta, por ejemplo, de la adquisición progresiva de armas o de fondos, o el acopio de informaciones sobre el lugar del delito. El objetivo buscado es sin duda, el de adelantar la intervención represiva antes de que el agente comience a ejecutar el hecho punible y, de esta manera, evitar que se cree una situación que implique ya un daño irreparable. Así, no es indispensable esperar que los malhechores –dispuestos a pasar a la acción– inicien el comportamiento delictivo[15]. Pero la definición elaborada no es bastante clara y no es del todo conforme al criterio de seguridad jurídica. En Suiza, los problemas que pueden surgir están relacionados con el criterio subjetivo, utilizado para distinguir, justamente, la tentativa de los actos preparatorios. Teniendo en cuenta la realidad social y política de países como el nuestro, en nuestra opinión, la inserción de una disposición similar en nuestra legislación penal no es recomendable.

IV. Tentativa

1. Fundamentos de la represión de la tentativa

2044 En este dominio se ha presentado de manera muy aguda la oposición entre, por un lado, los partidarios de acudir a criterios objetivos y, por otro, los que prefieren basarse en criterios subjetivos[16]. El hecho de adoptar uno u otro tiene efectos que sobrepasan el problema de la justificación de su represión. Así, se extenderá o restringirá el ámbito de los casos calificados de tentativa. En realidad, se trata de criterios relativos a los fundamentos de la represión de los hechos en los que se materializa la voluntad delictuosa.

a. Criterio objetivo

2045 Según la teoría objetiva, el fundamento de la represión de la tentativa reside en el hecho de que por el acto ejecutado, el objeto de la acción delictuosa (por ejemplo la persona a la que se quiere lesionar) es puesto, al menos, en peligro. Así, los actos que exteriorizan

---

[15] Message concernant la modification du Code pénal, RO 1979-890; ver Hurtado Pozo, 1981, p. 77 ss.

[16] Zaffaroni/Alagia/Slokar, p. 777 ss.; Bacigalupo, en Conde-Pumpido y otros, p. 530 ss.

una resolución delictiva sólo deben ser calificados de tentativa desde que constituyen un peligro concreto para un bien jurídico[17]. Esto sucede con claridad cuando la ejecución directa de la acción indicada por el verbo principal del tipo legal ha comenzado. Por ejemplo, en el homicidio: lesionar a la persona que se quiere matar; en el robo, ejercer violencia sobre la víctima o amenazarla.

El criterio objetivo[18] de concebir la tentativa estuvo orientado a pre- 2046
cisar si ésta era o no peligrosa, distinguiendo, en consecuencia, entre tentativa idónea o no idónea. De ahí que su admisión conlleve a restringir la represión de ésta, al excluir la tentativa absolutamente no idónea (delito imposible), con la consecuente impunidad de los actos preparatorios. El legislador ha seguido este criterio al establecer la impunidad del delito imposible (art. 17), conforme al principio según el cual "la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos" (art. IV). Así, en el caso del delito imposible se admite que si se da la tentativa, no se considera justificado reprimir al agente. Cuestión distinta es saber cómo se determina si tal comportamiento constituye una tentativa o sólo actos preparatorios.

b. Criterio subjetivo

Los defensores[19] de la teoría subjetiva de la tentativa sostienen que la 2047
voluntad criminal es el factor determinante que justifica su represión. En efecto, mediante su comportamiento, el agente pone en evidencia que ataca un bien jurídico protegido al no respetarlo como lo exige el orden legal. Los actos exteriores, manifestación tangible de la voluntad delictuosa, constituyen en esta perspectiva subjetiva el desvalor de la acción. Así, el hecho de que los actos exteriores sean o no peligrosos con relación al bien jurídico protegido, no es relevante para admitir que el acto constituya una tentativa. El factor decisivo es la voluntad manifiesta de violar una prohibición o un mandato del ordenamiento jurídico. Los positivistas italianos admitieron un criterio semejante; pero, según ellos, la reacción penal se fundaba en el

---

17 PFENNINGER, p. 773 ss; FEUERBACH, p. 43; cf. JESCHECK/WEIGEND, § 49 II 1; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem § 22 Nº 18; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 26 Nº 15.

18 ROXIN, 2003, § 29 Nº 25 ss.

19 LACKNER/KÜHL, § 22 Nº 11; TRÖNDLE, § 22 Nº 24; cf. ROXIN, 2003, § 29 Nº 25.

hecho de que esta voluntad ponía en evidencia la peligrosidad del agente. Mediante la teoría subjetiva, la noción de tentativa es por consiguiente ampliada de tal modo que comprende casos que, para la concepción objetiva, sólo serían actos preparatorios. Así, tanto los actos de preparación como la tentativa se equiparan en cuanto a la represión, pues la voluntad criminal es siempre la misma. Por otra parte, mediante dicha teoría también se justifica la punición del delito imposible. Por último, esta concepción no es conforme a nuestro Código porque, por un lado, éste no reprime el delito imposible (tentativa no idónea) y, por otro lado, prevé la atenuación obligatoria de la pena en caso de tentativa (art. 16, pf. 2). Además, establece como límite entre los actos preparatorios y la tentativa un factor objetivo, cual es, según el art. 16, que sea el comienzo de la ejecución del delito.

c. Criterio mixto

2048 Está por demás agregar que estas teorías opuestas conducen a sendas soluciones extremas: la objetiva, a una restricción exagerada de la represión penal, y la subjetiva, a una peligrosa ampliación de dicha represión. La primera pone en peligro la seguridad jurídica al no reprimir actos que deberían serlo, dejando así sin suficiente protección determinados bienes jurídicos. La segunda adolece del mismo defecto pero porque su aplicación conduciría a reprimir la pura voluntad criminal, lo que debe rechazarse.

2049 A fin de superar estas dificultades, se elaboró un criterio intermedio (subjetivo - objetivo), según el cual hay que tener en cuenta el elemento objetivo, para limitar los alcances del puro concepto subjetivo. Así, la voluntad, considerada como base de la represión, debe concretarse en el mundo exterior (poniendo en peligro el objeto de la acción) y perturbar la confianza de las personas en el orden legal, debilitando su sentimiento de seguridad jurídica. Esta teoría, denominada de la impresión (*Eindruckstheorie*)[20], recurre a un elemento que, en primer lugar, es muy difícil de comprobar en relación con cada caso concreto y, que, en segundo lugar, tendría que ser admitido con frecuencia respecto a los actos preparatorios (la agenda de un

---

[20] STRATENWERTH, 1996, § 12, Nº 18; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 40, Nº 40 ss.; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 22 Nº 22; RIKLIN, 1997, § 17 Nº 36 ss; JESCHECK/WEIGEND, § 49 II 3; TIEDEMANN, 1985a, p. 221 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 26 Nº 16.

criminal es apropiada para perturbar el sentimiento de seguridad general, si se ponen en conocimiento del público los planes criminales en ella descritos). Por eso, dicha teoría resulta poco útil para legitimar la intervención del derecho penal antes de la consumación del tipo legal, así como para distinguir la tentativa de los actos preparatorios.

d. Desobediencia a la norma

Tratando también de salir del marco establecido por el conflicto de las percepciones objetiva y subjetiva, los partidarios de la corriente funcionalista[21] proponen, en la actualidad, considerar la desobediencia que el agente manifiesta a una norma vigente mediante su intento de ejecutar el delito, como el fundamento de la punibilidad de la tentativa. El factor determinante es la especificidad del acto ejecutado, o sea el hecho de que éste exprese una negación de la norma. El autor debe obrar de manera racional, de modo que, desde su perspectiva, su acción sea apropiada para vulnerar la norma (en caso de producirse la consumación). Según este criterio, la tentativa absolutamente imposible no es punible, pues, no existen normas que prohíban tales comportamientos (en particular, las llamadas tentativas supersticiosas, *abergläubischer Versuch*). 2050

e. Apreciación

En todos estos esfuerzos hechos para superar la alternativa entre la concepción objetiva y la concepción subjetiva, se percibe claramente la búsqueda de nuevas perspectivas. En efecto, por un lado, se parte ante todo de la constatación de que las diferentes propuestas hechas para encontrar un elemento clave de justificación han fracasado, sobre todo las de índole unilateral. Por otro lado, se tiene consciencia de que lo decisivo son los criterios de política criminal que se admitan. A este respecto, conviene destacar el principio básico por cuya virtud la intervención del derecho penal sólo se justifica cuando se trata de un ataque serio al orden jurídico. Por eso, cuando se decide qué comportamientos deben ser reprimidos como delitos consumados, también en el caso de la tentativa, sólo se puede tomar una deci- 2051

[21] JAKOBS, 1991, 2/1, 25/21.

sión sobre su represión conforme a un conjunto de criterios, los cuales son tanto de orden material como de orden subjetivo, pero sobre todo normativos o de necesidad de protección del orden legal. El hecho de hacer de la voluntad delictiva el fundamento decisivo de la represión de la tentativa vulnera la función de garantía del derecho penal, pues, así se facilita la aplicación de principios puramente preventivos con la finalidad de proteger el sistema vigente. Al contrario, el hecho de hacer depender dicho fundamento de la lesión real o puesta en peligro del objeto de la acción típica, restringe de forma excesiva la protección penal necesaria de los bienes jurídicos más importantes contra los ataques más graves. Finalmente, es evidente que no conviene partir de estas concepciones unilaterales[22] para decidir si, en ciertas circunstancias, la represión, por ejemplo, de ciertos actos preparatorios, es o no necesaria y justificada.

2. Regulación legislativa

2052 El Capítulo II del Libro primero del Código Penal está dedicado a la tentativa y contiene cuatro disposiciones. La primera (art. 16) estatuye los elementos básicos de la tentativa y establece cómo será castigado el responsable; la segunda (art. 17) regula la tentativa absolutamente imposible y declara impune a su agente; la tercera (art. 18) prevé las consecuencias del desistimiento de ejecutar el delito y de impedir que se produzca el resultado; y la cuarta (art. 19) dispone la impunidad del participante que por propia voluntad impide la realización del resultado o se esfuerza seriamente en impedirla.

2053 De la manera como el Código de 1991 ha regulado la tentativa, se puede deducir que el criterio rector ha sido el de no fundamentar la pena en la sola voluntad delictuosa o en la aversión del agente frente al orden jurídico. En cierto modo, se ha preferido la concepción objetiva, tanto por el criterio escogido para determinar la existencia de la tentativa (o sea, el inicio de la ejecución del delito), como por la atenuación obligatoria de su represión. Sin embargo, ello no quiere decir que no se haya tenido en cuenta la voluntad, pues, el factor objetivo está condicionado por la decisión del agente de cometer un delito. Así, se puede afirmar que la tentativa es reprimida en la medi-

[22] Cf. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 26 Nº 17.

da en que constituya un riesgo para el objeto de la acción típica; riesgo que es el resultado de un ataque, es decir, de un acto dirigido voluntariamente a la consumación de un delito.

En comparación con la regulación de la tentativa prevista por el Código de 1924, muy influenciado por los proyectos del CP suizo, la del Código vigente es más simple. En efecto, el Título XI del Libro Primero del Código derogado preveía la tentativa *stricto sensu* (art. 97, pf. 3), el desistimiento activo (art. 95), el arrepentimiento activo (art. 96), el delito frustrado (art. 97, pf. 2) y el delito imposible (art. 99). Las dos primeras formas de tentativa constituían casos de tentativa inacabada, y las dos últimas, de tentativa acabada. Además, las reglas de individualización de la represión eran más detalladas y se reprimía la tentativa imposible. 2054

El Código de Justicia Militar vigente conserva aún este sistema. El art. 8 de éste contiene una definición de la tentativa que ya figuraba en el art. 3, pf. 2, del CP de 1863. Según estas normas, hay tentativa "cuando se comienza y no se concluye la ejecución directa del hecho criminal". 2055

3. Elementos de la tentativa

Resulta de las normas legales, y en particular del art. 16, que para poder considerar una acción como una tentativa es necesario comprobar primero si el agente decidió cometer un delito; segundo, si comenzó a ejecutarlo; y, tercero, si no lo consumó. Si bien es cierto que lo mismo se deducía de las normas derogadas, sin embargo, el art. 97, último párrafo, del código derogado sólo establecía con respecto a la tentativa *stricto sensu* que el agente "hubiera comenzado simplemente la ejecución del delito". 2056

Sea lo que sea, siempre se considera a la tentativa como una noción dependiente de un tipo legal. Por esta razón, se califica la descripción legal de la tentativa como un tipo legal ampliado. Así, los tres elementos indicados sólo pueden comprenderse debidamente refiriéndose a un tipo legal determinado. 2057

a. Elemento subjetivo

El art. 16 prevé que el agente haya decidido cometer un delito determinando ("...un delito, que decidió cometer,..."). Al contrario, el Código derogado hacía referencia a este elemento de manera menos 2058

directa. Así, el párrafo segundo del art. 97 de este Código consignaba que el culpable debía haber "puesto de su parte todo lo necesario para la consumación...", y el art. 99 "que hubiere intentado cometer un delito...". Por su parte, el art. 8, pf. 1, del CJM vigente establece que "hay delito frustrado cuando perpetrado el hecho criminal, no se produce el mal que se propuso el culpable...". Sin embargo, ha sido el Proyecto de CP de 1877 el que de manera más clara aludió a la intención al prever (art. 2, pf. 3) que "la tentativa es la intención de cometer un delito manifestada por actos exteriores...".

2059 El verbo "decidir", empleado por el legislador de 1991, debe ser entendido en el sentido de que el autor toma la determinación de consumar un delito. El objeto de su decisión es un hecho típico o, mejor dicho, la realización de los elementos del tipo legal objetivo. En cambio, los elementos subjetivos no son objeto de esta decisión. Por lo tanto, la decisión del autor implica la consciencia y la voluntad de concretar el tipo legal objetivo. En este sentido, el elemento subjetivo de la tentativa es idéntico al dolo del delito consumado[23], comprendido el caso del dolo eventual.

2060 La intención con la cual el agente debe actuar depende, por consiguiente, de las exigencias del tipo legal que se pretende imputar en grado de tentativa. Por ejemplo, para cometer el delito de matrimonio ilegal, el no casado debe decidir contraer matrimonio sabiendo que lo hará con persona casada (art. 140: "...a sabiendas, contraer matrimonio con persona casada"). En este caso, no es suficiente que el agente actúe con dolo eventual, al contrario, este tipo de dolo basta cuando el tipo legal pertinente no prevé restricción alguna[24]. Por ejemplo, en el caso de las lesiones corporales (art. 121, causar "a otro un daño grave en el cuerpo o en la salud"). Ahora bien, si el tipo legal contiene un elemento subjetivo particular, la decisión del agente debe comprenderlo. Así, para que se dé una tentativa de hurto es

---

[23] Cf. ROXIN, 2003, § 29 Nº 59 ss.; POLAINO NAVARRETE, 1999, p. 856.

[24] Ver noción de dolo eventual, supra Nº 1205 ss. En Argentina, sostiene, por ejemplo Ricardo NÚÑEZ, 1974, p. 258 ss., que es imposible la tentativa en caso de dolo eventual, ya que la ley requiere que el agente actúe "con el fin de cometer un acto determinado". BACIGALUPO, 1974, p. 107, responde a esto afirmando que "la limitación carece de todo fundamento, pues el dolo eventual no constituye un querer indeterminado como deberían concluir quienes sostienen tal posición restrictiva".

indispensable que el agente, además de querer apoderarse del bien mueble ajeno, lo haga "para obtener provecho" (art. 185). En cambio, no actúa con la voluntad de cometer un hurto quien trata de sustraer un libro incunable con la finalidad de destruirlo. Se trataría más bien de una tentativa de daños a la propiedad (art. 205).

La resolución de cometer un delito determinado no existe cuando el agente hace depender su toma de decisión de una condición. Por ejemplo, de la condición de obtener todas las informaciones necesarias para penetrar en la casa de la víctima sin activar la alarma. Esta situación debe, sin embargo, ser distinguida del caso en que el autor se ha decidido a ejecutar el delito, pero condiciona el hecho de comenzar a realizar la infracción a la producción de un hecho aleatorio. Por ejemplo, el asaltante que, en lugar solitario y de noche, acecha una persona para atacarla. 2061

Teniendo en cuenta que el agente debe proponerse como fin la producción de un tipo legal, sólo puede darse la tentativa por lo que se refiere a los delitos dolosos. Dicho de otro modo, es imposible en el caso de delitos culposos[25]. El fin perseguido por el agente debe ser en consecuencia la consumación de la infracción y no sólo la realización incompleta del delito[26]. Este último caso es el del agente provocador[27], quien crea las condiciones necesarias para que el delincuente cometa el hecho punible, pero al mismo tiempo está decidido a impedir su realización; de lo contrario, sería un instigador. 2062

La Corte Suprema considera con certeza, en su jurisprudencia, el elemento subjetivo de la tentativa. Sin embargo, con cierta frecuencia, se preocupa tanto de comprobar su existencia, que descuida preguntarse si los comportamientos ejecutados por el agente constituyen o no un "comienzo de ejecución de la infracción". Así, en su Ejecutoria del 27 de diciembre de 1943[28], la Corte Suprema declaró la nulidad de la sentencia de un Tribunal Correccional que había absuelto a quien había tratado de llevar por la fuerza al monte a una menor de 10 años, pues no había prueba plena sobre su intención. 2063

---

25 De otra opinión, VILLA STEIN, p. 280.

26 BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 26 Nº 24 ss.; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §. 22 Nº 21.

27 Ver *infra* Nº 2300 ss.

28 En *RT* 1944, p. 245.

La Corte Suprema sostuvo, de acuerdo con el fiscal, que "existe error en la sentencia..., pues siendo la intención un elemento subjetivo, sólo puede conocerse de dos maneras por relación directa del interesado o por las pruebas indirectas que conduzcan a conocer cuál fue tal intención". La Corte Suprema concluyó afirmando que "en este caso los actos anteriores y posteriores, comprobados directamente, son demostrativos de la intención criminal" y disponiendo que el acusado debía ser sometido a un nuevo juicio oral por tentativa del delito sexual. La Corte Suprema reconoció la misma importancia a la voluntad del agente cuando, admitiendo los argumentos del fiscal, reprimió con más severidad a título de tentativa de delito sexual, al acusado, chofer de oficio, que había desviado su vehículo hacía un paraje apartado con el objeto de violar a una pasajera, la cual había tenido que arrojarse del auto, fracturándose así el brazo[29]. Un caso parecido, pero en el que la mujer pereció, fue considerado como una tentativa del delito contra la libertad individual (art. 223). Parece que la Corte Suprema no admitió que el agente hubiese actuado con la intención de violar a la víctima[30]. El análisis de ésta y otras resoluciones de la Corte Suprema es dificultoso, porque ésta, con frecuencia, señala de manera imprecisa la infracción que el agente quiso cometer. En la mayor parte de los casos se refiere sólo a los títulos del Código: "delitos contra el honor y la libertad sexuales", "delitos contra la libertad", etc, sin expresar si se trata de una violación, de un atentado contra el pudor, de un rapto, secuestro, etc. La Ejecutoria del 2 de noviembre de 1957[31] constituye, sin embargo, un ejemplo diferente. En ella, los magistrados supremos hicieron suyo el dictamen fiscal, según el cual "los móviles que impulsaron al agente a cometer el delito, la hora en que lo perpetró y el arma que utilizó para llevar adelante su propósito, revelan claramente que su intención fue causar la muerte del agraviado y no sólo lesionarlo"[32].

b. Elemento objetivo: comienzo de ejecución

2064 Según el art. 16, "el agente comienza la ejecución del delito". En el art. 97, *in fine*, del Código derogado, el legislador había creído con-

---

[29] ES del 15 de diciembre de 1949, en *RPJ* 1950, p. 339.
[30] ES del 12 de junio de 1943, p. 170.
[31] En *RJP* 1958, p. 1006.
[32] Un caso extremo de omisión de establecer, claramente, por qué infracción se reprime, es el de la ES del 21 de abril de 1953, en *RJP*, 1954, p. 993.

veniente precisar que el agente había "comenzando simplemente la ejecución del delito". Esta fórmula, consagrada legislativamente por primera vez en el Código francés de 1810 (art. 2), figuraba también en términos parecidos en el Código derogado de 1863, en los Proyectos de 1900-1902 y de 1916[33]. No fue empleada, sin embargo, en los Proyectos de 1877 y de 1928[34].

Mediante este criterio, el legislador ha tratado de distinguir los actos preparatorios de la tentativa[35] o, lo que es igual, de establecer cuáles son los actos que deben dar lugar a la intervención penal. Esto se comprende si se recuerda que el punto de partida del legislador es la impunidad de la tentativa no idónea y, en principio, también la de los actos preparatorios. Desde ahora no estamos ya más en el ámbito de la justificación de la punibilidad de la tentativa, sino en el del establecimiento de los límites de su represión. 2065

La cuestión de saber cómo debe comprenderse la fórmula "comienza la ejecución" ha sido y es aún hoy en día muy discutida. Los alcances que se le reconozcan dependen no sólo de juicios lógicos, sistemáticos o dogmáticos, sino sobre todo de muchas otras consideraciones relacionadas con la concepción del derecho penal y de la pena, así como con los criterios de política criminal que se adopten. En este sentido, se pueden distinguir los siguientes principios. 2066

b.1. Criterio formal objetivo

Desde un punto de vista formal objetivo, se ha afirmado que la ejecución del delito comienza cuando el agente realiza actos que caen dentro del tipo legal, o sea, cuando inicia la actividad descrita en éste. En el delito de hurto (art. 185), por ejemplo, se daría la tentativa cuando el agente sustraiga la cosa mueble ajena, pero sin lograr 2067

---

33 El art. 3, pf. 2, del CP de 1924, cuyo texto reproduce el pf. 2 del art. 8 del CJM, estatuía: "cuando se comienza y no se concluye la ejecución directa del hecho criminal"; el Proyecto 1900-1902 disponía: "cuando el hecho punible [...] se ha comenzado por actos exteriores directamente destinados a su completa ejecución".

34 En el primero, art. 2 pf. 2, el codificador se refería a "actos exteriores, que conduzcan a su ejecución", y en el segundo, art. 155, a la "ejecución de actos que inequívocamente conducen a su realización".

35 ROXIN, 2003, § 29 Nº 121 ss.; POLAINO NAVARRETE, 1999, p. 818.

disponer de ella, es decir, sin apoderase de ella; en el delito de estafa (art. 196), cuando el agente ejecuta el artificio, astucia, ardid o engaño, sin lograr que la víctima se desprenda en su favor de parte de su patrimonio; en el delito de violación de la libertad sexual (art. 170), cuando el delincuente ejerce violencia o amenaza sobre la víctima, sin tener éxito en su propósito lascivo.

2068 La fórmula empleada por nuestro legislador para regular la tentativa se vincula estrechamente a esta teoría, cuyas ventajas son su mayor conformidad con el principio de la legalidad, gracias a su referencia directa al tipo legal, así como su aparente claridad y simplicidad en la forma en que es aplicada[36]. Conviene, sin embargo, observar que esta concepción conduce a una interpretación demasiado formal de la ley y a una restricción excesiva de la represión, lo cual es inaceptable desde una perspectiva político-criminal[37]. Así, por ejemplo, no sería reprimido quien, con la intención de robar, se introduce en el domicilio de la víctima, sin llegar a sustraer el bien mueble por haber sido descubierto o quien es sorprendido en el momento de yacer con una menor de cinco años a fin de hacerle sufrir el acto sexual. Además conviene destacar, en relación con la técnica legislativa, que el legislador elabora casi siempre los tipos legales sin tener en cuenta sus consecuencias en el campo de la tentativa[38]. En efecto, muchos tipos legales señalan sólo la producción de un resultado, sin indicar la ejecución de un acto previo como medio para lograr la consumación. Por consiguiente, en tales casos, a diferencia de los ejemplos antes dados, falta un factor de referencia que permita afirmar que la ejecución del delito ha comenzado. Por ejemplo, el tipo legal relativo al homicidio (art. 106) sólo se refiere al que "mata a otro"; pero cuándo debe considerase que el agente comienza a matar: ¿Cuando apunta con el revólver hacia la víctima, cuando dispara, o ya cuando la espera para atentar contra ella?[39] Por esta razón, es inconveniente hacer depender, fatal y totalmente, del verbo principal del tipo legal lo que debe comprenderse por "comienzo de la ejecución del delito".

---

36 Cf. WAIBLINGER, 1958, Nº 1200, p 2; cf. JESCHECK/WEIGEND, § 49 IV.
37 STRATENWERTH, 1996, § 12 Nº 24.
38 Cf. GERMANN, 1942, p. 69; WAIBLINGER, 1958, Nº 1200, p. 2.
39 GERMANN, 1942, p. 69.

b.2. Criterio material objetivo

La doctrina, con el fin de superar las desventajas de la teoría formal objetiva, ha buscado nuevos criterios para resolver de manera más satisfactoria los casos en que los actos se encuentran fuera del tipo legal y no pueden por lo tanto ser considerados, propiamente, parte de la acción típica (teoría material objetiva, *materiell-objektive Theorie*). Con este fin, Frank[40] propuso considerar que ya existe un "principio de ejecución en todos los momentos de actividad que, en virtud de su necesaria conexión con la acción típica, aparecen como partes integrantes de ella según la concepción natural". Así, se comprenderían actos que no forman aún parte de la acción indicada por el verbo principal del tipo legal objetivo, pero que representan un peligro para el objeto del delito (entrar en una casa para robar, apuntar con un revólver desasegurado a la víctima con la determinación de lesionarla). En contra de este criterio se ha destacado su amplitud e indeterminación: la noción de "concepción natural" es vaga y la de "necesaria conexión" produce consecuencias diversas que son determinadas según un criterio objetivo o subjetivo. Así, según este criterio, el delito imposible, por no implicar un peligro, no constituiría un caso de tentativa. Esta constatación contradice el art. 17 que lo considera como una forma de tentativa no punible. 2069

Un esfuerzo para perfeccionar este criterio, sin mayor relevancia para interpretar nuestra ley, consiste en precisar que el acto realizado debe representar un peligro directo para el bien jurídico protegido[41]. El peligro, sin embargo, existe en cierto grado desde los actos preparatorios y, por lo tanto, esta cuestión es sustituida por la de saber de qué intensidad debe ser para que se pueda admitir la tentativa. Tanto la doctrina como la jurisprudencia extranjeras recurren con frecuencia a fórmulas indeterminadas e imprecisas (serio, inminente, próximo, concreto, etc.) para determinar la índole del peligro que debe representar el acto ejecutado para que pueda ser calificado de tentativa. 2070

b.3. Criterio subjetivo

Los defensores de esta concepción consideran como factor decisivo la manera como el agente percibe el nivel de desarrollo de su acción. 2071

---

40 R. FRANK, 1931, § 43 Nº II-2b.

41 MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 41 I B 2; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 22 Nº 26.

Conviene en consecuencia, determinar lo que él consideró como el paso desencadenante de la ejecución del delito que se había representado y lo que él consideró como una amenaza directa para el bien jurídico. Por consiguiente, desde esta perspectiva, la idea del agente respecto a su comportamiento aparece como decisiva, puesto que no se tiene en cuenta el acto en sí, sino lo que éste significa para su autor en el proceso de realización de la infracción. Así, poco importa en qué grado fue en realidad puesto en peligro el bien jurídico. El sentido de la fórmula de Frank fue cambiado en la medida en que el criterio de la "concepción natural", según el cual había que determinar –de manera objetiva y general– si el acto cometido formaba parte de la acción típica, fue reemplazado por el criterio subjetivo de la percepción individual del autor.

2072 Esta apreciación subjetiva extrema conduce, sin embargo, a una ampliación excesiva de la represión. En efecto, todo acto preparatorio podría entonces ser considerado como la prueba del hecho de que el agente ya había pensado haber comenzado la ejecución del delito. Por ejemplo, la mujer embarazada comete ya una tentativa de aborto al momento de traspasar el umbral del consultorio médico donde debe practicársele la operación abortiva. Además, fuera de las dificultades casi insuperables para probar cuál era la idea del autor en el momento de actuar, existe una objeción fundamental contra la concepción subjetiva: Al condicionar la existencia o no de la cuestión a lo que estimó el agente, se deja en manos del propio interesado el decidir si había comenzado a ejecutar el delito, si su acto constituía un peligro para el bien jurídico y, en buena cuenta, si él mismo merece o no ser castigado penalmente, cuando éste es un asunto de exclusiva competencia de los órganos del Estado constitucionalmente competentes.

2073 Por último, la teoría subjetiva no es compatible con la manera como ha sido regulada la tentativa en el art. 16. En efecto, al poner énfasis sólo en el factor subjetivo individual, se olvida que el comienzo de la ejecución constituye un elemento objetivo, aun cuando se encuentre condicionado por la decisión delictuosa del autor. Además, no se tiene en cuenta la estrecha vinculación que existe entre la noción de tentativa y la noción de tipicidad. Todos los tipos legales, incluso el tipo legal ampliado de la tentativa, suponen la realización de una acción concreta (modificación del mundo exterior).

b.4. Criterios mixtos

Teniendo en cuenta, por un lado que el derecho penal moderno es un derecho penal de actos y, por otro, que el sentido de éstos está determinado por la voluntad del autor, se ha intentado establecer un criterio mixto que represente un compromiso entre ambas posiciones extremas. Con este fin se acepta como punto de partida el criterio subjetivo, caracterizando la decisión delictuosa como un plan del agente. En relación con este proyecto, se admite la tentativa sólo si el agente ha realizado un acto que conduzca directamente a la realización del tipo legal[42]. Así, se combina la manifestación clara de la voluntad del autor en la acción cometida (aspecto objetivo) con el hecho de que dicha acción lleva al delito y a su consumación conforme al plan del sujeto activo. 2074

Este criterio es aceptable en la medida en que la apreciación tanto de la intensidad de la voluntad de llevar a cabo el plan, o sea de la decisión de concretar el delito proyectado, como del hecho de que la acción se sitúa ya en las inmediaciones de la realización de la acción típica, se efectúa conforme a criterios objetivos. El acto cometido debe estar, objetiva y subjetivamente, vinculado a la esfera ajena protegida penalmente. Por consiguiente, una vinculación ideal o hipotética no es suficiente. 2075

A nuestro parecer, este criterio es el más conveniente para distinguir los actos preparatorios de la tentativa. Además, el texto de nuestra ley no se opone a su admisión. Al contrario, el hecho de recurrir a los elementos objetivos y subjetivos que implica este principio concuerda con la orientación seguida por nuestro legislador. Finalmente, la teoría mixta conserva la referencia indispensable al tipo legal, factor esencial de nuestro derecho penal. 2076

Pero este criterio no tiene un valor absoluto[43]. Tampoco deber ser tenido como una fórmula en la que baste sumergir el caso a juzgar, para saber si se trata de una tentativa o de un acto preparatorio. Cada caso debe ser analizado con arreglo al tipo legal que el agente se propuso realizar[44]. En fin, conviene recordar que los esfuerzos para 2077

---

42 ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 22 Nº 42; OTTO, 1998, § 18, Nº 28 ss; JESCHECK/WEIGEND, § 49 II 2 s.

43 Cf. SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 614; CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MORULLO, p. 112.

44 MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 41 I A 2; SOLER, 1976a, T. II, p. 213 s.; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 611 ss.

precisar en una fórmula los límites entre la preparación y la tentativa han sido vanos, como se desprende de la evolución de la dogmática.

c. No realización de la consumación

2078 El tercer elemento constitutivo de la tentativa es de carácter negativo[45]. Consiste en la no consumación de la infracción, ya sea a causa de circunstancias accidentales o de la intervención del propio agente.

2079 Como ya lo hemos visto con anterioridad, la consumación de la infracción puede ser percibida como formal o material. Formalmente es definida como la realización de todos los elementos subjetivos y objetivos del tipo legal. Así, lo determinante es la manera como haya sido concebida legalmente la infracción[46]. En cuanto a la consumación material, corresponde a una etapa posterior denominada agotamiento del delito. Por lo que se refiere a la tentativa, el criterio pertinente es el criterio formal, pues, el tipo legal objetivo no debe realizarse totalmente. Esto sucede cuando el agente no ejecuta toda la acción delictuosa (delitos de pura actividad, en la medida en que ésta supone la realización de varias acciones)[47] o cuando efectuada ésta, no se produce, sin embargo, el resultado criminal (delitos materiales).

2080 Así, se puede decir que la tentativa y el delito consumado son iguales respecto al aspecto subjetivo (intención de realizar la infracción), pero que difieren en cuanto al aspecto objetivo, pues éste se concretiza sólo de manera imperfecta en el caso de la consumación[48]. Conforme a todo lo expuesto hasta ahora, se puede afirmar que la tentativa es una acción que si bien constituye un "comienzo de ejecución" no llega sin embargo a realizar del todo el tipo legal[49].

2081 Las circunstancias ajenas al agente pueden sobrevenir tanto cuando la acción está en pleno desenvolvimiento según el plan del autor, como cuando éste ya ha realizado todos los actos necesarios para la

---

45 Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 783 ss.

46 ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem § 22 Nº 2; JESCHECK/WEIGEND, § 49 III 2; WELZEL, 1967, p. 181.

47 ARZT, 1990, p. 175.

48 WELZEL, 1967, p. 182.

49 Cf. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 41 I A 2.

consumación del tipo legal. Por ejemplo, el delincuente es sorprendido y detenido después de haber penetrado en la casa de la víctima con la intención de hurtar (acto estrechamente vinculado a la acción de sustraer prevista por el tipo legal), o cuando estaba a punto de salir con el bien mueble ajeno sustraído, pero sin haber podido comportarse todavía como un propietario (en este caso falta el elemento del apoderamiento con el que se consume la infracción). La segunda hipótesis es más clara en el caso del que con la intención de matar a la víctima le hace beber una bebida envenenada y, luego, sólo espera que se produzca el resultado típico, pero éste no llega a darse gracias a la intervención de un tercero.

Poco importa el tipo de circunstancia que evita la consumación del 2082
tipo legal. Puede ser, por ejemplo, obra del mismo agente: éste abandona la acción que había comenzado a ejecutar o impide que el resultado se produzca después de haber realizado todos los actos necesarios. La circunstancia que evita la consumación puede igualmente consistir en la intervención de un tercero; por ejemplo, el tercero que detiene al agente cuando está ejecutando su acción o que evita la producción del resultado esperado por el autor. También puede acontecer que el tipo legal no se realice conforme al plan del sujeto activo. Sucede así cuando a causa de circunstancias accidentales, el medio escogido por el agente no es apropiado para alcanzar la meta delictiva o el objeto sobre el cual se realiza la acción no es idóneo para que se materialice la infracción.

Esta interpretación es conforme a la nueva regulación de la tentativa 2083
que figura en el CP de 1991. El legislador ha establecido, en el párrafo primero de su art. 16, las condiciones mínimas para que ésta pueda ser admitida. Luego ha determinado, a partir de esta regla general, cuáles son las consecuencias penales de la tentativa teniendo en cuenta las circunstancias peculiares en las que puede presentarse una acción. Por ejemplo, la disposición citada no prevé como elemento constitutivo de la tentativa, la idoneidad de la acción mediante la cual se manifiesta la decisión delictuosa. Tampoco se refiere al hecho de que la imperfección objetiva de la tentativa tenga que deberse a la interposición de un obstáculo o de un impedimento ajeno a la voluntad del agente, que detienen el curso de los acontecimientos que éste había puesto en marcha. La ausencia de tales obstáculos o impedimentos significa sólo que el agente eligió una actividad inadecuada para concretar su propósito o que no mantuvo su resolución inicial.

2084 Cuando el agente renuncia a continuar cometiendo su acción criminal o cuando interviene espontáneamente, después de haber ejecutado la acción delictuosa, para evitar que se produzca el resultado, su acción constituye también una forma de tentativa, o sea una acción tendiente a la consumación de un tipo legal. El desistimiento o el arrepentimiento[50] no implican la desaparición de la tentativa, pero constituyen, según el art. 18, circunstancias absolutorias. No se castigará a título de tentativa al ladrón sorprendido en la casa donde ha penetrado para robar sino por violación de domicilio.

d. Idoneidad de la acción

2085 El párrafo primero del art. 16 tampoco establece que el agente deba ejecutar una acción "apta para la realización del tipo proyectado"[51]. La doctrina foránea admite en general esta exigencia cuando la ley la prevé expresamente. Sucede así, por ejemplo, en Italia donde el art. 56, párrafo primero, del Código Rocco establece que se responde por tentativa (*delitto tentato*), si la acción no se cumple o si el resultado no se verifica, "quien comete actos idóneos, dirigidos de manera inequívoca a cometer un delito". Conviene destacar, en primer lugar, que no se exige que el medio escogido por el agente o el objeto del delito sean apropiados, sino que más bien lo sean los actos ejecutados. En segundo lugar, ya no se recurre al criterio de la causa eficiente, relativa a la causalidad, para determinar esta característica de los actos, sino que en la actualidad[52] se hace eco de la idea de la capacidad virtual, a la congruencia del acto cometido con relación a la realización del delito querido. Esto debe apreciarse *ex ante* (colocándose en la situación en la que se encontraba el agente) e *in concreto* (según los conocimientos del hombre medio, pero comprobando siempre si el agente conocía alguna circunstancia particular en el caso real). Por ejemplo, el hecho de darle azúcar a una persona para matarla no constituye, apreciada *ex ante*, una conducta idónea para producir este resultado; pero la apreciación será diferente si el agente sabía que la víctima era diabética.

---

50 Cf. *infra* Nº 2092 ss.

51 NOVOA MONREAL, T. II, p. 135 s. El mismo criterio fue admitido por BRAMONT ARIAS, 1966, p. 203; ROY FREYRE, T. I, p. 91.

52 FIANDACA/MUSCO, p. 339.

El hecho de que entre la intención del sujeto y la manera como obra exista una desconexión, hace a aquélla irrelevante para el derecho[53]. En efecto, si el sujeto activo desarrolla una actividad inocua desde el punto de vista de su posibilidad de culminar con un hecho típico, podría afirmarse de una manera general que por lo que se refiere a los efectos jurídicos, sólo ha nacido una intención de consumar un acto típico, pues, el propósito interno no ha sido seguido por una exteriorización material en relación con aquél. 2086

En fin, el criterio de la idoneidad de los actos es utilizado para delimitar una forma especial de tentativa: el denominado delito imposible. Éste consiste en intentar cometer un delito por un medio o contra un objeto de naturaleza tal que la realización de este delito es absolutamente imposible. En esta perspectiva, la argumentación precedente puede ser considerada como conveniente. Sin embargo no puede serlo en vista de lo establecido expresamente por el art. 17 ("No es punible la tentativa cuando..."). En efecto, según esta norma, la tentativa existe a pesar de que la consumación del delito sea imposible por ineficacia absoluta del medio empleado o la absoluta impropiedad del objeto. Esto implica que se admita la existencia de un comienzo de la ejecución, constituido por actos tendientes a la infracción. La falta de idoneidad de la acción es en consecuencia irrelevante para calificar los actos de tentativa. En cambio, el hecho de que la realización del delito sea del todo imposible, constituye una causa de impunidad del agente. 2087

4. Tentativa y delito agotado

Si se compara el delito doloso consumado con la tentativa, ésta aparece, objetivamente, como un delito imperfecto. Esta imperfección resulta por supuesto de la no realización plena del tipo legal. Esta circunstancia le permite al legislador establecer la represión de la tentativa en las disposiciones generales, sin tener que preverla con respecto a cada una de las disposiciones, subordinadas, esto es, dependientes de las prescripciones que contienen los tipos legales[54]. Sin embargo, esto no significa que la tentativa, considerada en sí mis- 2088

---

[53] Novoa Monreal, T. II, p. 134.
[54] Cf. Bacigalupo, 1974, p. 104

ma, sea una forma delictiva accesoria o secundaria: Una vez cometida, su agente se vuelve acreedor a una sanción. Schmidhäuser afirma con razón que no se trata de una parte de un hecho, esto es, no conviene decir: "comete tentativa de un hecho punible quien... ", sino "comete hecho punible, quien trata de realizar un delito..."[55]. Este hecho punible está previsto en un nuevo tipo legal que ha sido elaborado, mediante una disposición general, ampliando el tipo legal del delito consumado.

2089 A pesar de que el legislador fija la pena de la tentativa en relación con la que corresponde al delito consumado, en nuestro derecho necesariamente en grado menor, no se puede sostener que se trata de una "circunstancia atenuante"[56]. Solo es un problema de técnica legislativa.

5. Jurisprudencia

2090 En diversas ejecutorias, la Corte Suprema destacó el momento en que se consuma la infracción juzgada, con el objeto de fundamentar la existencia de la tentativa. En relación con el delito de hurto señaló que "el encausado no ha tenido en ningún momento la posibilidad de disponer del monto de lo sustraído. Fue perseguido de cerca por el agraviado hasta que fue capturado, por lo que se trata de una tentativa" y "que lo decisivo para la consumación del hurto es el criterio de disponibilidad y no el simple desapoderamiento"[57]. Al contrario, la Corte Suprema incurrió en error al declarar, de acuerdo con la opinión del fiscal, que "el delito de falsificación de moneda se consuma con la simple tenencia de los instrumentos que sirvieron para ese fin o dándole curso a los billetes falsificados"[58]. Lo cierto es que la tenencia de instrumentos es un acto preparatorio, reprimido independientemente por el art. 381 del Código derogado (art. 255 del Código vigente). Y que si se considerase consumado el delito de falsificación en tal caso, el agente tendría que ser reprimido con la pena prevista por el art. 369 del Código derogado (art. 252 del Código vigente).

---

55 SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 589.

56 BETTIOL, 1969, p. 496.

57 ES del 4 de octubre de 1972, en *BJ*, Nº 5-7, p. 292. Ver caso parecido en *RJP* 1968, p. 231. En relación al delito de estafa, ver *AJ* 1949, p. 227.

58 ES del 9 de mayo de 1963, en *RJP*, p. 227.

Ciertas veces, la Corte Suprema ha sido imprecisa al determinar cuán- 2091
do "comienza la ejecución del delito". Quizás a causa de una idea equivocada sobre el criterio que permita una solución correcta. Se puede señalar la ejecutoria del 19 de mayo de 1948[59], en la que la Corte Suprema consideró que había tentativa de violación y no atentado contra el pudor en el caso de un agente que había tratado de violar a una menor de 9 años sin lograr comenzar el coito. También la Corte Suprema calificó de tentativa de violación el hecho de acostarse sobre la víctima (menor de 3 años) después de haberla despojado de su prenda íntima[60], y el hecho de introducirse en la habitación de una menor y de quitarle la misma prenda, sin poder continuar su acción por haber sido sorprendido entonces por los padres de la menor[61].

V. Desistirse de ejecutar e impedir la consumación

1. Introducción

En el art. 18 se prevé, de un lado, la impunidad de la tentativa del 2092
delito que no se logra consumar y, de otro lado, la represión del agente por el delito que en efecto ha realizado mediante su comportamiento. Así, por ejemplo, si éste hiere a una persona con la intención de matarla, pero no continúa cometiendo su acción o hace lo necesario para evitar que la muerte se produzca, sólo será reprimido a título de lesiones corporales. Se trata de una circunstancia personal de impunidad (*Strafaufhebungsgrund*). En efecto, el art. 18 sólo favorece a quien incurre en esta circunstancia[62]. Esta calificación es determinante por supuesto en caso de participación delictuosa. Al respecto, en el art. 19 se dispone que, en caso de participación de varios agentes en el hecho, "no es punible la tentativa de aquél que voluntariamente impidiera el resultado, ni aquél que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación".

---

59 En *RJP* 1948, p. 367

60 ES del 24 de agosto de 1953, en *RJP* 1954, p. 104.

61 ES del 20 de agosto de 1970, en *RJP* 1971, p. 264.

62 Respecto al derecho alemán RUDOLPHI, SK, § 24 Nº 6, sostiene que se trata de un fundamento de inculpabilidad; más exactamente, se refiere a la falta de una culpabilidad penalmente relevante.

2093 La compleja regulación de la represión de la tentativa que figuraba en el Código de 1924, el afán del legislador de graduar la sanción conforme a una combinación prudente de los factores subjetivos y objetivos, ha sido abandonada en el Código de 1991. Como ya lo hemos indicado antes, el autor de una tentativa no es punible cuando, por su propia voluntad, desiste de proseguir su acción o impide el resultado. El hecho de que, en la segunda hipótesis, la acción haya sido más desarrollada, el peligro haya sido mayor y la voluntad delictiva más intensa, no ha sido tenido en cuenta para tratar de manera diferente estas situaciones. Lo importante para el legislador es que cesen las acciones delictuosas y que no se perjudiquen los bienes jurídicos de las personas. Esto explica el porqué, teniendo en cuenta ciertas razones de política criminal general y especial, dichas situaciones han sido consideradas como circunstancias excluyentes de responsabilidad. En el Código de 1924, esta impunidad sólo era prevista respecto al desistimiento, a causa de la concepción subjetiva predominante de la regulación. En el caso del arrepentimiento (la tentativa acabada) la tentativa se reprimía porque en estas circunstancias, el agente mantenía su voluntad criminal hasta que el desarrollo de la ejecución del delito se hallaba muy avanzado.

2. Fundamentos de la impunidad

2094 Varios criterios[63] son propuestos para justificar la impunidad. Por tradición se ha sostenido que se trata de un puente de oro[64] tendido al delincuente a fin de evitar que éste ejecute su infracción. Pero este criterio, defendido por Franz von Liszt y basado en una concepción de política criminal individual, es hoy en día muy criticado por no concordar con la realidad, puesto que es poco verosímil que el agente la conozca o, en caso contrario, de que influya en él en el momento de actuar[65].

2095 En oposición a esta concepción, se ha afirmado que se trata más bien de un premio o de una gracia a favor del delincuente. Éste es recompensado porque mediante su cambio de comportamiento ha retornado a la legalidad, atenuando así de manera importante la índole negativa de su acción y la perturbación del orden jurídico. La sanción penal se vuelve en consecuencia superflua.

---

63 ROXIN, 2003, § 30 Nº 11 ss.

64 BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 27 Nº 7.

65 RUDOLPHI, SK, § 24 Nº 2; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 624; WELZEL, 1967, p. 189.

También, se ha afirmado que la nueva actitud del agente neutraliza 2096
la reacción penal. En efecto, al desaparecer la voluntad delictuosa ya no existe más fundamento de prevención general o especial para castigar al agente. Dicho de otro modo la baja intensidad de la voluntad delictuosa o su desaparición completa, así como la insignificante peligrosidad del autor, hacen superflua la sanción penal, pues ésta ya no tiene por objeto intimidarlo para que no reincida y menos aún infundir miedo a los demás o restablecer el orden jurídico[66].

Todos estos esfuerzos han fracasado, sobre todo, por pretender ofre- 2097
cer una respuesta unilateral a un problema tan complejo. El fundamento sólo puede ser explicado recurriendo a diversos criterios. Ante todo, hay que tener en cuenta que existen razones de política criminal que justifican que se limite la intervención de la reacción penal. El agente compensa la índole negativa de su acción dirigida a consumar un delito mediante el abandono definitivo de su voluntad de continuar ejecutándolo o de consumarlo. Este cambio de actitud implica, en general, un nuevo reconocimiento del mandato legal por parte del autor y, en particular, una renovación del respeto a los intereses de terceros. La levedad de su culpabilidad se deduce de la apreciación global de su comportamiento, lo que hace innecesaria la sanción penal: el agente no es considerado como responsable.

3. Voluntariedad

El cambio de actitud del agente debe por supuesto ser voluntario, es 2098
decir, que tiene que nacer espontáneamente de su propia voluntad, por su propia iniciativa, y no por necesidad o por fuerzas extrañas. La defectuosa redacción del art. 18 podría hacer pensar que la voluntariedad constituye sólo un requisito del desistimiento que se refiere al hecho de abandonar la ejecución del delito. Esta imprecisión se debe a que el legislador coloca después del término "desistimiento" el adverbio voluntariamente, y no lo repite al emplear el vocablo "impide". El texto pudo ser más claro si se hubiese dicho "si el agente voluntariamente desiste... o impide...". Pero lo cierto es que en ambos casos el agente debe actuar de manera voluntaria[67].

---

66 BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 26 Nº 8.
67 BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 26 Nº 15.

2099 En el Código de 1924, nuestro legislador se refería al hecho de que el agente hubiera desistido "espontáneamente", substituyendo así el término "voluntariamente" empleado en el Proyecto de 1916. Esta modificación fue inspirada por el Proyecto Ferri (1921). En la exposición de motivos de este proyecto se dice que el vocablo es utilizado para indicar que el desistimiento debe comportar un propósito de enmendar el rumbo de los acontecimientos o, al menos, no ser impuesto por circunstancias exteriores que contradigan el proyecto delictuoso (por ejemplo, gritos o resistencia de la víctima, aparición de persona o de funcionarios, falta de los instrumentos necesarios o de circunstancias favorables, etc.)[68].

2100 Por lo que se refiere al arrepentimiento, el art. 96 del Código derogado empleaba la expresión "de *motu proprio*", lo que significa lo mismo que espontaneidad[69]. Así, el agente debía haber obrado por sí mismo, sin haber sufrido una coacción exterior. La razón por la cual el legislador usó la expresión "de *motu proprio*", en lugar del vocablo "espontáneamente", como lo hizo en relación con el desistimiento, podría encontrarse en el hecho de que Jiménez de Asúa tradujera de esta manera la expresión francesa de *son propre mouvement*, empleada por el legislador suizo en el Anteproyecto de 1915 (art. 24)[70].

2101 En la exposición de motivos del Código de 1991 no figura explicación alguna sobre las razones que llevaron a sus autores a escoger el término "voluntariamente". Sin embargo, estas variaciones de terminología no son de gran importancia, pues todos los vocablos indicados expresan la misma idea. Así, "espontáneo" significa "voluntario o de propio impulso".

2102 Al margen de las cuestiones de terminología que suscita el texto legal, lo decisivo es que el agente, mientras actúe y aún no haya consumado el delito, conserve su poder de decisión y que según su representación del desarrollo de los hechos, exista la posibilidad de intervenir. Conforme a la fórmula de Frank, el agente debe poder decirse: "aún podría alcanzar el resultado, pero ya no quiero hacerlo". De modo que su cambio de actitud no sería voluntario si éste se dijera: "no puedo alcanzar el resultado, aun cuando lo quisiera". En este

---

68 FERRI, 1921, p. 30.
69 Cf. BRAMONT ARIAS, 1966, p. 206.
70 Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1916, p. 209.

sentido debe comprenderse la afirmación según la cual actúa voluntariamente cuando es impulsado por motivos propios (actúa de manera autónoma) y no condicionado por motivos que le son ajenos, los mismos que le impiden actuar conforme a su voluntad.

El hecho de determinar si el agente desistió voluntariamente es un problema que debe solucionarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso en concreto, puesto que resulta muy difícil establecer reglas fijas generales. A lo más, es posible fijar algunas directivas generales[71]. Así, hay que admitir, en principio, que el desistimiento es espontáneo cuando la situación en la cual el agente abandona su decisión delictuosa, no ha sufrido un cambio esencial[72]. 2103

Como ejemplos, conviene señalar que el autor carece de voluntad de decidir de abandonar la ejecución o de impedir la consumación cuando deviene incapaz de seguir actuando (se desmaya o sufre un grave accidente), cuando surge un obstáculo físico que le impide proseguir su acción delictuosa (la alarma suena cuando toca la reja de la casa en la cual quiere penetrar a fin de robar), cuando la víctima resiste o escapa (la mujer agredida sexualmente incapacita a su agresor enceguecíéndolo con un pulverizador químico), cuando un tercero interviene en defensa de la víctima o cuando ésta descubre la acción delictuosa[73]. Hay que añadir que, en el caso del tercero, su intervención no excluye siempre la espontaneidad del cambio de actitud del agente. Por ejemplo, cuando el tercero es una persona que el agente, a causa de las relaciones personales que existen entre ambos (por ser dicha persona su madre o su esposa), considera como incapaz de denunciarlo. Por otra parte, en relación con el caso en que el agente es descubierto cometiendo su delito, la voluntariedad tampoco es excluida, tratándose de delitos en los cuales el ataque va dirigido contra la misma persona de la víctima y que ésta sorprende a su agresor (por ejemplo, en caso de homicidio, lesiones corporales o violación). 2104

De manera a la vez insuficiente y superflua, el art. 96 del Código derogado hacía referencia al hecho de que el agente debía actuar "antes de haber sido descubierta" su acción delictuosa. Era super- 2105

---

71 MERLE/VITU, T. I, p. 489.
72 ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 24, Nº 44.
73 RUDOLPHI, en SK, § 24 Nº 19 ss., Nº 25.

flua, porque se trata de una circunstancia que está relacionada con el carácter voluntario de la decisión. Como ya lo hemos afirmado con anterioridad, el hecho de que el agente sea sorprendido impide, normalmente, considerar que haya actuado de manera espontánea. Y era insuficiente porque no basta sólo descubrir el delito para negar sistemáticamente la voluntariedad de la decisión. El agente puede ignorar que su hecho ha sido descubierto, lo que hace aún posible que se pueda decidir espontáneamente.

2106 La ausencia de motivos éticos es irrelevante[74]. En efecto, el desistimiento es espontáneo aunque sea provocado por el súbito temor de ser severamente penado, o de ser sorprendido *in fragante*, o de las consecuencias de su acto o por simple desplacer. Por lo tanto, resulta incorrecto hablar de arrepentimiento, pues, este vocablo da a entender que al agente le "pesa haber realizado su acción", que sienta aflicción o dolor interior o remordimiento. Pero esta actitud no es indispensable: es perfectamente posible que el agente pueda haber cambiado de actitud por temor al castigo o por no estar satisfecho con las ventajas que pensaba alcanzar.

4. Tentativa fracasada

2107 La denominada tentativa fracasada (*fehlgeschlagener Vesuch*) constituye una situación particular que conviene considerar por separado. Se ha afirmado con anterioridad que el hecho de abandonar la ejecución o de impedir la realización del resultado sólo procede cuando el autor estima que la consumación es posible[75]. Respecto a esto, conviene añadir que ninguno de los dos hechos es factible si el agente tiene la convicción de que en ese momento, con los medios y en el contexto en que se encuentra, no puede consumar el delito. Por ejemplo, el ladrón llega a la conclusión de que no está en condiciones de abrir la caja fuerte donde se encuentran las joyas que ha de robar y ya no puede ser concretada y, por lo tanto, tampoco puede ser abandonada.

2108 Si después de haber disparado sin éxito contra la víctima para matarla, el agente se da cuenta de su fracaso y vuelve a disparar contra ella

---

[74] Cf. Maurach/Gössel/Zipf, § 41 V B 2; Eser, en Schönke/Schröder, §. 24 Nº 44; Hafter, 1946, p. 208.

[75] Roxin, 2003, § 30 Nº 77 ss.

también se da la tentativa fracasada, pues el delincuente ha agotado todas las posibilidades de las cuales disponía. Por consiguiente, es imposible admitir en este caso que el agente pueda desistir. Conviene apreciar del mismo modo el caso de quien en previsión del fracaso de su primer intento, planea recurrir a otro medio (utilizar una arma de fuego si no lograra matar a la víctima estrangulándola).

Poco importa que el autor haya actuado con dolo eventual. Por ejem- 2109
plo, el caso del violador que para escapar del policía que lo persigue, dispara contra él con la intención de matarlo. Si sólo consigue lesionarlo, no podrá en este caso desistir por pensar haberle causado la muerte. Al contrario, hay que admitir la posibilidad siguiente: el agente no desiste de su voluntad cuando, después del primer intento, renueva su acción aprovechando otras posibilidades que le eran desconocidas.

La consecuencia de admitir la tentativa fracasada es que no procede 2110
la impunidad del autor conforme al art. 18. Por el contrario, el juez tendrá que determinar la pena de conformidad con la regulación general de la tentativa (art. 16), esto es, disminuyendo prudencialmente la pena.

5. Abandonar la ejecución e impedir el resultado

a. Tentativa acabada e inacabada

Para poder comprender en qué consisten el abandono y el hecho de 2111
impedir el resultado, es necesario determinar ante todo hasta qué momento el autor puede desistir y a partir de cuándo ya sólo le queda la posibilidad de impedir la consumación del resultado. Dicho de otro modo, esto significa distinguir la tentativa inacabada de la tentativa acabada[76].

Diversos criterios han sido propuestos y la discusión aún continúa hoy 2112
en día. Siguiendo un criterio subjetivo[77], se considera que hay que te-

---

[76] ROXIN, 2003, § 30 Nº 163 ss.

[77] Cf. JESCHECK/WEIGEND, § 51 II 2; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT I 2, § 41 n. 22; KÜHL, 2000, AT, § 16, p. 74; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, §. 24 Nº 13; WESSELS/BEULKE, Nº 631; BLEI, p. 212; VILLAVICENCIO, 2001, p. 93; VILLA STEIN, p. 300 s.; BACIGALUPO, en CONDE-PUMPIDO Y OTROS, p. 540 s.

ner en cuenta si, conforme a su plan y a la idea que tiene del desarrollo de los hechos, el agente piensa que debe aún ejecutar un acto más para consumar el delito. Este criterio es demasiado restringido, por lo que debe fijarse un criterio aplicable a todos los casos y que tenga en cuenta el último acto ejecutado por el agente; o sea el acto ejecutado en el momento de decidir si debe o no continuar ejecutando la acción. El agente debe formarse una apreciación sobre la efectividad de lo ya ejecutado. No se considera si el agente tiene un plan o si prevé su eventual elaboración, pero se tiene en cuenta la posibilidad de una realización inminente del resultado y la consciencia que tuvo el agente del peligro correspondiente después de haber ejecutado el último acto.

2113 La tentativa es inacabada cuando el agente, según la representación de los hechos que tiene en el momento de decidir lo que va a hacer, no ha realizado aún todo lo necesario para que se produzca el resultado (independientemente del hecho de que tenga o no un plan de acción) (*Rucktrittshorizont*). Respecto a la convicción que deba tener el agente por lo que se refiere al hecho de que el resultado vaya a producirse o no, es suficiente que se represente la posibilidad cercana de que se produzca. Por ejemplo, poco importa que el agente considere, primero, su acción como propia para causar la muerte, pero que inmediatamente después se dé cuenta de que en realidad no es adecuada para causar la muerte de la víctima. Para que el desistimiento sea válido, basta con que el agente deje de ejecutar la acción que ha comenzado.

2114 Hay tentativa acabada cuando, según su representación de los hechos, el autor considera haber realizado lo necesario para que el resultado se produjera. Poco importa que el agente, luego de haber ejecutado el último acto, no tenga idea alguna respecto a las consecuencias de su comportamiento. Por ejemplo, el homicida, después de haber golpeado violentamente a la víctima, la hiere con un arma blanca y se aleja del lugar de los hechos. Así, el delincuente no sabe si la muerte se va a producir o no, pero cuenta con la posibilidad de que se produzca. Habiendo hecho todo lo necesario para matar, no es suficiente que se abstenga de actuar para evitar el resultado, sino que debe intervenir activamente.

b. Abandono de la ejecución

2115 Por lo que se refiere a la primera hipótesis prevista por el art. 18, el agente debe dejar de ejecutar la acción orientada a consumar el deli-

to. El abandono debe ser definitivo y debe concernir al hecho concreto que el agente se ha propuesto realizar. Este no es el caso cuando suspende temporalmente la ejecución de su acción, esperando poder continuar ejecutándola después. Por ejemplo, no abandona su voluntad criminal el violador que trata de violentar a la víctima, hasta que ésta lo persuade de tranquilizarse porque está dispuesta a mantener relaciones sexuales con él. El delincuente acepta la proposición diciéndose que si sólo es una treta de todas maneras la obligará a hacerlo por la fuerza. Pero la víctima aprovecha la ocasión para escaparse. Sin embargo, la situación es diferente si después de abandonar la ejecución del delito concreto, el agente quiere cometer más tarde otro hecho ilícito con las mismas modalidades y el mismo objetivo, con la condición de que esta nueva infracción difiera sustancialmente de la precedente. A veces se admite que también se da el abandono definitivo cuando el agente deja a un lado su propósito original (ejecución concreta iniciada) aunque piense intentarla de nuevo en el futuro[78].

Si el delincuente ha previsto cometer dos o más delitos, no es necesario que abandone la ejecución de todos ellos. Así, por ejemplo, si se ha propuesto matar a la víctima para violarla y apoderarse de sus bienes, el agente, a pesar de haber comenzado a actuar, puede abstenerse de violarla y de matarla, limitándose sólo a despojarla de sus bienes. Por supuesto, tratándose de una sola infracción, no es posible un abandono parcial. Por ejemplo, el art. 18 no será aplicable al violador que, actuando a mano armada, arroja el revólver durante la práctica coercitiva del acto sexual. Este delincuente será reprimido con la pena agravada prevista por el segundo párrafo del art. 170, por violar la libertad sexual de una persona a mano armada. Conviene por supuesto distinguir este caso del de los delitos calificados por el resultado. En efecto, el abandono de la ejecución del delito puede darse aun cuando un resultado más grave no querido, pero previsible, ya se haya producido. Por ejemplo, el delincuente que, con la voluntad de cometer un robo (hurto con violencia en las personas, art. 188), ocasiona por imprudencia al ejecutar el hurto la muerte del propietario del bien y renuncia luego a consumar el delito contra el patrimonio, será reprimido sólo por homicidio culposo (art. 111). 2116

[78] VILLAVICENCIO, 2001, p. 100.

2117 La Corte Suprema ha negado de manera correcta la calidad de voluntario al desistimiento de quien se había fugado al ser descubierto cuando trataba de hacer sufrir el acto sexual a una menor[79]. Ha procedido del mismo modo en el caso de un delincuente que había desistido de su intento de violar a una menor, por temor a ser sorprendido. En efecto, su temor había sido provocado por los gritos de otra menor que acompañaba a la agredida, diciendo que se aproximaban dos hombres[80].

c. Impedir la producción del resultado

2118 En este supuesto, anteriormente denominado "arrepentimiento activo", el agente ha realizado todo lo que, según su representación de los hechos, dependía de él a fin de consumar la infracción y, de manera activa, interviene para evitar la producción del resultado. En estos casos, la acción se encuentra en una fase de su desarrollo en la cual ya no es posible abandonar la ejecución, es decir, se trata de una tentativa acabada.

2119 El hecho de impedir el resultado significa imposibilitar su realización. La referencia limitada al resultado y no a la realización del delito es acertada en la medida en que se admite que la tentativa acabada es imposible en el caso de delitos formales o de pura actividad. En efecto, el hecho de que el agente haya ejecutado la acción típica implica, en estas circunstancias, la consumación del delito salvo, por supuesto, si se trata de un caso de imposibilidad absoluta de consumación (art. 17).

2120 Considerando el texto legal escueto, podría creerse que el legislador exige que el agente impida el resultado personal y directamente. En cambio, el art. 96 del Código derogado decía: "hubiese obrado de mutuo propio para impedir la producción del resultado". Este texto era más expresivo en la medida en que daba la posibilidad de entender que la reacción del agente debía constituir un elemento determi-

---

79 ES del 29 de octubre de 1970, en *RJP* 1971, p. 264.

80 ES del 17 de abril de 1937, en *RF* 1937, p. 309. Conviene sin embargo notar que el Fiscal en su dictamen, con el cual estuvo de acuerdo la Corte Suprema, se refiere confusamente al hecho de que "no ha habido la espontaneidad que exige la ley, o sea el arrepentimiento (sic) consecuencia de un sentimiento de bondad hacia la que no pudo ser su víctima".

nante en el nuevo proceso, pero no necesariamente el único. En efecto, es posible que la acción decisiva no sea la obra personal del agente. Es suficiente que éste haya logrado la intervención de un tercero, por ejemplo la de un médico que haya salvado a la víctima envenenada, mediante la aplicación de un antídoto u de otro medio adecuado.

Esta misma imprecisión figuraba en la fuente suiza[81] del art. 96 del 2121
Código derogado; pero las Cámaras legislativas helvéticas precisaron el significado de la regla al aprobar el texto definitivo del Código federal, en el sentido de que el agente debe haber "impedido o contribuido a impedir que el resultado se produzca" (art. 22 *in fine*).

d. No consumar el delito

No es suficiente, sin embargo, que el agente haya renunciado a con- 2122
tinuar obrando o haya tratado de impedir el resultado. Es indispensable que el tipo legal no se realice a causa de que el agente haya desencadenado un nuevo proceso fáctico que contrarreste el primer proceso que había puesto en marcha. Esto se deduce, sin dificultad, del art. 18. No sucedía lo mismo respecto al art. 96 del Código de 1924. Esta disposición decía: "el agente hubiese obrado [...] para impedir la producción del resultado". De este texto podía deducirse que era suficiente que el agente hubiera actuado con tal intención, aun cuando no hubiera logrado su objetivo.

Si a pesar de sus esfuerzos el resultado se produce, el agente será 2123
responsable del delito intencional consumado. Sin embargo, habrá que tener en cuenta las circunstancias en las cuales fracasó su afán de evitar la producción de éste. Si este fracaso se debió a un accidente desafortunado, a la intervención de un tercero o a fuerza mayor, cabe incluso preguntarse si es aún posible imputárselo objetivamente. Por ejemplo, el agente, después de haber enviado una carta bomba a la persona que quería matar, se dirige a la casa de la víctima para impedir que ésta la abra y evitar así el resultado. Pero no logra su objetivo porque es atropellado al ir en busca de la misma. A pesar de su intento espontáneo, el autor debe ser considerado responsable de homicidio. Su intento, frustrado fortuitamente, de retomar el control del desarrollo causal (desencadenado soberanamente por él mismo) no

[81] Anteproyecto de 1915, art. 24; Proyecto de 1918, art. 21.

impide que se le impute objetivamente el resultado o sea la muerte de la víctima. Su cambio de actitud deberá sin embargo ser apreciado en el momento de individualizarse la pena (art. 46).

2124 Al contrario, el arrepentimiento debe ser admitido, por ejemplo, cuando la víctima herida fallece a causa del accidente que se produce cuando, a pedido reiterado del agresor, es trasladada en una ambulancia al hospital. En este caso, el deceso ya no puede ser considerado como la materialización del riesgo creado mediante la lesión corporal inferida a la víctima por el agente. El resultado ya no puede serle imputado al autor, pues, se ha producido a causa de un desarrollo causal atípico y anormal. Se debe admitir el arrepentimiento activo del autor, por ignorar la circunstancia fortuita. Según el contexto en el que tengan lugar los hechos el agente debe desconocer las circunstancias que condicionan la no imputación y, claro está, haber realizado esfuerzos serios para impedir el resultado inicialmente querido.

2125 El autor debe hacer lo que, según él es apropiado y necesario para impedir el resultado. Por consiguiente, no debe limitarse a realizar los actos que resulten insuficientes o inútiles con respecto al riesgo que debe descartar. Esto significa que el agente debe proceder con seriedad y de manera adecuada. Por ejemplo, si para evitar el resultado "muerte" quiere llamar a un hospital pero no tiene la tarjeta para utilizar un teléfono público, está obligado a tratar de solicitar la ayuda necesaria por otros medios. Los esfuerzos están por supuesto en relación con la importancia del bien jurídico en peligro y con la gravedad de éste. Así, si se trata del bien jurídico "vida", las exigencias son mayores. El agente debe hacer lo que sea necesario para evitar casi con seguridad el resultado.

e. Reparación espontánea del daño y confesión sincera

2126 La impropiedad del término "arrepentimiento" para referirse a la circunstancia absolutoria tratada se pone de manifiesto por la confusión que puede crear con respecto a la circunstancia atenuante general de "la confesión sincera (del agente) antes de haber sido descubierto" (art. 46). En este caso, el agente manifiesta un arrepentimiento y, tal vez, incluso una reconciliación con el orden jurídico.

2127 Tampoco hay que confundir el arrepentimiento activo con un eventual proceder del agente posterior a la consumación de la infracción consistente, por ejemplo, en la entrega de una suma de dinero a

manera de retribución del daño material provocado en la propiedad ajena. Este comportamiento sólo constituye una de las circunstancias que, según el art. 46, deben ser tenidas en cuenta por el juez para individualizar la pena.

VI. Delito imposible

1. Noción

Como ya lo hemos señalado anteriormente, el art. 17 prevé la impu- 2128
nidad de la tentativa cuando "es imposible la consumación del delito". Este caso es denominado delito imposible por la doctrina[82]. Al contrario, sería equivocado hablar de tentativa imposible. En efecto, el agente tiene la voluntad de ejecutar un tipo legal y realiza actos encaminados a tal fin, pero la consumación de la infracción es imposible a causa de la naturaleza de los medios empleados o del objeto de delito hacia el cual dirige su acción. Según la terminología de la ley: "por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto" (art. 17).

La definición prevista por el art. 17 no se diferencia en el fondo de la 2129
definición contenida en el art. 99 del Código derogado, que era de inspiración suiza. Esta última disposición relacionaba directamente el carácter absoluto con la consumación del delito. En cambio, el art. 17 señala esta especificidad con referencia al medio y al objeto, cuando la consumación sólo es calificada de imposible. De esta manera recargada de establecer las condiciones se puede deducir que el legislador trató de señalar que la consumación puede ser imposible por diversas razones y que la impunidad de la tentativa sólo procede en los casos de absoluta ineficacia de los medios utilizados o de absoluta impropiedad del objeto del delito. Así, se confirma que la situación prevista corresponde a un caso de tentativa.

La diferencia substancial entre la nueva regulación y la derogada es 2130
la siguiente: aquella declara la impunidad del agente. Si bien la represión de este tipo de tentativa, aun con una pena atenuada como la que preveía el art. 96 del Código de 1924, era justificada por la primacía que se le daba a la voluntad delictuosa, esto no significaba

---

[82] CASTILLO GONZÁLEZ, 2003, p. 84 ss.; cf. ROXIN, 2003, § 29 Nº 346 ss.

aún la admisión de la teoría subjetiva de la justificación de la punibilidad de la tentativa. El análisis de la manera como el legislador establece las condiciones del delito imposible revela más bien que aquél recurre tanto a circunstancias objetivas como subjetivas. El aspecto subjetivo está constituido por la voluntad del agente de cometer un delito. Dicha voluntad debe manifestarse mediante actos concretos en el mundo exterior pero, a pesar de éstos, la consumación no debe producirse a causa de las condiciones objetivas señaladas por la ley (aspecto objetivo).

2. Aspecto subjetivo

2131 En este caso el agente quiere consumar un delito determinado y pasa al acto con la convicción de poder lograrlo según la manera como se lo ha representado. Hasta ahora se trata de la misma situación que en las demás formas de tentativa. Sin embargo, en el delito imposible, el agente se equivoca sobre uno de los elementos objetivos o normativos del tipo legal (error de tipo al revés). Por ejemplo, para matar a una persona, el agente le hace beber a ésta una bebida inocua creyendo por error que es venenosa, o aplasta con una almohada la cara de un recién nacido a fin de matarlo, cuando en realidad éste había nacido muerto. Los errores en que incurre el autor no excluyen su voluntad homicida y, por lo tanto, la voluntad necesaria para que exista tentativa.

3. Aspecto objetivo

a. Comienzo de ejecución

2132 En los dos ejemplos que venimos de citar, la voluntad de cometer el delito se manifiesta a través de una acción concreta. Pero la producción del resultado que se persigue es imposible[83]. Si se imagina que el medio y el objeto son idóneos, los actos cometidos aparecen entonces como el inicio material de la acción[84]. La adquisición del producto considerado como veneno sólo constituye un acto preparatorio; en cambio, el hecho de entregar la bebida supuestamente envenenada a la víctima constituye el inicio de la ejecución. Por lo tanto,

---

[83] Merle/Vitu, T. I, p. 493; ver Peña Cabrera, 1995, p. 354 s.
[84] Welzel, 1967, p. 186.

para determinar si la ejecución ha comenzado o no, los actos realizados deben ser considerados como idóneos.

b. Consumación imposible

Para poder comprender la imposibilidad de la consumación, en oposición con las tentativas punibles, hay que tener en cuenta que en el caso de éstas la consumación del delito es posible. Así, éstas están constituidas por actos idóneos que, normalmente, deberían haber culminado en la consumación del delito. Desde esta perspectiva, el art. 17 sería una disposición superflua, pues hubiera bastado comprobar la falta de idoneidad de las acciones realizadas para no aplicar el art. 16. Esta teoría sería además confirmada por la aplicación del principio de lesividad previsto por el art. IV. La impunidad del caso regulado por el art. 17 se deduciría entonces directamente del hecho de que la acción cometida por el agente no hubiera lesionado ni puesto en peligro bien jurídico alguno. En efecto, siendo inocuos los actos cometidos, no debe sancionarse a su autor. 2133

Sin embargo, el art. 17 no puede ser considerado superfluo, puesto que la noción general de la no lesividad no es lo bastante certera como para resolver con la debida seguridad los casos de impunidad. Por esto era indispensable que el legislador estableciera el carácter irrelevante para el derecho penal del delito absolutamente imposible, toda vez que no pone en peligro los bienes jurídicos protegidos. 2134

Tampoco basta considerar que hay tentativa sólo cuando falta el resultado, porque de esta manera no se realiza totalmente el tipo legal; pero no hay tentativa cuando la no realización del tipo legal se debe a otras circunstancias, por ejemplo porque el medio o el objeto del delito no son idóneos de manera absoluta. El hecho de disparar en la oscuridad contra un árbol, creyendo que es una persona, no es punible, pues, sólo se trata de una deficiencia en la ejecución del tipo legal. Al contrario, constituye una tentativa el hecho de disparar con intención homicida sobre una persona, que resulta finalmente siendo un árbol. Esta teoría, denominada teoría del defecto de tipo, no permite sin embargo distinguir con nitidez los casos que deben ser reprimidos, sobre todo porque todos los tipos legales no prevén de manera clara el resultado como la culminación de la acción. 2135

También resulta inconveniente tratar de delimitar los casos penalmente significativos recurriendo al criterio de la idoneidad o 2136

no de la acción cometida al querer perpetrar un delito. Referente a esto, conviene recordar ante todo que la ley no prevé la idoneidad de la acción como un elemento constitutivo de la tentativa (*lato sensu*). Además, hay que tener en cuenta que, en la práctica, resulta casi imposible distinguir los actos idóneos de los que no lo son. Tradicionalmente, por ejemplo, se ha tratado de reducir la idoneidad a la noción de eficacia causal. Así, la acción ejecutada debería ser capaz de producir el delito querido. No obstante, este criterio resulta inaplicable porque la causalidad supone dos elementos, y uno de estos (el resultado) falta precisamente en el caso de la tentativa. La apreciación *ex ante* (posterior al hecho) concluiría, pues, siempre a la falta de idoneidad de la acción.

2137 Con relación al delito imposible, la referencia legal al carácter absolutamente ineficaz del medio o la impropiedad del objeto, supone que existan casos de ineficacia e impropiedad relativas. Así, habría que distinguir la idoneidad relativa de la idoneidad absoluta, admitiendo que el art. 17 se refiere a la falta de la última. La imposibilidad es absoluta cuando la acción es en sí misma incapaz, a causa de la naturaleza de los medios empleados o del objeto, de culminar en la consumación del delito. Por ejemplo, el hecho de emplear azúcar en polvo en lugar de arsénico (ineficacia del medio) o el hecho de practicar maniobras abortivas en una mujer que no está encinta (impropiedad del objeto).

2138 Al contrario, la imposibilidad es calificada de relativa cuando la producción del resultado fuera factible si la acción fuese realizada en otras circunstancias de tiempo, de lugar o de medios. Por ejemplo, el hecho de emplear una cantidad insuficiente de veneno (ineficacia del medio) o de disparar contra el lecho donde reposaba la víctima y del cual ésta se había alejado (impropiedad del objeto). Estos ejemplos muestran con claridad la complejidad de fijar el límite entre estos dos niveles que son progresivos. Además, esta dificultad aumenta en los casos límites. Por ejemplo, la tentativa de homicidio fracasa porque la víctima, por azar, ya había abandonado el lecho sobre el cual disparó el delincuente, o porque circunstancialmente la víctima se había protegido con un chaleco contra balas, o porque la víctima era inmune al veneno con el que se le trató de matar.

2139 Para superar estas dificultades es mejor recurrir a la peligrosidad de la acción cometida por el agente, mediante la cual es imposible consumar el delito, porque el medio es ineficaz o el objeto inapropiado.

Estas características indican una falta de capacidad potencial para hacer factible la consumación. La apreciación de esta potencialidad del medio y del objeto, y por consiguiente de la acción, debe hacerse *ex ante* e *in concreto*. Dicho de otro modo, el juez debe colocarse, idealmente, en la misma posición en que se encontraba el agente al comenzar la ejecución de su acción y apreciar, según los conocimientos que tenía, si la acción podía, según las circunstancias del caso, desembocar en la realización del tipo legal. Esta perspectiva recuerda por supuesto la denominada causalidad adecuada. El hecho de suministrar azúcar con la intención de matar debe ser considerado como una acción no idónea, a no ser que el agente hubiera sabido que la víctima era diabética[85]. Así, no se puede considerar que existan medios u objetos que con carácter general puedan ser considerados inadecuados para consumar un delito, así como acciones no idóneas y, por lo tanto, no peligrosas en sí mismas. Siempre hay que tener en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto.

El peligro del que se trata es el que representa la acción realizada 2140
para los bienes jurídicos de terceros. En cambio, no se trata en ningún caso del peligro que representa la posibilidad de que el agente, en el futuro, reitere su acción corrigiendo el error en que incurrió la primera vez. Este razonamiento implicaría una violación del principio de la culpabilidad, porque la responsabilidad se establecería no en función de la acción ejecutada, sino de lo que el agente hubiera podido cometer.

4. Tentativa irreal o supersticiosa

Un ejemplo típico de este tipo de tentativa es pretender causar la 2141
muerte de una persona recurriendo a medios mágicos. Este tipo de casos constituyen naturalmente tentativas imposibles a causa de la ineficacia absoluta del medio empleado. En efecto, cualquier observador objetivo que se coloque en la situación del agente considera que es imposible que se consume el delito y será consciente de que su acción no pone en peligro bien jurídico alguno.

Diversos criterios han sido propuestos para justificar la no represión 2142
de la tentativa irreal. Así, se afirma que en estos casos no se perturba

---

85 FIANDACA/MUSCO, p. 339.

"la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico", lo que en cambio sí se produciría si se dejara impune al agente que de manera seria se hubiera propuesto realizar un hecho penalmente relevante y que hubiera comenzado su ejecución[86]. También se ha dicho que no hay tentativa, puesto que no puede considerarse como comenzada la ejecución del delito, "pues según la experiencia general no es parte de la acción típica"[87] el acto realizado por el agente. Por ejemplo, el hecho de realizar sesiones de magia para hacer que un espíritu haga daño a un tercero [88] o el hecho de lanzar con una honda piedras contra un avión a fin de derribarlo. En todos estos criterios que no son en sí incompatibles, hay que considerar de manera prioritaria la falta de peligrosidad de la acción realizada. Por no comenzar la ejecución, no se pone en peligro bien alguno y, por lo tanto, el acto es penalmente irrelevante y sin efecto importante en la comunidad.

2143 Las legislaciones que reprimen el delito imposible establecen generalmente la impunidad cuando el agente ha actuado a causa de un grave defecto de inteligencia. Excepciones de este tipo no son necesarias en nuestro orden jurídico, porque éste establece la impunidad de toda tentativa imposible y supersticiosa o irreal.

5. Jurisprudencia

2144 En la jurisprudencia de la Corte Suprema no nos ha sido posible encontrar resolución alguna que se refiera a un caso de delito imposible. Sin embargo, se planteó el problema, aunque de manera confusa, en el proceso que culminó con la Ejecutoria del 30 de setiembre de 1943 [89] y en el que X fue juzgado por el hecho de haber otorgado dinero a dos individuos a fin de falsificar moneda. Estos habían en realidad utilizado esta argucia para estafar a X. El tribunal correc-

---

[86] Jescheck/Weigend, § 50 I 4; cf. Baumann/Weber/Mitsch, § 26 Nº 32 ss.; Stratenwerth, 2000b, p. 735. Schmidhäuser, 1975, p. 608; Welzel, 1967, p. 186; Wessels/Beulke, Nº 620.

[87] Jescheck/Weigend, § 50 I 1 ss.; Eser, en Schönke/Schröder, § 22 Nº 66; Schmidhäuser, 1975, p. 608 s.; Bacigalupo, 1974, p. 108.

[88] El hecho de hacer uso de sustancias que, por creencias en la magia o en la brujería, son consideradas como venenosas, es por supuesto distinto.

[89] En *RJP* 1943, p. 31.

cional le impuso a X la pena de 6 meses de prisión condicional por tentativa de falsificación de moneda. El fiscal supremo sostuvo en su dictamen que estaba comprobada la "intervención de X en la pretendida maniobra ilícita, maniobra que no tenía el carácter de imposible con respecto a X que proporcionó los elementos indispensables para la manipulación". La Corte Suprema de manera acertada no estuvo de acuerdo con el razonamiento del fiscal y planteó más bien el problema como una cuestión de participación. En efecto, afirmó que el acto de X "aunque moralmente reprobable, no es punible porque no determina su condición de coautor de la infracción en la comisión de un delito que realmente no se proyecta ejecutar; para que exista jurídicamente requiere el comienzo de la ejecución directa del delito, que en el caso que se juzga no ha ocurrido realmente".

En realidad se trataba de una tentativa de participación en la comi- 2145
sión de una infracción que no se proyectaba ejecutar, pues, los otros dos implicados nunca se habían propuesto cometer el delito de falsificación de moneda. Esta tentativa de participación no es reprimible porque ni siquiera se había iniciado la ejecución de la acción delictuosa. Si esto hubiese sucedido, se tendría que haber hablado entonces de participación en una tentativa de delito de falsificación[90] de moneda. La acción de X no debía ser juzgada aisladamente, como pretendía hacerlo el fiscal, sino con la de los otros dos que habían simulado querer realizar la citada falsificación. Considerada desde esta perspectiva, la acción de X (entregar dinero para adquirir instrumentos, material, etc.) sólo reviste el carácter de un acto preparatorio excluido de pena. Desde este punto de vista, lo sostenido por la Corte Suprema[91] adquiere una correcta y completa significación.

6. Delito putativo

Hay que diferenciar el delito imposible del llamado delito putativo. 2146
Este último existe cuando el agente comete un acto pensando que se trata de un delito. Dicho de otro modo, el agente obra bajo la in-

---

90 Cf. *supra* Nº 2090, 2140, 2145.

91 En un caso parecido, la Corte Suprema había, anteriormente, sancionado al agente por tentativa, adoptando para esto un criterio demasiado subjetivo. Ver ES del 30 de setiembre de 1939, en *RF* 1940, p. 388.

fluencia de un "error de prohibición al revés"[92]. Su apreciación de las circunstancias de hecho relativas a su acción es correcta, pero cree por equivocación que dicha acción se halla prevista en un tipo legal, el cual en realidad no existe. En cambio, en el caso del delito imposible, el agente procura cometer una acción que está prevista como delito en una disposición legal[93]. Por ejemplo, el agente mayor de edad practica libremente el acto contra natura con su amigo mayor de edad creyendo que la ley penal reprime esa práctica homosexual, o un preso piensa que comete delito al fugarse sin violencia del centro penitenciario donde se halla recluido.

2147 En tales casos no resulta conveniente penar al sujeto, pues la idea equivocada[94] según la cual ciertas conductas son delictuosas (a causa de un error sobre la existencia de una disposición legal o sobre los extremos de su aplicación) no revela una voluntad relevante en el ámbito penal. El carácter delictuoso de un acto no puede depender de la opinión personal de los individuos[95]. El hecho de reprimir al agente en estos casos, constituiría en consecuencia una violación del principio de legalidad.

2148 Si se tiene en cuenta la teoría del delito, se puede sostener que el agente actúa sin dolo, pues éste supone la consciencia de cometer un delito. Esta consciencia falta puesto que el autor se representa la realización de un acto que no está previsto por un tipo legal. Además, respecto al aspecto objetivo, cabe señalar que la acción cometida no representa peligro alguno (ni siquiera abstracto) para los bienes jurídicos de terceros.

7. Imposibilidad por sujeto activo inapropiado

2149 Un ejemplo muy citado en la doctrina es el del marido que está separado de su mujer desde hace mucho tiempo y que vuelve a contraer

---

92 Cf. Castillo González, 2003, p. 120.

93 Cf. Maurach/Gössel/Zipf, § 41 III C; Soler, 1976a, T. II, p. 207; Hafter, 1946, p. 214; Jescheck/Weigend, § 50 II 1; Baumann/Weber/Mitsch, § 26 Nº 38 ss.

94 El error fundamental en el que incurre el agente en el caso del delito putativo y su naturaleza han llevado a algunos autores a afirmar que se trata de una situación que sólo pertenece al dominio de la culpabilidad (cf. Schmidhäuser, 1975, p. 601) y que su estudio junto a la tentativa es debido sólo a razones didácticas.

95 Merle/Vitu, T. I, p. 497.

matrimonio desconociendo que ésta ha fallecido. Porque ignora este hecho, él cree haber cometido el delito de bigamia. Los casos más frecuentes se dan, sin embargo, en los delitos especiales propios, caracterizados porque la ley dispone que sólo pueden ser cometidos por agentes que reúnen ciertas calificaciones (funcionarios, militares, etc.).

A veces, estos casos son tratados como supuestos en los que el responsable del delito no es idóneo y son considerados como delitos imposibles[96]. Sin embargo, esta solución es incorrecta en la medida en que el art. 17 no prevé expresamente la impunidad de la tentativa cuando el delito no puede ser cometido por impropiedad del sujeto activo. Pero esta falta de reglamentación también puede ser interpretada en el sentido de que hay que aplicar el art. 17 por analogía, puesto que, por un lado, la falta de idoneidad del sujeto es semejante a los casos previstos por esta disposición y, por otro, el acto cometido merece la misma valoración, o sea, la impunidad de la tentativa imposible. Además, esta aplicación no viola el principio de la legalidad, pues éste sólo prohíbe la extensión y no la restricción de la represión. 2150

Algunos autores han tratado de justificar la impunidad del sujeto activo inapropiado recurriendo al criterio del defecto del tipo legal (Frank, Dohna, Liszt, Schmidt). Según este criterio, concebido para delimitar la punibilidad de la tentativa, hay tentativa sólo si la no consumación del delito es debida a la no realización de la "última parte" del comportamiento delictuoso, es decir, del resultado. Al contrario, si el fracaso se debe a la falta de concretización de otro elemento del tipo legal (como los referentes al medio o al objeto del delito), no hay tentativa y la impunidad del autor de la conducta se impone a causa de la defectuosa realización de ésta. Por ejemplo, hay tentativa de daños cuando el delincuente, a pesar de los esfuerzos desplegados, no logra destruir un bien perteneciente a un tercero. En cambio, no hay tentativa si, en circunstancias similares, el agente, sin saberlo, destruye un bien que le pertenece a él. El mismo razonamiento debería entonces ser válido respecto al "bígamo" que contrae un nuevo matrimonio desconociendo que su mujer ha fallecido. La separación artificiosa del resultado como la "última parte" del comportamiento delictuoso imposibilita la aplicación de este criterio casi en la mayoría de los delitos. 2151

---

96 MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 41 III C 2.

2152 También se ha procurado explicar la impunidad del que actúa creyendo reunir la calidad de autor exigida por el tipo legal, considerándose este caso como uno cercano al del delito putativo. Como los tipos legales de los delitos especiales propios suponen que el agente es titular de un deber especial, cuya violación caracteriza, justamente, esta clase de infracciones, el agente que cree infringir un deber, al que por error se cree vinculado, comete una acción que realmente no es ilícita[97]. El caso es que resulta más apropiado plantear este argumento si se admite la represión del delito imposible. En efecto, en esta perspectiva aparece como positivo porque permite excluir la represión penal. De este modo, se comprende así mismo que, respecto a los delitos especiales impropios, se admita la tentativa imposible cuando se trata de un agente que no es el indicado por el tipo legal. Por ejemplo, la mujer no embarazada que se somete a prácticas abortivas. Aquí se trataría de una relación especial entre el agente y el objeto sobre el que recae la acción delictuosa[98].

2153 Siguiendo una parte de la doctrina, nos parece más adecuado, tanto dogmáticamente como en relación con la política criminal, considerar que la impunidad del sujeto activo que no es idóneo se explica por la falta de un ilícito significativo para el derecho penal. Mediante su comportamiento, el autor no crea una situación de peligro para el bien jurídico protegido y tampoco viola un mandato de la ley, pues no es titular del deber especial previsto, implícitamente, por el tipo legal (falta de valoración negativa respecto a la acción). Su comportamiento, por lo tanto, es atípico.

2154 El factor decisivo para comprender mejor los casos límites es el que consiste en determinar el aspecto afectado por el error en que incurre el agente al creer que posee la calificación prevista por el tipo legal. En el ejemplo del marido que, pensando equivocadamente que su primera esposa aún vive, cree cometer el delito de bigamia al contraer nuevas nupcias, su error concierne, ante todo, a una situación de hecho, o sea la misma que condiciona la calidad de autor según el art. 139 ("El casado..."). En este caso, el autor comete un error sobre el tipo objetivo al revés, o lo que es lo mismo, un delito imposible, impune según el art. 17. Cuando se reprime el delito imposible, la

---

97 Cf. Bacigalupo, 1974, p. 109.

98 Jescheck/Weigend, § 51 III 3.

impunidad del autor sólo puede ser justificada por la falta de deber especial: el fallecimiento de la primera esposa (ignorado por el marido) ha hecho desaparecer el deber que se trata de hacer respetar mediante el art. 139. Lo mismo, por consiguiente, tiene ser admitido en los casos en que el comportamiento constituye un delito especial a causa de una situación de hecho particular. Esta situación condiciona la aparición del deber que el agente debe respetar y que, por lo tanto, sólo él puede violar. El agente que conduciendo su vehículo por una calle sin iluminación, cree haber atropellado a un peatón y huye del "lugar de los hechos", comete igualmente un delito imposible impune. Ocurre lo mismo en el caso del relator que piensa cometer un delito de falso testimonio (art. 409) al transcribir en las actas del proceso de manera incorrecta las declaraciones de un testigo.

En cambio, no constituye una tentativa el caso de la empleada de limpieza de un Ministerio que, considerándose por error como una "funcionaria", cree haber cometido un delito de omitir, rehusar o retardar la ejecución de actos funcionales (art. 377). Ella no incurre en un error sobre el tipo legal, pues, conoce muy bien la situación en la que actúa y lo que no hace (ordenar y limpiar las oficinas). Pero se engaña al pensar que su comportamiento encuadra en el tipo legal de la disposición citada. Se trata, por lo tanto, de un error de subsumir al revés[99], el cual constituye un caso de delito putativo. Por consiguiente, su comportamiento es impune. 2155

VII. Regulación de la pena en caso de tentativa

1. Sistemas legales

Respecto a la manera como reprimir la tentativa, las legislaciones pueden ser clasificadas en tres grandes grupos. El primer grupo está formado por aquellas que asimilan la tentativa al delito consumado, imponiéndole por consiguiente la misma pena al autor. El ejemplo típico es el CP francés de 1810, orientado hacia un criterio puramente objetivo. En este caso, el fin del legislador es la intimidación[100]. En 2156

[99] Cf. *supra* Nº 2146 ss.

[100] El art. 21-04 del Anteproyecto del CP francés asimilaba a la categoría de autor de un delito al autor de una tentativa. Esto por supuesto significa igualdad en la represión (art. 32-01). Consultar: Avant-projet 1976, p. 46.

el CP de 1994, la igualdad, por lo que se refiere a la pena, es conservada. Sin embargo, ya no se asimila la tentativa al delito consumado, sino que se declara como autor tanto al que realiza el tipo legal como al que intenta hacerlo (art. 121-4). Esta modificación no tiene una verdadera importancia práctica[101]. El CP austriaco también estatuye la misma represión en caso de tentativa como en caso de consumación. En razón a otros criterios, los partidarios de la escuela positivista italiana también sostuvieron la igualdad de la pena entre un delito consumado y una tentativa. Fundamentaron esta identidad en la peligrosidad del delincuente y, asimismo en el hecho de que la no producción del resultado, muchas veces debida al azar, en nada modificaba, según ellos, el carácter peligroso de la personalidad del agente.

2157 El segundo grupo está constituido por las legislaciones que, teniendo en cuenta, sobre todo, la imperfección objetiva de la tentativa, estatuyen una pena inferior a la del delito consumado. Es el sistema predominante en los códigos promulgados durante la segunda mitad del siglo XIX (Código belga de 1867, alemán de 1870, italiano de 1889). Nuestro Código de 1863 pertenecía a este grupo. En efecto, su art. 45 ordenaba que al autor de un "delito frustrado" se le impusiera la pena del delito consumado disminuida en un grado; y su art. 47 señalaba que al autor de la tentativa se le castigara con dicha pena disminuida en dos grados. Este criterio ha sido adoptado en el Código de 1991, pero sin la rigidez de los viejos códigos clásicos. Según el art. 16, el "juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena".

2158 El tercer grupo está formado por las legislaciones que han adoptado una solución intermedia, consistente en dejar en manos del juez la decisión de saber si, en el caso concreto, el autor de una tentativa merece ser reprimido con la misma pena que aquélla que está prevista para el delito consumado o si debe ser favorecido con una atenuación. Este es el caso de varios códigos modernos, por ejemplo, el suizo (art. 21 y 22) y el alemán (§ 24, pf. 2).

2. Legislación nacional

2159 En el Proyecto de 1916 se abandonó por primera vez el sistema rígido de atenuación de la pena que figuraba en el Código de 1863 y en

[101] PRADEL, 1995, Nº 30.

los Proyectos de 1877 y 1900-1902. Sin embargo, no se incorporó ninguno de los otros dos sistemas, sino que se adoptó una solución híbrida. Así, se quisieron tener en cuenta, con mesura, los factores objetivos y subjetivos de la tentativa y no conceder al juez un poder discrecional demasiado amplio en la individualización de la pena.

En el Código de 1924, se conservó la orientación del Proyecto de 1916, pero sin la misma claridad. El sistema puede ser resumido de la manera siguiente: 2160

- El agente comienza la ejecución de la acción delictuosa, pero emplea medios o la dirige contra un objeto no idóneo: la pena será atenuada por debajo del mínimum legal (delito imposible).
- El agente ejecuta de manera completa su acción, pero el resultado no se produce por circunstancias accidentales: la pena podrá ser la misma que la del delito consumado o disminuida en la proporción antes señalada (delito frustrado).
- El autor desiste espontáneamente de continuar ejecutando su acción: no será castigado por tentativa (desistimiento espontáneo).
- El delincuente ha hecho todo lo necesario para que se consuma la infracción, pero interviene de *motuo proprio* para impedir la producción del resultado: la pena será disminuida por debajo del mínimum legal (arrepentimiento activo).

La regulación prevista en el Código de 1991 es más simple: 2161

- En caso de tentativa, el delincuente será reprimido con una pena prudentemente atenuada respecto a la que hubiera merecido en caso de consumación (tentativa simple y delito frustrado).
- Cuando resulta imposible consumar el delito, por ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto, el autor de la tentativa es impune.
- Si el autor, voluntariamente, desiste de continuar ejecutando la acción delictuosa o impide que se produzca el resultado, no será castigado por tentativa del delito que quiso consumar. Sólo se le sancionará cuando los actos cometidos constituyan de por sí otros delitos (desistimiento espontáneo y arrepentimiento activo).

Si bien se prevé la atenuación obligatoria de la pena, se le otorga al juez un amplio poder para individualizar la sanción penal. El legislador se ha limitado a señalar que el juez debe proceder según las reglas 2162

de la prudencia (cordura, moderación). Así, por ejemplo, el juez deberá considerar el nivel de desarrollo de la acción y la intensidad de la voluntad delictuosa. El hecho de determinar si se trata de una tentativa inacabada o acabada constituye un apoyo para estas apreciaciones.

2163 En vista del sistema de márgenes penales empleado para establecer las penas según cada delito particular, la tarea del juez resulta difícil en la medida en que debe, en primer lugar, fijar la sanción (dentro del *minimum* y del *maximum* previstos) que el agente hubiese merecido si hubiera consumado el delito y, en segundo lugar, atenuarla teniendo en cuenta todas las circunstancias materiales y personales del caso concreto (art. 45 y ss).

2164 En relación con la manera amplia como se prevé la atenuación de la pena, cabría preguntarse si el juez puede disminuir la pena por debajo del *minimum* especificado en la disposición de la parte especial. La cuestión se plantea en aquellos supuestos en los que la pena, en caso de que se hubiera consumado el delito, fuera el *minimum* legal. Por ejemplo, si el autor de una tentativa de hurto (delito que se encuentra conminado con una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años) puede ser reprimido con una pena privativa de la libertad menor de un año, ya que si lo hubiera consumado no hubiera merecido una sanción mayor a la del mínimum previsto en el art. 185. No sería justo atribuirle una pena mayor en la hipótesis de la consumación con la única finalidad de aparentar que se le ha atenuado la pena. Un caso extremo fue el de los delitos reprimidos con cadena perpetua (terrorismo agravado, DLeg. 895 del 23 de mayo de 1998[102]): si se trata de una tentativa, deberá siempre imponerse una pena privativa de libertad (art. 29).

3. Pena por el delito realmente cometido

2165 Según el art. 18, el agente será penado sólo "cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos" Dicho de otro modo, si los actos cometidos ya constituyen una infracción autónoma, el agente será perseguido y sancionado en relación con dicha infracción. Así, por ejemplo, el delincuente que, con el fin de matar a una persona,

[102] Dejado sin efecto por la STS 005-2001-AI-TC, de 17 de noviembre 2001, y derogado por el art. 4 de la Ley 27569, de 02 de diciembre 2001.

la ataca con una arma blanca y después de inferirle algunas heridas leves, renuncia espontáneamente a proseguir su acción, no podrá ser reprimido por tentativa de homicidio, pero sí como autor del delito de lesiones. Otro caso será el de un delincuente que penetra en una casa ajena con el objeto de violar a la propietaria, pero que desiste después de vencer la resistencia de ésta y antes de practicar el coito. Este agente será sancionado por el delito de violación a domicilio pero no como autor de tentativa de violación.

§ 20 Participación delictiva

I. Introducción. II. La participación y sus formas. III. Maneras de regular la participación. IV. Autoría y participación: criterios diferenciadores. 1. Generalidades. 2. Criterio objetivo. a. Criterio formal objetivo. b. Criterio material objetivo. 3. Criterio subjetivo. 4. Teoría del dominio del hecho. 5. Criterio de la violación de deberes. V. Autoría. 1. Introducción. 2. Autor incapaz de culpabilidad. 3. Autoría mediata. a. Error sobre el dominio del hecho. b. Casos especiales de autoría según la naturaleza de la infracción. 4. Actuar en lugar de otro. a. Introducción. b. Campo de aplicación. c. Actuación de derecho o de hecho. d. Realización del tipo legal. e. Participación en el actuar en lugar de otro. VI. Coautoría. 1. Introducción. 2. Decisión común de cometer la infracción. 3. Común dominio del hecho. 4. Contribución propia. 5. Condiciones personales. 6. Imputación del hecho punible. 7. Circunstancias particulares. 8. Autoría causal o accesoria. 9. Circunstancias materiales y personales. 10. Jurisprudencia. 11. Tentativa e instigación en la coautoría. VII. Participación stricto sensu. *1. Instigación. a. Noción. b. Medios utilizados por el instigador. c. Intención del instigador. d. Instigación de una o más personas. e. Casos especiales. f. Límites de la responsabilidad del instigador. g. Tentativa y consumación en la instigación. h. Agente provocador. 2. Complicidad. a. Noción. b. Diferencia entre coautores y cómplices. c. Hecho punible principal. d. Prestar auxilio o asistencia. e. Causalidad de la complicidad. f. Momento de la intervención del cómplice. g. Tentativa de complicidad. h. Complicidad por omisión. i. Complicidad en delitos especiales. j. Intención del cómplice. k. Represión de la complicidad: cómplice primario y cómplice secundario. l. Fijación de la pena para los cómplices. VIII. Técnica legislativa y distinción entre los partícipes.*

I. Introducción

Hasta ahora, para analizar la tipicidad, la ilicitud y la culpabilidad, hemos tenido como punto de referencia principal a la acción, sin considerar si ésta era obra de una o de varias personas. En el estudio de la participación delictiva, el problema central es el sujeto, puesto que se trata de determinar quién ha cometido culpablemente la acción típica e ilícita y, en caso de ser varios los participantes, qué papel ha desempeñado cada uno de éstos. 2166

Al elaborar los tipos legales, en general por razones de técnica legislativa, el legislador señala a un individuo como sujeto de las acciones incriminadas. Así, en su mayor parte, las disposiciones de la parte especial del Código comienzan con la fórmula: "el que...". Por otra parte, aun en los casos en que recurre al plural ("los que"), estima suficiente que una persona realice la acción delictuosa. Por ejemplo, el Código de Justicia Militar emplea con frecuencia la expresión "los que..." (art. 94, 115, 249 CJM). 2167

Sin embargo, en relación con algunos delitos y dada la manera como son definidos, el legislador prevé el concurso de dos o más personas. El delito de matrimonio ilegal o bigamia del art. 140, por ejemplo, consiste en que una persona soltera, a sabiendas, contraiga matrimonio con una persona casada. Sin el concurso de ambas personas, el delito no puede ser ejecutado. Otro ejemplo, la forma tumultuaria en la que debe ser cometido el delito de motín previsto en el art. 348 supone la participación de varias personas y, por lo tanto, este hecho punible no puede ser la obra de un solo detenido, a pesar de que el texto de la disposición legal comienza diciendo: "el que". De igual manera, en el art. 108 del CJM, el delito de sedición consistente en "confabularse y alzarse tumultuariamente en guarnición, en cam- 2168

paña o frente al enemigo..."[1]. Pero fuera de estos casos peculiares, el resto de delitos previstos como ejecutables por una persona individual pueden ser y son, con frecuencia, cometidos por varias personas juntas.

2169 Las condiciones que caracterizan al autor de un delito, las distintas formas de intervención y la responsabilidad de cada uno de los participantes han sido reguladas por nuestro legislador en el Capítulo IV del Título II del Libro primero del Código Penal, bajo la denominación: "Autoría y participación". El estudio y la sistematización de los criterios y principios relativos a la participación son denominados, en la dogmática penal, "teoría de la participación delictiva". Sobre esta parte de nuestra disciplina podemos repetir con Kantorowics que "es el capítulo más oscuro y complicado de la ciencia penal"[2].

II. La participación y sus formas

2170 En el Código derogado, el término "participación" era empleado en el sentido amplio de tomar parte en un acto. Comprendía pues a la coautoría, pero no a la autoría propiamente dicha en la que no se da un concurso de personas en la comisión del delito. El nuevo Código, con mejor criterio, hace referencia expresa a la autoría.

2171 En los art. 13 y ss. del CJM, también hace referencia a los autores, pero no bajo el rubro de "participación", sino bajo el de "Delincuentes".

2172 En el Código derogado, se regulaban expresamente cuatro formas de participación: la coautoría (los que tomaran parte en la ejecución), la instigación (los que intencionalmente decidieran a otro a cometerlo), la complicidad primaria (los que coadyuvaran intencionalmente, con auxilio o cooperación, y sin los cuales no habría podido perpetrarse el delito) y la complicidad secundaria (los que de cualquier otro modo, con intención) hubieran prestado asistencia para cometer el hecho punible).

2173 Siguiendo el modelo alemán y recurriendo a diversas fuentes (por ejemplo, el Código portugués), el Código de 1991 abandonó el siste-

---

[1] Los artículos 302 y 307 CJM, que prevén los delitos de rebelión y de sedición también presuponen la participación de varias personas. En efecto, de ninguna otra manera puede darse un "alzamiento en armas".

[2] Citado por ROXIN, 2000, p. 1.

ma del Código derogado. Las categorías de autor, coautor y autor mediato ahora son reguladas separadamente de las de cómplice e instigador. Estas dos últimas aún siguen la orientación española, es decir, la del Código derogado. Así, se continúa diferenciando el cómplice primario del cómplice secundario. En fin, en los diversos proyectos de reforma, las disposiciones correspondientes no siempre han sido redactadas de la misma manera. En el Anteproyecto de 2004 no se proponen cambios sustanciales a la regulación vigente.

III. Maneras de regular la participación

Existe unanimidad sobre el hecho de que es necesaria y está justificada, desde un punto de vista de política criminal, la represión de todos aquellos que concurran en la comisión de un acto delictuoso, cualquiera que hubiera sido su intervención. Sin embargo, dos sistemas han sido concebidos para imputar la realización del delito a los diversos participantes. 2174

En primer lugar, el denominado sistema unitario de autoría (*Einheitstätersystem*), que se basa en una noción amplia del autor (*extensiver Täterbegriff*). Según esta teoría, son autores todos aquellos que, de una u otra manera, contribuyen a la realización del comportamiento delictuoso. Lo esencial es que cada una de las intervenciones sea una de las causas del resultado. Si uno de los que intervienen causalmente en el hecho, de manera excepcional, no debe ser considerado como autor, es indispensable entonces que esto sea establecido expresamente. Estas formas de participación causal no calificadas de autoría constituyen sin embargo circunstancias restrictivas de punibilidad (*Strafeinschränkungsgründe*). Esta es la razón de que no importe, en general, determinar la relevancia de cada una de estas intervenciones; esto se tendrá en cuenta sólo en el momento de individualizar las penas. 2175

Esta concepción, fundada en la idea de la causalidad, rechazada casi por unanimidad[3], ha sido criticada sobre todo porque no concuerda con la función de garantía de la ley penal, consagrada en el principio de la legalidad. En efecto, este principio no tendría sentido si se considerara como autor a todo aquel que contribuya causalmente a la 2176

[3] ROXIN, 2003, § 25 Nº 2, 4; IDEM, 1976, p. 241 ss.; JAKOBS, 1991, 21/25.

producción del resultado delictuoso, para practicar sólo más tarde algunas distinciones[4]. Además, la aceptación del sistema unitario de autoría conduciría a una ampliación desmedida de la función represiva. Por último, en la práctica, no se puede dejar de distinguir en el momento de imponer la pena[5].

2177 Sin embargo, Röder, Geerds y Kienapfel defienden modernamente este sistema[6]. Además, algunos códigos penales lo consagran, entre ellos el austriaco de 1974 (§ 12)[7], continuando así la orientación ya adoptada por el Código derogado (art. 5) y el Proyecto de 1964[8].

2178 En Italia, el legislador, abandonando el modelo del Código de Zanardelli de 1889, parte también de un criterio causal y reprime, en principio, con la misma pena a todos los partícipes[9]. En efecto, en el art. 110 de su CP de 1930, dispone que, en caso de que varias personas concurran en la comisión del mismo hecho punible, "cada una de ellas será reprimida con la pena prevista para este delito". La doctrina italiana considera, sin embargo, que la aplicación de este sistema ha dado lugar a una excesiva ampliación de la responsabilidad a título de participación, causa de la tendencia de la jurisprudencia de tomar a la ligera los requisitos objetivos mínimos de la legítima responsabilidad por colaboración. Esta constatación permite subrayar el carácter anticonstitucional de las normas del Código referentes a la participación, por contradecir las exigencias del principio de legalidad[10]. No obstante, este mismo criterio ha sido consagrado en los art. 121-6 y 121-7 del CP francés[11].

2179 El segundo sistema, llamado sistema diferenciador, consiste en distinguir entre las diversas formas de intervención de las personas que cometen de manera conjunta un hecho delictivo. Una intervención causal en la ejecución de un delito sólo será calificada como participación si ha sido prevista en la ley como tal, pues autor no son todos los

---

4 Cf. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 47 I 1.

5 BOCKELMANN, 1979, p. 164 s.; JESCHECK/WEIGEND, § 61 II 1.

6 RÖDER, 1957, p. 238; GEERDS, 1965, p. 218; KIENAPFEL, 1984, p. 86.

7 "*Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die strfbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt*".

8 Ver RÖDER, 1953, p. 56 y s.; RITTLER, p. 271; LEUKAUF-STEININGER, 1974, p. 115 s.

9 Ver BETTIOL, 1969, p. 525; ANTOLISEI, 1964, p. 428; LATAGLIATA, p. 470.

10 FIANDACA/MUSCO, p. 360.

11 Ver MERLE/VITU, T. I, p. 389; BOUZAT/PINATEL, T. I, p. 751.

que colaboran en el hecho. Se trata, en definitiva, de un concepto restrictivo de autor (*restriktiver Täterbegriff*). Desde esta perspectiva, las definiciones legales de las formas de participación constituyen circunstancias de ampliación de la punibilidad (tipos legales ampliados).

Este sistema constituye la orientación tradicional y preponderante 2180
tanto en la doctrina, como en la legislación. Sus defensores, si bien coinciden en la necesidad y posibilidad de distinguir entre los diferentes partícipes, disienten sin embargo en el criterio que ha de ser utilizado con este fin. La diversidad de teorías elaboradas y la pluralidad de matices que las caracterizan impiden, en la práctica, clasificarlas. Teniendo en consecuencia como base esta sistemática, así como el Código alemán, el legislador peruano estableció dos regulaciones básicas: por un lado, la referente a la autoría (*Täterschaftsystem*) y, por otro lado, la relativa a la participación (*Teilnahmesystem*).

El criterio diferenciador es sin duda alguna el que más conviene para 2181
asegurar las garantías del derecho penal liberal. El criterio opuesto nunca ha sido sostenido, en nuestro medio, en la doctrina. Por lo tanto, nuestro legislador hizo bien al mantener en el nuevo CP dicha orientación. Sin embargo, es deplorable que no haya conseguido superar la deficiencia del Código derogado. La técnica empleada para practicar tal distinción será enjuiciada en el momento de analizar cada una de las formas de participación y de estudiar la potestad dada al juez para sancionar a ciertos cómplices con la misma pena que al autor, lo que aparentemente significa la admisión del tratamiento único de todos los partícipes y, por consiguiente, la inutilidad de distinguir entre éstos.

Sin embargo, esta concepción es sólo prevista en relación con los deli- 2182
tos dolosos, puesto que la ley exige que los coautores, autores principales, instigadores y cómplices actúen con dolo. De modo que, en caso de comportamientos culposos, el sistema admitido es el unitario de autoría. Si varios individuos realizan con culpa un comportamiento, reprimido expresamente (por ejemplo, matar a una persona) cada uno es considerado responsable de la totalidad a título de autor. Teniendo en cuenta la evolución de las condiciones en las cuales se desarrollan las actividades sociales, en particular las que implican importantes riesgos para terceros, y la frecuencia de los comportamientos imprudentes, se discute en el presente si esta es la solución correcta[12].

---

[12] SCHMIDHÄUSER, 1975, 14/94; JAKOBS, 1991, 22/12; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 25 Nº 15, 32.

IV. Autoría y participación: criterios diferenciadores

1. Generalidades

2183 Dada la adopción de una noción restrictiva de autor, éste constituye un concepto primario del sistema. Sirve, en efecto, de referencia central respecto al tratamiento de la participación. La condición de autor está muy relacionada con la tipicidad del acto ejecutado[13]: no hay acto sin autor. De esto se desprende tanto que quien es autor no puede ser partícipe y viceversa, como que no existe participación sin autor (carácter accesorio de la participación).

2184 Resulta capital, por lo tanto, en el caso de la intervención de varias personas, determinar con precisión cuál de ellas es el autor, para poder calificar luego al resto de los que intervinieron. Por ejemplo, el marido que convence a su mujer para que aborte y a su amigo enfermero para que practique las maniobras abortivas. Dicho amigo logra matar al feto siguiendo los consejos de un médico. ¿Sólo el enfermero es el autor? ¿El marido es un instigador? ¿La madre y el marido son coautores? ¿El médico, la madre y el marido son sólo cómplices?

2. Criterio objetivo

2185 Distingue las diferentes personas que intervienen, determinando si sus contribuciones caen dentro de los alcances del tipo legal así como la importancia de éstas en el engranaje de la cadena causal. En oposición a los defensores de la teoría subjetiva, los partidarios de esta corriente colocan la línea fronteriza entre autoría (autor individual, coautor y autor mediato) y participación (cómplice e instigador) en el plano objetivo. Estos aún se dividen en dos grupos, los que defienden un criterio formal objetivo, y los que sustentan un criterio material objetivo.

a. Criterio formal objetivo

2186 Según esta teoría, es autor quien, por sí mismo, realiza total o parcialmente la acción descrita en el tipo legal. Poco importa el peso causal de su intervención. Los otros implicados que no llegan a intervenir

---

[13] PEÑA CABRERA, 1995, p. 298.

de la misma manera, sólo pueden ser partícipes. La ventaja que tiene este criterio es que permite distinguir quién es autor y quién no lo es. Sin embargo, presenta la grave desventaja de las lagunas a las que da lugar; por ejemplo, no permite considerar la categoría del autor mediato. Así, no podría ser reprimido por hurto quien se apodera de un bien ajeno, haciendo que lo sustraiga un tercero a quien ha engañado diciéndole que el bien le pertenece. Como no ha sustraído él mismo el bien, no ha realizado parcial ni totalmente la acción descrita en el art. 185. Otro ejemplo, en el caso del aborto, antes citado, es que la madre y el marido no podrían jamás ser considerados coautores porque no han ejecutado, ni siquiera en parte, la acción delictuosa.

b. Criterio material objetivo

2187 En lugar del criterio de la ejecución total o parcial de la acción descrita en el tipo legal, este criterio tiene en cuenta la peligrosidad del hecho ejecutado concretamente por quien participa, colmándose, de esta manera, las lagunas de la teoría formal objetiva. Así, la calificación de autor mediato está justificada, en el ejemplo del hurto, por la importancia del hecho de utilizar a una persona como instrumento mediante el engaño. Asimismo, esta teoría permite considerar como coautores a la madre y al marido que se ponen de acuerdo sobre el aborto, obtienen la participación del enfermero e intervienen de manera decisiva en la realización de la acción delictuosa.

3. Criterio subjetivo

2188 Partiendo del concepto extensivo de autor (todo aquel que contribuye causalmente a la comisión de la infracción es autor), se recurre luego a un criterio subjetivo. La calidad de autoría (autor, coautor, autor mediato) o de participación *stricto sensu* (instigación, complicidad) está, en consecuencia, determinada por el contenido de la voluntad con que actuó la persona en cuestión[14].

2189 Si dicha persona tuvo un *animus autoris*, será considerada como autor (*lato sensu*), aun cuando hubiera contribuido objetivamente de manera secundaria a la comisión de la infracción. Al contrario, será cali-

[14] Concepción, elaborada por KOSTLIN y llevada a la práctica por von BURI, cf. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 47 II B 1a.

ficado de partícipe (*stricto sensu*) el que haya actuado con *animus socii*, a pesar de que su contribución hubiera sido importante o de que haya incluso realizado la acción típica.

2190 Dos casos alemanes son muy conocidos: el de la bañera y el de Staschinsky. En el primero, una mujer embarazada da a luz y convence a su hermana de que mate al recién nacido. La hermana mata al niño ahogándolo en la bañera de la casa. En el segundo, Staschinsky, por orden de Seguridad de Estado de la desaparecida Unión Soviética, mató a dos emigrantes rusos. Las modalidades de los crímenes fueron establecidas en todos los detalles por la Seguridad de Estado soviética. Por haber cometido los asesinatos, Staschinsky fue condecorado. Teniendo en cuenta que tanto la hermana como Staschinsky habían actuado sin querer como acto propio el delito cometido, que ambos se habían sometido a la voluntad de los verdaderos interesados y que ninguno de los dos había actuado por interés (la hermana lo hizo para ayudar a la madre del niño a ocultar su condición de madre soltera y Staschinsky no recibió ninguna recompensa material o política), se consideró que aun cuando habían ejecutado, total y personalmente, la acción típica, había que considerarlos sólo como participantes (en forma de complicidad).

2191 Sin embargo, esta concepción ha sido muy criticada por gran parte de la doctrina y, en el presente, ya no es aplicada por la jurisprudencia alemana. Se niega, primero, la pertinencia de su punto de partida; o sea, el criterio de la equivalencia de las condiciones[15]; luego, se afirma que los conceptos de *animus autoris* y *animus socii* no tienen ni realidad psíquica, ni normativa[16]; por último, se sostiene que mediante la aplicación de tal criterio se hace depender el problema de la participación de consideraciones sobre la graduación de la pena, sin importar de algún modo saber si el agente ha realizado o no una acción típica[17], lo que contradice el principio de legalidad que es la base del derecho moderno[18].

2192 Según lo dispuesto en la ley (art. 23, semejante al § 25 I del CP alemán), esta concepción resulta sin embargo inaplicable. En efecto, la ley define como autor al que "realiza por sí o por medio de otro el hecho punible" y a los "que lo cometan conjuntamente". No depen-

---

15 Gimbernat, 1966, p. 45 s.
16 Bockelmann, 1979, p. 167.
17 Stratenwerth, 2000b, Nº 746 ss. Peña Cabrera, 1995, p. 301.
18 Jescheck/Weigend, § 61 IV 2.

de pues de la voluntad con la que actúe el agente el hecho de saber si su participación constituye un caso de autoría o de participación. Por ejemplo, si el agente no reúne las condiciones particulares previstas por el tipo legal respecto al autor (delitos especiales), no será autor a pesar de que haya realizado la acción típica (abuso de autoridad, art. 376) con la voluntad de comportarse como tal.

Con el fin de atenuar la vaguedad del criterio subjetivo y de evitar esta clase de críticas, los sostenedores de esta concepción han buscado elementos que sirvan para concretar el contenido de la voluntad del agente. Así, se ha recurrido con frecuencia al criterio del interés, en virtud del cual el saber si alguien actúa con *animus autoris*, queriendo el acto como propio, depende de la intensidad de su interés en la producción del resultado[19]. Baumann, por su parte, señala por su parte como otro indicio del contenido de la voluntad del agente, su tendencia a dominar el desarrollo del acto. Según este autor, quien desea dominar el "sí" y el "cómo" de la acción delictuosa, sobrepasa la simple fase que consiste en querer apoyar su comisión, y no podrá reconocérsele, a pesar de su eventual o aparente desinterés en el resultado, como un mero participante secundario[20]. También, se ha afirmado que el partícipe "somete" su voluntad a la del autor (agente principal), de quien depende que se consuma o no la infracción, de modo que el *animus socii* consistiría en "remitir al criterio del autor" la fase decisiva de la acción delictuosa[21]. Finalmente, estos intentos de limitar el criterio subjetivo no han desembocado en resultados satisfactorios y, por lo tanto, no han logrado la aceptación general. 2193

4. Teoría del dominio del hecho

El desarrollo de esta teoría parte, por un lado, de la admisión del concepto restrictivo de autor propio de la teoría formal objetiva y de 2194

---

19 La jurisprudencia alemana ha llegado a negar la calidad de autor y a considerar como cómplice a quien con una pistola victima a dos personas, por mandato de altas instancias gubernamentales extranjeras, debido a que "no lo quiso como propio [...] a que no tenía ningún interés en su comisión..." Bundesgerichtshof 18, 87 (caso Staschynskii). De la misma manera, se consideró como cómplice a la hermana de una mujer que mató al hijo recién nacido de ésta y se condenó a la madre como autora; Bundesgerichtshof 78, 84 (caso Bade-Wandlungen), p. 18.

20 BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 29, Nº 59 ss.

21 BUSCH, 1949, p. 18.

la conexión implícita con el tipo legal y, por otro, de la constatación de la ineficacia de recurrir, de manera unilateral, sea al criterio objetivo, sea al subjetivo. Su meta consiste en establecer un "principio material común a todas las formas de autoría dolosa". Este principio es el del "dominio del hecho", propuesto en un principio por Welzel. En su opinión, es el hecho de tener intencionalmente en las manos el desarrollo del acto típico. Así, es autor quien controla la toma de decisión y la ejecución de la misma. El instigador y el cómplice, intervienen en la ejecución del comportamiento, pero no tienen el dominio de su realización. Según Roxin, principal exponente de esta concepción, es autor respecto a una pluralidad de personas, quien, por el papel decisivo que representa, aparece como la figura "clave o central" del suceso[22]. Se trata de una síntesis de factores objetivos y subjetivos. Como lo explica Maurach[23], por dominio del hecho debe entenderse el doloso tener en las manos el curso del suceso típico. También afirma que este requisito, a pesar de basarse asimismo en el dolo, es de naturaleza objetiva: lo decisivo no es la simple "voluntad del dominio del hecho", sino el "voluntario moldeado del hecho". Así, la comisión del delito depende del control que tenga el agente sobre el desarrollo de la acción y de su consumación.

2195 En algunas decisiones de la Corte Suprema, se recurre, aunque de manera un poco confusa, a este criterio, al que se le denomina "la moderna teoría del dominio del hecho". Así, en una de ellas se admite que el procesado es autor del robo agravado que se le imputa porque "ha sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección final del acontecer, teniendo a la vez la posibilidad de evitar el resultado"[24].

2196 Este criterio, sin embargo, ha sido criticado por la vaguedad del significado de la expresión "dominio del hecho" y por considerársele como inaplicable al autor mediato y a la participación (*stricto sensu*). En el primer caso, no puede admitirse su existencia dada la independencia con que actúa el ejecutor directo y, en el segundo caso, puede sin embargo admitirse algunas veces porque, según las circunstancias, el que es calificado de cómplice, por ejemplo, tiene la posibilidad de evitar o de interrumpir la comisión del hecho puni-

---

22 Cf. ROXIN, 2003, § 25, Nº 27 ss.; IDEM, 2000, p. 335 ss.; IDEM, en *LK*, 1993, § 25 Nº 7 ss.

23 MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 47 III C.

24 RN Nº 4354-97-Callao, 02 de octubre de 1997, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 159.

ble[25]. Según Gimbernat[26], quien analiza esta doctrina en la perspectiva de la legislación española, parecida a la nuestra, el concepto de dominio del hecho "no constituye un aporte decisivo, ya que se encuentra ante la misma disyuntiva que agobia al intérprete español cuando trata de diferenciar entre cooperador necesario (cómplice primario) y mero cómplice (cómplice secundario)"[27].

A pesar de estas objeciones, hay que admitir que el dominio del hecho es el criterio que, no obstante sus deficiencias, mejor permite definir al autor del acto y distinguir los casos de participación en sentido estricto. No es un criterio clave para resolver, clara y definitivamente, todos los problemas, pero constituye un esfuerzo meritorio para superar los puros criterios subjetivo y objetivo[28]. Aun cuando hay que reconocer, como lo hace el mismo Roxin, que sólo en apariencia existe unanimidad entre los defensores del "dominio del hecho" por lo que se refiere al contenido de esta expresión, esta concepción se ha impuesto tanto en la jurisprudencia y en la doctrina alemanas, como en las de los países influenciados por la dogmática germana. 2197

Según la sistemática elaborada por Roxin[29], la concepción del dominio del hecho puede manifestarse de tres maneras distintas: primera, el dominio de la acción con relación al autor individual (*Handlungsherrschaft*); segunda, el dominio de la voluntad con respecto al autor mediato (*Willensherrschaft*); tercera, el dominio de la acción funcional con relación a los coautores (*Funktionale Handlungsherrschaft*). 2198

5. Criterio de la violación de deberes

Considerando los delitos especiales, en oposición a los delitos comunes[30], se ha planteado recurrir al hecho de la violación de un deber para determinar quien debe ser tenido como autor[31]. Respecto a los segundos, se recuerda que, en principio, toda infracción supone la 2199

---

25 Ver BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 29, Nº 54 ss.; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 25 Nº 64 ss.

26 GIMBERNAT, 1966, p. 135 ss.

27 Ver *infra* Nº 2327, ss.

28 Cf. JESCHECK/WEIGEND, § 61 V 1 s.

29 ROXIN, 2003, § 25 Nº 28 ss.

30 Cf. *supra* Nº 1096.

31 Cf. CARO JOHN, 2003a, p. 49 ss.

violación de un deber. Se trata de comportamientos contrarios a los deberes generales que corresponden a toda persona, entre los cuales, el más general y primario es el de no perjudicar los bienes de terceros. Al violarlos, el agente actúa de manera contraria a la que le impone el ejercicio de su "competencia personal de organización". Estos casos corresponden a los delitos en que la calificación de autor es determinada según el criterio del dominio del hecho.

2200 En cuanto a las infracciones especiales, mejor llamadas "infracciones de deber", se sostiene que sólo puede ser calificado de autor quien reúna la cualidad exigida por el tipo legal respectivo. Teniendo en cuenta esta circunstancia determinante, se afirma que la cualidad de autor no depende, en estas infracciones[32], del hecho de si el agente tiene o no el dominio fáctico de la realización del comportamiento típico. El factor decisivo sería, más bien, el incumplimiento del deber específico que tiene el sujeto activo por el papel particular que desempeña. El mismo que le es atribuido por las instituciones que se instauran en la sociedad para garantizar su funcionamiento. Así, el aspecto decisivo es la relación institucional entre el titular del deber especial y los bienes de terceros (deberes en función de la competencia institucional). De modo que si un funcionario público, en tanto *intraneus*, utiliza un tercero (*extraneus*) para, abusando de sus atribuciones, causar un perjuicio arbitrario a una persona, será autor del delito previsto en el art. 376 (abuso de autoridad). Poco importa, en este caso, que no haya tenido en realidad el dominio del hecho[33]. Este criterio va más allá de la determinación de quien debe ser considerado autor, en la medida en que la lesión del deber es considerada como el fundamento de la imputación penal[34].

V. Autoría

1. Introducción

2201 A diferencia de lo que sucedía bajo la vigencia del Código derogado, en el vigente la noción de autor es parte del subsistema de la autoría

---

[32] Criterio desarrollado, conforme a su concepción normativista, por JAKOBS, 1991, 1/7, 7/56 ss., 7/70 ss., 21/115 ss., 28/13 ss., 29/29 ss., 29/57. Cf. DERKSEN, p. 163 ss., 170 ss.; LESCH, 1992, p. 263 ss.

[33] LESCH, 1992, p. 264.

[34] JAKOBS, 1993, p. 2; LESCH, 1992, p. 264.

que, junto con el de la participación en sentido estricto, forman el sistema general de la participación delictiva. La autoría, en verdad, no constituye una manera de ejecución colectiva del delito, pero es el punto de referencia de las demás formas de participación[35].

El legislador de 1924 no consideró necesario dar una definición del autor. Al contrario, el art. 23, *in initio*, del Código vigente establece: "El que realiza por sí [...] el hecho punible [...] será reprimido con la pena establecida para esta infracción". El mismo criterio fue consagrado en el art. 40 del Proyecto de 1985 (agosto). El art. 14 del CJM contiene una fórmula parecida. Según esta disposición son autores "los que personalmente perpetran el hecho criminal"[36]. 2202

Según el art. 23, es autor el que ejecuta personal y materialmente el delito[37]; o sea, el que tiene el dominio de la acción. Poco importa que actúe solo o cuente con la intervención de terceros. Así, también puede comprenderse en esta noción cierta forma de participación, por ejemplo el caso de quien comete, en calidad de instrumento del autor mediato, directamente el delito. La noción también comprende al *Nebentäter* (autor accesorio), quien realiza el delito, sin saberlo, conjuntamente con otra persona: por ejemplo, sin ponerse de acuerdo y cada uno por su lado, dos individuos disparan contra la víctima causándole la muerte. 2203

2. Autor incapaz de culpabilidad

La existencia de un autor es el presupuesto indispensable para la existencia de la participación (*stricto sensu*). Es imposible imaginar esta última sin la presencia de un autor[38]. Respecto a este problema, 2204

---

35 BOCKELMANN, 1979, p. 165, sostiene que el lugar en el cual debería ser estudiada la autoría, de acuerdo con la realidad, es al final de la teoría de la antijuricidad y de la culpabilidad, pero concluye diciendo de que no sería conveniente separar su estudio del análisis de la participación; cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 739 ss.

36 El CP de 1924, art. 12, Nº 1, decía: "son autores: los que perpetran el hecho criminal". El empleo del plural (los que...) en esta frase hace pensar que el legislador trató de regular así la coautoría (una forma de participación *lato sensu*).

37 Cf. SAMSON, en SK, § 25 Nº 19; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 25 Nº 2 s.; Jürgen BAUMANN, 1968, p. 545.

38 Esta relación de dependencia es llamada "accesoriedad de la participación", cf. *infra* Nº 2266 ss.

un sector de la doctrina se ha referido a una autoría limitada, es decir, la de los incapaces de culpabilidad, que realizan una acción típica y antijurídica. Según ellos, la ley debe considerar a éstos como autores para poder castigar ciertas formas de participación[39]. Esta opinión es debida al hecho de que dichos autores consideran que el autor propiamente dicho debe cumplir con todos los elementos del delito: donde la ley penal dice "hecho punible"[40], ellos leen "delito".

3. Autoría mediata

2205 El Código Penal derogado no contenía disposición general expresa sobre esta forma de autoría. A lo más, se puede pensar que había previsto, en forma implícita, un caso singular en el art. 86[41]. Según esta disposición, en caso de obrar por orden obligatoria de la autoridad competente (art. 85, inc. 5), "la represión del delito podrá ser aplicada al que por su orden hubiere determinado a otro a obrar".

2206 Al contrario, el art. 23 del CP de 1991 define al autor mediato diciendo: "el que realiza [...] por medio de otro el hecho punible...". Esta definición ya figuraba, aunque de manera diferente, en el art. 40 del Proyecto de 1985 (agosto): el "que realiza [la infracción] sirviéndose de otro".

2207 Por su parte, el Código de Justicia Militar estatuye que son también autores, "los que [...] efectúan [el hecho criminal] por medio de otro" (art. 14). Esta misma fórmula figuraba ya en el Código Penal castrense derogado (art. 12, inc. 2).

2208 El autor mediato aprovecha o utiliza la actuación de un intermediario para alcanzar su fin delictuoso[42]. Se trata de un caso de autoría, en el que el agente (autor mediato) realiza el tipo legal sirviéndose, consciente y voluntariamente[43], del "autor directo de la acción típica", quien debe tener la capacidad de cometer acciones[44]. No es un partícipe (en el sentido técnico), pero tampoco puede ser calificado

---

39 Cf. BOCKELMANN, 1979, p. 169.
40 "*Strafiat*", § 25, Nº 1, del CP alemán.
41 Ver *supra* Nº 1517.
42 ROXIN, 2003 § 25 Nº 45 ss.
43 RN Nº 3840-Ayacucho, 09.10.1997, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 168.
44 Cf. VILLA STEIN, p. 299.

de mero "instrumento". Esta expresión, sin embargo muy utilizada, resulta poco apropiada por dos razones: primera, puede inducir a pensar que también hay que considerar los casos en que el agente utiliza como cosa a una persona (por ejemplo, con la intención de romper el vidrio de un escaparate, el agente empuja violenta y sorpresivamente a la persona que va junto a él), y segunda, hace pensar que sólo se da la autoría mediata cuando el intermediario es un incapaz o alguien privado de toda voluntad. Por todo esto, es preferible hablar simplemente de intermediario material[45]. Este intermediario, en razón a una serie de circunstancias particulares, se encuentra en una situación de inferioridad respecto al autor mediato.

El autor mediato debe tener la posibilidad de controlar y dirigir *de facto* el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el delito. Es, en consecuencia, respecto a él que hay que determinar si el tipo legal objetivo ha sido realizado, pues, es él el autor. Así mismo, hay que constatar si ha actuado con dolo y si reúne los elementos particulares específicos de la legislación legal pertinente (por ejemplo, en el hurto, el propósito de obtener un provecho ilícito o en el caso de los delitos especiales, la calidad exigida por el tipo respectivo). Por esto es necesario delimitar el ámbito en que se ha desarrollado la acción delictuosa y considerar las circunstancias que permitan admitir la existencia de dicho dominio. 2209

Si el autor mediato coacciona al intermediario, éste debe actuar por lo menos con voluntad limitada[46]. Por ejemplo, a fin de ganar el campeonato, un tenista ordena a su preparador físico, bajo la amenaza de matarlo, lesionar a uno de sus rivales. El tenista es, en este caso, autor mediato de lesiones; el preparador físico no es responsable si ha actuado en estado de necesidad exculpatorio. De no ser éste el caso, se trataría de un caso de instigación. Además, si el intermediario se viera del todo privado de su voluntad, por ejemplo mediante fuerza física irresistible o incurso en alguna otra causa de ausencia de acción, no sería posible la autoría mediata, puesto que quien recurre a este medio es en efecto autor directo[47], ya que tiene en sus manos un verdadero instrumento y no un intermediario material. 2210

---

45 Lo propone explícitamente BAUMANN, 1968, p. 562. PEÑA CABRERA, 1995, p. 306 s.

46 ROXIN, 2003 § 25 Nº 47 ss.

47 Cf. R. NUÑEZ, 1974, p. 286. Sostiene un criterio distinto, BRAMONT ARIAS, 1966, p. 219.

2211 Mientras se aceptó el carácter accesorio restringido en la participación (*stricto sensu*), la producción de una acción prohibida mediante un irresponsable[48] (enfermo mental, niño, etc.) fue considerada sin discusión como un caso de autoría mediata. Este punto de vista es aún aceptado, por ejemplo, si el agente provoca la incapacidad del intermediario o aprovecha que se encuentre en dicho estado (embriagar o drogar a una persona para hacerle cometer un delito). Al contrario, se admite, hoy en día, con relativa frecuencia, que se trata de instigación, por ejemplo, cuando el intermediario (niño o incapaz) comprende la significación del acto que el agente le pide que cometa. Esta opinión se fundamenta sobre todo en la admisión de la noción de "accesoriedad limitada" de la participación[49].

2212 Si el agente induce a error al intermediario material sobre el aspecto objetivo del tipo legal[50], este último actuará entonces sin dolo. El autor mediato logra así que se ejecute el acto previsto en el tipo legal previsto. Dada la falta de consciencia del intermediario respecto a la ejecución del delito, el autor mediato controla totalmente el desarrollo del hecho. Según las circunstancias, el intermediario podrá sin embargo ser responsable a título de culpa. Un ejemplo, bastante citado por la doctrina, es el del médico que con dolo induce a error a la enfermera, entregándole en lugar del medicamento una dosis de veneno. El enfermo ingiere dicho veneno que le causa la muerte. En este caso, el médico es responsable del homicidio doloso y la enfermera puede serlo de homicidio culposo, si incurrió en imprevisión culpable[51].

2213 El error puede ser un error *in persona*[52]. Por ejemplo, Juana, sabiendo que Pedro se propone matar a Isabel, logra sustituir a ésta por Rosa. Pedro, a causa de la oscuridad del lugar, no reconoce a Rosa y le causa la muerte creyendo que se trata de Isabel. En este caso, no se

---

48 Según el DL Nº 22095, art. 55 A, inc. 6, modificado por el DLeg Nº 122, constituye un hecho agravante del tráfico ilícito de drogas, la utilización de un inimputable para su comisión.

49 Ver *supra* Nº 2183; *infra* Nº 2266 ss.; cf. JESCHECK/WEIGEND, § 62 II 4.

50 ROXIN, 2003 § 25 Nº 63 ss.

51 En el caso del error de tipo vencible, no hay que olvidar que el artículo 14 prevé la imposición de una pena, a título de culpa, siempre y cuando la ley reprima expresamente la modalidad imprudente del delito cometido.

52 ROXIN, 2003, § 25 Nº 102 ss.

puede admitir la autoría mediata porque Pedro tiene el dominio del hecho, del mismo modo que Juana y, además, Pedro no se encuentra en una relación de inferioridad o sometimiento respecto a ésta. Ambos deben pues ser tratados como autores accesorios (*Nebentäter*). Según las circunstancias, también podría tratarse de un caso de instigación, si el agente (Juana) hubiera provocado el error e inducido al autor material (Pedro) a que realice el delito.

Los casos referidos a los tipos legales que prevén un elemento subje- 2214
tivo particular o ciertas formas agravadas son muy discutidos. En los primeros, el intermediario no tiene, por ejemplo, el afán de obtener un provecho ilícito necesario para cometer el hurto querido por el autor mediato. La substracción del bien mueble practicada por el intermediario para entregárselo luego al agente se encuentra bajo el dominio de ambos, lo que dificulta la admisión de la autoría mediata. Pero tampoco es posible concebir la participación, por no existir un acto principal: el intermediario no comete hurto alguno, ya que carece del propósito específico de aprovecharse del bien sustraído.

En las formas agravadas, por ejemplo, en los delitos especiales, el 2215
intermediario no goza de la calidad específica prevista en el tipo legal que se refiere al autor de la infracción. Así, cuando el abogado que, consciente y voluntariamente, deja que su secretaria revele el secreto de uno de sus clientes. La dificultad para admitir la autoría mediata en este caso reside en la circunstancia de que el abogado no ejerce una influencia material importante y, por lo tanto, carece de dominio sobre el hecho. Una de las explicaciones más convincentes para evitar esta dificultad es la que consiste en afirmar que el dominio del hecho es superfluo en el caso de delitos que suponen la infracción de un deber no penal (por ejemplo, será calificado de autor quien viola dicho deber[53]).

El error también puede concernir al carácter ilícito del acto[54]. En 2216
este caso, el intermediario material actúa bajo la influencia de un error de prohibición inevitable que excluye la culpabilidad. El agente, por su parte, puede inducir intencionalmente al intermediario a equivocarse sobre el carácter ilícito del acto o aprovechar que éste se

[53] Roxin, 2000, p. 360.
[54] Roxin, 2003 § 25 Nº 76 ss.

encuentra ya en este error. Por ejemplo, el agente consigue que un guardia detenga a alguien haciéndole creer que se trata de un delincuente. Así logra, mediante la actuación del policía engañado, realizar un delito contra la libertad individual (art. 152). Al contrario, la autoría mediata no se da si el intermediario puede evitar el error de prohibición, ya que éste actúa entonces de manera culpable, aunque disminuida, y quien lo decide a actuar no tiene pleno dominio del hecho[55].

2217 Un caso particular de autoría mediata, por falta de culpabilidad del intermediario material, es el que se presenta cuando éste comete una infracción obedeciendo una "orden obligatoria de la autoridad competente, expedida en el ejercicio de sus funciones". La no punibilidad estatuida por el inc. 9 del art. 20, tiene su fundamento en el error inevitable del inferior jerárquico sobre el carácter ilícito de su acto[56]. El que mediante su orden determina a otra persona a obrar merece ser reprimido y debe serlo a título de autor mediato, pero nunca a título de instigador por no concurrir los elementos de la instigación[57]. Este caso singular debe ser claramente distinguido de aquellos en que el aparato del Estado es utilizado para delinquir. Así, por ejemplo, los casos de abuso de autoridad, tortura y desapariciones cometidos por miembros del aparato estatal para combatir la criminalidad organizada, el tráfico de drogas o el terrorismo. El que secuestra y mata a una persona sospechosa de pertenecer a una organización terrorista, conforme a las directivas y a las órdenes recibidas de sus superiores, actúa de manera autónoma y voluntariamente. Así el superior (hombre de atrás, *Hintermann*) no tiene el dominio del hecho requerido por la autoría mediata. En realidad, ambos son autores porque tienen el dominio del hecho respecto a los delitos cometidos consciente y voluntariamente (coautores o autores accesorios).

a. Error sobre el dominio del hecho

2218 En este ámbito pueden presentarse dos situaciones distintas, cuyo tratamiento es muy discutido en doctrina. En el primer caso, el agen-

---

55 Cf. PEÑA CABRERA, 1995, p. 312.

56 El art. 19, inc. 7, del Código de Justicia Militar declara exento de responsabilidad criminal al "que procede en virtud de obediencia al superior, siempre que la orden de éste no sea notoriamente ilícita".

57 Ver *infra* Nº 2278 ss., 2293 ss.

te cree por equivocación tener el dominio del hecho. Por ejemplo, en el suceso del médico antes citado, la enfermera se da cuenta de que éste quiere utilizarla para matar a la víctima y sin embargo, consciente y voluntariamente, decide darle la sustancia nociva al paciente. Por esto, no puede ser considerada como un instrumento utilizado por el médico para causar la muerte de éste. Algunos autores admiten que se trata de una tentativa de homicidio mediante autoría mediata, mientras que otros afirman que se trata de un caso de instigación. Sin embargo, lo cierto es que sólo se puede afirmar que se trata de un caso de autoría mediata si se aplica el criterio subjetivo: el agente tenía la voluntad de dominar el hecho y el dolo de matar. De acuerdo con este mismo criterio, la enfermera será también reprimida por homicidio.

En el segundo caso, concerniente al error sobre el dominio del hecho, al contrario, el agente no sabe que tiene el dominio sobre el mismo. Por ejemplo, en el caso antes citado, el médico cree que la enfermera se ha dado cuenta de su manipulación y que, por lo tanto, no causará la muerte del paciente. Pero la enfermera hace justamente lo contrario. En esta hipótesis, por faltarle la voluntad de cometer el delito, el médico no podrá ser considerado como autor mediato, sino que sólo podrá ser responsabilizado, según las circunstancias, por participación o por tentativa de participación[58]. 2219

b. Casos especiales de autoría mediata según la naturaleza de la infracción

La doctrina ha discutido mucho sobre la posibilidad de cometer en autoría mediata, los denominados delitos de propia mano y los delitos especiales, así como los delitos de pura actividad. Respecto a estos últimos, la cuestión depende de si se les considera o no delitos de propia mano. Algunos autores consideran que si bien los delitos de propia mano constituyen una categoría especial de delitos de mera actividad, "sólo puede ser autor en sentido estricto el que realiza la actividad típica"[59]. Por el contrario, en cuanto a los delitos de mera actividad, los cuales no son siempre delitos de propia mano, sí es 2220

---

[58] SAMSON, en SK, § 25 Nº 38.

[59] GIMBERNAT, 1966, p. 300; cf. MAQUEDA ABREU, 1992, p. 133; SILVA SÁNCHEZ, 1993, p. 38.

factible su comisión por autoría mediata, siendo aplicables las reglas generales sin considerar ninguna particularidad[60].

2221 La descripción típica de los delitos de propia mano exige que la acción prohibida sea ejecutada personalmente por el agente. Se trata, por ejemplo, del delito de matrimonio ilegal o bigamia (art. 139) y del delito de falso testimonio (art. 409). El juicio negativo de valor, que fundamenta la represión de este tipo de comportamientos se basa en la misma manera como son perpetrados. De ahí que en los delitos de propia mano, no pueda darse la autoría mediata.

2222 En los denominados "delitos especiales", el círculo de personas que pueden cometerlos se halla limitado en razón de alguna calidad particular que recae en el agente. Por ejemplo, la de ser funcionario público, juez o médico. Los delitos especiales, se clasifican en "propios" e "impropios". En los primeros, la calidad especial del sujeto activo sirve de fundamento a la represión; en los segundos, sólo tiene la función de una circunstancia agravante o atenuante, por lo que el tipo legal básico puede ser cometido por cualquiera. La autoría mediata está, en consecuencia, excluida de los "delitos especiales propios", cuando el agente que se sirve de un intermediario carece de la "calidad particular exigida por el tipo legal". Si no es un "funcionario público", por ejemplo, no podrá ser considerado como "autor mediato" del delito de abuso de autoridad que tipifica el art. 376, puesto que esta infracción consiste en el hecho de que un funcionario público cometa u ordene, abusando de sus funciones, un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de otra persona. Si el sujeto, no calificado, consigue (utilizando uno de los recursos con los que se incurre en la autoría mediata) que un funcionario público realice la acción tipificada en esta disposición, no significa sin embargo que vaya a quedar impune, por ser imposible considerarlo como autor mediato de esta conducta punible. Según las circunstancias, podrá ser sancionado, por ejemplo, como autor mediato de delito contra la libertad individual o como instigador o cómplice del funcionario en la comisión del delito de abuso de autoridad.

2223 Sin embargo, no debe deducirse sin más de lo aquí expuesto que el funcionario público, o cualquier otro que posea la calificación exigida

---

[60] ARZT, 1990, p. 182; MAQUEDA ABREU, 1992, p. 128; SILVA SÁNCHEZ, 1993, p. 172; PÉREZ ÁLVAREZ, p. 178.

por la ley, pueda servirse de un tercero para, mediante su actuación, realizar un delito especial (propio). Hay que tener siempre en cuenta las peculiaridades del tipo legal. En efecto, a menudo, la represión penal no se fundamenta sólo en la calidad del agente, sino también en una "manera de actuar". Por ejemplo, el delito de prevaricato no puede ser cometido por quien es juez sirviéndose de un tercero, ya que éste no puede "dictar resoluciones" (art. 418). Esta es la solución que la mayoría de los autores sostiene[61]. En los delitos especiales impropios el sujeto no cualificado (*extraneus*) tampoco podrá ser considerado autor mediato, aunque en estos casos es factible reconducir la calificación jurídico penal al tipo legal común que sirve de base al delito especial impropio. Por ejemplo, el sujeto que se vale de otro a quien utiliza como instrumento para que éste mate a su ascendiente, no puede ser considerado autor mediato de parricidio (art. 107) porque no concurre en él la calidad especial de descendiente de la víctima, sin el que será, en todo caso, autor mediato de homicidio (art. 106).

Por lo que se refiere a los delitos culposos, es imposible la autoría mediata 2224
debido a su misma naturaleza y a que la actividad del autor mediato, consistente en servirse o aprovecharse del agente intermediario, es siempre dolosa[62], cuando en los delitos de esta índole falta precisamente la voluntad de dirigir el suceso causal (dominio del hecho).

En el momento de individualizar la sanción, el juez tendrá que com- 2225
probar que en la persona del autor mediato recaigan todas las circunstancias objetivas necesarias. Deberá también tener cuidado con la correcta determinación de su culpabilidad, la cual puede ser influida por un error o no abarcar todo el hecho ilícito realizado por el intermediario material (exceso)[63].

4. Actuar en lugar de otro

a. Introducción

En el art. 27, novedad respecto al derecho precedente, se regula "el 2226
actuar en lugar de otro" (*Handeln für einen anderen*). El legislador se inspiró tanto en el art. 15 bis del CP español de 1973, como el art. 31

---

61 Cf. CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 25 Nº 44 ss.; ROXIN, 2000, p. 360, 399, 406. Sobre el derecho penal español ver GIMBERNAT, 1966, p. 232 s.

62 Cf. JESCHECK/WEIGEND, § 62 II 1. PEÑA CABRERA, 1995, p. 307, VILLA STEIN, p. 299.

63 RN Nº 3840-Ayacucho, 09 de octubre de 1997, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 169.

del Anteproyecto español de 1983[64]. Disposiciones en las que se seguía al § 14 del CP alemán. Su ámbito de aplicación es el de los delitos especiales y su finalidad es delimitar la responsabilidad de quien, sin tener la calidad especial exigida en el tipo legal correspondiente (*extranei*), actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad. La previsión de esta regla era indispensable en función del principio de legalidad, puesto que no se realizaba un elemento del tipo legal. Esto es, la persona jurídica o la sociedad tienen la calidad exigida por el tipo legal y no el agente que comete la acción típica. Así mismo, es correcta conforme a la política criminal en la medida en que, tratándose de una conducta perjudicial, era necesario recurrir a la amenaza penal para tratar de evitar que fuera cometida.

2227 Si bien no se ha limitado la aplicación del art. 27 a un dominio determinado, lo cierto es que está destinado a ser utilizado, sobre todo, en el derecho penal de la empresa; por ejemplo, en relación con los delitos contra el medio ambiente, los derechos de lo trabajadores, defraudación tributaria, abuso de poder económico. En los casos en que se tratara de aplicarlo en otros ámbitos, se debería excluir todo recurso a la analogía.

2228 El art. 27 no comprende, por lo tanto, los casos de responsabilidad penal de la empresa (personas jurídicas, entes colectivos). Esta responsabilidad no es admitida ahora, pero aun en la hipótesis de que llegará a admitirse la regla es indispensable para resolver los casos que regula y que no serían resueltos con el solo reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes colectivos, respecto a los cuales se tienen, sobre todo, en cuenta sus deficiencias de organización como condicionante de la comisión de infracciones.

b. Campo de aplicación

2229 Precisando mejor el ámbito del art. 27, hay que subrayar que está restringido a los delitos especiales propios[65] y cuando el ejecutor de la acción típica, a cargo de la dirección y/o administración de la empresa, no reúne en su persona la calidad individual requerida por el tipo legal. Así, por ejemplo, cuando, en el caso de defraudación

---

64 Código Penal (1991), p. 8.

65 MIR PUIG, 1998, p. 176; GARCÍA CAVERO, 2002a, p. 103 ss.

tributaria cometida con ocasión de la actividad de una empresa (titular de la obligación tributaria), la acción típica e ilícita es realizada por el director de la sección de contabilidad, el mismo que, personalmente, no está afectado por dicha obligación fiscal.

Del mismo texto de la disposición ("aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad no concurran" en el agente), se deduce que no se aplica respecto a los delitos especiales impropios, en cuanto son, en realidad, delitos comunes agravados por la calidad personal del agente. Por lo tanto, esta condición no es el fundamento de la represión, sino sólo una circunstancia agravante. Esto significa que, de manera voluntaria o involuntaria, no se ha previsto la agravación de la pena cuando se presente la misma situación en los delitos impropios[66]. Por el contrario, sin mayor explicación, en el Anteproyecto de 2004, art. 27, se dice "aunque los elementos especiales que fundamentan o agravan la pena...". 2230

La aplicación del art. 27 está restringida también porque sólo se refiere a las personas jurídicas y sociedades. De modo que se deja de lado a las agrupaciones sin personalidad jurídica o que no han cumplido con las disposiciones del Código Civil o de la Ley General de Sociedades; por ejemplo, con el trámite de inscripción en Registros Públicos. Esta regulación es incoherente con el sistema jurídico. Así, no es claro el porqué no se consideran respecto a la represión penal los actos realizados antes de la inscripción y si se les reconoce validez de acuerdo al art. 77 del CC[67]. Este vacío trata de ser colmado en el Anteproyecto de 2004[68], (art. 27) haciéndose referencia a "una persona jurídica, regular o irregular, entidad pública". De esta manera buscan evitar la impunidad de los casos en que una persona jurídica no se haya aún constituido "por falta de formalidades". Con razón estiman que "el daño social sigue latente aun si ha sido cometido por agentes jurídicos informales". Los autores van más lejos, siguiendo el modelo español, al referirse también a las personas naturales. 2231

c. Actuación de derecho o de hecho

Por la frecuencia y gravedad con que se plantea la cuestión, en la doctrina se discute mucho si la calidad indicada en el art. 27 debe 2232

---

66 MEINI, 1999a, p. 132.
67 MEINI, 1999b, p. 206.
68 Cf., p. 17 s.

poseerla el agente de derecho o de hecho. En el primer caso, significa que éste accede a ella o la mantiene en cumplimiento de exigencias legales. Por el contrario, en el segundo, dirige o administra la persona jurídica o la sociedad de facto[69].

2233 Debido a que en el art. 27 el legislador se refiere a quien actúe "como" órgano de representación o socio representante, es posible interpretarlo de manera amplia en el sentido de comprender también a los directores o administradores de hecho[70]. Una interpretación restrictiva sería contraria a la misma finalidad de la disposición, la cual persigue colmar, justamente, un vacío en la represión de los delitos especiales propios cometidos al amparo o en favor de las actividades de entes colectivos. Los cuales, sobre todo en países como el nuestro, no siempre funcionan con todas las formalidades legales.

d. Realización del tipo legal

2234 El art. 27 dispone, en realidad, una ampliación de los tipos legales de los delitos especiales, en la medida en que dispone la aplicación de éstos aun a quien realiza uno de los comportamientos por ellos descritos y no cumple con la calidad personal del autor que prevén. En consecuencia, es evidente que cuando, en el art. 27, se estatuye que el agente realice el comportamiento previsto en el tipo legal, se está aludiendo a la ejecución del comportamiento delictuoso y no a la realización completa del tipo legal (comprendida la calidad del agente). Esto sólo sería posible si se admitiese la responsabilidad penal de los entes colectivos, puesto que, en el caso analizado, es la persona jurídica o la sociedad la que es titular de la calidad especial exigida por el tipo legal. De modo que la agrupación sería autora de la infracción y el director o administrador implicado podría ser considerado como partícipe. Pero como los entes colectivos no son sujetos activos de delitos, el tercero debería permanecer impune. Para evitar esto, repitámoslo, se ha establecido el art. 27. Por lo tanto, quien ejecute la acción típica e ilícita será reprimido, a pesar de ser un *extraneus* "como" autor del delito especial propio respectivo.

---

69 TERRADILLOS, 1987, p. 71 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, p. 178 ss.

70 MEINI, 1999a, p. 144 ss. Esta imprecisión en el texto vigente es corregido en la propuesta del Anteproyecto 20004, art. 27.

jurisprudencia. En la doctrina, pocos son los que lo combaten; Quintano Ripollés, por ejemplo, lo califica de peligroso y afirma que su aplicación elimina casi del todo la complicidad[75].

Según la teoría del dominio del hecho, hay que considerar que existe este dominio en la coautoría cuando cada agente, basándose en la decisión de actuar en común, ejecuta un elemento de la actividad delictuosa. La ejecución de la infracción se presenta como la realización, mediante una división de las tareas, de una resolución tomada conjuntamente. En el caso del asalto a un Banco, en que el jefe del grupo propone el proyecto criminal y proporciona los planos del local, el chofer espera con el motor encendido, el técnico desconecta el sistema de alarma y otra persona amenaza con un arma de fuego al cajero y se apodera del botín, todos deben ser considerados como coautores, puesto que actúan cumpliendo los papeles que previamente se habían asignado y como titulares de una parte del dominio del hecho. Este dominio, según la doctrina, es de carácter funcional (*funktionale Tatherrschaft*)[76]. 2242

Así, la coautoría se distingue con claridad de la complicidad: primero, porque el coautor no favorece el accionar ajeno, sino que asume como suya la acción del otro; segundo, porque no lleva a cabo una acción subordinada, sino que interviene en la ejecución aunque sea de una manera poco importante o de la misma manera que los demás. 2243

3. Común dominio del hecho

Los coautores deben ejercer conjuntamente el dominio sobre el hecho. No es suficiente, por lo tanto, que el participante, aun teniendo como base una decisión común, ejecute tan sólo un acto que cause el resultado, como lo propone el criterio subjetivo. Este autor debe más bien ejecutar una parte de los actos necesarios en la realización de la infracción, conforme al plan establecido en común[77]. Para determi- 2244

---

[75] Quintano Ripollés, 1996, p. 553; cf. Luzón, 1996, p. 194; Gimbernat, 1966, p. 57 y s.; en especial, p. 77 ss.

[76] Samson, en SK, § 25 Nº 13; Bockelmann, 1979, p. 179; Jescheck/Weigend, § 62 III.

[77] Jescheck/Weigend, § 63 I 1 a.

nar este factor, entonces hay que considerar la relación complementaria en la que se hallan, la importancia del plan de la acción y la importancia de la ejecución de los actos. Según la importancia que tenga tal intervención en el momento de forjarse la decisión común, la participación material en la ejecución puede no darse o no ser decisiva, o viceversa[78]. Este criterio es de gran relevancia práctica porque permite reprimir al "cerebro" del grupo criminal o al jefe de banda que controla las actividades de sus secuaces sin intervenir de manera directa en las acciones delictuosas planeadas.

4. Contribución propia

2245 Debido al hecho de que la coautoría implica la ejecución consciente, voluntaria y conjunta del delito, cada coautor debe, en consecuencia, contribuir a la realización de la infracción ejecutando la parte que le corresponde según el plan común. Poco importa, sin embargo, el momento en que su intervención tenga lugar, desde el nivel de los actos preparatorios hasta el del agotamiento del hecho ilícito, pasando por los de la tentativa y de la consumación. En el ejemplo del asalto a un banco, el jefe de la banda sólo interviene en la preparación del robo, pero su acto es, a pesar de eso, parte esencial de la ejecución de la infracción. Por lo tanto, el jefe es un coautor por haber asumido, según el reparto de papeles en la realización del hecho punible, como suyos los actos que ejecuten los demás miembros del grupo. Otro ejemplo: en un caso de estafa, en que participan varios individuos de común acuerdo, el papel de uno de éstos puede consistir en intervenir para concretar el provecho ilícito que todos tratan de obtener (por ejemplo, hacer efectivos los cheques obtenidos astutamente del estafado). A diferencia de lo que sucedía bajo la regulación del Código derogado[79], el cual establecía que debían "tomar parte en la ejecución", no es necesario actualmente interpretar el art. 23 en el sentido de que los participantes deben realizar actos ejecutivos, es decir, en el sentido que la teoría objetiva da a la fórmula "comienzo de la ejecución" utilizada respecto a la tentativa.

---

[78] JESCHECK/WEIGEND, § 63 III 1; HAFT, § 3 3 b; WESSELS/BEULKE, Nº 528 ss.

[79] Ver la edición anterior del presente *Manual*, HURTADO POZO, 1987a, p. 528 ss.

5. Condiciones personales

Al igual que como en el caso de la autoría mediata, cada uno de los coautores debe poseer, cuando la ley lo requiere, la calidad de autor. Dicho de otro modo, por lo que se refiere a los delitos especiales, sólo pueden ser coautores aquellos que cumplan con las exigencias del tipo legal pertinente (por ejemplo, el hecho de ser funcionario). Asimismo, autor de un hurto sólo puede ser aquel que obra con el afán de obtener un provecho ilícito apoderándose de un bien sustraído a su propietario. Para cometer un hurto en coautoría es pues indispensable que la intención de todos los participantes esté caracterizada por ese elemento subjetivo especificado en el art. 185. Si uno de los que intervienen carece de este designio, podrá sin embargo ser reprimido a título de cómplice. 2246

6. Imputación del hecho punible

La existencia de la coautoría implica que la totalidad del hecho punible sea imputado a cada uno de los coautores. Así, se les responsabiliza por actos que, en principio, no hayan cometido personalmente. Sin embargo, en la aplicación de esta regla hay que tener en consideración las circunstancias particulares de cada caso y del tipo legal pertinente. Por ejemplo, si tres personas se ponen de acuerdo para causar daños en la casa del vecino de uno de ellos y –por error– dañan la casa de uno de éstos, el que sufre el daño no podrá ser reprimido como autor, por la simple razón de que no puede ser autor de un delito de daños contra la propiedad en su propio perjuicio. Es decir, mientras que los otros dos cometían dicho delito en coautoría, éste sólo cometía una tentativa imposible. En el ejemplo antes citado de los asaltantes que deciden en común atracar un banco y que llegado el caso emplean sus armas tanto para ejecutar el delito como para escapar, al delincuente que es lesionado por uno de sus compañeros que lo confundió con uno de los policías que los perseguían, no se le podrá imputar de ningún modo la tentativa de homicidio porque él mismo no hubiera podido cometer dicha infracción en su propia persona. Así mismo, no se les puede imputar a los coautores los actos que exceden los hechos sobre los cuales se habían puesto todos de acuerdo. Por ejemplo, al decidir cometer un hurto sin que ninguno llevara un arma consigo, no se les imputará la muerte cometida por el que no respetó la decisión colectivamente tomada. 2247

2248 En resumen, se puede decir que existe coautoría, primero, cuando los participantes ejecutan conjuntamente el hecho punible: como acordado, apuñalan a la víctima al mismo tiempo y así le causan la muerte. Segundo, cada participante realiza una parte de la acción típica: por común decisión, uno de los delincuentes detiene a golpes a la víctima, otro la sujeta fuertemente y el tercero la despoja de los bienes que lleva consigo. Tercero, según la distribución funcional de las tareas, es superfluo que todos ejecuten el hecho de la misma manera, pues unos pueden cometerlo por sí mismos, mientras que otros pueden hacer que lo realicen los primeros.

7. Circunstancias particulares

2249 Puesto que, mediante la decisión común, los coautores asumen como propios los actos cometidos por los otros, entonces todos son responsables por tentativa a partir del momento en que uno de ellos incurra en actos que constituyen el inicio de la ejecución del hecho punible.

2250 La coautoría también es posible por lo que se refiere a los delitos de omisión, en la medida en que todos los participantes tengan el deber de ejecutar la acción esperada. Por ejemplo, padre y madre observan como su hijo menor corre el riesgo de ahogarse, poniéndose de acuerdo para no prestarle auxilio, porque saben que será socorrido por el salvavidas. No habiendo tenido la voluntad de causarle la muerte, incurren, según las circunstancias, sólo en pena por delito de abandono de persona en peligro (art. 125).

2251 Siendo la decisión común de cometer el delito una de las condiciones indispensables para que se dé la coautoría, ésta resulta excluida en el caso de los delitos culposos. La responsabilidad de los que ocasionen un accidente y lesionen, por culpa a una persona, es determinada de manera separada según el grado de imprevisión culpable con el que cada uno actuó (autores accesorios, *Nebentäter*). Situación peculiar es la que tuvimos oportunidad de exponer al analizar el delito culposo[80] y respecto a la cual admitimos la posibilidad de hablar en cierta forma de autoría, pero en un sentido más amplio que el señalado en este capítulo. Se trata del caso en que los autores del

[80] Ver *supra* Nº 1903 ss.

comportamiento imprudente se ponen de acuerdo para ejecutar la acción (lanzamiento de dos piedras) que crea o aumenta el riesgo.

8. Autoría causal o accesoria

La simple realización de los actos ejecutivos por parte de varios agentes, que ocasionan un solo resultado prohibido, aún no es suficiente para que se pueda hablar de coautoría. 2252

El concurso de tales acciones, en efecto, puede deberse al azar. Por ejemplo, dos personas vierten intencional y separadamente veneno en la taza de café que ha de tomar la víctima. La doctrina denomina estos casos "autoría causal o accesoria" (*Nebentäterschaft*). Sin embargo, este concepto no tiene relevancia en dogmática, porque se trata del concurso fortuito de varios casos de autoría individual (propiamente dicha)[81]. La solución se desprende mediante la aplicación directa de los criterios de imputación objetiva y autoría. 2253

9. Circunstancias materiales y personales

El art. 26 regula la manera como hay que tener en cuenta las "circunstancias y cualidades personales" de los autores y participantes en el momento de determinar la responsabilidad de cada uno de ellos[82]. Esta disposición legal consagra la incomunicabilidad de dichas circunstancias. La individualización de la pena respecto a cada uno de aquellos no será, en consecuencia, influenciada, favorable o desfavorablemente, por la presencia de circunstancias o calidades personales en otro de los partícipes. 2254

Cuando el texto de la ley se refiere a las "circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad", no comprende desde luego aquellas que fundamentan la tipicidad o la antijuricidad. Al respecto, conviene recordar que el término de responsabilidad ha reemplazado al de culpabilidad, que era utilizado en el Código derogado. 2255

Los ejemplos de "circunstancias y calidades personales" son numerosos: el hecho de actuar en error de tipo legal o de prohibición (art. 2256

---

[81] JESCHECK/WEIGEND, § 63 II 3.

[82] ES 14 de abril de1999. Exp. Nº 10-99 Lima, en *RPJ*, 2000, año II, Nº 3, p. 273.

14); la incapacidad de culpabilidad por factores culturales (art. 15); el impedir el resultado o tratar de hacerlo seriamente en caso de participación (art. 18); la edad (art. 20, inc. 2: menos de 18 años; art. 22: entre 18 y 21 ó más de 65); la imputabilidad disminuida u otra eximente incompleta (art. 21: exceso de legítima defensa); la prescripción de la acción y de la pena, pues los actos de interrupción pueden tener efectos sólo contra alguno o algunos de los partícipes (art. 83 y 87); el hecho de encontrarse bajo la influencia del estado puerperal (art. 110); la relación de parentesco en los casos de delitos contra la libertad sexual, de proxenetismo y de ofensas al pudor público (art. 184); el hecho de obrar por lucro o por cualquier otro móvil innoble (art. 330: revelar secretos de la República). Al fin de cuentas, se trata de todas aquellas cualidades propias a los participantes y de las relaciones especiales que tengan con la víctima o con el objeto del delito y cuya presencia determina un aumento, una disminución o una exclusión de la culpabilidad (responsabilidad), las que a su vez implican una modificación en la determinación de la pena.

2257 La consecuencia más importante de la aplicación del art. 26 es que la pena que haya que imponerle al partícipe no debe ser siempre igual o menor a la que se le "imponga al autor". En efecto, siendo incomunicables las cualidades y las circunstancias personales de los partícipes, es posible que el autor sea favorecido por una circunstancia atenuante (por ejemplo, poseer la calidad de ser menor de 21 años pero mayor de 18). También es posible que la situación del cómplice sea agravada en relación con la del autor, por ejemplo, por actuar por lucro. Del proceso de individualización de la pena puede resultar que el cómplice sea sancionado con más severidad que el autor. Esto se comprende con facilidad si se considera que no hay que fijar la pena sólo en función de la naturaleza objetiva del comportamiento del agente; sino, y sobre todo, de acuerdo con la culpabilidad y la responsabilidad de éste. Además, nuestro Código admite con claridad este sistema, al establecer que la pena se fijará, en primer lugar, de acuerdo con la culpabilidad (responsabilidad) y, en segundo lugar, según la gravedad del hecho punible.

2258 En fin, conviene recordar que el art. 102 del Código derogado, similar al art. 26 vigente, ha sido mal aplicado por la Corte Suprema. En efecto. Ésta consideró, interpretándolo literalmente, que la pena correspondiente al cómplice "no puede ser mayor que la del autor, sino

igual disminuida hasta una parte de la represión que se imponga al autor del hecho delictuoso"[83].

10. Jurisprudencia

La Corte Suprema no fue siempre coherente al apreciar los casos de coautoría. A título de ejemplo, conviene citar la Ejecutoria del 30 de noviembre de 1960[84], en la que reconoce como "autores", o mejor dicho coautores, del delito de homicidio a los coacusados que mataron a la víctima de la siguiente manera: el primero le disparó cuatro tiros con su revólver; como aún no falleciera así, el segundo le hundió un cuchillo en el vientre y el tercero la ultimó de tres machetazos. Indiscutiblemente, cada una de las acciones individuales fue parte de la ejecución del delito de homicidio. Por cierto, este tipo de casos es más frecuente en los delitos contra el patrimonio: por ejemplo, la apropiación de una considerable suma de dinero por parte de empleados del Jockey Club, realizada mediante acciones individuales y parciales[85]. Cada una de ellas constituye, en consecuencia, una parte del proceso ejecutivo del delito de apropiación ilícita. También, hay que considerar como realizador de un acto ejecutivo al que ejerce violencia sobre una mujer a fin de que otro le haga sufrir el acto sexual[86]; o al que realiza el "artificio, astucia o engaño" mediante el cual se logra que la víctima entregue un bien de su propiedad (art. 196, delito de estafa)[87]. Asimismo, hay que calificar de coautores a quienes hayan sujetado las extremidades de la víctima a fin de que otro "le torciera" el cuello "hasta conseguir su dislocamiento y muerte instantánea"[88]. La realización de tales actos es, por lo tanto, suficiente para considerar a sus realizadores como coautores, y no tratarlos como meros cómplices[89]. 2259

---

83 ES del 28 de diciembre de 1961, en *RJP* 1962, p. 612.

84 En *RJP* 1960, p. 1482.

85 ES del 25 de noviembre de 1964, en *AJ* 1964, p. 306.

86 ES del 9 de setiembre de 1955, en *RJP* 1956, p. 216.

87 ES del 18 de julio de 1950, en *RJP* 1951, p. 297.

88 ES del 1 de abril de 1950, en *RF* 1950, p. 372. Caso semejante en la ES del 31 de octubre de 1959, en *RJP* 1960, p. 432.

89 La Corte Suprema equivocadamente califica de cómplice y no de coautor a quien interviene en la ejecución del delito de estafa prestando su nombre (artificio) y cobrando los cheques girados por la víctima: ES del 15 de enero de 1973, en *RJP* 1973, p. 93.

2260 Sin embargo, en diversas resoluciones, la Corte Suprema subraya la importancia del acuerdo entre los agentes, con el objeto de demostrar la existencia de la coautoría o, en general, para diferenciar la coautoría de la complicidad. Así, en su Ejecutoria del 4 de diciembre de 1934[90], a pesar de afirmar que "V. N., formaba parte de la banda criminal y, como tal, intervino en el concierto delictuoso", concluye diciendo que "la forma como participó en el acto delictuoso, permaneciendo fuera de la tienda, como simple correo, lo coloca en la condición de cómplice". En este caso, también consideró como cómplice al chofer J. R., "que condujo en su automóvil a los delincuentes al lugar del suceso, conociendo su propósito criminal y les esperó para facilitarles la fuga".

2261 Esta manera de considerar el aspecto objetivo y subjetivo de la coautoría también resalta cuando la Corte Suprema dispone que la pena debe ser la misma para los dos agentes, "porque su cooperación ha sido simultánea a la realización del delito, sin que se pueda distinguir, ni establecer mayor responsabilidad en uno que otro, ya que los dos lo premeditaron, lo acordaron y lo ejecutaron con actos sucesivos de cooperación inmediata"[91].

2262 A menudo resulta difícil discernir cuál fue el criterio que se utilizó, a causa de las imprecisiones en que se incurre por culpa del igual trato dado en la ley, en términos de penas, a las diferentes formas de participación (sentido amplio), a excepción de la complicidad secundaria. Así, por ejemplo, en una ocasión la Corte Suprema reprimió como autores del delito de homicidio al conjunto de participantes, basándose en el hecho de que todos se pusieron previamente de acuerdo. Pero en relación con uno de ellos justificó la pena, diciendo que actuaba "de campana", prestando ayuda a sus coacusados y presenciando "tranquilamente" cómo éstos le daban la muerte a la víctí-

---

90 En *RF* 1940, p. 393.

91 ES del 28 de mayo de 1936, en *RF* 1936, p. 242. Los sujetos juzgados se habían propuesto robar a las víctimas, para lo cual las agredieron. Uno victimó al padre y el otro sólo logró lesionar al hijo que le acompañaba. La pena impuesta fue de 20 años de penitenciaría para ambos. Un caso semejante fue resuelto distintamente en la ES del 9 de mayo de 1940, en *RT* 1940, p. 203. Aquí se consideró a uno como autor de asesinato y al otro como autor de tentativa, reprimiéndoseles por consiguiente con penas distintas. Consideramos preferible la primera solución.

ma[92]. No se refirió con claridad al hecho de que éste haya participado en el concierto de voluntades previo a la ejecución de la infracción, para calificarlo de "coautor".

11. Tentativa e instigación en la coautoría

Si el proceso ejecutivo del delito es, por cualquier circunstancia, interrumpido, los coautores serán entonces reprimidos a título de tentativa. En este caso, resultaría por supuesto decisivo el hecho de comprobar que existe entre ellos un entendimiento común. También, habría que tener en cuenta todos los elementos de hecho presentes para individualizar la represión. 2263

El simple acuerdo tendiente a la realización de un delito, sin que llegue sin embargo a ponerse en práctica, no puede dar lugar a ninguna represión penal, salvo por supuesto en los casos en que se trate de un delito independiente. Por ejemplo, el art. 102 del CJM considera delito, para los militares, "la conspiración y la proposición para llevar a cabo cualesquiera" de los actos que constituyen delito de rebelión. El Código Penal derogado preveía, como regla general, la represión de la confabulación (art. 30, pf. 4). 2264

Por último, conviene señalar que los coautores también pueden actuar instigados por un tercero[93] o que alguno de ellos puede ser un autor mediato. 2265

VII. Participación *stricto sensu*

La instigación (el hecho de provocar en un tercero la decisión delictiva) y la complicidad (el hecho de colaborar con el autor mediante consejos o actos concretos) son reprimidas porque ocasionan o apoyan un acto típico e ilícito ajeno. Sin la existencia de un autor que cometa el acto principal (en el sentido del concepto restrictivo de autor), no se pueden dar ni la complicidad ni la instigación. Ambas formas de participación dependen, por consiguiente, de la ejecución del hecho principal. Por ejemplo, Pedro persuade a Juana para 2266

---

92 ES del 30 de noviembre de 1960, en *RJP* 1960, p. 1482.

93 Ver Ejecutorias Supremas publicadas en *RT* 1940, p. 203; *RJP* 1960, p. 432; *RJP* 1947, p. 492; *RJP* 1952, p. 1372; *RF* 1969, p. 353.

que robe en casa de Jorge y ella realiza el delito penetrando en el domicilio de éste con la llave que le había proporcionado Rosa, la secretaria de Jorge. La represión de Pedro y de Rosa depende en este caso del accionar ilícito de Juana.

2267 Esta índole accesoria deriva de la misma significación del término participar: tomar parte en algo ajeno[94]. Por esto, resulta correcto afirmar, a diferencia de lo que sucede con la tentativa, que la "participación no integra un tipo delictivo autónomo, sino un simple concepto de referencia"[95], cuyas notas específicas están determinadas legalmente (art. 24 a 26). Como ya lo hemos indicado antes[96], las nociones de complicidad e instigación fundamentan la ampliación de la punición. Las reglas generales que las definen, aplicadas en relación con las disposiciones de la parte especial, amplían los tipos legales previstos en estas normas.

2268 Los actos de participación no son ilícitos por sí mismos. Es el hecho principal[97] el que condiciona su carácter de contrario al orden jurídico. En efecto, el instigador y el cómplice no atentan directamente contra el bien jurídico protegido, pero lo hacen a través del hecho punible cometido por el autor. Por esto, ellos sólo son reprimidos si el acto principal ha sido ejecutado o si, al menos, su ejecución había comenzado (tentativa). Respecto a esto, los autores del Proyecto de 1985 (agosto) consideraron conveniente prever de manera expresa que "los partícipes son punibles desde que se ha iniciado la ejecución del hecho punible". El Código derogado no contenía sin embargo disposición semejante y tampoco ha sido mantenida en el vigente.

2269 El hecho principal que realice el autor, al que se halle vinculada la actividad de participación, debe ser un comportamiento sancionado como delito por la ley. Si el legislador considera necesario reprimir la participación en una acción que no esté prevista en ningún tipo legal como delito, entonces deberá incriminarla como delito independiente. Es el caso de la instigación o ayuda al suicidio (art. 113). Pero aun

---

94 Según la Corte Suprema, "la complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores", ES 22 de marzo de1999. Exp. Nº 64-99 La Libertad, en *RPJ*, año I-Nº 2, p. 323.

95 MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 50 III A.

96 Cf. *supra* Nº 1901 ss.

97 JESCHECK/WEIGEND, § 61 IV 4.

en este supuesto, la actividad de participación se refiere al acto de otra persona (suicidio) y su represión depende de si dicho acto "se ha consumado o intentado".

El carácter accesorio de la participación respecto al hecho principal resulta de la manera como han sido reguladas la instigación y la complicidad. La primera, según el art. 24, consiste en "determinar a otro a cometer el hecho punible" y, la segunda, según el art. 25, en prestar "auxilio para la realización del hecho punible". Semejante dependencia no se da por supuesto en el caso de la coautoría, respecto a la cual es más apropiado hablar de interdependencia de las acciones equivalentes de los agentes, que permitirá una imputación recíproca a los coautores. Sus acciones constituyen "partes" de la ejecución. Los coautores no deciden a un tercero a ejecutar el hecho punible, ni siquiera colaboran en la realización de un acto ilícito ajeno, sino que asumen los actos ejecutados por cada uno de ellos como piezas constitutivas del delito proyectado en común. 2270

El primer problema que se presenta al analizar esta relación de dependencia, estriba en saber en qué consiste el acto principal o, como dice nuestro legislador, "el hecho punible". En efecto, de la significación que se le reconozca a éste dependerán los alcances de que se den al carácter accesorio. 2271

En esta línea, hecho punible puede comprenderse como acción típica, antijurídica y culpable. Los participantes serían así reprimidos porque darían lugar a la culpabilidad del autor del hecho principal. Por consiguiente, para poder reprimir al partícipe como instigador o cómplice, el agente del acto principal (el autor) deberá ser un sujeto culpable y el acto cometido, típico e ilícito. Esta manera de considerar la relación de dependencia es denominada "accesoriedad extrema". En oposición a esta idea, se considera que por hecho punible es de entender acción típica y antijurídica, ya que la culpabilidad corresponde a cada individuo de manera individual e independiente (accesoriedad mínima). En consecuencia, para castigar a los participantes a título de instigación o complicidad, basta con que el autor cometa un acto típico e ilícito. 2272

En Alemania prevaleció el criterio de la accesoriedad extrema hasta 1943[98], año en que se introdujo en el Código Penal el § 29, que dis- 2273

[98] JESCHECK/WEIGEND, § 61 VII 1.

pone que "cada participante será penado, sin consideración de la culpabilidad de los demás, según su propia culpabilidad". No obstante, en Suiza, el Tribunal federal sostiene aún hoy en día este criterio, al exigir la punibilidad del autor principal. Los jueces federales fundamentan su jurisprudencia en el hecho de que la ley suiza distingue el "crimen del delito"[99].

2274 Cuando el legislador peruano establece que el instigador y el cómplice serán reprimidos con la pena que "corresponda al autor" o "prevista para el autor" del hecho punible, parece afiliarse al concepto de la "accesoriedad extrema". En efecto, la ley peruana parece decir que como no se le puede imponer una pena a un autor que no haya actuado típica, antijurídica y culpablemente, tampoco sería factible hacerlo por lo que se refiere al cómplice. Sin embargo, admitir esta interpretación literal implicaría que tampoco convenga reprimir al cómplice si el autor no es identificado, y a pesar de que se compruebe tanto la comisión del acto principal como la manera según la cual actuó. Por otra parte, en caso de que el autor sea declarado no culpable (por ser incapaz o haber actuado bajo la influencia de un error de prohibición inevitable), entonces también habría que favorecer al partícipe con una declaración de impunidad. Esta interpretación no concuerda pues con el criterio admitido en el Código Penal, según el cual las circunstancias y las cualidades que afecten la responsabilidad de un autor o participante "no modifican la de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible" (art. 26).

2275 El art. 82 del Proyecto de 1984 (setiembre) reproducía, en términos semejantes, el art. 104 del Código derogado: se refería a las "circunstancias personales" y a los "autores o cómplices". Al contrario, el art. 42 del Proyecto de 1984 (octubre) disponía que "las calidades o relaciones personales y los demás elementos de carácter subjetivo integrantes de la descripción del hecho que concurren en uno o varios de quienes lo han realizado, alcanzan a los coautores y partícipes que hayan tenido conocimiento de ellos" y que "las [...] no integrantes de la descripción legal influyen sólo en la responsabilidad de aquellos en quienes concurran". En cuanto a los Proyectos de 1985 (art. 45) y 1986 (art. 45), preveían con más sencillez que "no se comunican las circunstancias ni las condiciones de carácter personal, salvo cuando

---

[99] Ver SCHWANDER, 1966, Nº 258b ss.; SCHULTZ, s/f, FJS Nº 1189, p. 7 s.

son elementos del hecho punible". Finalmente, el texto definitivo del art. 26 del Código vigente apareció en los Proyectos de 1990 (art. 31) y 1991 (art. 26).

El art. 26 fue elaborado sobre todo siguiendo el art. 104 del Código derogado, de raigambre helvética[100]. Esta norma consagraba el criterio de la "accessoriedad limitada"[101], conforme al cual, para poder reprimir al partícipe, bastaba que el autor principal hubiera cometido un hecho ilícito, en el sentido de típico (objetiva y subjetivamente) y contrario al orden jurídico (ausencia de una causa de justificación). Por lo tanto, no era preciso que el autor fuera además culpable, o sea responsable según la terminología de la ley y punible. 2276

Pero si el autor principal actúa sin dolo (elemento esencial del tipo legal subjetivo) o si se ampara en una causa de justificación (por ejemplo, la legítima defensa), entonces el comportamiento del partícipe, al igual que el del autor principal tampoco es punible. En el primer caso, porque el acto principal no es un acto penalmente incriminado (atípico) y, en el segundo caso, porque la ilicitud del acto del partícipe deriva de la del acto principal. No obstante, habría que considerar aún si el partícipe ha creado las condiciones necesarias para que el agente se crea autorizado a lesionar el bien jurídico de la víctima, porque de suceder esto, se trataría de un caso de autoría mediata[102]. 2277

1. Instigación

a. Noción

Es instigador, según el art. 24, "el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible". El acto del instigador consiste pues en persuadir a un tercero para que tome la decisión de cometer la acción típica. El instigado es determinado a tomar la resolución de cometerla. Sin embargo, basta con reforzar la voluntad del agente, haciéndole descartar las dudas que pudiera tener y que le impidieran pasar al acto. Al contrario, no puede instigarse al que ya decidió cometer el delito 2278

---

[100] Se puede comparar dicha disposición con el art. 27 del Anteproyecto suizo de 1915.

[101] Aunque sin mencionar expresamente la norma, PEÑA CABRERA, 1995, p. 317, opina que el CP recoge el principio de la "accesoridad limitada".

[102] Ver *supra* Nº 2205 ss.

(*omnimodo facturus*). Pero tampoco es necesario que el instigado sea indiferente u opuesto a su comisión: también puede tratarse de alguien dispuesto, en general, a actuar criminalmente. Por ejemplo, el sicario profesional que es determinado a cometer un delito concreto[103].

2279 Como el art. 100 del Código Penal derogado, el art. 78 del Proyecto de 1984 (setiembre) trataba de "los que intencionalmente decidieran a otro a cometerlo...". En el art. 39 del Proyecto de 1984 (octubre) se siguió utilizando el término "intencionalmente", pero se prefirió emplear el verbo "determinar". El mismo texto fue utilizado en los Proyectos de 1985 (art. 41) y de 1986 (art. 41). El texto definitivo del art. 24 fue establecido, salvo por lo que se refiere al verbo "determinar", en los Proyectos de 1990 (art. 29) y de 1991 (art. 24). El cuadro de la evolución está finalmente completo si se recuerda que, en el Proyecto de 1916, se hablaba de "los que maliciosamente determinan al agente a ejecutar el hecho..." (art. 37, inc. 3) y que el CJM vigente se refiere a "los que inducen a cometer el hecho criminal". Evidentemente, todas estas fórmulas expresan en el fondo lo mismo y el texto del Código actual no representa, en consecuencia, un cambio respecto al Código derogado.

2280 El instigador no realiza la infracción, ni "toma parte", en sentido material, en su ejecución. Sólo ejerce una influencia psicológica sobre otra persona, con el objeto de hacerle cometer el hecho punible. No se trata, por lo tanto, de un caso de autoría[104]. Al contrario, el autor es el instigado y su presencia es indispensable para poder hablar de instigación. Ésta es, en consecuencia, como la complicidad: una forma de participación (*stricto sensu*) totalmente dependiente de la existencia de un autor[105] y, por consiguiente, una forma accesoria de participación.

2281 El hecho de denominar al instigador "autor intelectual"[106] o "moral"[107] no es correcto y sólo provoca, más bien, confusión. La razón

---

[103] Cf. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 51 II A.

[104] ES 9 de octubre de 1997, Exp. N° 3840-97-Ayacucho, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 168.

[105] En relación con el derecho suizo, SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 234, dice claramente que el hecho de que el instigador sea sancionado como "autor" no significa que sea un "autor intelectual", sino sólo que merece la misma pena que este último.

[106] BRAMONT ARIAS, 1966, p. 220.

[107] ES del 4 de junio de 1936, en *RF* 1936, p. 245.

que parece conducir a algunos a calificar de "autores" a los "instigadores", es el hecho de que la ley trató a éstos como autores[108], al prever que serían sancionados con la pena del autor.

b. Medios utilizados por el instigador

Los medios a que puede recurrir el instigador para determinar al instigado son diversos. Maúrtua creyó conveniente, en el Proyecto de 1916, enumerarlos de manera expresa, quizás inspirado por el criterio del CP holandés de 1881 (art. 47, inc. 2). Así, señalaba las dádivas, las promesas, la violencia y el engaño (art. 72, inc. 3). Sin embargo, este sistema es criticable por las confusiones que puede originar. Por ejemplo, permite suponer que una vez comprobada la utilización de uno de estos medios con el fin de hacer que alguien cometa una infracción, ya hay que admitir la existencia de la instigación. Pero en la realidad, los hechos pueden darse de manera distinta y una estricta aplicación de los criterios adoptados llevaría a excluir la instigación y a admitir la autoría mediata en muchos casos[109]. Por lo tanto, nuestro legislador decidió con certeza no enumerar los medios de los que se puede valer el instigador, como es el caso del § 26 del Código alemán. 2282

A menudo, el instigador recurre, por ejemplo, a los ruegos, al ofrecimiento de recompensas, a la sugestiva indicación de los provechos que pueden derivar de la comisión de la infracción, a exigencias, al aprovechamiento de los sentimientos que lo vinculan al instigado. Pero también puede recurrir a la violencia, a la amenaza o al abuso de autoridad. En estos casos, es necesario, sin embargo, verificar que estos medios no sean de tal intensidad que transformen al tercero en el intermediario material de la autoría mediata[110]. 2283

La intervención del instigador no debe reducirse a un simple factor causal respecto a la toma de decisión del instigado. Al contrario, debe producirse un contacto personal que constituya una forma de compromiso relativo a la ejecución del hecho punible. El instigado debe sentirse como obligado respecto al instigador. Esta interpretación 2284

---

[108] Por lo que se refiere a los "coautores", ver *supra* Nº 2236 ss.
[109] JESCHECK/WEIGEND, § 64 II 2a.
[110] Ver *supra* Nº 2209 ss.

restrictiva se justifica por el hecho de que la pena prevista para el instigador es la misma que debe imponérsele al autor. Además, junto a este criterio de política criminal, hay que considerar que, si bien el instigador no ejecuta el hecho punible –por lo tanto no está vinculado con éste de la misma manera que el autor–, se encuentra sin embargo en el origen de la idea delictuosa, y sin su intervención no se hubiera producido la infracción de la manera como tuvo lugar.

2285 En su jurisprudencia, la Corte Suprema ha considerado de manera amplia los medios que puede emplear el instigador. En la Ejecutoria del 2 de enero de 1968[111], los magistrados supremos se refieren al hecho de que "el acusado convenció a su enamorada para que se sometiera a prácticas abortivas", sin detenerse a analizar en detalle los medios utilizados. Del mismo modo, se limitan a afirmar, en la Ejecutoria del 26 de agosto de 1947[112], que la acusada "comprometió" a los ejecutores del homicidio. Al contrario, en la Ejecutoria del 15 de octubre de 1951[113], dicen que la acusada "propuso a los circundantes la eliminación de su conviviente, dándoles detalles sobre la forma de llamarlo a la vez que les ofrecía una suma de dinero por el trabajo..."[114].

c. Intención del instigador

2286 El instigador, como lo indica de modo explícito el art. 25, debe determinar con dolo al instigado; es decir, con conciencia y voluntad. Debe, en consecuencia, ser consciente de que influye una determinada persona para decidirla a cometer un determinado hecho punible. En el caso de la instigación en cadena, poco importa que el instigado tenga la libertad de escoger a quien va a instigar para que ejecute la infracción. Poco importa también que el primer instigador no sepa cuántos instigadores intermediarios van a intervenir. Por consiguiente, la instigación culposa resulta inadmisible según el texto de la ley.

2287 El dolo del instigador debe referirse tanto a la actividad de crear en el instigado la voluntad de cometer delito, como a la realización de éste. Por esto, se habla en la dogmática del "doble dolo" del instigador (*doppelter Vorsatz*)[115].

---

[111] *RJP* 1968, p. 982.
[112] *RJP* 1947, p. 492.
[113] *RJP* 1952, p. 1732.
[114] Ver ES del 31 de octubre de 1959, en *RJP* 1960, p. 432.
[115] JESCHECK/WEIGEND, § 64 II 2b.

d. Instigación de una o más personas

El instigador puede ejercer su influencia directamente sobre la persona a instigar, pero también puede hacerlo por intermedio de un tercero. En este caso, persuade a éste para que convenza a quien debe ejecutar el delito (instigación en cadena, *Kettenanstiftung*). Si el instigador utiliza al tercero como intermedio o instrumento, entonces la instigación se produce en forma mediata (como en el caso de la autoría mediata). También puede suceder que dos o más personas se pongan de acuerdo para instigar a otra para que ejecute un delito (coautoría de instigación). Y si dichas personas proceden por su cuenta y sin saber lo que cada una está haciendo, son instigadores accesorios (como los autores accesorios, *Nebentetär*). 2288

La actividad persuasiva del instigador puede alcanzar a varias personas, sin necesidad de que las conozca personalmente[116]. Si el agente desarrolla su actividad en público y ante un número indeterminado de individuos, entonces podrá ser reprimido como autor de un atentado contra la "paz pública" (art. 315, "provocación para cometer delito contra la seguridad o tranquilidad públicas" o art. 6 del DL Nº 25475, incitación al terrorismo). 2289

e. Casos especiales

El instigador no necesita reunir las características personales que debe tener el autor según el tipo legal. Por ejemplo, ser funcionario o médico. Es posible pues la instigación por un *extraneus* en el caso de un delito especial o de un "delito de propia mano"[117]. 2290

Según el criterio de la autoría limitada, implícita en la regulación de nuestro Código, se puede instigar, en ciertas circunstancias, a un inimputable o a un menor. Por ejemplo, cuando pueden comprender lo que se les pide que hagan. 2291

En la instigación, lo determinante es que el instigador haga nacer en el instigado la voluntad de actuar delictuosamente. Pero esta resolu- 2292

---

[116] Siguiendo a KOEHLER y a MEZGER, SOLER, 1976a, T. II, p. 277, considera que "no parece que sea necesario tanta concreción" y que "bastaría que estuviese comprendida dentro del dolo eventual del instigador". En apoyo del criterio sostenido en el texto, ver JESCHECK/WEIGEND, § 64 III 2b; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 26 Nº 18.

[117] Cf. J. BAUMANN, 1968, p. 573; HAFTER, 1946, p. 230.

ción criminal no implica que el instigado no pueda ser declarado inculpable.

f. Límites de la responsabilidad del instigador

2293 La actividad del instigador debe tender a lograr a que el instigado se decida a cometer una infracción determinada: un homicidio, un robo, un secuestro. No es posible la instigación a delinquir en general o a comportarse delictuosamente.

2294 Además, la responsabilidad del instigador está limitada al delito que en concreto quiso que cometiera el instigado. Si éste mata en lugar de sólo lesionar o si comete un robo en lugar de un simple hurto, el instigador sólo será reprimido por lesiones o por hurto (hechos queridos por él). Cualquier variación secundaria entre lo esperado por el instigador y lo realmente realizado por el instigado no hace variar la responsabilidad del primero. Por lo que se refiere a estas variaciones, hay que considerar sobre todo el error *in objecto*, la *aberratio ictus* o el error *in persona* (en caso de homicidio, por ejemplo)[118].

2295 Pero en el caso de delitos preterintencionales (lesiones seguidas de muerte, por ejemplo), el instigador será responsable del resultado más grave si, según las circunstancias, se le puede imputar dicho resultado (la muerte) a título de culpa[119].

2296 Con el propósito de resolver los problemas de interpretación que resultan de estos diversos casos, los autores del Proyecto de 1985 (agosto) creyeron que era necesario prever una regla específica. Así, en el art. 44, pf. 2, establecieron que "si el hecho punible resulta más grave del que se quiso realizar, responden por el resultado sólo quienes lo hayan aceptado como una consecuencia posible de la acción emprendida". Sin embargo, en el texto definitivo del Código no se conservó esta disposición.

g. Tentativa y consumación en la instigación

2297 Para poder reprimir al instigador es necesario que el instigado haya concretado su voluntad delictuosa (forjada por el instigador), es de-

---

[118] Sobre el error, ver *supra* Nº 1264 ss.

[119] Cf. CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem § 26 Nº 22; JESCHECK/WEIGEND, § 64 IV 4.

cir, que hubiera al menos comenzado la ejecución del hecho punible[120]. No se reprime, por lo tanto, la simple persuasión, la creación en otra persona de la resolución criminal. Si el acto del instigado queda al nivel de tentativa, el instigador será sancionado como autor de la tentativa del delito que se quería consumar. Y si no se reprime la tentativa, el instigador permanecerá impune[121].

La fórmula utilizada por nuestro legislador para regular la instiga- 2298
ción ("el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible"), puede sugerir que es suficiente que el instigador logre hacer surgir en el instigado la voluntad de cometer un delito, puesto que se evita estatuir de manera expresa la necesidad de que el instigado pase al acto, de que materialice, total o parcialmente, la decisión que se le haya inculcado. Desde luego, en el derecho foráneo se encuentran fórmulas más acertadas: "quien haya intencionalmente decidido a otro a cometer un crimen o un delito, si la infracción ha sido cometida, será reprimido con la pena aplicable al autor de esta infracción" (art. 24 del CP suizo, pf. 1).

Nuestra ley, así mismo, no prevé la represión de la tentativa de insti- 2299
gación. Esta se presenta, en primer lugar, cuando el instigador, a pesar de sus esfuerzos, no logra convencer al que debe ejecutar materialmente la infracción o, en segundo lugar, si el instigado, aunque ya convencido, no comienza la ejecución del hecho punible (no intenta). En estos casos, ni el instigador ni el instigado serán reprimidos. Como ejemplo contrario conviene citar el art. 24, pf. 2, del CP helvético que dispone: "quien hubiera tratado de decidir a una persona a cometer un crimen será sancionado con la pena prevista para la tentativa de esta infracción"[122].

h. Agente provocador

Se trata de una persona particular utilizada por la policía para incitar 2300
a la ejecución de un hecho punible, con el propósito de, una vez comenzada la ejecución, impedir su consumación deteniendo al au-

---

[120] SCHULTZ, s/f, FJS Nº 1190, p. 8. Cf. CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 26 Nº 17; JESCHECK/WEIGEND, § 64 II 2b.

[121] Cf. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 51 III A.

[122] Cf. SCHULTZ, FJS Nº 1190, p. 5; GERMANN, 1923 , p. 10.

tor. En doctrina, se discute la cuestión de saber si el agente provocador debe ser reprimido o no. Por lo general, se admite su impunidad porque le falta, precisamente, la voluntad de que el hecho punible sea consumado[123]. Sin embargo, este criterio es considerado como insuficiente, pues esta persona, al provocar la tentativa, pone en peligro el objeto de la infracción (ser humano en caso de homicidio o lesiones; bien mueble ajeno en caso de hurto).

2. Complicidad

a. Noción

2301 De manera semejante al Código derogado, el Código vigente distingue dos casos de complicidad: los cómplices primarios y los cómplices secundarios. En el art. 78 del Proyecto de 1984 (setiembre), se utilizó el mismo modelo, así como en el Proyecto de octubre del mismo año. En éste, sin embargo, el texto varió bastante. En efecto, su art. 40 establecía que "el que presta al autor o autores un auxilio sin el cual el hecho punible no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor" y en el art. 41: "El que presta auxilio para la realización del hecho punible, aunque ese auxilio se limite a la prestación de ayuda posterior a su consumación, será reprimido con la pena establecida para el delito o disminuida hasta una tercera parte". En los Proyectos de 1985 (art. 42 y 43) y de 1986 (art. 42 y 43), se repitieron las mismas normas. El art. 30 del Proyecto de 1990 (julio) prevé un texto semejante al art. 25 del Código vigente, las diferencias consisten sólo en la indicación final referente a la atenuación de la pena. En el proyecto se establecía que la pena será "atenuada por debajo del mínimo legal". Por el contrario, el texto del Código vigente no difiere en nada del art. 25 del Proyecto de 1991.

2302 Las expresiones "prestar auxilio" y "prestar asistencia", utilizadas en el art. 25 son de idéntico significado. El legislador sólo ha querido, por cuestiones de estilo, no repetir dos veces la misma palabra. En efecto, el auxilio es la ayuda, el socorro, el amparo; la asistencia, la acción de prestar socorro, favor o ayuda. Lo mismo se puede decir de las expresiones empleadas en el Código derogado (art. 100): "coadyuvar con auxilio o cooperación" y "prestar asistencia".

---

[123] Cf. J. BAUMANN, 1968, p. 577; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 51 II B 3.

e. Participación en el actuar en lugar de otro

La ejecución del comportamiento delictivo que supone la aplicación del art. 27 puede ser la obra de uno o más individuos. En caso de pluralidad, cada uno de los que intervengan pueden estar implicados conforme a los presupuestos de esta disposición legal, pero también pueden ser personas que reúnan realmente la calidad exigida al autor por el tipo legal correspondiente. Por lo tanto, sus responsabilidades serán determinadas conforme a las reglas de la participación delictuosa. 2235

VI. Coautoría

1. Introducción

En el Código derogado, el legislador había regulado los casos de coautoría como una forma de "participación en el hecho punible". En el art. 100 había estatuido que se consideraban como autores "los que toman parte en la ejecución" del hecho punible. Así, se refería a los coautores, pero no al autor (*stricto sensu*)[71], ya que éste no "toma parte en la ejecución", sino que ejecuta el hecho punible. 2236

El art. 23 se refiere a los que conjuntamente ejecutan el hecho punible. Así, establece la base sobre la cual debe elaborarse la noción de coautoría. En términos similares, esta regla ya figuraba en los proyectos de reforma del Código Penal. Por ejemplo, el art. 38, *in initio*, del Proyecto de 1984 (octubre), decía: "los que lo realizan conjuntamente". Tampoco difieren mucho los Proyectos de 1985 (art. 40), 1986 (art. 40) y 1990 (art. 28). 2237

"Ejecutar conjuntamente el delito" es una fórmula bastante amplia que supone, por un lado, la decisión colectiva de realizar la infracción y, por otra parte, la colaboración conjunta de manera consciente y voluntaria. Según la doctrina, la imputación a título de coautoría se basa tanto en el principio de la división de las tareas entre los participantes, como en el de la distribución funcional de éstas. En diversas decisiones de la Corte Suprema[72] se enumeran las 2238

[71] Diferente, BRAMONT ARIAS, 1966, p. 219.

[72] ES Nº 4647-95 Lambayeque, 25.01.1995, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 164; ES Nº 5924-98 Piura, 25.03.1998, en ROJAS VARGAS, 1999c, p. 170; ES Nº 3840-97

siguientes condiciones: a) decisión común: entre los intervinientes ha existido decisión común de realizar extorsión; b) aporte esencial: el aporte individual que ha realizado cada uno de los acusados es y ha sido esencial o relevante, de tal modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte podría haberse frustrado el plan de ejecución; y c) tomar parte en la fase de ejecución: cada acusado ha tenido un dominio parcial del acontecer, circunstancia que da contenido real a la coautoría.

2. Decisión común de cometer la infracción

2239 Para que se dé la coautoría, es indispensable que exista entre los que "cometen conjuntamente" el hecho punible una intención común de realizar una infracción; es decir, deben forjar en común la voluntad de realizar un delito determinado. Así, cada uno de ellos hace propio el acto cometido por todos. En este sentido, no es posible la coautoría en la comisión de delitos culposos[73].

2240 Con frecuencia, es suficiente el entendimiento alcanzado de manera tácita y espontánea. A menudo, puede tratarse de un acuerdo previo o de la puesta en marcha de un plan de acción. Pero la existencia de esta comunidad de intenciones no determina por sí sola el carácter de coautores de todos los que participan. Como lo hemos explicado antes[74], nuestro Código no consagra el criterio puramente subjetivo. Es necesario, además y sobre todo, que sus intervenciones constituyan "actos ejecutivos".

2241 Admitir lo contrario significaría dar por inexistentes las referencias a la complicidad primaria y secundaria. En efecto, en estas formas de participación existe, en principio, un entendimiento entre el autor principal y sus colaboradores. El criterio del acuerdo previo como factor decisivo para determinar quiénes son autores, ha tenido mucho éxito en España, donde ha sido con frecuencia aplicado en la

---

Ayacucho, 09.10.1997, en Rojas Vargas, 1999c, p. 170; ES Nº 6017-97 Lima, 11.03.1998, en Rojas Vargas, 1999a, p. 161; ES Nº 3900-97, 20.11.1997, en Rojas Vargas, 1999a, p. 293, *Diálogo con la Jurisprudencia*, T. 17. Cf. Exp. Nº 98-0429-0701JP06, Segunda Sala Penal Superior de Justicia del Callao, 12.01.1999.

73 Cf. *supra* Nº 1904 ss.

74 Cf. *supra* Nº 2192.

jurisprudencia. En la doctrina, pocos son los que lo combaten; Quintano Ripollés, por ejemplo, lo califica de peligroso y afirma que su aplicación elimina casi del todo la complicidad[75].

Según la teoría del dominio del hecho, hay que considerar que existe este dominio en la coautoría cuando cada agente, basándose en la decisión de actuar en común, ejecuta un elemento de la actividad delictuosa. La ejecución de la infracción se presenta como la realización, mediante una división de las tareas, de una resolución tomada conjuntamente. En el caso del asalto a un Banco, en que el jefe del grupo propone el proyecto criminal y proporciona los planos del local, el chofer espera con el motor encendido, el técnico desconecta el sistema de alarma y otra persona amenaza con un arma de fuego al cajero y se apodera del botín, todos deben ser considerados como coautores, puesto que actúan cumpliendo los papeles que previamente se habían asignado y como titulares de una parte del dominio del hecho. Este dominio, según la doctrina, es de carácter funcional (*funktionale Tatherrschaft*)[76]. 2242

Así, la coautoría se distingue con claridad de la complicidad: primero, porque el coautor no favorece el accionar ajeno, sino que asume como suya la acción del otro; segundo, porque no lleva a cabo una acción subordinada, sino que interviene en la ejecución aunque sea de una manera poco importante o de la misma manera que los demás. 2243

3. Común dominio del hecho

Los coautores deben ejercer conjuntamente el dominio sobre el hecho. No es suficiente, por lo tanto, que el participante, aun teniendo como base una decisión común, ejecute tan sólo un acto que cause el resultado, como lo propone el criterio subjetivo. Este autor debe más bien ejecutar una parte de los actos necesarios en la realización de la infracción, conforme al plan establecido en común[77]. Para determi- 2244

---

75 Quintano Ripollés, 1996, p. 553; cf. Luzón, 1996, p. 194; Gimbernat, 1966, p. 57 y s.; en especial, p. 77 ss.

76 Samson, en SK, § 25 Nº 13; Bockelmann, 1979, p. 179; Jescheck/Weigend, § 62 III.

77 Jescheck/Weigend, § 63 I 1 a.

nar este factor, entonces hay que considerar la relación complementaria en la que se hallan, la importancia del plan de la acción y la importancia de la ejecución de los actos. Según la importancia que tenga tal intervención en el momento de forjarse la decisión común, la participación material en la ejecución puede no darse o no ser decisiva, o viceversa[78]. Este criterio es de gran relevancia práctica porque permite reprimir al "cerebro" del grupo criminal o al jefe de banda que controla las actividades de sus secuaces sin intervenir de manera directa en las acciones delictuosas planeadas.

4. Contribución propia

2245 Debido al hecho de que la coautoría implica la ejecución consciente, voluntaria y conjunta del delito, cada coautor debe, en consecuencia, contribuir a la realización de la infracción ejecutando la parte que le corresponde según el plan común. Poco importa, sin embargo, el momento en que su intervención tenga lugar, desde el nivel de los actos preparatorios hasta el del agotamiento del hecho ilícito, pasando por los de la tentativa y de la consumación. En el ejemplo del asalto a un banco, el jefe de la banda sólo interviene en la preparación del robo, pero su acto es, a pesar de eso, parte esencial de la ejecución de la infracción. Por lo tanto, el jefe es un coautor por haber asumido, según el reparto de papeles en la realización del hecho punible, como suyos los actos que ejecuten los demás miembros del grupo. Otro ejemplo: en un caso de estafa, en que participan varios individuos de común acuerdo, el papel de uno de éstos puede consistir en intervenir para concretar el provecho ilícito que todos tratan de obtener (por ejemplo, hacer efectivos los cheques obtenidos astutamente del estafado). A diferencia de lo que sucedía bajo la regulación del Código derogado[79], el cual establecía que debían "tomar parte en la ejecución", no es necesario actualmente interpretar el art. 23 en el sentido de que los participantes deben realizar actos ejecutivos, es decir, en el sentido que la teoría objetiva da a la fórmula "comienzo de la ejecución" utilizada respecto a la tentativa.

---

[78] JESCHECK/WEIGEND, § 63 III 1; HAFT, § 3 3 b; WESSELS/BEULKE, Nº 528 ss.

[79] Ver la edición anterior del presente *Manual*, HURTADO POZO, 1987a, p. 528 ss.

5. Condiciones personales

Al igual que como en el caso de la autoría mediata, cada uno de los coautores debe poseer, cuando la ley lo requiere, la calidad de autor. Dicho de otro modo, por lo que se refiere a los delitos especiales, sólo pueden ser coautores aquellos que cumplan con las exigencias del tipo legal pertinente (por ejemplo, el hecho de ser funcionario). Asimismo, autor de un hurto sólo puede ser aquel que obra con el afán de obtener un provecho ilícito apoderándose de un bien sustraído a su propietario. Para cometer un hurto en coautoría es pues indispensable que la intención de todos los participantes esté caracterizada por ese elemento subjetivo especificado en el art. 185. Si uno de los que intervienen carece de este designio, podrá sin embargo ser reprimido a título de cómplice. 2246

6. Imputación del hecho punible

La existencia de la coautoría implica que la totalidad del hecho punible sea imputado a cada uno de los coautores. Así, se les responsabiliza por actos que, en principio, no hayan cometido personalmente. Sin embargo, en la aplicación de esta regla hay que tener en consideración las circunstancias particulares de cada caso y del tipo legal pertinente. Por ejemplo, si tres personas se ponen de acuerdo para causar daños en la casa del vecino de uno de ellos y –por error– dañan la casa de uno de éstos, el que sufre el daño no podrá ser reprimido como autor, por la simple razón de que no puede ser autor de un delito de daños contra la propiedad en su propio perjuicio. Es decir, mientras que los otros dos cometían dicho delito en coautoría, éste sólo cometía una tentativa imposible. En el ejemplo antes citado de los asaltantes que deciden en común atracar un banco y que llegado el caso emplean sus armas tanto para ejecutar el delito como para escapar, al delincuente que es lesionado por uno de sus compañeros que lo confundió con uno de los policías que los perseguían, no se le podrá imputar de ningún modo la tentativa de homicidio porque él mismo no hubiera podido cometer dicha infracción en su propia persona. Así mismo, no se les puede imputar a los coautores los actos que exceden los hechos sobre los cuales se habían puesto todos de acuerdo. Por ejemplo, al decidir cometer un hurto sin que ninguno llevara un arma consigo, no se les imputará la muerte cometida por el que no respetó la decisión colectivamente tomada. 2247

2248 En resumen, se puede decir que existe coautoría, primero, cuando los participantes ejecutan conjuntamente el hecho punible: como acordado, apuñalan a la víctima al mismo tiempo y así le causan la muerte. Segundo, cada participante realiza una parte de la acción típica: por común decisión, uno de los delincuentes detiene a golpes a la víctima, otro la sujeta fuertemente y el tercero la despoja de los bienes que lleva consigo. Tercero, según la distribución funcional de las tareas, es superfluo que todos ejecuten el hecho de la misma manera, pues unos pueden cometerlo por sí mismos, mientras que otros pueden hacer que lo realicen los primeros.

7. Circunstancias particulares

2249 Puesto que, mediante la decisión común, los coautores asumen como propios los actos cometidos por los otros, entonces todos son responsables por tentativa a partir del momento en que uno de ellos incurra en actos que constituyen el inicio de la ejecución del hecho punible.

2250 La coautoría también es posible por lo que se refiere a los delitos de omisión, en la medida en que todos los participantes tengan el deber de ejecutar la acción esperada. Por ejemplo, padre y madre observan como su hijo menor corre el riesgo de ahogarse, poniéndose de acuerdo para no prestarle auxilio, porque saben que será socorrido por el salvavidas. No habiendo tenido la voluntad de causarle la muerte, incurren, según las circunstancias, sólo en pena por delito de abandono de persona en peligro (art. 125).

2251 Siendo la decisión común de cometer el delito una de las condiciones indispensables para que se dé la coautoría, ésta resulta excluida en el caso de los delitos culposos. La responsabilidad de los que ocasionen un accidente y lesionen, por culpa a una persona, es determinada de manera separada según el grado de imprevisión culpable con el que cada uno actuó (autores accesorios, *Nebentäter*). Situación peculiar es la que tuvimos oportunidad de exponer al analizar el delito culposo[80] y respecto a la cual admitimos la posibilidad de hablar en cierta forma de autoría, pero en un sentido más amplio que el señalado en este capítulo. Se trata del caso en que los autores del

[80] Ver *supra* Nº 1903 ss.

comportamiento imprudente se ponen de acuerdo para ejecutar la acción (lanzamiento de dos piedras) que crea o aumenta el riesgo.

8. Autoría causal o accesoria

La simple realización de los actos ejecutivos por parte de varios agentes, que ocasionan un solo resultado prohibido, aún no es suficiente para que se pueda hablar de coautoría. 2252

El concurso de tales acciones, en efecto, puede deberse al azar. Por ejemplo, dos personas vierten intencional y separadamente veneno en la taza de café que ha de tomar la víctima. La doctrina denomina estos casos "autoría causal o accesoria" (*Nebentäterschaft*). Sin embargo, este concepto no tiene relevancia en dogmática, porque se trata del concurso fortuito de varios casos de autoría individual (propiamente dicha)[81]. La solución se desprende mediante la aplicación directa de los criterios de imputación objetiva y autoría. 2253

9. Circunstancias materiales y personales

El art. 26 regula la manera como hay que tener en cuenta las "circunstancias y cualidades personales" de los autores y participantes en el momento de determinar la responsabilidad de cada uno de ellos[82]. Esta disposición legal consagra la incomunicabilidad de dichas circunstancias. La individualización de la pena respecto a cada uno de aquellos no será, en consecuencia, influenciada, favorable o desfavorablemente, por la presencia de circunstancias o calidades personales en otro de los partícipes. 2254

Cuando el texto de la ley se refiere a las "circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad", no comprende desde luego aquellas que fundamentan la tipicidad o la antijuricidad. Al respecto, conviene recordar que el término de responsabilidad ha reemplazado al de culpabilidad, que era utilizado en el Código derogado. 2255

Los ejemplos de "circunstancias y calidades personales" son numerosos: el hecho de actuar en error de tipo legal o de prohibición (art. 2256

---

81 JESCHECK/WEIGEND, § 63 II 3.

82 ES 14 de abril de1999. Exp. Nº 10-99 Lima, en *RPJ*, 2000, año II, Nº 3, p. 273.

14); la incapacidad de culpabilidad por factores culturales (art. 15); el impedir el resultado o tratar de hacerlo seriamente en caso de participación (art. 18); la edad (art. 20, inc. 2: menos de 18 años; art. 22: entre 18 y 21 ó más de 65); la imputabilidad disminuida u otra eximente incompleta (art. 21: exceso de legítima defensa); la prescripción de la acción y de la pena, pues los actos de interrupción pueden tener efectos sólo contra alguno o algunos de los partícipes (art. 83 y 87); el hecho de encontrarse bajo la influencia del estado puerperal (art. 110); la relación de parentesco en los casos de delitos contra la libertad sexual, de proxenetismo y de ofensas al pudor público (art. 184); el hecho de obrar por lucro o por cualquier otro móvil innoble (art. 330: revelar secretos de la República). Al fin de cuentas, se trata de todas aquellas cualidades propias a los participantes y de las relaciones especiales que tengan con la víctima o con el objeto del delito y cuya presencia determina un aumento, una disminución o una exclusión de la culpabilidad (responsabilidad), las que a su vez implican una modificación en la determinación de la pena.

2257 La consecuencia más importante de la aplicación del art. 26 es que la pena que haya que imponerle al partícipe no debe ser siempre igual o menor a la que se le "imponga al autor". En efecto, siendo incomunicables las cualidades y las circunstancias personales de los partícipes, es posible que el autor sea favorecido por una circunstancia atenuante (por ejemplo, poseer la calidad de ser menor de 21 años pero mayor de 18). También es posible que la situación del cómplice sea agravada en relación con la del autor, por ejemplo, por actuar por lucro. Del proceso de individualización de la pena puede resultar que el cómplice sea sancionado con más severidad que el autor. Esto se comprende con facilidad si se considera que no hay que fijar la pena sólo en función de la naturaleza objetiva del comportamiento del agente; sino, y sobre todo, de acuerdo con la culpabilidad y la responsabilidad de éste. Además, nuestro Código admite con claridad este sistema, al establecer que la pena se fijará, en primer lugar, de acuerdo con la culpabilidad (responsabilidad) y, en segundo lugar, según la gravedad del hecho punible.

2258 En fin, conviene recordar que el art. 102 del Código derogado, similar al art. 26 vigente, ha sido mal aplicado por la Corte Suprema. En efecto. Ésta consideró, interpretándolo literalmente, que la pena correspondiente al cómplice "no puede ser mayor que la del autor, sino

igual disminuida hasta una parte de la represión que se imponga al autor del hecho delictuoso"[83].

10. Jurisprudencia

La Corte Suprema no fue siempre coherente al apreciar los casos de coautoría. A título de ejemplo, conviene citar la Ejecutoria del 30 de noviembre de 1960[84], en la que reconoce como "autores", o mejor dicho coautores, del delito de homicidio a los coacusados que mataron a la víctima de la siguiente manera: el primero le disparó cuatro tiros con su revólver; como aún no falleciera así, el segundo le hundió un cuchillo en el vientre y el tercero la ultimó de tres machetazos. Indiscutiblemente, cada una de las acciones individuales fue parte de la ejecución del delito de homicidio. Por cierto, este tipo de casos es más frecuente en los delitos contra el patrimonio: por ejemplo, la apropiación de una considerable suma de dinero por parte de empleados del Jockey Club, realizada mediante acciones individuales y parciales[85]. Cada una de ellas constituye, en consecuencia, una parte del proceso ejecutivo del delito de apropiación ilícita. También, hay que considerar como realizador de un acto ejecutivo al que ejerce violencia sobre una mujer a fin de que otro le haga sufrir el acto sexual[86]; o al que realiza el "artificio, astucia o engaño" mediante el cual se logra que la víctima entregue un bien de su propiedad (art. 196, delito de estafa)[87]. Asimismo, hay que calificar de coautores a quienes hayan sujetado las extremidades de la víctima a fin de que otro "le torciera" el cuello "hasta conseguir su dislocamiento y muerte instantánea"[88]. La realización de tales actos es, por lo tanto, suficiente para considerar a sus realizadores como coautores, y no tratarlos como meros cómplices[89]. 2259

---

83 ES del 28 de diciembre de 1961, en *RJP* 1962, p. 612.

84 En *RJP* 1960, p. 1482.

85 ES del 25 de noviembre de 1964, en *AJ* 1964, p. 306.

86 ES del 9 de setiembre de 1955, en *RJP* 1956, p. 216.

87 ES del 18 de julio de 1950, en *RJP* 1951, p. 297.

88 ES del 1 de abril de 1950, en *RF* 1950, p. 372. Caso semejante en la ES del 31 de octubre de 1959, en *RJP* 1960, p. 432.

89 La Corte Suprema equivocadamente califica de cómplice y no de coautor a quien interviene en la ejecución del delito de estafa prestando su nombre (artificio) y cobrando los cheques girados por la víctima: ES del 15 de enero de 1973, en *RJP* 1973, p. 93.

2260 Sin embargo, en diversas resoluciones, la Corte Suprema subraya la importancia del acuerdo entre los agentes, con el objeto de demostrar la existencia de la coautoría o, en general, para diferenciar la coautoría de la complicidad. Así, en su Ejecutoria del 4 de diciembre de 1934[90], a pesar de afirmar que "V. N., formaba parte de la banda criminal y, como tal, intervino en el concierto delictuoso", concluye diciendo que "la forma como participó en el acto delictuoso, permaneciendo fuera de la tienda, como simple correo, lo coloca en la condición de cómplice". En este caso, también consideró como cómplice al chofer J. R., "que condujo en su automóvil a los delincuentes al lugar del suceso, conociendo su propósito criminal y les esperó para facilitarles la fuga".

2261 Esta manera de considerar el aspecto objetivo y subjetivo de la coautoría también resalta cuando la Corte Suprema dispone que la pena debe ser la misma para los dos agentes, "porque su cooperación ha sido simultánea a la realización del delito, sin que se pueda distinguir, ni establecer mayor responsabilidad en uno que otro, ya que los dos lo premeditaron, lo acordaron y lo ejecutaron con actos sucesivos de cooperación inmediata"[91].

2262 A menudo resulta difícil discernir cuál fue el criterio que se utilizó, a causa de las imprecisiones en que se incurre por culpa del igual trato dado en la ley, en términos de penas, a las diferentes formas de participación (sentido amplio), a excepción de la complicidad secundaria. Así, por ejemplo, en una ocasión la Corte Suprema reprimió como autores del delito de homicidio al conjunto de participantes, basándose en el hecho de que todos se pusieron previamente de acuerdo. Pero en relación con uno de ellos justificó la pena, diciendo que actuaba "de campana", prestando ayuda a sus coacusados y presenciando "tranquilamente" cómo éstos le daban la muerte a la víctí-

---

90 En *RF* 1940, p. 393.

91 ES del 28 de mayo de 1936, en *RF* 1936, p. 242. Los sujetos juzgados se habían propuesto robar a las víctimas, para lo cual las agredieron. Uno victimó al padre y el otro sólo logró lesionar al hijo que le acompañaba. La pena impuesta fue de 20 años de penitenciaría para ambos. Un caso semejante fue resuelto distintamente en la ES del 9 de mayo de 1940, en *RT* 1940, p. 203. Aquí se consideró a uno como autor de asesinato y al otro como autor de tentativa, reprimiéndoseles por consiguiente con penas distintas. Consideramos preferible la primera solución.

ma[92]. No se refirió con claridad al hecho de que éste haya participado en el concierto de voluntades previo a la ejecución de la infracción, para calificarlo de "coautor".

11. Tentativa e instigación en la coautoría

Si el proceso ejecutivo del delito es, por cualquier circunstancia, interrumpido, los coautores serán entonces reprimidos a título de tentativa. En este caso, resultaría por supuesto decisivo el hecho de comprobar que existe entre ellos un entendimiento común. También, habría que tener en cuenta todos los elementos de hecho presentes para individualizar la represión. 2263

El simple acuerdo tendiente a la realización de un delito, sin que llegue sin embargo a ponerse en práctica, no puede dar lugar a ninguna represión penal, salvo por supuesto en los casos en que se trate de un delito independiente. Por ejemplo, el art. 102 del CJM considera delito, para los militares, "la conspiración y la proposición para llevar a cabo cualesquiera" de los actos que constituyen delito de rebelión. El Código Penal derogado preveía, como regla general, la represión de la confabulación (art. 30, pf. 4). 2264

Por último, conviene señalar que los coautores también pueden actuar instigados por un tercero[93] o que alguno de ellos puede ser un autor mediato. 2265

VII. Participación *stricto sensu*

La instigación (el hecho de provocar en un tercero la decisión delictiva) y la complicidad (el hecho de colaborar con el autor mediante consejos o actos concretos) son reprimidas porque ocasionan o apoyan un acto típico e ilícito ajeno. Sin la existencia de un autor que cometa el acto principal (en el sentido del concepto restrictivo de autor), no se pueden dar ni la complicidad ni la instigación. Ambas formas de participación dependen, por consiguiente, de la ejecución del hecho principal. Por ejemplo, Pedro persuade a Juana para 2266

---

92 ES del 30 de noviembre de 1960, en *RJP* 1960, p. 1482.

93 Ver Ejecutorias Supremas publicadas en *RT* 1940, p. 203; *RJP* 1960, p. 432; *RJP* 1947, p. 492; *RJP* 1952, p. 1372; *RF* 1969, p. 353.

que robe en casa de Jorge y ella realiza el delito penetrando en el domicilio de éste con la llave que le había proporcionado Rosa, la secretaria de Jorge. La represión de Pedro y de Rosa depende en este caso del accionar ilícito de Juana.

2267 Esta índole accesoria deriva de la misma significación del término participar: tomar parte en algo ajeno[94]. Por esto, resulta correcto afirmar, a diferencia de lo que sucede con la tentativa, que la "participación no integra un tipo delictivo autónomo, sino un simple concepto de referencia"[95], cuyas notas específicas están determinadas legalmente (art. 24 a 26). Como ya lo hemos indicado antes[96], las nociones de complicidad e instigación fundamentan la ampliación de la punición. Las reglas generales que las definen, aplicadas en relación con las disposiciones de la parte especial, amplían los tipos legales previstos en estas normas.

2268 Los actos de participación no son ilícitos por sí mismos. Es el hecho principal[97] el que condiciona su carácter de contrario al orden jurídico. En efecto, el instigador y el cómplice no atentan directamente contra el bien jurídico protegido, pero lo hacen a través del hecho punible cometido por el autor. Por esto, ellos sólo son reprimidos si el acto principal ha sido ejecutado o si, al menos, su ejecución había comenzado (tentativa). Respecto a esto, los autores del Proyecto de 1985 (agosto) consideraron conveniente prever de manera expresa que "los partícipes son punibles desde que se ha iniciado la ejecución del hecho punible". El Código derogado no contenía sin embargo disposición semejante y tampoco ha sido mantenida en el vigente.

2269 El hecho principal que realice el autor, al que se halle vinculada la actividad de participación, debe ser un comportamiento sancionado como delito por la ley. Si el legislador considera necesario reprimir la participación en una acción que no esté prevista en ningún tipo legal como delito, entonces deberá incriminarla como delito independiente. Es el caso de la instigación o ayuda al suicidio (art. 113). Pero aun

---

94 Según la Corte Suprema, "la complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores", ES 22 de marzo de 1999. Exp. Nº 64-99 La Libertad, en *RPJ*, año I-Nº 2, p. 323.

95 MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 50 III A.

96 Cf. *supra* Nº 1901 ss.

97 JESCHECK/WEIGEND, § 61 IV 4.

en este supuesto, la actividad de participación se refiere al acto de otra persona (suicidio) y su represión depende de si dicho acto "se ha consumado o intentado".

El carácter accesorio de la participación respecto al hecho principal resulta de la manera como han sido reguladas la instigación y la complicidad. La primera, según el art. 24, consiste en "determinar a otro a cometer el hecho punible" y, la segunda, según el art. 25, en prestar "auxilio para la realización del hecho punible". Semejante dependencia no se da por supuesto en el caso de la coautoría, respecto a la cual es más apropiado hablar de interdependencia de las acciones equivalentes de los agentes, que permitirá una imputación recíproca a los coautores. Sus acciones constituyen "partes" de la ejecución. Los coautores no deciden a un tercero a ejecutar el hecho punible, ni siquiera colaboran en la realización de un acto ilícito ajeno, sino que asumen los actos ejecutados por cada uno de ellos como piezas constitutivas del delito proyectado en común. 2270

El primer problema que se presenta al analizar esta relación de dependencia, estriba en saber en qué consiste el acto principal o, como dice nuestro legislador, "el hecho punible". En efecto, de la significación que se le reconozca a éste dependerán los alcances de que se den al carácter accesorio. 2271

En esta línea, hecho punible puede comprenderse como acción típica, antijurídica y culpable. Los participantes serían así reprimidos porque darían lugar a la culpabilidad del autor del hecho principal. Por consiguiente, para poder reprimir al partícipe como instigador o cómplice, el agente del acto principal (el autor) deberá ser un sujeto culpable y el acto cometido, típico e ilícito. Esta manera de considerar la relación de dependencia es denominada "accesoriedad extrema". En oposición a esta idea, se considera que por hecho punible es de entender acción típica y antijurídica, ya que la culpabilidad corresponde a cada individuo de manera individual e independiente (accesoriedad mínima). En consecuencia, para castigar a los participantes a título de instigación o complicidad, basta con que el autor cometa un acto típico e ilícito. 2272

En Alemania prevaleció el criterio de la accesoriedad extrema hasta 1943[98], año en que se introdujo en el Código Penal el § 29, que dis- 2273

[98] JESCHECK/WEIGEND, § 61 VII 1.

pone que "cada participante será penado, sin consideración de la culpabilidad de los demás, según su propia culpabilidad". No obstante, en Suiza, el Tribunal federal sostiene aún hoy en día este criterio, al exigir la punibilidad del autor principal. Los jueces federales fundamentan su jurisprudencia en el hecho de que la ley suiza distingue el "crimen del delito"[99].

2274 Cuando el legislador peruano establece que el instigador y el cómplice serán reprimidos con la pena que "corresponda al autor" o "prevista para el autor" del hecho punible, parece afiliarse al concepto de la "accesoriedad extrema". En efecto, la ley peruana parece decir que como no se le puede imponer una pena a un autor que no haya actuado típica, antijurídica y culpablemente, tampoco sería factible hacerlo por lo que se refiere al cómplice. Sin embargo, admitir esta interpretación literal implicaría que tampoco convenga reprimir al cómplice si el autor no es identificado, y a pesar de que se compruebe tanto la comisión del acto principal como la manera según la cual actuó. Por otra parte, en caso de que el autor sea declarado no culpable (por ser incapaz o haber actuado bajo la influencia de un error de prohibición inevitable), entonces también habría que favorecer al partícipe con una declaración de impunidad. Esta interpretación no concuerda pues con el criterio admitido en el Código Penal, según el cual las circunstancias y las cualidades que afecten la responsabilidad de un autor o participante "no modifican la de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible" (art. 26).

2275 El art. 82 del Proyecto de 1984 (setiembre) reproducía, en términos semejantes, el art. 104 del Código derogado: se refería a las "circunstancias personales" y a los "autores o cómplices". Al contrario, el art. 42 del Proyecto de 1984 (octubre) disponía que "las calidades o relaciones personales y los demás elementos de carácter subjetivo integrantes de la descripción del hecho que concurren en uno o varios de quienes lo han realizado, alcanzan a los coautores y partícipes que hayan tenido conocimiento de ellos" y que "las [...] no integrantes de la descripción legal influyen sólo en la responsabilidad de aquellos en quienes concurran". En cuanto a los Proyectos de 1985 (art. 45) y 1986 (art. 45), preveían con más sencillez que "no se comunican las circunstancias ni las condiciones de carácter personal, salvo cuando

---

[99] Ver SCHWANDER, 1966, Nº 258b ss.; SCHULTZ, s/f, FJS Nº 1189, p. 7 s.

son elementos del hecho punible". Finalmente, el texto definitivo del art. 26 del Código vigente apareció en los Proyectos de 1990 (art. 31) y 1991 (art. 26).

El art. 26 fue elaborado sobre todo siguiendo el art. 104 del Código derogado, de raigambre helvética[100]. Esta norma consagraba el criterio de la "accessoriedad limitada"[101], conforme al cual, para poder reprimir al partícipe, bastaba que el autor principal hubiera cometido un hecho ilícito, en el sentido de típico (objetiva y subjetivamente) y contrario al orden jurídico (ausencia de una causa de justificación). Por lo tanto, no era preciso que el autor fuera además culpable, o sea responsable según la terminología de la ley y punible. 2276

Pero si el autor principal actúa sin dolo (elemento esencial del tipo legal subjetivo) o si se ampara en una causa de justificación (por ejemplo, la legítima defensa), entonces el comportamiento del partícipe, al igual que el del autor principal tampoco es punible. En el primer caso, porque el acto principal no es un acto penalmente incriminado (atípico) y, en el segundo caso, porque la ilicitud del acto del partícipe deriva de la del acto principal. No obstante, habría que considerar aún si el partícipe ha creado las condiciones necesarias para que el agente se crea autorizado a lesionar el bien jurídico de la víctima, porque de suceder esto, se trataría de un caso de autoría mediata[102]. 2277

1. Instigación

a. Noción

Es instigador, según el art. 24, "el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible". El acto del instigador consiste pues en persuadir a un tercero para que tome la decisión de cometer la acción típica. El instigado es determinado a tomar la resolución de cometerla. Sin embargo, basta con reforzar la voluntad del agente, haciéndole descartar las dudas que pudiera tener y que le impidieran pasar al acto. Al contrario, no puede instigarse al que ya decidió cometer el delito 2278

---

[100] Se puede comparar dicha disposición con el art. 27 del Anteproyecto suizo de 1915.

[101] Aunque sin mencionar expresamente la norma, PEÑA CABRERA, 1995, p. 317, opina que el CP recoge el principio de la "accesoridad limitada".

[102] Ver *supra* Nº 2205 ss.

(*omnimodo facturus*). Pero tampoco es necesario que el instigado sea indiferente u opuesto a su comisión: también puede tratarse de alguien dispuesto, en general, a actuar criminalmente. Por ejemplo, el sicario profesional que es determinado a cometer un delito concreto[103].

2279 Como el art. 100 del Código Penal derogado, el art. 78 del Proyecto de 1984 (setiembre) trataba de "los que intencionalmente decidieran a otro a cometerlo...". En el art. 39 del Proyecto de 1984 (octubre) se siguió utilizando el término "intencionalmente", pero se prefirió emplear el verbo "determinar". El mismo texto fue utilizado en los Proyectos de 1985 (art. 41) y de 1986 (art. 41). El texto definitivo del art. 24 fue establecido, salvo por lo que se refiere al verbo "determinar", en los Proyectos de 1990 (art. 29) y de 1991 (art. 24). El cuadro de la evolución está finalmente completo si se recuerda que, en el Proyecto de 1916, se hablaba de "los que maliciosamente determinan al agente a ejecutar el hecho..." (art. 37, inc. 3) y que el CJM vigente se refiere a "los que inducen a cometer el hecho criminal". Evidentemente, todas estas fórmulas expresan en el fondo lo mismo y el texto del Código actual no representa, en consecuencia, un cambio respecto al Código derogado.

2280 El instigador no realiza la infracción, ni "toma parte", en sentido material, en su ejecución. Sólo ejerce una influencia psicológica sobre otra persona, con el objeto de hacerle cometer el hecho punible. No se trata, por lo tanto, de un caso de autoría[104]. Al contrario, el autor es el instigado y su presencia es indispensable para poder hablar de instigación. Ésta es, en consecuencia, como la complicidad: una forma de participación (*stricto sensu*) totalmente dependiente de la existencia de un autor[105] y, por consiguiente, una forma accesoria de participación.

2281 El hecho de denominar al instigador "autor intelectual"[106] o "moral"[107] no es correcto y sólo provoca, más bien, confusión. La razón

---

[103] Cf. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 51 II A.

[104] ES 9 de octubre de 1997, Exp. N° 3840-97-Ayacucho, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 168.

[105] En relación con el derecho suizo, SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 234, dice claramente que el hecho de que el instigador sea sancionado como "autor" no significa que sea un "autor intelectual", sino sólo que merece la misma pena que este último.

[106] BRAMONT ARIAS, 1966, p. 220.

[107] ES del 4 de junio de 1936, en *RF* 1936, p. 245.

que parece conducir a algunos a calificar de "autores" a los "instigadores", es el hecho de que la ley trató a éstos como autores[108], al prever que serían sancionados con la pena del autor.

b. Medios utilizados por el instigador

Los medios a que puede recurrir el instigador para determinar al instigado son diversos. Maúrtua creyó conveniente, en el Proyecto de 1916, enumerarlos de manera expresa, quizás inspirado por el criterio del CP holandés de 1881 (art. 47, inc. 2). Así, señalaba las dádivas, las promesas, la violencia y el engaño (art. 72, inc. 3). Sin embargo, este sistema es criticable por las confusiones que puede originar. Por ejemplo, permite suponer que una vez comprobada la utilización de uno de estos medios con el fin de hacer que alguien cometa una infracción, ya hay que admitir la existencia de la instigación. Pero en la realidad, los hechos pueden darse de manera distinta y una estricta aplicación de los criterios adoptados llevaría a excluir la instigación y a admitir la autoría mediata en muchos casos[109]. Por lo tanto, nuestro legislador decidió con certeza no enumerar los medios de los que se puede valer el instigador, como es el caso del § 26 del Código alemán. 2282

A menudo, el instigador recurre, por ejemplo, a los ruegos, al ofrecimiento de recompensas, a la sugestiva indicación de los provechos que pueden derivar de la comisión de la infracción, a exigencias, al aprovechamiento de los sentimientos que lo vinculan al instigado. Pero también puede recurrir a la violencia, a la amenaza o al abuso de autoridad. En estos casos, es necesario, sin embargo, verificar que estos medios no sean de tal intensidad que transformen al tercero en el intermediario material de la autoría mediata[110]. 2283

La intervención del instigador no debe reducirse a un simple factor causal respecto a la toma de decisión del instigado. Al contrario, debe producirse un contacto personal que constituya una forma de compromiso relativo a la ejecución del hecho punible. El instigado debe sentirse como obligado respecto al instigador. Esta interpretación 2284

---

[108] Por lo que se refiere a los "coautores", ver *supra* Nº 2236 ss.
[109] JESCHECK/WEIGEND, § 64 II 2a.
[110] Ver *supra* Nº 2209 ss.

restrictiva se justifica por el hecho de que la pena prevista para el instigador es la misma que debe imponérsele al autor. Además, junto a este criterio de política criminal, hay que considerar que, si bien el instigador no ejecuta el hecho punible –por lo tanto no está vinculado con éste de la misma manera que el autor–, se encuentra sin embargo en el origen de la idea delictuosa, y sin su intervención no se hubiera producido la infracción de la manera como tuvo lugar.

2285 En su jurisprudencia, la Corte Suprema ha considerado de manera amplia los medios que puede emplear el instigador. En la Ejecutoria del 2 de enero de 1968[111], los magistrados supremos se refieren al hecho de que "el acusado convenció a su enamorada para que se sometiera a prácticas abortivas", sin detenerse a analizar en detalle los medios utilizados. Del mismo modo, se limitan a afirmar, en la Ejecutoria del 26 de agosto de 1947[112], que la acusada "comprometió" a los ejecutores del homicidio. Al contrario, en la Ejecutoria del 15 de octubre de 1951[113], dicen que la acusada "propuso a los circundantes la eliminación de su conviviente, dándoles detalles sobre la forma de llamarlo a la vez que les ofrecía una suma de dinero por el trabajo..."[114].

c. Intención del instigador

2286 El instigador, como lo indica de modo explícito el art. 25, debe determinar con dolo al instigado; es decir, con conciencia y voluntad. Debe, en consecuencia, ser consciente de que influye una determinada persona para decidirla a cometer un determinado hecho punible. En el caso de la instigación en cadena, poco importa que el instigado tenga la libertad de escoger a quien va a instigar para que ejecute la infracción. Poco importa también que el primer instigador no sepa cuántos instigadores intermediarios van a intervenir. Por consiguiente, la instigación culposa resulta inadmisible según el texto de la ley.

2287 El dolo del instigador debe referirse tanto a la actividad de crear en el instigado la voluntad de cometer delito, como a la realización de éste. Por esto, se habla en la dogmática del "doble dolo" del instigador (*doppelter Vorsatz*)[115].

---

[111] *RJP* 1968, p. 982.
[112] *RJP* 1947, p. 492.
[113] *RJP* 1952, p. 1732.
[114] Ver ES del 31 de octubre de 1959, en *RJP* 1960, p. 432.
[115] JESCHECK/WEIGEND, § 64 II 2b.

d. Instigación de una o más personas

El instigador puede ejercer su influencia directamente sobre la per- 2288
sona a instigar, pero también puede hacerlo por intermedio de un tercero. En este caso, persuade a éste para que convenza a quien debe ejecutar el delito (instigación en cadena, *Kettenanstiftung*). Si el instigador utiliza al tercero como intermedio o instrumento, entonces la instigación se produce en forma mediata (como en el caso de la autoría mediata). También puede suceder que dos o más personas se pongan de acuerdo para instigar a otra para que ejecute un delito (coautoría de instigación). Y si dichas personas proceden por su cuenta y sin saber lo que cada una está haciendo, son instigadores accesorios (como los autores accesorios, *Nebentetär*).

La actividad persuasiva del instigador puede alcanzar a varias perso- 2289
nas, sin necesidad de que las conozca personalmente[116]. Si el agente desarrolla su actividad en público y ante un número indeterminado de individuos, entonces podrá ser reprimido como autor de un atentado contra la "paz pública" (art. 315, "provocación para cometer delito contra la seguridad o tranquilidad públicas" o art. 6 del DL Nº 25475, incitación al terrorismo).

e. Casos especiales

El instigador no necesita reunir las características personales que debe 2290
tener el autor según el tipo legal. Por ejemplo, ser funcionario o médico. Es posible pues la instigación por un *extraneus* en el caso de un delito especial o de un "delito de propia mano"[117].

Según el criterio de la autoría limitada, implícita en la regulación de 2291
nuestro Código, se puede instigar, en ciertas circunstancias, a un inimputable o a un menor. Por ejemplo, cuando pueden comprender lo que se les pide que hagan.

En la instigación, lo determinante es que el instigador haga nacer en 2292
el instigado la voluntad de actuar delictuosamente. Pero esta resolu-

---

[116] Siguiendo a KOEHLER y a MEZGER, SOLER, 1976a, T. II, p. 277, considera que "no parece que sea necesario tanta concreción" y que "bastaría que estuviese comprendida dentro del dolo eventual del instigador". En apoyo del criterio sostenido en el texto, ver JESCHECK/WEIGEND, § 64 III 2b; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 26 Nº 18.

[117] Cf. J. BAUMANN, 1968, p. 573; HAFTER, 1946, p. 230.

ción criminal no implica que el instigado no pueda ser declarado inculpable.

f. Límites de la responsabilidad del instigador

2293 La actividad del instigador debe tender a lograr a que el instigado se decida a cometer una infracción determinada: un homicidio, un robo, un secuestro. No es posible la instigación a delinquir en general o a comportarse delictuosamente.

2294 Además, la responsabilidad del instigador está limitada al delito que en concreto quiso que cometiera el instigado. Si éste mata en lugar de sólo lesionar o si comete un robo en lugar de un simple hurto, el instigador sólo será reprimido por lesiones o por hurto (hechos queridos por él). Cualquier variación secundaria entre lo esperado por el instigador y lo realmente realizado por el instigado no hace variar la responsabilidad del primero. Por lo que se refiere a estas variaciones, hay que considerar sobre todo el error *in objecto*, la *aberratio ictus* o el error *in persona* (en caso de homicidio, por ejemplo)[118].

2295 Pero en el caso de delitos preterintencionales (lesiones seguidas de muerte, por ejemplo), el instigador será responsable del resultado más grave si, según las circunstancias, se le puede imputar dicho resultado (la muerte) a título de culpa[119].

2296 Con el propósito de resolver los problemas de interpretación que resultan de estos diversos casos, los autores del Proyecto de 1985 (agosto) creyeron que era necesario prever una regla específica. Así, en el art. 44, pf. 2, establecieron que "si el hecho punible resulta más grave del que se quiso realizar, responden por el resultado sólo quienes lo hayan aceptado como una consecuencia posible de la acción emprendida". Sin embargo, en el texto definitivo del Código no se conservó esta disposición.

g. Tentativa y consumación en la instigación

2297 Para poder reprimir al instigador es necesario que el instigado haya concretado su voluntad delictuosa (forjada por el instigador), es de-

---

[118] Sobre el error, ver *supra* Nº 1264 ss.

[119] Cf. CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem § 26 Nº 22; JESCHECK/WEIGEND, § 64 IV 4.

cir, que hubiera al menos comenzado la ejecución del hecho punible[120]. No se reprime, por lo tanto, la simple persuasión, la creación en otra persona de la resolución criminal. Si el acto del instigado queda al nivel de tentativa, el instigador será sancionado como autor de la tentativa del delito que se quería consumar. Y si no se reprime la tentativa, el instigador permanecerá impune[121].

La fórmula utilizada por nuestro legislador para regular la instigación ("el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible"), puede sugerir que es suficiente que el instigador logre hacer surgir en el instigado la voluntad de cometer un delito, puesto que se evita estatuir de manera expresa la necesidad de que el instigado pase al acto, de que materialice, total o parcialmente, la decisión que se le haya inculcado. Desde luego, en el derecho foráneo se encuentran fórmulas más acertadas: "quien haya intencionalmente decidido a otro a cometer un crimen o un delito, si la infracción ha sido cometida, será reprimido con la pena aplicable al autor de esta infracción" (art. 24 del CP suizo, pf. 1). 2298

Nuestra ley, así mismo, no prevé la represión de la tentativa de instigación. Esta se presenta, en primer lugar, cuando el instigador, a pesar de sus esfuerzos, no logra convencer al que debe ejecutar materialmente la infracción o, en segundo lugar, si el instigado, aunque ya convencido, no comienza la ejecución del hecho punible (no intenta). En estos casos, ni el instigador ni el instigado serán reprimidos. Como ejemplo contrario conviene citar el art. 24, pf. 2, del CP helvético que dispone: "quien hubiera tratado de decidir a una persona a cometer un crimen será sancionado con la pena prevista para la tentativa de esta infracción"[122]. 2299

h. Agente provocador

Se trata de una persona particular utilizada por la policía para incitar a la ejecución de un hecho punible, con el propósito de, una vez comenzada la ejecución, impedir su consumación deteniendo al au- 2300

---

120 SCHULTZ, s/f, FJS Nº 1190, p. 8. Cf. CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 26 Nº 17; JESCHECK/WEIGEND, § 64 II 2b.

121 Cf. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 51 III A.

122 Cf. SCHULTZ, FJS Nº 1190, p. 5; GERMANN, 1923 , p. 10.

tor. En doctrina, se discute la cuestión de saber si el agente provocador debe ser reprimido o no. Por lo general, se admite su impunidad porque le falta, precisamente, la voluntad de que el hecho punible sea consumado[123]. Sin embargo, este criterio es considerado como insuficiente, pues esta persona, al provocar la tentativa, pone en peligro el objeto de la infracción (ser humano en caso de homicidio o lesiones; bien mueble ajeno en caso de hurto).

2. Complicidad

a. Noción

2301 De manera semejante al Código derogado, el Código vigente distingue dos casos de complicidad: los cómplices primarios y los cómplices secundarios. En el art. 78 del Proyecto de 1984 (setiembre), se utilizó el mismo modelo, así como en el Proyecto de octubre del mismo año. En éste, sin embargo, el texto varió bastante. En efecto, su art. 40 establecía que "el que presta al autor o autores un auxilio sin el cual el hecho punible no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor" y en el art. 41: "El que presta auxilio para la realización del hecho punible, aunque ese auxilio se limite a la prestación de ayuda posterior a su consumación, será reprimido con la pena establecida para el delito o disminuida hasta una tercera parte". En los Proyectos de 1985 (art. 42 y 43) y de 1986 (art. 42 y 43), se repitieron las mismas normas. El art. 30 del Proyecto de 1990 (julio) prevé un texto semejante al art. 25 del Código vigente, las diferencias consisten sólo en la indicación final referente a la atenuación de la pena. En el proyecto se establecía que la pena será "atenuada por debajo del mínimo legal". Por el contrario, el texto del Código vigente no difiere en nada del art. 25 del Proyecto de 1991.

2302 Las expresiones "prestar auxilio" y "prestar asistencia", utilizadas en el art. 25 son de idéntico significado. El legislador sólo ha querido, por cuestiones de estilo, no repetir dos veces la misma palabra. En efecto, el auxilio es la ayuda, el socorro, el amparo; la asistencia, la acción de prestar socorro, favor o ayuda. Lo mismo se puede decir de las expresiones empleadas en el Código derogado (art. 100): "coadyuvar con auxilio o cooperación" y "prestar asistencia".

---

[123] Cf. J. BAUMANN, 1968, p. 577; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 51 II B 3.

b. Diferencia entre coautores y cómplices

El objetivo del legislador al recurrir a estas expresiones es distinguir con suficiente nitidez los partícipes que contribuyen o ayudan al autor de los coautores en la ejecución del acto delictuoso. Por consiguiente, según nuestra ley, la complicidad consiste en ayudar dolosamente a un tercero para que ejecute un hecho punible previsto en un tipo legal. 2303

A la inversa de lo que sucede en el caso de la coautoría, los cómplices no tienen el dominio del hecho, pues éste pertenece, por definición, a los autores. Su participación se limita a favorecer la realización del hecho punible principal, sea de manera material (darle la llave de la casa al ladrón o el veneno al homicida), sea psíquicamente (prometerle al delincuente ayuda o reforzar su decisión de consumar el delito). Por supuesto, este modo de comprender el art. 25 está condicionado por la manera como se ha definido la autoría y la coautoría. El criterio objetivo, más conforme a la regulación establecida por el Código derogado, no es compatible con la sistemática vigente, pues los coautores no deben necesariamente realizar actos que formen parte de la acción típica. Por su parte, los cómplices no deben realizar ningún acto de ejecución comprendido por el verbo principal del tipo legal[124]. 2304

Los jueces supremos, por ejemplo, luego de exponer que el agente, conforme a la teoría del dominio del hecho, debe ser considerado como autor, explican que "no cabe inferir del hecho global que su obrar haya sido de mera complicidad secundaria, puesto que el cómplice secundario ocupa un lugar accesorio o secundario en el hecho dominado por el autor, no teniendo ninguna posibilidad objetiva de dirigir, dominar el resultado"[125]. 2305

c. Hecho punible principal

De manera deficiente, el texto legal no señala de manera expresa que el cómplice deba favorecer la ejecución de un hecho punible doloso, como lo hace, por ejemplo, el § 27 del Código alemán. Así, se descartaría toda duda sobre la posibilidad de prestar auxilio o asis- 2306

---

[124] MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 52 II A 2.

[125] RN Nº 4354-97-Callao, 02 de octubre de 1997, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 159.

tencia en la comisión de un delito culposo (por ejemplo, el cargador que ayuda a su empleador a transportar explosivos sin las precauciones necesarias y causa así lesiones no queridas a terceros). Esta imprecisión es, sin embargo, atenuada por el hecho de que se define la complicidad precisamente en el contexto de la regulación de la participación, la misma que sólo concierne, por definición, al ámbito de los delitos dolosos. Sólo existe complicidad, por lo tanto, cuando el autor comete el hecho punible principal de la manera como el cómplice acepta que se produzca. Por ejemplo, si el guardián de un distribuidor de mercaderías entrega una copia de la llave de la puerta del depósito a un amigo para que cometa un hurto y éste no la utiliza por temor a ser sorprendido en el interior, prefiriendo esperar a que el propietario, como lo hace todas las mañanas, exponga la mercadería en la puerta del depósito para apoderarse de algunas de ellas, el acto para el cual el guardián prestó ayuda no ha sido ni siquiera comenzado. Por consiguiente, no es responsable de complicidad.

d. Prestar auxilio o asistencia

2307 El cómplice debe realizar actos que favorezcan la realización del hecho punible principal; es decir, debe hacerla posible o facilitarla[126]. Su contribución puede situarse tanto a nivel material, como a nivel psíquico. En el primer caso, se habla de complicidad técnica o física y en el segundo, de complicidad intelectual o psíquica[127]. El hecho de facilitar el arma al homicida, el actuar de "campana", el preparar la máquina para falsificar moneda, son casos de complicidad técnica. En cambio, el hecho de explicar el funcionamiento del arma o de la máquina, o el proporcionar datos sobre la víctima o dar consejos y fortalecer así al autor en su decisión delictiva, son casos de complicidad intelectual. La simple presencia en el lugar de los hechos no constituye complicidad, salvo que sirva para fortalecer la voluntad del autor de cometer el hecho punible.

2308 La complicidad intelectual implica el conocimiento por parte el autor principal de la actividad del cómplice. La complicidad técnica puede, en cambio, darse sin que el autor principal sea consciente de

---

[126] BOCKELMANN, 1979, p. 186.

[127] JESCHECK/WEIGEND, § 64 IV 2; J. BAUMANN, 1968, p. 590.

la ayuda que se le brinda. Esta posible falta de entendimiento entre el autor y el cómplice, constituye una diferencia frente a la coautoría. En ésta, según el criterio que hemos adoptado, siempre es necesario que exista un entendimiento común entre todos los que "toman parte en la ejecución"[128]. Por ejemplo, quien, conociendo la intención del violador y sin que éste lo sepa, pone a la mujer en una situación de incapacidad de resistir, debe ser considerado como cómplice en caso de que el autor ejecute su acción.

e. Causalidad de la complicidad

Como lo hemos afirmado con anterioridad, el cómplice debe realizar un acto que favorezca la ejecución del hecho punible, haciéndola posible o facilitándola. Una relación directa y efectiva debe existir entre ambos sucesos; de modo que se le pueda imputar al que presta auxilio el hecho de haber colaborado en la empresa delictuosa del autor. Sin embargo, la admisión de esta circunstancia como condición para la represión de la complicidad es bastante discutida, puesto que resulta problemático definir el criterio que permite efectuar dicha imputación. 2309

Prestar auxilio o asistencia implica claramente, según el lenguaje común, contribuir, ayudar a alguien a hacer algo en una situación determinada. Por ejemplo, el hecho de proporcionar al asesino el arma con que éste mata a la víctima, constituye un acto de complicidad. No obstante, pueden presentarse situaciones en que la relación entre el acto de colaboración y la producción del resultado no es tan directa y evidente. Por ejemplo, no cabe duda de que constituye un acto de colaboración el hecho de facilitar al ladrón, que ha de penetrar en la casa de la víctima, un instrumento moderno para que abra la puerta de la vivienda en lugar de la ganzúa que éste había decidido utilizar. Sin embargo, si el ladrón coloca dicho instrumento en el fondo de la mochila en la que transporta todo lo necesario para robar y sólo vuelve a tomar consciencia de su existencia después haber cometido el hurto, ya que ingresó en la casa usando la ganzúa con cuyo empleo estaba más familiarizado, el acto de entregar el instrumento no utilizado es, por lo tanto, insuficiente para que se dé la 2310

[128] Ver *supra* Nº 2239 ss.

complicidad, pues no ha favorecido (hecho posible o facilitado) la realización del hecho punible en la manera como realmente se ha producido. Constituye, sin embargo, una tentativa de prestar asistencia impune. Tampoco puede decirse, aunque aún depende de las circunstancias concretas, que se haya reforzado la voluntad del ladrón para cometer el hurto planeado, acentuando su sentimiento de confianza para pasar al acto.

2311 Estimando muy restrictiva esta concepción, también se ha recurrido al criterio del aumento del riesgo[129]: el acto de participación constituye ya un caso de complicidad desde que, en general, es apropiado para coadyuvar a la producción del resultado pues, de esta manera, aumenta de manera importante el riesgo de la comisión del hecho punible. Sin embargo, este criterio no es conforme con la regulación legal, basada en el concepto restrictivo de autor, porque implica el abandono del límite según el cual la complicidad requiere la consumación o, al menos, el inicio de la ejecución del delito por parte del autor[130]. Además, su admisión transformaría la complicidad en un delito de peligro abstracto, lo que contradiría el principio de legalidad.

f. Momento de la intervención del cómplice

2312 En el Proyecto de 1916, el legislador hacía referencia al momento en que el acto de complicidad debía producirse. En efecto, en el art. 72, inc. 2, se decía "coadyuvar maliciosamente antes o durante la ejecución" y en el art. 74, prestar asistencia "por actos anteriores o simultáneos". Esta referencia al momento de la comisión del acto de complicidad con relación al acto principal, se explica por el afán de distinguirlo del encubrimiento, previsto en el Código de 1863 como una forma de participación y, al contrario, en el Proyecto de 1916, en el Código de 1924 (art. 243) y en el vigente (art. 403 a 405) como un delito *sui generis*. Se vuelve a proponer la referencia al momento en que deben tener lugar los actos de complicidad en el Anteproyecto de 2004; se agrega la frase: "con actos anteriores o simultáneos a la realización del hecho punible" (art. 25).

---

[129] MEZGER, 1967, p. 413; SCHAFFSTEIN, 1970, p. 169, 176.

[130] ROXIN, en LK § 27 Nº 28 ss.; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 27 Nº 9.

Según la doctrina dominante, el acto de complicidad puede tener 2313
lugar en cualquier momento durante el comportamiento del autor: desde los actos preparatorios hasta la consumación, y en algunos delitos hasta el agotamiento. Puede suceder también que el autor, en el momento en que recibe ayuda, no esté todavía del todo decidido a pasar al acto[131]: el guardián anteriormente citado entrega la llave al futuro autor del hurto cuando éste aún está preparándolo y todavía no se ha decidido definitivamente a delinquir. Además, hay que tener en cuenta que la complicidad en el acto de agotar el hecho punible consumado sólo concierne a los delitos caracterizados por un ánimo especial (obtener un provecho, en el caso del delito de hurto o de estafa), pero no, por ejemplo, a los delitos instantáneos como el homicidio. Así lo juzgó ya la Corte Suprema, aplicando el código derogado. En su Ejecutoria del 22 de julio de 1939, afirmó que la coacusada "sólo cooperó a la última fase (ocultar el cadáver) [...] de allí que no ha podido prestar intencionalmente, porque no ha existido acuerdo previo, asistencia [...] que sería el caso en que pudiera considérasele como cómplice..."[132]. En decisiones basadas en el código vigente, afirma que "el acto de complicidad no puede darse después de consumado el delito, sino tan sólo en la etapa de preparación y de ejecución"[133].

En caso de prometerle ayuda al autor, una vez que haya cometido el 2314
delito, se habla de complicidad psicológica o intelectual; por ejemplo ayudar al ladrón, conforme a la promesa hecha antes de que cometiera el delito, a transportar los bienes hurtados. En este caso, el cómplice no será reprimido por el acto que ha cometido después de la ejecución de la infracción, sino por haber alentado al autor mediante la promesa de ayudarlo[134]. Sin embargo, si su finalidad es, además, la de ocultar dichos bienes (efectos del delito) o la de aprovecharse de los mismos o, la de hacer desaparecer las huellas en detrimento de la acción de la justicia, incurrirá también en el delito de encubrimiento real del art. 405, en concurso ideal con la complicidad de hurto[135]. El art. 43 del Proyecto de 1985 (agosto), decía de

---

131 BOCKELMANN, 1979, p. 186.
132 *AJ* 1939, p. 138.
133 ES 7 de julio de 1999. Exp. Nº 1934-Ucayali, en *RPJ* 1999, año I, Nº 2, p. 323.
134 Cf. VILLA STEIN, p. 311.
135 Art. 404 y 405 CP, respectivamente.

manera expresa: "aunque ese auxilio se limite a la promesa de ayuda posterior a su consumación [del hecho punible]".

2315 Si el cómplice interviene durante la ejecución de la infracción, no debe hacerlo mediante actos ejecutivos. Por lo tanto, incurrió en error la Corte Suprema[136] cuando consideró como cómplices a quienes, coaccionados por el agente, amarraron los brazos de la víctima. En efecto, por haber realizado un acto ejecutivo deberían ser considerados, en el caso concreto, como coautores y habría que disminuirles la pena por debajo del mínimum legal, en virtud de la eximente incompleta que les favorece (coacción imperfecta) y conforme al art. 90 del Código derogado. Al contrario, la Corte Suprema sostuvo un criterio correcto al afirmar que "la complicidad supone la realización de actos de simple auxilio o cooperación mediata que no entran en la esfera de ejecución del delito y por tales sin los cuales se hubiera producido también el mismo resultado"[137].

2316 Esta imprecisión señalada en la jurisprudencia del máximo tribunal tiene por origen el hecho de que los magistrados no percibieron que quienes coadyuvan "con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido perpetrarse" el hecho punible, también son cómplices y no autores. La contribución de estos "cómplices primarios" tampoco es comprendida por el tipo legal correspondiente al hecho que el autor quiere cometer y esto cuando la realización de un acto ejecutivo excluye la complicidad[138].

2317 Los actos de complicidad, en algunas circunstancias si se les observa de manera separada, pueden ser calificados como actos preparatorios. Esto y el hecho de que la complicidad también pueda producirse durante la fase preparatoria de la infracción, no debe llevar a aceptar el criterio erróneo de que la diferencia entre la coautoría y la complicidad sólo reside en el momento en que se dan: complicidad durante los actos preparatorios y coautoría en la etapa ejecutiva. En efecto, durante esta última, también es posible una participación en forma de complicidad. En algunas de sus ejecutorias, la Corte Suprema admitió este criterio. Así, por ejemplo, consideró como cómplice

---

136 ES del 7 de agosto de 1958, en *AJ* 1958, p. 91.

137 ES del 25 de agosto de 1960, en *AJ* 1960, p. 51.

138 Sobre la noción de acto ejecutivo, ver *supra* Nº 2064 ss.

a quien presenció la comisión del delito y le dio al autor un "palito de tejer" que éste empleó para martirizar a la víctima[139].

g. Tentativa de complicidad

Por lo que se refiere a la complicidad tampoco es posible, como en el caso de la instigación, la represión de la tentativa de complicidad. Por ejemplo, quien busca proporcionar un insumo indispensable para la producción de cocaína, pero sin lograr ubicar a la persona interesada en hacerlo. La situación es diferente cuando el hecho punible principal sólo queda al nivel de la tentativa. En este caso, puede reprimirse la complicidad, puesto que la tentativa constituye en sí un hecho punible. 2318

Según el art. 19, el cómplice que impide que se produzca el resultado o, al menos, que se esfuerza seriamente en impedirlo, no será punible. De esta disposición resulta que la participación sólo será reprimida si se ha iniciado la ejecución de la infracción. 2319

h. Complicidad por omisión

Para que el auxilio o la asistencia se dé mediante una omisión, es indispensable que el participante tenga el deber de evitar la producción del resultado y carezca del dominio del hecho, que permanece por lo tanto en manos del autor. Por ejemplo, el jefe de los depósitos de una empresa que no impide que sus subordinados se apoderen indebidamente de bienes que están bajo su custodia. La omisión debe favorecer la producción del resultado, de modo que quien se abstenga debe haber podido evitar casi con seguridad dicha producción. Sólo en estas condiciones se le podrá imputar una responsabilidad a título de complicidad. 2320

Conviene reflexionar si se deben tener en cuenta o no los dos criterios admitidos para determinar el deber de garante en la omisión impropia. Si el agente crea la situación de peligro a partir de la cual se hace inminente la comisión del delito por parte del autor, entonces se trataría de complicidad. Al contrario, existiría autoría cuando 2321

---

[139] *AJ* 1959, p. 149.

quien se abstiene tiene el deber de proteger el bien amenazado por el acto del autor. Por ejemplo, el policía que observa cómo el ladrón está sustrayendo las mercaderías de una tienda y no hace nada para evitar la consumación del delito, será reprimido como autor, debido a que infringe su deber de evitar el resultado (omisión impropia).

i. Complicidad en delitos especiales

2322 La complicidad en la comisión de delitos especiales (propios e impropios) o de delitos de propia mano es posible, puesto que la calidad especial que exige el tipo legal (delitos especiales) y la necesidad de realizar personalmente la acción típica (delitos de propia mano) son requeridas para el autor, pero no para los partícipes. Conviene precisar que en el caso de los delitos especiales, la circunstancia que fundamenta la represión o que la agrava debe ser comprendida por el dolo del cómplice.

j. Intención del cómplice

2323 Como en el caso de la instigación, el art. 25 estatuye expresamente que el cómplice debe prestar asistencia o auxilio dolosamente. El cómplice debe pues actuar con conciencia y voluntad respecto a la naturaleza de su propia intervención y a la del comportamiento delictuoso que el autor realiza o está a punto de realizar. Por esto, en dogmática se habla también del doble dolo del cómplice[140], con arreglo al cual el dolo del partícipe debe abarcar el hecho de que su acción aumenta el riesgo de que el delito sea ejecutado, pero no debe, en cambio, conocer en detalle la manera como el autor llevará a cabo el hecho punible. Así, no es indispensable que conozca a la víctima o que sepa con precisión cuándo el autor cometerá la infracción.

2324 El art. 103 del Código derogado, establecía que "para la fijación de la pena sólo se tendrá en cuenta, respecto del cómplice, los hechos que él haya facilitado o favorecido con intención". El correcto sentido de esta regla se comprende mejor al considerar su fuente legal: el art. 49 del CP holandés (pf. 4), que regula la represión de la complicidad, estatuye que "al momento de fijar la pena del cómplice, se tendrá en cuenta sólo los actos que el cómplice ha facilitado o favorecido con

[140] JESCHECK/WEIGEND, § 64 IV 2d.

intención, sin considerar las consecuencias de tales actos". En realidad, esta regla no es más que una ratificación del principio "no hay pena sin culpabilidad". Dicho de otro modo, se debe imponer una sanción, teniendo en cuenta lo que el agente quiso de verdad cometer[141]. Esto puede explicar que se haya considerado superfluo mantener esta regla en el Código vigente.

No existe pues complicidad en el dominio de los delitos culposos[142]. 2325
Si dos o más personas ocasionan la muerte o lesionan a un tercero, mediante un comportamiento negligente, serán consideradas como autores de homicidio o de lesiones culposas (autoría causal o accesoria, *Nebentäterschaft*). Quien colabora con otro en el transporte imprudente de explosivos que estallan y causan así la muerte de alguien, no podrá ser calificado de cómplice, porque el otro no actúa con la intención de cometer una infracción y porque mediante su ayuda consistente en transportar los explosivos, ya incurre en imprevisión culpable, por no haber hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal, respondiendo, entonces, como autor imprudente.

Si el acto de participación es imprudente, el mismo que es aprove- 2326
chado por el delincuente que actúa con dolo, no puede considerarse al autor de dicho acto como partícipe, puesto que sólo existe, según la ley, complicidad dolosa. De acuerdo con las circunstancias se le podría hacer responsable como autor de un delito culposo, casos que son analizados, en la doctrina, según la noción de la prohibición de regreso (*Regressverbot*)[143]. En buena cuenta, el problema es determinar si conviene tratar como autor de delito culposo a quien ha realizado un comportamiento que, por su índole, sólo merece ser tratado como una forma de participación.

k. Represión de la complicidad: cómplice primario y cómplice secundario

Por lo que se refiere a la imposición de la pena, el legislador ha dis- 2327
tinguido –conforme a la tradición española consagrada en el Código

---

[141] Otro caso parecido es el del art. 167, en el que se regulan las llamadas lesiones con resultado fortuito.

[142] Cf. *supra* Nº 1903.

[143] JAKOBS, 1977 p. 241 ss.; ROXIN, 1989a, p. 177 ss.; DIEL, 1997; FEIJÓO SÁNCHEZ, 1999b.

derogado– dos clases de complicidad: primaria y secundaria. Es preferible, sin embargo, no calificar a la primera de complicidad necesaria, a fin de no crear una confusión con los casos de participación necesaria[144]. Al prever que los cómplices primarios sean sancionados con la pena del autor, el legislador ha rechazado la importancia práctica de distinguir entre coautores y cómplices, prefiriendo, simplemente, la de diferenciar entre cómplices primarios y cómplices secundarios.

2328 El art. 25 del Código vigente, de manera similar al art. 100 del Código derogado, distingue pues entre cómplice primario y secundario. Se refiere al primero, como aquel que presta el auxilio "sin el cual [el hecho punible] no se hubiere perpetrado" y a los segundos como los que "de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia". En el Código castrense, se hace la misma clasificación de los cómplices. Siguiendo el art. 13 del CP de 1863, se define a los cómplices primarios, en el art. 15, como aquellos "que coadyuvan de un modo principal y directo a la ejecución del hecho criminal, practicando maliciosamente algún acto, sin el cual no hubiera podido perpetrarse el delito". La definición de los cómplices secundarios, por el contrario, ha sido establecida, en el art. 17 del CJM, en términos diferentes: "los que cooperan a la perpetración del delito por medios secundarios de los que no depende su ejecución, pero que contribuyen a él, siempre que haya nexo de voluntad entre unos y otros".

2329 Como se aprecia, las fórmulas utilizadas en el Código Penal vigente son, sin duda alguna, mejores. Una vez distinguidos los coautores de los cómplices, según el criterio del dominio del hecho, el art. 25 impone diferenciar, según un criterio sobre todo objetivo, a los cómplices primarios de los cómplices secundarios. Dicho criterio consiste en la importancia del aporte del cómplice en favor de la realización del hecho, importancia que se determinará mediante un juicio valorativo no sólo en relación con la naturaleza intrínseca del aporte, sino, sobre todo, en relación con las circunstancias propias del caso particular[145].

2330 En la diferenciación entre la complicidad primaria y la secundaria, han de evitarse dos extremos. Primero, el hecho de recurrir a un método hipotético consistente en la supresión *in mente* del aporte del cóm-

---

[144] Sobre esta noción, ver *supra* Nº 2168.

[145] ES 6 de noviembre de 1998, Exp. Nº 2770-98 Ancash, en *GJ*, 1999, p. 232.

plice y en el examen de lo que hubiera sucedido en tal caso. Segundo, el hecho de reducir el problema a un asunto de pura causalidad, haciendo depender la distinción de que se determine la naturaleza de la "condición" del acto de complicidad[146]. Tampoco se ha de adoptar un criterio cronológico en relación con el momento consumativo del delito (mediato o inmediato)[147], o un criterio relativo a la manera "directa" o "indirecta" con que se lleva a cabo la complicidad[148].

Mediante el juicio de valor que se debe efectuar, el juez tiene que 2331
concluir afirmando el carácter indispensable o no de la contribución del cómplice, para lo cual tendrá en cuenta las posibilidades que tenía el autor. Esto no significa, sin embargo, que tenga que comprobar si existía o no un tercero dispuesto a prestar la ayuda en la que consistió la intervención del cómplice y/o si el mismo autor podía proveerse de los medios proporcionados por aquel, pues imponerle tal tarea al juez sería exigir de él algo imposible[149].

En realidad, no se puede llegar teóricamente a determinar una regla 2332
que sirva de clave para fijar en todos los casos quién debe ser calificado de "cómplice primario" o de "cómplice secundario". Todo esfuerzo tendiente a ese fin se revela inútil y los resultados obtenidos son muy poco satisfactorios. Conviene citar, por ejemplo el criterio de la "naturaleza intercambiable de las conductas". Según su defensor, Rodríguez Devesa, circunscritas a los participantes efectivos en la comisión del delito, no resta más posibilidad que preguntarse si sus conductas son intercambiables o no[150]. En el caso del "campana", si los que actúan son dos, la complicidad será necesaria mientras que si son varios, innecesaria. Según el derecho peruano, esto implicaría castigar siempre "como autor" al partícipe único en la acción delictuosa de un agente, sin considerar la importancia de su contribución.

Otro ejemplo es el de la denominada teoría de los bienes escasos, 2333
sostenida por Gimbernat. En su opinión, hay que "acudir al sentido de la imprescindibilidad de una condición del resultado en el len-

---

146 Ver GIMBERNAT, 1966, p. 137 y s.; SOLER; 1976a, T. II, p. 272.
147 Cf. SOLER, 1976a, T. II, p. 271.
148 A este criterio se hacía referencia en el CP derogado, junto a la importancia "principal o secundaria".
149 Cf. GIMBERNAT, 1966, p. 161.
150 RODRÍGUEZ DEVESA, p. 817.

guaje corriente". Y en éste, según Gimbernat, "se habla de aportaciones necesarias para un resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de los medios"[151]. El "mejor camino a seguir" para determinar la "escasez de los medios" (instrumentos o actos en los que consiste la complicidad), sería el de "pronunciar un juicio general y provisional". Tal juicio se convertiría luego en "definitivo cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares" (circunstancias de tiempo y lugar)[152].

2334 Gimbernat da diversos ejemplos para aclarar su posición. Uno de ellos es el siguiente: la entrega de 200,000 pesetas al autor del delito. Al respecto, afirma la escasez de este medio en un caso normal ("persona de fortuna media que delinque en España"). Luego, señala que "las 200,000 pesetas [...] dejan de ser una contribución de un bien escaso [...] si se comprueba que tenía (el autor) una fortuna personal de muchos millones de pesetas"[153]. Sin embargo, a esto se puede objetar, en función de las circunstancias personales relativas al agente[154] que, entre gente adinerada casi nunca podría darse una complicidad necesaria consistente en la entrega de dinero. Además, también se puede criticar el hecho de que la imprecisión es trasladada al nivel de saber cuánto dinero debe de tener el autor, "en su cuenta corriente", para poder estimar que las 200,000 pesetas son para él un bien escaso. Gimbernat indica que si el autor tiene ya 200,000 pesetas, las 200,000 pesetas que se le entregan todavía constituyen un bien escaso para él, pues no puede decir a mí 200,000 pesetas me sobran, no me hacen falta"[155]. Para que tal suma no sea un bien escaso, debería poseer "mucho más que una cuenta corriente de 200,000 pesetas". ¿Pero, cuánto implica este "mucho más"?

2335 Por otra parte, el autor citado sostiene que la conciencia del cómplice que le entrega a un ejecutor una cosa que éste tiene "dificultades" para adquirir, o la del partícipe que le da al autor una cosa que éste puede obtener sin problema alguno, es lo único que determina la mayor o menor responsabilidad de la conducta del partícipe y lo úni-

---

151 1966, p. 154; cf. Cerezo Mir, 2001, p. 245 ss.
152 1966, p. 155.
153 1966, p. 156.
154 Cf. Quintero Olivares, p. 635 ss.
155 1966, p. 157.

co que debe ser tenido en cuenta para decidir la cuestión: cooperación necesaria o mera complicidad[156]. La admisión de este criterio significaría, sin embargo, un retorno a la concepción subjetiva y al problema de saber cómo comprobar lo que en realidad sabía el partícipe, sin recurrir a un criterio formal. A esto último parece conducir la tesis de Gimbernat, cuando sostiene que "por lo general, el juicio definitivo sobre la escasez del bien no hará sino confirmar el juicio provisional en el que sólo se tuvieron en cuenta los factores generales"[157].

En fin, todos estos intentos para encontrar una "fórmula clave" no 2336
tienen otro fin que el de limitar, mediante el señalamiento de pautas más o menos fijas, la libertad de criterio concedida al juez, por el legislador, pues éste ha sido consciente de la imposibilidad de dictar reglas exhaustivas. En efecto, cuando se intenta establecerlas, se cae en un causalismo que nunca puede estar a la altura de la riqueza de variaciones de la realidad. Esta técnica también ha sido escogida por el legislador para redactar las disposiciones de la parte especial. Sucede así, por ejemplo, en el caso de los elementos normativos de los tipos legales.

Conviene repetir, de acuerdo a la regulación legal vigente, que la 2337
distinción entre la "complicidad primaria" y la "complicidad secundaria" depende de la importancia del aporte del partícipe. Dicha importancia no se deduce de la misma naturaleza de la contribución del cómplice considerada independientemente, sino que deberá ser apreciada por el juez que tendrá en cuenta las circunstancias del caso particular. Una apreciación correcta de esta importancia implicaría llegar al convencimiento de que el aporte del cómplice primario fue imprescindible para el autor. Y esto, por último, no está determinado por lo que piensa el partícipe sobre el carácter indispensable o no de su acto.

Según la Corte Suprema, al menos en algunas de sus decisiones, la 2338
complicidad primaria se caracteriza por la intensidad objetiva del aporte al delito y al momento en que se realiza esta ayuda[158]. Sin embargo, de manera poco clara, ha calificado de cómplice primario de violación sexual al sujeto que facilitó la realización del delito poniendo a la víctima en estado de inconsciencia, haciéndole ingerir

---

156 1966, p. 159.
157 1966, p. 160.
158 ES 6 de octubre de 1999, Exp. Nº 3086-99 Lima, en ROJAS VARGAS, 2000, p. 87.

un somnífero[159]. Del mismo modo, un Tribunal superior ha dado la misma calificación, en un caso de robo agravado, a quien "a pesar de contar con un arma de fuego no tuvo el dominio de la sustracción patrimonial"; y, como cómplice secundario a quien "tuvo la labor de vigilancia y de favorecer a sus coinculpados"[160].

2339 Ante la imposibilidad de establecer criterios generales y precisos para practicar la distinción entre los dos tipos de tipicidad, cabe plantearse la cuestión si no sería conveniente abandonarla en favor de la adopción de otra regulación, teniendo en cuenta las diversas soluciones previstas en el derecho foráneo. Sin embargo, hay que reconocer que todas ellas, como acontece siempre en derecho, dejan un amplio poder de valoración a los jueces. El caso extremo es, por ejemplo, estatuir simplemente que es cómplice quien, con dolo, presta asistencia para cometer una infracción, como se hace en art. 21 del CP suizo[161].

l. Fijación de la pena para los cómplices

2340 Los cómplices primarios son reprimidos, según el art. 25, pf. 1, como si fueran autores. En estos casos, el juez individualizará la sanción dentro de los márgenes penales señalados en las disposiciones de la parte especial. Este tratamiento se justifica, en la perspectiva del legislador, por la importancia de su contribución. En la jurisprudencia de la Corte Suprema establecida conforme al Código derogado, no se encuentra una sola referencia expresa a los cómplices primarios, porque se les calificaba en general como autores (el art. 100 del Código derogado consideraba a los cómplices primarios como autores). Así, por ejemplo, la Ejecutoria del 25 de agosto de 1960[162] considera como autora a la persona que "cooperó directamente a la realización del hecho, dando aviso a sus coacusados, conduciéndolos al lugar del suceso y proporcionando una piedra para la perpetración del acto

---

159 ES 31 de marzo de 1998, Exp. Nº 590-98 Lima, en ROJAS/INFANTES 2001, p. 105; cf. ES 18 de junio de 1998, Exp. Nº 1384-98 Arequipa, en ROJAS VARGAS, 1999a, p. 107.

160 Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaura, 05 de agosto de 1999, Exp. Nº 98-174-81, en *SerJur* 4, p. 213; ES 10 de noviembre de 1998, Exp. Nº 4188-98-Callao, en ROJAS VARGAS, 1999c, p. 279

161 HURTADO POZO, 2002, Nº 810 ss.

162 En *AJ* 1960, p. 151.

punible". Sin embargo, teóricamente, no puede ser considerada autora o autor (mejor dicho coautor) el que comete tales actos, pues, no constituyen actos ejecutivos del delito ("tomar parte en la ejecución"). Se trata, en realidad, de un cómplice primario.

Los códigos en que no se contempla la complicidad primaria equiparan esta clase de complicidad a la autoría respecto a los efectos de la pena. Por ejemplo, el CP suizo dispone, en su art. 25, que la "pena podrá ser atenuada en relación a quien hubiera intencionalmente prestado asistencia para cometer un crimen o un delito". De esto, se puede deducir que el cómplice será reprimido como autor cuando su contribución sea importante, según las circunstancias del caso particular. 2341

Finalmente, al cómplice secundario se le impondrá, según el art. 25, segundo párrafo, una pena que el juez "disminuirá prudencialmente". Así, nuestro legislador no ha admitido el "concepto unitario de sanción", ya que estatuye la atenuación obligatoria de la pena en caso de complicidad secundaria. 2342

VIII. Técnica legislativa y distinción entre los partícipes

A fin de acentuar la represión, el legislador ha establecido disposiciones por las que deviene superflua la distinción entre cómplices primarios y secundarios, y aun entre cómplices y autores. Esta manera de proceder ha sido muchas veces utilizada y desde hace mucho tiempo. Durante la vigencia del Código derogado, se recurrió a esta técnica en diversas ocasiones. Así, por ejemplo, cuando se modificó el art. 239 referente al delito de robo, se dispuso que "todos los que participen en un asalto llevado a cabo mediante el ardid de simular la presencia de un herido, un accidente o una situación que precise socorro, sufrirán la pena de internamiento"[163]. También, conviene señalar el caso del art. 8 del hoy abrogado DL Nº 19910, según el cual, en el caso de los delitos de "ataque a miembros de las Fuerzas Policiales", es decir de robo y asesinato, "cuando no constare quiénes practicaron las acciones o quién causó individualmente la muerte, se tendrá por autores a todos los protagonistas del hecho delictuoso". 2343

[163] DL Nº 19910 del 30 de enero de 1973, art. 4.

2344 Lo mismo sucede con respecto al Código penal vigente y en algunas normas penales complementarias. En efecto, se sigue previendo como circunstancia agravante la comisión del delito "por dos o más autores". Por ejemplo, los art. 189 y 189-C prevén la agravación de la pena en el caso del robo y del abigeato cuando son cometidos por dos o más personas. Otro ejemplo, en el art. 297, relativo al delito de tráfico de drogas, tiene importancia la circunstancia según la cual el hecho es cometido por tres o más personas. Todas estas disposiciones deben ser interpretadas en el sentido de que la agravación procede sólo si se trata de coautores o de cómplices primarios y no de simples cómplices secundarios, puesto que admitir que debe ser comprendida cualquier persona, sin tener en cuenta su grado de participación en el hecho delictivo, implicaría, por un lado, la aceptación del sistema unitario de autoría, rechazado por nuestro legislador y, por otro lado, el desconocimiento de los principios de legalidad y de culpabilidad.

2345 Violando las bases fundamentales del sistema del Código, el art. 1 del DLeg Nº 895, del 23 de mayo de 1998, definía el delito de terrorismo agravado indicando como autor al "que integra o es cómplice de una banda, asociación o agrupación criminal...". Además, en el art. 2, inc. a 6, se establecía la cadena perpetua para "los cómplices o coautores del delito o que proporcionen información sobre personas y patrimonios...", y en el inc. b.1, la pena privativa de libertad no menor de veinticinco años "a los demás involucrados, no contemplados en el inciso anterior...". En el caso del delito de traición a la patria, el art. 2, inc. c, del DL Nº 25659, del 13 de agosto de 1992, estatuía que incurre en ese delito "el que suministra, proporciona, divulga informes, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto" en los incisos anteriores. Sea equiparando los partícipes por lo que se refiere a la pena, sea incriminando los actos de participación como delitos independientes, se dejan de lado todas las reglas sobre la participación que tienen por objeto adecuar la represión a lo que hace cada uno de los que intervienen y, por lo tanto, de consolidar el respeto al principio de la legalidad (adecuación de los actos a los tipos legales ampliados) y del principio de la culpabilidad, evitando así la responsabilidad objetiva referente al simple hecho de concurrir o de colaborar en la comisión de un hecho punible (por más grave que sea).

2346 A veces, la necesidad de distinguir los diversos partícipes es eliminada por la calidad personal de quien colaboró. Por ejemplo, el art. 211

del Código penal derogado estatuía que "los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cualesquiera personas que, con abuso de autoridad, encargo o confianza, cooperaren a la perpetración de tales delitos, serán reprimidos con la pena de los autores". Así, poco importaba que hubieran actuado como coautores, cómplices primarios o cómplices secundarios: siempre debían ser reprimidos con la pena correspondiente al autor del delito. Igualmente, el legislador de 1991 trató de establecer el mismo principio en el art. 184; pero, por un error, no logró su objetivo: olvidando que para los cómplices primarios ya había previsto en el art. 25, primer párrafo, la misma pena que para el autor, dispuso que "los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cualesquiera personas que, con abuso de autoridad, encargo o confianza, cooperen en la forma señalada por el art. 25, primer párrafo, serán reprimidos con la pena de los autores". Es decir, repitió exactamente lo mismo que ya había establecido en la disposición citada. Además, este error no puede ser corregido mediante la interpretación diciendo que la intención del legislador era indicar los cómplices secundarios solamente y no los primarios, pues sólo con respecto a los primeros se prevé la atenuación obligatoria de la pena. El respeto al principio de la legalidad lo impide tanto porque la misma regla supone un desconocimiento de los tipos legales ampliados relativos a la participación, como porque no se puede imponer una sanción no prevista por la ley (en este caso, no establecida para los cómplices secundarios).

Esta manera de legislar procura simplificar, por eliminación, los pro- 2347
blemas que implica distinguir entre las diferentes formas de participación. Pero también tiene como objetivo ampliar y acentuar la represión. Una descripción tan amplia de las diferentes formas de los delitos de terrorismo, de traición a la patria o de tráfico ilícito de drogas, por ejemplo, hace superfluo el hecho de declarar inaplicables las reglas de la participación, como a veces se dispone.

§ 21 Concurso de leyes y de delitos

I. Introducción. II. Legislación nacional y sus fuentes. III. Unidad y pluralidad de acción. 1. Terminología y concepto de acción. 2. Criterios para determinar la unidad de acción. a. Acción en sentido natural. b. Acción en sentido jurídico. 3. Unidad de acción en caso de omisión y culpa. IV. Concurso ideal de delitos. 1. Introducción. 2. Concurso ideal, concurso aparente de leyes y concurso real de delitos. 3. Unidad de acción y pluralidad de leyes violadas. 4. Concurso ideal homogéneo. 5. Fijación de la pena en caso de concurso ideal. a. Legislación y doctrina extranjeras. b. Legislación nacional. V. Concurso real de delitos. 1. Noción. 2. Pluralidad de acciones. 3. Concurso real homogéneo y heterogéneo. 4. Concurso real retrospectivo. 5. Fijación de la pena: principio de la absorción, acumulación de las penas, penas accesorias. 6. Fijación de la pena en caso de juzgamientos sucesivos. 7. Fijación de la pena en caso de concurso real retrospectivo. VI. Delito continuado. 1. Introducción. 2. Carácter normativo del delito continuado. 3. Regulación legislativa. 4. Elementos del delito continuado: pluralidad de acciones. 5. Pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de similar naturaleza. 6. Realización de las acciones en momentos diversos. 7. Identidad de resolución criminal. 8. Fijación de la pena. VII. Concurso aparente de leyes. 1. Definición. 2. Principios para resolver el concurso aparente. Generalidades. a. Principio de la identidad. b. Principio de la alternatividad. c. Principio de la especialidad. d. Principio de la subsidiaridad. e. Actos anteriores o posteriores impunes. f. Principio de la consunción. VIII. La jurisprudencia sobre concurso de leyes y de delitos.

I. Introducción

2348 De la manera como el legislador elabora los tipos legales, los comportamientos incriminados aparecen como acciones autónomas e independientes. De modo que, al momento de ser aplicados, el juez no debería encontrar mayores dificultades para adecuar el hecho ejecutado a uno de éstos. Esta apariencia es engañosa porque, como lo ponen de manifiesto los diversos problemas analizados al estudiar la interpretación[1], el principio de la legalidad[2] y la tipicidad[3], el determinar la disposición aplicable constituye una operación bastante ardua. La manera compleja como tienen lugar los comportamientos y la propia índole de la labor legislativa, hacen que el juez, con frecuencia, enfrente el dilema de si el agente ha cometido una o varias acciones y, en consecuencia, si hay que aplicarle una o diversas disposiciones.

2349 Ante esta situación, el legislador ha debido prever un conjunto de reglas para indicar al juez la manera según la cual debe resolver ese tipo de conflictos. En doctrina[4], esta regulación es estudiada considerando, por un lado, los criterios para establecer si existe unidad o pluralidad de acción y, por otro, los denominados concursos ideal y real de delitos. El estudio de estos concursos es completado con la presentación del llamado concurso aparente de leyes. Éste sin embargo, algunas veces, es estudiado en el ámbito de la interpretación de la ley o como una cuestión relativa a la aplicabilidad de la norma penal[5].

---

1 Cf. *supra* Nº 459 ss.

2 Cf. *supra* Nº 353 ss.

3 Cf. *supra* Nº 1066 ss.

4 Como veremos al estudiar uno de estos casos, no existe unanimidad entre los autores en cuanto a la terminología empleada. Nosotros conservamos la utilizada, generalmente, en nuestro país.

5 PAGLIARO, p. 184.

2350 Teniendo en cuenta las importantes consecuencias que tienen estas circunstancias para la individualización de la pena, las reglas destinadas a orientar al juez han sido previstas en el Capítulo II (art. 48 a 51), intitulado Aplicación de la Pena, del Título III, De las Penas, del Libro Primero del Código Penal. Sin embargo, esto no significa que el concurso de leyes y delitos sea materia referente a la pena y a su individualización en el caso concreto[6]. Cada una de las reglas establecidas supone la determinación de la unidad o pluralidad de acción, aspecto muy relacionado con la teoría del delito.

II. Legislación nacional y sus fuentes

2351 Para regular el concurso ideal en el art. 48, el legislador ha retomado el texto del art. 105, pf. 1, del CP derogado. Esta disposición procede del CP holandés de 1881, art. 55, pf. 1. El texto consultado por nuestro legislador no es la versión original, sino una española que es citada por Ángel Gustavo Cornejo[7], sin dar la referencia bibliográfica. El pf. 2 es una trascripción literal del pf. 2 del art. 67 del Anteproyecto suizo de 1915. El párrafo inicial de esta disposición, conservada en la versión del año siguiente, no es fuente del primer párrafo del art. 105; tampoco lo es el art. 65 del Proyecto suizo de 1918, en el que se regulan juntos los concursos ideal y real[8]. Al respecto, hay que tener en cuenta que el art. 105 del CP derogado reproducía el art. 79 del proyecto peruano de 1916.

2352 Durante el proceso de reforma del CP de 1924, la manera de regular el concurso ideal no siempre obedecía a los mismos criterios. El art. 83 del Proyecto de 1984 (setiembre) era muy semejante a la regulación del Código derogado. En el Proyecto de 1984 (octubre), art. 36, se estableció una fórmula diferente: "El que con una sola acción u omisión comete dos o más delitos idénticos o no, será reprimido con la pena más grave y si son iguales con una de ellas". El pf. 2 contenía la misma disposición que el pf. 2 de la norma vigente. Los Proyectos de 1985 (art. 37) y 1986 (art. 37) preveían una disposición diferente:

---

6 De la misma manera ha procedido el legislador español (CP de 1995); mientras que el colombiano lo hace en el título en el que se regula el hecho punible (CP de 2000); cf. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 1997, p. 644 ss.

7 Cf. 1926, p. 389, nota a pie de página; comparar con el texto del CP holandés.

8 Cf. BRAMONT ARIAS, 1996, p. 227.

"El que con una sola acción u omisión comete dos o más hechos punibles, idénticos o no, será reprimido con la pena más grave y, si son iguales, con una de ellas". Por el contrario, el texto definitivo figura en los Proyectos de 1990, art. 54, y de 1991, art. 48.

En cuanto al fondo, la idea de base es la misma: el concurso ideal no 2353
constituye una circunstancia agravante. La sanción debe imponerse de acuerdo a los márgenes penales señalados por la disposición que prevé la pena más grave sin tenerse en cuenta el resto de delitos. En consecuencia, resulta superfluo considerar como concurso ideal la hipótesis concerniente a varias disposiciones que estatuyan la misma sanción. No existen problemas si no cuando las penas son de diferente gravedad. En la medida en que simplifica la redacción del texto, el legislador facilita su interpretación y correcta aplicación.

La regla original relativa al delito continuado del art. 49[9], sigue la del 2354
art. 107[10] del CP derogado, la misma que procede del Código italiano de 1889, art. 107. En la regulación vigente, se suprimió el término "mismo" que se utilizaba en la fórmula "en el mismo momento de la acción". Tal vez se creyó mejorar así la redacción; pero se olvidó que a veces la redundancia, en apariencia superflua, sirve para acentuar una afirmación. En el Proyecto de 1984, art. 85, se copió la norma del Código derogado. En los Proyectos de 1984 (octubre), art. 35, de 1985 (art. 36) y de 1986 (art. 36), se mantuvo la misma idea, pero se modificó la definición y se previó una excepción: "Tal regla no es aplicable a los delitos de homicidio o de lesiones de personas distintas, ni, en general, cuando se lesionan bienes jurídicos eminentemente personales". Esta excepción fue suprimida en los Proyectos de 1990, art. 55, y 1991, art. 49. En estos artículos, se conservó la noción que fue adoptada en definitiva. Las modificaciones practicadas mediante la Ley Nº 26683 del 11 de noviembre de 1996 conciernen, por un lado, a la misma definición del delito continuado y, por otro, a la agravación de la pena tanto cuando fueran varias las personas perjudicadas, como cuando fueran afectados bienes altamente personales pertenecientes a personas distintas. De esta manera, se comprenden casos que no conciernen al delito continuado, regulado en primer lugar[11].

---

9 VELÁSQUEZ, 2003, p. 407.

10 Conforme al art. 81 del Proyecto peruano de 1916.

11 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2003, p. 414.

2355 En cuanto al concurso real, en el CP derogado, art. 108, se establecía casi lo mismo que en el art. 50 del CP vigente. La fuente de inspiración del legislador de 1924 fue el art. 57 del CP holandés. El CP de 1863 (art. 45) fue seguido para adoptar el criterio en virtud del cual se habría de imponer la pena más grave. El reenvío que se efectúa al art. 48, en lugar de hacerlo a la norma que regla la individualización de la pena (como sucedía en el CP derogado, art. 51), constituye un error. Cuando en el art. 48 se regula el concurso ideal, se estipula, al contrario de lo establecido en el art. 51 derogado, que los otros delitos no deben ser tenidos en cuenta. Si no se tratara de un error, esto significaría que las dos formas de concurso tienen la misma consecuencia. En este caso hubiera sido mejor regularlos en una misma disposición. Esta solución, no obstante, no concordaría con la establecida en el artículo 51 vigente. No se ha reproducido el art. 109 del CP derogado, en el que, según el modelo helvético (art. 68, pf. 20, del Anteproyecto suizo de 1915[12]), se regulaba la imposición de la pena de multa, de las penas accesorias y de las medidas de seguridad en caso de concurso real.

2356 El texto definitivo del art. 50 aparece en los Proyectos de 1990 (art. 56) y 1991 (art. 50). La regla del Código derogado fue mantenida en el Proyecto de 1984 (setiembre), art. 86. De modo diferente, en el Proyecto de 1984 (octubre), art. 37, se disponía: "El que, con designios independientes, con uno o más hechos, comete dos o más violaciones de las disposiciones legales, será reprimido con la pena del delito más grave [...] conforme al art. 33, para fijar la más severa represión. Las multas son acumulables. Las otras penas accesorias y las medidas de seguridad son aplicables aun cuando estén previstas sólo en una de las infracciones en concurso". En los Proyectos 1985 (art. 38) y 1986 (art. 38), se estatuyó una noción diferente: "El que, con más de una acción u omisión, comete más de dos hechos punibles, idénticos o no, será reprimido con la pena del hecho punible más grave, debiendo el juez tener en cuenta los otros para fijar la más severa represión".

2357 En el art. 51, el legislador ha reproducido lo dispuesto en el art. 110 del CP derogado. La única modificación consiste en la sustitución del término "juicio" por el de "proceso". El texto del art. 88 del Pro-

---

[12] El Proyecto peruano de 1916 contenía la misma regla en su art. 85. Cf. BRAMONT ARIAS, 1966, p. 240.

yecto de 1984 (setiembre) era idéntico al del art. 51. El Proyecto de 1984, por el contrario, no contenía un precepto similar al art. 51 vigente. En los Proyectos de 1985 (art. 39) y de 1986 (art. 39), se establecía: "las disposiciones de este capítulo [Unidad y concurrencia de hechos punibles] se aplicarán al caso en que, después de una sentencia condenatoria, haya de ser juzgado el mismo condenado por otro hecho punible cometido antes de la condena o después de ésta, pero mientras esté cumpliéndola. Si la pena se ha cumplido o extinguido la condena antes que sea ejecutable la nuevamente impuesta, se reprimirá el hecho punible cometido posteriormente con la pena que corresponda". El texto definitivo figuraba en los Proyectos de 1990, art. 57, y de 1991, art. 51. Mediante la Ley Nº 26832, del 3 de junio de 1997, se modificó el art. 51, distinguiéndose entre los casos en que la pena por el delito cometido antes de la condena sea inferior a la pena impuesta y los casos en que sea superior.

Debido a la pluralidad de fuentes empleadas por el legislador nacional, es necesario prestar mucha atención cuando se recurre a criterios doctrinales elaborados sobre la base de legislaciones distintas a la nuestra. La diversidad de fuentes consultadas y el hecho de que no se hayan establecido las mismas escalas penales consagradas en los modelos en que se inspiró, dan al sistema peruano un aspecto particular. En el Anteproyecto de 2004 se mantienen los mismos criterios, salvo en lo que se refiere a la penalidad (art. 50, 52, 53). 2358

III. Unidad y pluralidad de acción

1. Terminología y concepto de acción

El análisis de la problemática del concurso comienza por distinguir la unidad de acción de la pluralidad de acciones[13]. En esta distinción radica la determinación de las consecuencias penales. Esta cuestión se plantea con evidencia cuando, en el art. 48, se alude a que "varias disposiciones son aplicables al mismo hecho" y, en el art. 50, a que "concurran varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes". 2359

[13] SCHMITT, 1963, p. 46; ROXIN, 2003, § 33 Nº 4 ss.; cf. VILLAVICENCIO, 2003, p. 312 ss.

2360 La terminología utilizada no es la más apropiada. El que se hable simplemente de "hecho", puede dar lugar a que se comprenda que se hace referencia a un suceso concreto que existe con independencia de la regulación jurídica, como si se tratara de un acontecimiento natural que el legislador tiene que tener en cuenta. En cambio, la fórmula "hechos punibles" parece remitir al comportamiento calificado en la ley como delito; es decir, en el sentido dado a "hecho punible" al regularse las bases de la punibilidad (art. 11 y ss.).

2361 El uso del término "hecho" en el art. 48, como en el art. 105 del CP derogado, no tiene como objetivo diferenciar entre hecho y acción. Esta fue, por el contrario, la meta del legislador italiano de 1889, tal como se desprende de su decisión de hacer depender la unidad de la pena "de la unidad de hecho, de la unidad de efecto real criminoso". Nuestro legislador, por el contrario, se inspiró en el Código holandés de 1881, a diferencia del argentino que siguió el modelo italiano[14]. El término "hecho", por lo tanto, debe ser comprendido como sinónimo de "acción".

2362 La cuestión referente a la unidad y pluralidad de acción, depende, en todo caso, de la perspectiva que se adopte[15]. Conforme a un criterio hoy superado, debería tenerse en cuenta el número de resultados producidos por el autor. La experiencia muestra, sin embargo, que mediante un solo acto pueden producirse varios efectos. Por ejemplo, lanzando una granada se causa la muerte a varias personas y se lesiona a otras. Otro criterio invocado es el del número de tipos legales realizados; así, en el ejemplo citado, se darían varias acciones porque han sido materializados los comportamientos previstos en los tipos legales referentes a los delitos de homicidio y de lesiones. Este criterio, por contradecir lo dispuesto de manera expresa en el art. 48, no es aceptable. En esta norma se plantea la hipótesis de que diversos tipos legales ("varias disposiciones") sean realizados por un mismo acto ("mismo hecho"); por lo tanto, la realización de varios tipos legales no implica siempre la pluralidad de acciones. Por último, cabe la posibilidad de tener en cuenta el número de acciones sin referencia alguna al número de resultados producidos o de tipos legales realizados. No obstante, esta perspectiva no resuelve por sí

---

[14] Cf. SOLER, 1976a, T. II, p. 294.

[15] Cf. JAKOBS, 1991, 32/1 ss.; GEPPERT, 1982, p. 360.

sola el problema porque no dice, precisamente, qué debe comprenderse por acción.

En materia de concursos, la acción no es comprendida de la misma manera que en otros ámbitos del análisis del delito. De forma casi unánime, se admite que no debe ser entendida la acción en el sentido que se le da, por ejemplo, como elemento del delito[16]. Este concepto estatuye tan sólo las condiciones mínimas que debe cumplir en general el comportamiento de una persona para ser considerado por el derecho penal. 2363

Como el comportamiento humano es un "todo fluyente", se trata de "aislar, separar o recortar" una fracción de la cual se pueda decir que es una acción[17]. Sin duda, no hay un canon único que permita hacer esta delimitación. Un primer factor a considerar es de orden jurídico (normativo) y es proporcionado por el legislador mediante los tipos legales. Además, hay que tener en cuenta, en una perspectiva objetiva, la subjetividad del agente y el contexto temporal-espacial en que se desarrolla el comportamiento. Con razón, afirma Schmitt que, en general, se utiliza el término unidad de acción (*Handlungseinheit*) tanto en sentido objetivo como jurídico[18]. La noción de acción y, por lo tanto, la de unidad de acción son de orden normativo, puesto que no son concebidas como hechos socialmente anteriores al derecho[19]. 2364

2. Criterios para determinar la unidad de acción

a. Acción en sentido natural

Si se tiene en cuenta que el soporte real de la noción de acción es el movimiento corporal originado y controlado por un impulso voluntario, hay que admitir que, en ciertos casos, puede resultar evidente que el agente no ha cometido más que una sola acción. Por ejemplo, el hecho de lanzar una granada en un local concurrido por numerosas personas debe ser considerado como una sola acción, a pesar de 2365

---

16 SAMSON/GÜNTHER, en SK, vor § 52 Nº 15; cf. JESCHECK/WEIGEND, § 66 I 2.

17 JESCHECK/WEIGEND, § 66 I 3; SOLER, 1976a, T. II, p. 288-289.

18 SCHMITT, 1963, p. 46; GEERDS, 1961, p. 263, 313 s.; BRUNNER, p. 28 s. Cf. PEÑA CABRERA, 1995, p. 483 ss.

19 SOLER, 1976a, T. II, p. 288 s.

que se producen diversos resultados (muertes y lesiones de personas) y, por lo tanto, se consuman diversos tipos legales (art. 106, 121, 122). Este caso es presentado, en la doctrina, como acción en sentido natural (*Handlung im natürlichen Sinn*)[20]. Sin embargo, no se trata de un criterio puramente natural en la medida en que es indispensable tener presente la manera como la acción es descrita en el tipo legal.

b. Acción en sentido jurídico

2366 El legislador puede prever que se considere como una unidad (jurídico-social) la pluralidad de tales "sucesos naturales". De ahí que el marco normativo del tipo legal sea determinante[21]. En este sentido, hay que afirmar que la unidad de acción existe siempre en el caso de cumplimiento de las condiciones mínimas del tipo legal; aun cuando, desde un punto de vista fenomenológico, el comportamiento pueda ser fraccionado[22]. Poco importa, además, el número de resultados ocasionados o el número de tipos legales posiblemente realizados[23] (*Tatbestandliche Handlungsheinheit*).

2367 Aquí debemos tener presente que el legislador, al individualizar en los tipos legales los comportamientos punibles, ha tenido en cuenta un conjunto de acciones fundamentales, como las de causar la muerte a una persona o a un feto, practicar el acto sexual, apropiarse de una cosa mueble, perturbar la circulación pública, privar de la libertad a otro, amenazar a una persona, etc. Estas acciones pueden ser consideradas como unidades a partir de las cuales el legislador describe los comportamientos socialmente dañinos, ya sea acumulando algunas de ellas o adjuntándoles alguna circunstancia particular. En todos esos casos, el comportamiento del delincuente constituye una unidad de acción en sentido jurídico.

2368 En los denominados delitos complejos[24] existe unidad de acción jurídica en la medida en que los tipos legales prevén la comisión de varias unidades de acción (estén o no previstas en algún otro tipo le-

---

[20] ROXIN, 2003, § 33 Nº 17 ss., 29

[21] BETTIOL 1969, p. 579; WELZEL, 1967, p. 217 s.; ROXIN, 2003, § 33 Nº 19 ss.; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 52 ss. Nº 13 ss.

[22] JESCHECK/WEIGEND, § 66 I Nº 3.

[23] JESCHECK/WEIGEND, § 66 II.

[24] Cf. *supra* Nº 1098.

gal), aun cuando una de ellas sea prevista como designio o motivo. En el delito de violación de la libertad sexual, por ejemplo, el agente debe, mediante violencia o amenaza, obligar a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo (art. 170); en el delito de robo, el autor debe violentar o amenazar a una persona y apoderarse de un bien mueble total o parcialmente ajeno (art. 188); en el delito de secuestro agravado, el sujeto activo priva de la libertad al agraviado y fuera de ello abusa de él, lo corrompe, trata con crueldad o pone en peligro su vida o salud (art. 152, inc. 1).

También hay que afirmar que se da unidad de acción en sentido jurí- 2369
dico cuando en el tipo legal se consideran, globalmente, un conjunto de acciones como un todo. Por ejemplo, el delito de violación de la soberanía territorial extranjera es definido como el hecho de practicar "actos indebidos" en el territorio del Estado extranjero (art. 337); el delito de conspiración contra un estado extranjero, consistente en practicar, en el territorio nacional, "actos destinados a alterar por la violencia la organización política de un Estado extranjero..." (art. 338).

Los delitos permanentes constituyen[25], también, un caso de unidad 2370
de acción jurídica: el agente produce y mantiene una situación antijurídica durante un cierto lapso. Por ejemplo, en el delito de violación de domicilio, el agente permanece en éste rehusando la intimación que le hace el titular para que lo abandone (art. 159); o en el delito de secuestro, que consiste en privar a una persona de su libertad personal (art. 152).

Los denominados delitos de hábito son también supuestos de unidad 2371
de acción en sentido jurídico. En estos delitos el tipo legal exige una pluralidad de acciones que demuestren la habitualidad del agente en la comisión de la acción reprimida; por ejemplo, el delito financiero previsto en el art. 246 se da cuando el delincuente, "por cuenta propia o ajena, se dedica directa o indirectamente a la captación habitual de recursos del público, bajo la forma de depósito, mutuo o cualquier modalidad, sin contar con permiso de la autoridad competente".

Tratándose de tipos alternativos[26], debe admitirse como unidad de 2372
acción la realización de las acciones equiparadas por el legislador

---

[25] Cf. *supra* Nº 1097.
[26] Cf. *supra* Nº 1099.

respecto a la pena. Así por ejemplo, destruir o alterar los límites de un inmueble para apropiarse de todo o parte del mismo (usurpación, art. 202, inc. 1); dañar, destruir o inutilizar un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno (daños, art. 205).

2373 Si el tipo legal no permite considerar, como en los casos hasta ahora citados, la unidad de acción, es posible deducir a veces que la consumación del resultado típico puede tener lugar mediante actos progresivos (*sukzessive Begehung*). El acto de matar (homicidio, art. 106), por ejemplo, puede consistir en producir diversas lesiones a la víctima. Lo mismo sucede en el caso del ladrón que, en la misma ocasión y mediante sustracciones repetidas (*interaktive Begehung*), se apodera de bienes muebles ajenos. Aquí son determinantes tanto el contexto espacial y temporal como la intención del agente.

2374 Junto a este criterio determinado sobre todo por los tipos legales, se considera otro de marcado corte jurídico normativo. Se trata de la denominada unidad de acciones naturales (*natürliche Handlungseinheit*) y según la cual debe considerarse como una sola acción el conjunto de acciones realizadas por una persona de acuerdo a una decisión y en un estrecho contexto físico y temporal, de modo que, observadas de una manera natural por un tercero, aparezcan formando un todo unitario.

2375 No existen mayores dificultades de admitir esta unidad de acción cuando, mediante la pluralidad de actos, se realiza el mismo tipo legal. En buena medida, no son casos diferentes a los que se han citado como circunstancias de consumación del tipo legal mediante un accionar progresivo o repetido. Las discrepancias surgen, sobre todo, cuando se trata de actos que realizan diversos tipos legales. Se cita, con frecuencia, el caso de quien al escapar de la policía causa lesiones dolosas, despoja de su vehículo a un chófer, pone en peligro a las personas al conducir a gran velocidad, etc. El hecho de que el fugitivo actúe impulsado por la misma voluntad de huir no justifica que se consideren sus diferentes comportamientos como una acción única[27].

2376 La discusión sobre la admisión de la unidad de acción en caso de ejecución repetida del mismo tipo legal con un solo impulso crimi-

---

[27] WESSELS/BEULKE, Nº 765; WARDA, 1985, p. 241 ss.; JESCHECK/WEIGEND, § 66 III Nº 3; JAKOBS, 1991, 32/35; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 52 ss. Nº 22 ss.; cf. LACKNER/KÜHL, Vor 52 Nº 4 s.; OTTO, 1998, § 23 Nº 11.

nal y en un estrecho marco temporal y espacial[28], no es de mayor relevancia en nuestro medio; ya que en el Código –lo que no sucede, por ejemplo, en la legislación alemana– el delito continuado está regulado expresamente. El art. 49 del Código estatuye que "cuando varias violaciones de la misma ley o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el mismo momento de la acción, o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado..."[29]. Se trata, por lo tanto, de una unidad de acción en sentido jurídico.

La unidad de acciones naturales es admitida, generalmente, cuando 2377
se perjudica un bien jurídico altamente personal (vida, integridad corporal, salud, honor, etc.) a condición de que el titular sea la misma persona. Según el criterio predominante, por el contrario, hay pluralidad de acciones cuando los titulares de dichos bienes son personas diferentes. Por ejemplo, matar sucesivamente a varias personas disparándoles con un arma de fuego.

3. Unidad de acción en caso de omisión y culpa

En los casos de comportamientos de omisión (propia o impropia) y 2378
de acciones culposas, hay que tener presente sus peculiaridades. En cuanto a los primeros, el deber de cumplir con las acciones esperadas y la posibilidad de realizarlas todas simultáneamente; y, respecto a las segundas, el deber de cuidado exigido.

Respecto a la omisión, hay unidad de acción cuando el agente consu- 2379
ma la infracción al no ejecutar la acción esperada, a pesar de que tenía varias posibilidades para intervenir. Por ejemplo, el constructor que no instala los mecanismos de seguridad y provoca lesiones a varios obreros. Por el contrario, hay pluralidad de omisiones si el agente no realiza dos o más acciones esperadas, en caso de que le hubiese sido posible ejecutarlas al mismo tiempo o una después de otra. Por ejemplo, el chófer que atropella a tres personas y no las auxilia a pesar que podía haberlo hecho de manera sucesiva[30].

---

28 Cf. STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, vorbem §§ 52 ss., Nº 22 ss.; JESCHECK/WEIGEND, § 66 II 3.

29 Ver *infra* Nº 2426 ss.

30 WESSELS/BEULKE, Nº 762; ROXIN, 2003, § 33 Nº 61 ss.; JESCHECK/WEIGEND, § 66 IV 2.

2380 En cuanto a los delitos imprudentes, existen varias acciones culposas si un conductor, por sucesivas imprudencias, ocasiona tres accidentes mortales[31]. Sin embargo, hay que considerar que la misma imprudencia implica muchas veces la realización de una serie de actos por los que se evidencia que no se respetó el debido cuidado. Si este comportamiento imprudente causa un accidente del que resultan varias personas lesionadas, sólo existe una acción imprudente y no tiene mayor relevancia el hecho de que se hayan producido múltiples resultados.

IV. Concurso ideal de delitos

1. Introducción

2381 Afirmar que hay unidad de acción no implica, siempre, que una sola disposición legal será aplicada. Mediante su ejecución, el agente puede realizar los elementos de dos o más tipos legales, e incluso puede suceder que ninguno de éstos logre abarcar en su totalidad la unidad de acción en cuestión. Así, sólo considerando todos los tipos legales concernidos se podrá aprehender en su integridad el carácter ilícito de la acción. La aplicación de las diversas disposiciones está en efecto determinada por la naturaleza compleja de la acción. Estos casos constituyen el denominado concurso ideal de delitos[32].

2382 Según el art. 48, el concurso ideal existe "cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho"[33]. La base es la unidad de la acción; o según la terminología legal: "el mismo hecho". Como es lógico advertir, éste tiene que reunir las exigencias de varios tipos que no se excluyan entre sí.

2. Concurso ideal, concurso aparente de leyes y concurso real de delitos

2383 El elemento común al concurso aparente de leyes y al concurso ideal es la unidad de acción. La diferencia radica en que en el primero, la

---

31 Cf. BLEI, p. 307; JESCHECK/WEIGEND, § 66 IV 2; MAIWALD, 1964, p. 72; GEERDS, 1961, p. 262.

32 ROXIN, 2003, § 33 Nº 70 ss.

33 Cf. BRAMONT ARIAS, 1966, p. 230. En su libro La ley penal, p. 130, este autor sostuvo, siguiendo a Jiménez de Asúa, que esta disposición parecía un caso de concurso aparente de leyes: el de la alternatividad. VILLAVICENCIO, 2003, p. 330 ss.

acción es comprendida plenamente por una de las disposiciones legales que parecen ser aplicables (tipicidad única); mientras que en el concurso ideal la acción única requiere la aplicación simultanea de varias disposiciones (tipicidad plural). Por ejemplo, el concurso aparente se da cuando se mata a otro por lucro, puesto que si bien, en apariencia la acción puede ser subsumida en los tipos legales de homicidio (art. 106) y asesinato (art. 108), sólo el segundo es aplicable, ya que comprende en su integridad el supuesto de hecho: matar por lucro, mientras que el tipo legal de homicidio simple sólo comprende parte de él, en la medida en que no permite valorar el móvil del agente. El concurso ideal de delitos se presenta, por ejemplo, cuando con la misma piedra que se lanza en un solo intento, se rompe el vidrio de la vivienda de otro (art. 205, delito de daños) y se producen lesiones a uno de sus habitantes (art. 121, delito de lesiones graves dolosas).

El concurso real de delitos, tal como se verá en detalle más adelante, 2384
se caracteriza, en cambio, por la pluralidad de acciones; las mismas que constituyen delitos independientes.

3. Unidad de acción y pluralidad de leyes violadas

Para determinar en qué casos se da la unidad de acción, se debe re- 2385
currir a los criterios que hemos expuesto antes[34]. Quien con un solo disparo mata a una persona y lesiona a otra, comete una sola acción[35]; mas, es evidente, que ésta no puede ser del todo valorada sólo mediante la aplicación del art. 106 (homicidio) o del art. 121 (lesiones). Es necesario tener en cuenta ambas para formular un juicio negativo de valor completo. Lo mismo sucede en el caso en que el violador, al hacer uso de la violencia para vencer la resistencia de la víctima, la lesiona de manera intencional. Son de aplicación, en consecuencia, los art. 170 y 121. Afirmar que sólo ha cometido el delito de violación sexual no es conforme a la realidad y, por lo tanto, no se pueden, simplemente, ignorar las lesiones que no forman parte del tipo legal de esta infracción. Es indispensable tenerlas en cuenta para valorar todo el comportamiento del agente. Por el contrario, resulta imposible sostener que existe concurso real de delitos puesto que no hay pluralidad de acciones (hechos punibles que, según el art. 50, "de-

---

[34] Ver *supra* Nº 2359 ss.

[35] En contra, BRAMONT ARIAS, 1966, p. 229.

ben considerarse como otros tantos delitos independientes"). En el ejemplo dado, el cuadro normativo del tipo legal (violación sexual) determina que se considere la existencia de una acción, a pesar de que, desde un punto de vista fenomenológico, podría ser fraccionada en acciones parciales. El contexto tempo-espacial y la finalidad del agente son factores que coadyuvan para admitir tal conclusión.

2386 Para comprender el concurso ideal y solucionar de manera conveniente las dificultades que presenta, es indispensable interpretar correctamente los tipos legales y apreciar las relaciones existentes entre ellos. En primer lugar, la unidad de acción es definida en relación con el tipo legal (criterio normativo) y, en segundo lugar, la adecuación de esta acción a uno o varios tipos legales determina si se da o no el concurso ideal de delitos. El legislador no dice otra cosa cuando expresa que "varias disposiciones penales sean aplicables", puesto que éstas lo serán cuando el agente, mediante su acción, haya cumplido con los requisitos contenidos en sus preceptos (tipos legales).

4. Concurso ideal homogéneo

2387 La definición establecida en el art. 50 no se refiere al denominado concurso ideal homogéneo. Según la doctrina, éste consiste en la violación repetida de la misma norma legal, mediante una sola acción. Por ejemplo, lanzar una granada y lesionar gravemente a varias personas, circunstancia en la cual el art. 121 resulta aplicable varias veces (lesiones graves). Así, no existe una disposición que prevea la "pena más grave", que debería ser aplicada según el art. 48 para resolver el problema concerniente a la fijación de la pena única. De acuerdo con esta disposición, no sólo se trata de una pluralidad de preceptos aplicables, sino también de que sean diversos. Esta diversidad está confirmada además porque en el segundo párrafo del artículo citado, se dispone que las penas accesorias y las medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque "no estén previstas más que en una de ellas". El concurso ideal homogéneo ha de ser considerado en consecuencia, como un caso de unidad de acción, que no presenta problemas en cuanto a la ley con la que su autor debe ser reprimido. Según las circunstancias, podría admitirse la existencia de un delito continuado (art. 49, "varias violaciones de la misma ley penal"[36].

[36] Ver *infra*, Nº 2440 ss.

El punto de partida es que no existe problema alguno cuando una 2388
sola es la ley aplicable, circunstancia en la que el juez conoce, con precisión, los márgenes inferior y superior dentro de los cuales individualizará la pena. Por esta razón, en el art. 49 sólo se han considerado los casos en que, realmente, se da la posibilidad de reprimir al agente mediante dos o más disposiciones legales. Para no dejar en manos del juez un excesivo poder discrecional, señala, de modo expreso, la manera como debe resolver estos conflictos.

5. Fijación de la pena en caso de concurso ideal

a. Legislación y doctrina extranjeras

En la legislación foránea, se ha consagrado el trato único de ambos 2389
tipos de concurso (ideal y real). Por ejemplo, en Suiza, el art. 68 del CP federal estatuye: "cuando por un solo acto o por varios, un delincuente ha incurrido en varias penas privativas de libertad, el juez lo condenará a la pena de la infracción más grave, y aumentará la duración según las circunstancias, pero no sobrepasará esta pena aumentada en su mitad. El juez estará, además, limitado por el máximo legal de la clase de pena".

En favor de este sistema, se han esgrimido, en particular, razones prác- 2390
ticas. Así, se estima que siendo conveniente agravar la pena en caso de concurso ideal, sobre todo si el delincuente sabe o debe saber que su acto ha violado varias disposiciones, no es necesario complicar el código adoptando para el concurso ideal un sistema diferente que el existente par el concurso real"[37]. Así mismo, se sostiene que si bien, en teoría, hay que distinguir entre ambos concursos, tratarlos de manera igual evita que se planteen cuestiones muy sutiles y explica la aplicación de la pena única (*Einheitstrafe*)[38]. En Alemania, donde diversos autores son partidarios de este criterio, se planteó su admisión al discutirse la reforma del viejo Código alemán, pero no fue

---

[37] Procès verbal de la deuxième Commission, T. I, p. 393. Estudiando el Código suizo vigente, GERMANN, 1942, p. 86, ha afirmado de que nada se deduce en favor del principio de la absorción de la existencia de un solo acto. Según él, se justifica una pena agravada porque "la voluntad criminal no es abarcada por una sola disposición".

[38] GEERDS, 1961, p. 483; SCHMITT, 1963, p. 593; NIESE, 1954, T. I, p. 159.

aceptada, siendo, por el contrario, incorporada en el derecho penal de menores[39].

2391 Propuestas de este tipo implican el abandono, en la práctica, de la distinción entre concurso ideal y real[40]. El principal argumento en favor de este abandono es la imposibilidad de determinar un criterio certero para distinguir la unidad de la pluralidad de acción. Si se admite esta concepción, hay que aceptar que, desde la perspectiva de la política criminal, la distinción practicada hoy es arbitraria y, por lo tanto, siempre insegura[41]. En Alemania, el rechazo a tratar de manera igual los concursos ha sido criticada en el sentido de representar la "conservación de un esquema conceptual arcaico"[42].

b. Legislación nacional

2392 Luego de comprobar la presencia de un concurso ideal de delitos, el problema es determinar los márgenes dentro de los cuales el juez ha de fijar la sanción. Si las disposiciones en concurso fijan la misma escala de penas, el juez no tendrá dificultades; pero si son diferentes, la ley le ordena determinar la pena a imponer conforme a la más severa. Para saber cuál es la ley que prevé la pena más grave ha de tenerse en cuenta la naturaleza de ésta y los límites mínimum y máximum. Las penas accesorias y medidas de seguridad que en ellas se estatuyen, no entran en consideración, porque en el párrafo segundo del art. 48 se concede al juez la posibilidad de aplicarlas aun cuando figuren en una sola de las leyes concernidas. Así mismo, no puede procederse a la determinación de la ley aplicable conforme a los criterios utilizados para determinar la irretroactividad de la ley penal más severa.

2393 El sistema adoptado por nuestro legislador tiene como base el principio de la absorción, conforme al cual la pena más grave impuesta

---

39 Ver *Jugendsgerichtsgesetz*, §§ 31 y 66, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 56 IV A 4.

40 Este criterio primó entre los suizos; figuraba ya en el CP austriaco de 1852 (§§ 34, 35) y en el Código de instrucción criminal francés (art. 28) y en el art. 5 del CP francés. En el nuevo CP de 1993, art. 132-2, se dispone que hay concurso de infracciones cuando una infracción es cometida por una persona antes que ésta haya sido definitivamente condenada por otra infracción.

41 GEERDS, 1961, p. 495.

42 COENDERS, p. 3.

sirve al mismo tiempo de castigo por las otras infracciones más leves que se han cometido: *poena major absorbet minorem*[43].

El art. 55, pf. 1, del CP holandés, fuente inmediata del art. 105 del Código derogado, retomado en el art. 48 vigente, estatuye el mismo sistema; y el legislador peruano debe haberse decidido a adoptar esta solución en vista de que también la habían admitido el legislador helvético (art. 67, Anteproyecto 1915), el italiano (art. 78 del CP de 1889) y el argentino (art. 54 del CP de 1921). 2394

Para comprender a cabalidad la regulación establecida en el art. 48, es preciso tener en cuenta la solución que adopta en los supuestos del concurso real de delitos. En este caso, según el art. 50, se impondrá la pena del delito más grave, agravándola considerando las demás infracciones. En caso de concurso ideal de delitos, por lo tanto, el juez está obligado a no considerar –en el momento de individualizar la pena– que la acción del agente se adecua a otros tipos legales. El hecho de que en el art. 46 se señale que la pena será determinada según "la responsabilidad y la gravedad del hecho punible cometido", y que su aplicación es necesaria en todos los casos en que se impone una pena, hace un tanto utópica la distinción que, en relación a las consecuencias penales, el legislador establece entre los dos concursos. 2395

La solución del Código no es del todo incorrecta; aunque quizás hubiera sido conveniente dar la posibilidad al juez de aumentar la pena impuesta teniendo en cuenta las demás normas violadas[44]. Esto se justificaría, en la medida en que una sola de las disposiciones en conflicto no cubra toda la realidad del acto cometido. En la práctica, el juez no puede ignorar algunos aspectos del comportamiento que reprime (por ejemplo, la gravedad del daño ocasionado mediante la acción), porque la misma ley le exige que tenga en cuenta todas las circunstancias objetivas y subjetivas. En la jurisprudencia nacional se 2396

---

43 BLEI, p. 301; LEUKAUF/STEININGER, p. 212. En doctrina peruana, VILLA STEIN, p. 439.

44 Una solución como la adoptada por el legislador alemán no sería muy conveniente, debido al sistema de penas de nuestro Código; en especial, por el paralelismo entre las dos penas principales. Según el § 52, pf. 2, del CP alemán, en caso de que diversas leyes penales sean violadas mediante una sola acción "la pena se determinará conforme a la ley que establezca la pena más severa. Esta no podrá ser menor que la aplicable según las demás leyes".

evidencia que, en realidad, ambos concursos producen las mismas consecuencias. Esta situación resulta de la conjunción de tres factores: la libertad concedida al juez para individualizar la pena, la amplitud de los márgenes penales señalados para cada delito y la técnica adoptada para resolver los casos de concurso. Además, hay que tener en cuenta que existe una relación directa entre la gravedad de los tipos legales, el bien jurídico que protegen y la pena prevista. En efecto, en la medida en que en los tipos legales se protegen bienes iguales, cuanto más importantes sea el bien jurídico que se tutela, mayor será la pena que se impondrá. De ahí se sigue que cuando el art. 50 (concurso real de delitos) establece que se reprimirá con la sanción del delito más grave, en la práctica se tratará, por lo general, de la pena más grave (que es la que el juez debe imponer en caso de concurso ideal).

2397 El trato unitario de ambos concursos a que se llega aplicando el sistema peruano no es inconveniente. El trato diferencial también ha sido con frecuencia criticado desde un punto de vista de política criminal. Así, se afirma que "depende, muchas veces, del azar que un padre ahogue a sus dos hijos uno después de otro o que lo haga al mismo tiempo. En el primer caso, habrá concurso real y en el segundo, concurso ideal"[45]. Sin embargo, recordemos que en nuestra legislación este caso de concurso ideal homogéneo no se encuentra previsto por el art. 48 debido a que las normas aplicables a la acción única no son distintas.

V. Concurso real de delitos

1. Noción

2398 De conformidad con el art. 50[46], el concurso real de delitos se presenta "cuando concurran varios hechos punibles que deben conside-

---

[45] STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 52 ss. Nº 7. En relación con nuestro derecho, el ejemplo no es tan oportuno, ya que el art. 107 de nuestra ley fija la pena no menor de 15 años de privación de libertad para el parricida. Si no se tratara de los hijos del agente, se aplicaría el art. 106, que reprime el homicidio con pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 20 años; es decir, que el juez puede imponer hasta 20 años. En este caso, es imposible pensar que el juez no tenga en cuenta ambos resultados para fijar la pena, a pesar de ser cometido mediante una sola acción.

[46] Cf. VILLAVICENCIO, 2003, p. 337 ss.

rarse como otros tantos delitos independientes". Así, se reproduce la fórmula del art. 108 del CP de 1924, cuya fuente es el art. 57, pf. 1, del CP holandés y en el que se establecía con mayor claridad la pluralidad de acciones. Así, determinaba que los hechos punibles "deban considerarse como otros actos independientes y constituyendo varias infracciones...". No obstante, la redacción del art. 50 no implica una modificación substancial del sentido de la regla holandesa[47].

De esta definición se deduce que las características específicas del 2399
concurso real son la pluralidad de acciones, la conformidad de éstas a ciertos tipos legales y su condición de delitos en sí mismas (independencia en cuanto a la tipicidad).

2. Pluralidad de acciones

Cada uno de los comportamientos cometidos por el agente debe ser 2400
considerado como una unidad de acción independiente. Pueden consistir en movimientos corporales voluntarios (por ejemplo, dos disparos que causan la muerte a otras tantas personas) o unidades jurídicas de acción (por ejemplo, dos delitos complejos o dos delitos permanentes). La autonomía de estas unidades de acción, determinada en función a los tipos legales respectivos, hace posible que puedan ser consideradas como delitos independientes.

Cuando en el art. 50 se dice "varios hechos punibles", no se hace 2401
referencia a que varios tipos legales sean realizados, sin importar que esto se produzca mediante una sola acción. Hechos punibles significa más bien delitos cometidos, cuya independencia está dada tanto porque cada uno supone una unidad de acción, como porque no están vinculados de manera que constituyan una unidad jurídica de acción. En todo caso, la frase "varios hechos punibles" no debe ser comprendida en el sentido de resultados o de violaciones a la ley. El requisito de la pluralidad de las unidades de acción se percibe con mayor nitidez si se tiene en cuenta la definición del delito continuado (art. 49). En esta disposición se hace referencia a "actos ejecutivos de la misma resolución criminal" que violen la misma ley penal. A

[47] La influencia holandesa era más acentuada en el Proyecto nacional de 1916, en el que el legislador distinguía, siguiendo al modelo holandés, entre penas de la misma o diferente naturaleza, para fijar la pena correspondiente.

partir de aquí, se deduce que la regla del art. 50 presupone una pluralidad de actos independientes, a los que el modelo holandés hacía referencia expresa.

3. Concurso real homogéneo y heterogéneo

2402 La expresión delitos independientes no significa siempre delitos de diferente naturaleza. Las acciones cometidas por separado pueden realizar el mismo tipo legal y constituir, por tanto, varios delitos de la misma especie. Por ejemplo, en ocasiones diferentes, el agente comete varios hurtos. En este caso se habla de concurso real homogéneo, en oposición al concurso real heterogéneo, consistente en la ejecución de varias acciones constitutivas de delitos diferentes (por ejemplo, un hurto, un homicidio, dos estafas).

2403 A diferencia de lo que sucede con el concurso ideal (art. 48), la regla del art. 50 permite considerar sin mayores problemas el concurso real homogéneo; pues la pena que se ha de imponer no es la más grave. Esta segunda disposición ordena más bien que el juez imponga la pena correspondiente al "delito más grave"[48].

4. Concurso real retrospectivo

2404 El art. 50 supone que el responsable de los delitos en concurso real debe ser juzgado, al mismo tiempo, por todos ellos. Si este es el caso, se debe a la acumulación de procesos ordenada por el CdePP cuando existe conexión de delitos y de agentes (art. 21, inc. 1). En el art. 51, en cambio, se estatuye cómo juzgar de nuevo a una persona, ya condenada por una infracción penal, por un delito (u otros delitos) que había cometido antes de la condena. En doctrina, se denomina a este caso concurso real retrospectivo.

2405 Según el art. 1 de la Ley Nº 10124, del 28 de diciembre de 1944, sobre la investigación y juzgamiento en el caso de delitos conexos, "la acumulación tanto para la investigación como para el juzgamiento, en los casos de conexión[49], se ordenará" cuando el agente es autor de

---

[48] Ver *infra* Nº 2409 ss.

[49] No se debe confundir esta "conexión" con la "conexión" en caso de delitos complejos.

uno o más delitos; cuando varios agentes aparecen inculpados de un solo delito como autores o cómplices; y, por último, en los casos de conexiones complejas (pluralidad de agentes y de delitos).

La acumulación es obligatoria en el caso de participación y el de pluralidad de delitos, en la medida en que no se haya abierto instrucción contra el agente por uno de éstos. Si se ha iniciado la persecución penal por uno o se trata de un caso de conexión compleja, la acumulación es facultativa. De modo que el juzgamiento simultáneo de las infracciones en concurso tendrá lugar, con toda seguridad sólo si la instrucción se inicia contra el autor singular de todas ellas. En los restantes casos, la acumulación depende de lo que decida la autoridad competente, y sólo "cuando los procesos estén en el mismo estado, y siempre que la acumulación no redunde en la inútil postergación del juzgamiento de los que ya tuviesen mérito suficiente para ello" (pf. 2 del art. 1 de la Ley Nº 10124). De no ordenarse la acumulación, los juzgamientos serán realizados de manera sucesiva. En el nuevo CPP, art. 31, se señalan los diversos casos en que existe conexión de procesos y, en la disposición siguiente, se establece la competencia por conexión. 2406

Estas reglas rigen en el campo procesal, de modo que sería equivocado utilizar alguna de ellas como criterio adecuado para resolver problemas de concurso de leyes o delitos. 2407

Sin entrar a fondo en la materia, ni analizar las nueva regulación, puede señalarse que en este punto parece faltar una cierta armonía entre las normas procesales y las sustantivas; y ello se debe, quizás a que el art. 21 del Código de Procedimientos Penales, reproducción casi literal del art. 25 del anterior Código y cuyo esquema conceptual es mantenido en el art. 1 de la Ley Nº 10124, tiene como fuente legal la legislación francesa, en la cual el concurso está regulado de manera diferente[50]. 2408

5. Fijación de la pena: principio de la absorción, acumulación de las penas, penas accesorias

El art. 50 no es bastante claro con respecto a la manera cómo debe fijarse la pena en caso de concurso real. A diferencia de la regulación 2409

[50] Cf. CORNEJO, Mariano H., p. 14.

prevista en el Código derogado (art. 108 y 109), se establece, por un lado, una sola regla para todas las penas (privativas de la libertad y pecuniarias) y, por otro, no se dice que la pena será agravada en razón del resto de delitos cometidos. En el art. 108 derogado se disponía de manera expresa que se impondría la pena por el delito más grave y se considerarían los otros "para fijar la más severa represión". A pesar de la redacción imprecisa, hay que considerar que se ha establecido el principio de la absorción (*Asperationsprinzip*): conforme al cual el juez, luego de imponer la pena por el delito más grave, la agravará teniendo en cuenta los demás delitos perpetrados[51].

2410 Esta interpretación no es contradicha por la obligación que establece el art. 50, *in fine*. En efecto, cuando el art. 50 menciona que "el juez debe tener en cuenta los otros [hechos punibles], de conformidad con el art. 48", se incurre en un error material; ya que el art. 48 prevé una regla para determinar la pena a imponer en caso de concurso ideal de delitos. Este error resulta claro de la lectura de la exposición de motivos. En efecto, en ésta se cita equivocadamente el art. 48 para decir que "el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente", cuando esta idea corresponde al art. 45 (aplicación de la pena). De modo que el reenvío hecho en el art. 50 no corresponde al art. 48, sino más bien al art. 45, en el que se estatuye la regla referida en la exposición de motivos. Además, hay que tener en cuenta, por un lado, que en el art. 108 del Código derogado (cuya redacción era similar al art. 50) se hacía referencia al art. 51, que preveía, precisamente, la manera como se debía individualizar la pena dentro de los márgenes penales estatuidos en la disposición legal (en este caso, el que prevé el delito más grave). Por otro, de esta manera se respeta la idea de establecer una represión diferente entre los concursos ideal y real.

2411 No se trata, sin embargo, de una acumulación de penas; ni tampoco de la creación de un nuevo marco punitivo, como se hacía, siguiendo al modelo holandés, en el Proyecto nacional de 1916. El art. 82 de este proyecto establecía que, en caso de penas de la misma clase, se impondría una sola pena, cuyo máximum "será la suma de las penas correspondientes a los diversos delitos; pero sin que pueda exceder de un

[51] Así también, VILLA STEIN, p. 439.

tercio sobre el máximum de la mayor"; y el art. 83 del mismo proyecto disponía que si las penas eran de distinta naturaleza, se aplicaría la más grave, pudiendo ser aumentada hasta en un tercio de su máximum.

De acuerdo con el art. 48, el marco legal para determinar la pena a imponer en caso de concurso ideal de delitos es el de la ley que reprime la infracción más grave, ya que el legislador tomó ésta como base para la represión. Por esta razón el juez no podrá –teniendo en cuenta las restantes penas de los otros delitos que entran en concurso real– sobrepasar el máximum señalado para dicha infracción específica; debiendo aplicar las reglas de individualización contenidas en los art. 45 y 46. 2412

La acumulación de las penas correspondientes a cada infracción, conforme al principio "*quot delicta tot poenas*", debe ser rechazada porque contraría los fines atribuidos a la pena (art. IX del Título Preliminar). Este criterio de política criminal es, sobre todo, correcto en relación con las penas privativas de la libertad; aunque, no sin razón, ha sido también esgrimido contra la acumulación de penas pecuniarias[52]. De manera que con acierto no se ha conservado la regla prevista en el art. 109 del Código derogado ("Las multas serán acumuladas") y que fue aún mantenida en el art. 39, pf. 2, del Proyecto de 1985 (agosto). Tratándose del concurso retrospectivo, la admisión de este criterio sería aún más injusta porque la situación del procesado se vería agravada por el retardo judicial. 2413

La solución adoptada se caracteriza por su levedad y tiene como precedente el art. 45 del CP de 1863, en el que se establecía, respecto a las penas privativas de libertad, que al "culpable de dos o más delitos se le impondrá la pena correspondiente al delito más grave, considerándose los demás como circunstancias agravantes". El aumento de la pena debido a estas últimas, era determinado, en detalle, por las normas contenidas en el título II del Libro Primero, indicándose el número de términos o grados en que variaría. Este sistema de agravantes, así como de atenuantes, no subsiste en nuestra legislación. 2414

La solución adoptada se justifica en la medida en que se tenga en cuenta que las penas de la parte especial son establecidas mediante la técnica de los márgenes penales y de manera bastante amplia. Como 2415

[52] Ver GEERDS, 1961, p. 452 y s.; así mismo, la bibliografía por él citada.

ya lo dijimos al tratar el concurso ideal, estas mismas circunstancias hacen que en la práctica ambos casos de concurso (ideal y real) sean tratados de manera similar.

2416 En el art. 50, a diferencia del art. 48, párrafo 2, nada se dice respecto a las penas y a las medidas de seguridad, como sí se hacía en el art. 109 del CP derogado referente al concurso real. Respecto a las medidas de seguridad no existe problema, pues estas no están previstas, como sucede con las penas, en las disposiciones de la parte especial aplicables a las acciones en concurso. Su imposición depende, entonces de lo dispuesto en la disposición general que las prevé (art. 72): en primer lugar, de la personalidad del delincuente y, en segundo lugar, de la naturaleza de la infracción cometida[53].

2417 En cuanto a las penas accesorias, el problema se plantea porque en general no están previstas en todas las disposiciones aplicables. Entonces, la cuestión es saber si se aplicarán cuando no las prevea la disposición que estatuye la pena más grave. La respuesta se obtiene considerando que, en razón de la misma índole del concurso real, todas las disposiciones son aplicables porque se trata de delitos independientes y, en consecuencia, el juez puede sin más tomar en consideración las penas accesorias de acuerdo a las reglas de la individualización de la pena.

6. Fijación de la pena en caso de juzgamientos sucesivos

2418 El caso de juzgamientos sucesivos se diferencia del concurso real retrospectivo (art. 51), en que en éste sólo se juzga al agente por el hecho *sub iudice*, debido a que no se sabía que era autor de otro u otros delitos; mientras que, en el caso de juzgamientos sucesivos, no se ha procedido a la acumulación de los procesos por razones de oportunidad procesal.

2419 La pena a imponer será determinada conforme al art. 4 de la Ley Nº 10124, del 29 de diciembre de 1944. Según esta disposición, "las sentencias pronunciadas en la primera y siguientes causas por delitos conexos[54]

---

[53] Ver, por ejemplo, art. 41, 42, 43, 44 y 45.

[54] El significado de esta expresión es más amplio que el reconocido en derecho penal sustantivo con el fin de designar a una clase de delitos.

no podrán ser modificadas en cuanto califican la naturaleza legal del hecho punible y la culpabilidad del agente; pero las penas y medidas impuestas se tomarán en consideración para refundirlas en la penalidad o tratamiento único a que se haga acreedor por los cargos que resulten en cada nuevo juzgamiento con el mejor conocimiento de su personalidad criminal".

7. Fijación de la pena en caso de concurso real retrospectivo

En el párrafo primero del art. 51 se establece, en buena medida, una excepción al principio de la absorción. A pesar de que el agente debe ser sancionado por el delito que ha cometido antes de ser condenado por el que fue objeto del proceso, se dispone se dicte sobreseimiento definitivo y archive la causa cuando merezca una pena inferior a la que le fue impuesta[55]. Poco importa que el hecho punible, objeto del posible nuevo proceso, sea de "igual o distinta naturaleza". Esta excepción se justifica porque así se evitan nuevos procesos, y en algo se aligera la administración de justicia para ponerse al día en juzgar a tiempo todos los acusados. 2420

Si el hecho punible "descubierto" mereciera una pena superior a la aplicada, el párrafo 2 del art. 51 dispone que "el condenado será sometido a un nuevo proceso y se impondrá la nueva pena correspondiente", sin indicar como debe ser establecida. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el primer párrafo, puede pensarse que la primera pena será simplemente reemplazada por la nueva y que para fijar ésta no se tomará en consideración la ya impuesta (por lo tanto, tampoco el hecho punible que le dio lugar). De esta manera, se establecería de nuevo una excepción al principio de la absorción. Sin embargo, como en esta hipótesis no se busca evitar un nuevo proceso, se ha de admitir que debe aplicarse la pena de acuerdo a la regla referente al concurso real. 2421

---

[55] ES del 24 de abril 2000, Exp. Nº 122-2000 Lima, en ROJAS VARGAS, 2000, p. 67. El Pleno jurisdiccional penal (Acuerdo plenario Nº 7-1997) reconoció que la Ley Nº 26832 que modificó el art. 51 no contradecía la Constitución. Sin embargo, invocando el derecho a la igualdad, se afirma la efectiva tutela judicial de las víctimas y la presunción de inocencia, lo contrario en una sentencia de la Corte Superior de Lima, del 11 de agosto de 1999, Exp. Nº 09-97, en ROJAS/INFANTES, p. 133 s.

2422 El objeto es imponer una pena que sea proporcional a la responsabilidad del agente. El juez no debe, entonces, acumular las penas[56]. Teniendo en cuenta las circunstancias objetivas del hecho, así como las circunstancias personales del agente, el juez deberá aumentar la pena ya impuesta. Es decir, deberá aplicar las reglas de individualización de la pena para fijar la penalidad refundida[57]. El criterio decisivo es que no debe castigarse al agente con más severidad que si se le hubiera juzgado al mismo tiempo por todos los delitos cometidos.

2423 En el caso de que la ejecución de la pena impuesta en la sentencia condenatoria haya prescrito o el condenado haya sido amnistiado o indultado, se deberá tener en cuenta la índole de estas instituciones jurídicas al juzgarse al delincuente por un hecho que hubiera cometido antes de ser sentenciado, pero que sólo fuera descubierto con posterioridad. No tener en cuenta que la pena ha prescrito constituye un modo de revivir la acción que tiene el Estado para imponer una sanción al agente. En caso de amnistía, significa desconocer que tiene por efecto olvidar el hecho punible a que se refiere; y, por último, en el supuesto de indulto, se haría caso omiso a la supresión de la represión que éste implica.

2424 Supeditar el tratamiento del concurso real a las contingencias de la acción policial y judicial, no nos parece un criterio adecuado a los fines de la penalidad. Esto es, sobre todo, evidente dentro del sistema admitido por nuestro legislador para la fijación de la represión en los casos de concurso. Por esto, es conveniente sentar como principio rector que, tratándose del concurso real retrospectivo, el juez debe evitar tratar al procesado con más severidad de lo que se le hubiera tratado si el juzgamiento de sus infracciones hubiera tenido lugar en el mismo acto. Entonces, si en caso de juzgamiento simultáneo se ha de partir de la fijación de la pena más grave y luego aumentarla en consideración a las demás infracciones, en el concurso retrospectivo se ha de partir de la pena ya impuesta y concluir estableciendo una penalidad o tratamiento único, como en el caso de juzgamientos sucesivos (art. 4, Ley Nº 10124).

2425 De aceptarse otro criterio, tendríamos que admitir que la agravación de la pena se debe a que el procesado no se denunció a sí mismo lo

---

56 VILLAVICENCIO, 2003, p. 344.

57 ES del 25 de noviembre de 1997, Exp. Nº 4932-Arequipa, en ROJAS/INFANTES, p. 131.

que sería absurdo[58]. Lo mismo podría decirse si la represión se condicionara al hecho de admitirse o no la acumulación de procesos.

VI. Delito continuado

1. Introducción

La noción de delito continuado ha sido considerada como el "con- 2426
cepto penal más confuso y anárquico"[59]. Los esfuerzos realizados en la legislación, doctrina y jurisprudencia para precisar sus elementos no han tenido el éxito deseado.

El hecho de que haya sido o no regulado en la ley no es el factor 2427
determinante de la intensa discusión que ha provocado. En general, existe acuerdo entre los autores sobre cuáles son sus elementos; pero discrepan, con frecuencia, sobre la manera cómo deben ser concebidos. Por ejemplo, basta con recordar las discusiones existentes en la doctrina alemana en relación con el elemento subjetivo del delito continuado[60]. Cuando ha sido previsto en los códigos, la interpretación de las disposiciones respectivas ha dado lugar a marcadas discrepancias[61]. Así, en Italia, los juristas y la jurisprudencia discrepan sobre cómo comprender la fórmula "un mismo designio criminal" (*medesimo designo criminoso*) utilizada en el art. 81 de su Código penal[62].

---

58 Entre nosotros, BRAMONT ARIAS, 1966, p. 241 ss., sostiene casi el mismo criterio aquí expuesto; aunque sin la claridad debida, pues se refiere, primero, a la "acumulación material" de las penas y, luego, a la "acumulación". La literatura extranjera sobre este problema debe ser consultada teniendo en cuenta que las disposiciones legales estudiadas son diferentes a las nuestras. Respecto al art. 58 del CP argentino, ver SOLER, 1976a, T. II, p. 314-316; R. NÚÑEZ, 1974, p. 308 ss. Respecto al art. 68, pf. 2, del Código suizo, ver LOGOZ/SANDOZ, art. 68, Nº 4; SCHWANDER, 1966, Nº 386.

59 NOVOA MONREAL, T. II, p. 269; VELÁSQUEZ, 2003, p. 381.

60 JAKOBS, 1991, 32/50; SAMSON/GÜNTHER, en SK, vor § 52 Nº 63 s.

61 Con relación a la insuficiencia de la reglamentación legislativa en la determinación precisa de los contornos del delito continuado, ver GEERDS, 1961, p. 485.

62 ANTOLISEI, p. 409; BETTIOL, 1969, p. 601; LEONE, Mauro, p. 279; MARSICO, p. 248. Respecto a la jurisprudencia, ver LATTANZI, p. 202 ss.; FIANDACA/MUSCO, p. 496 s.

2. Carácter normativo del delito continuado

2428 Se discute mucho sobre si el delito continuado es una ficción, una realidad natural o una realidad jurídica. El primer criterio estaría "de acuerdo con el origen histórico de la institución"[63]. Según Carrara, "el delito continuado es el fruto de una ficción legal. Y existe una ficción legal toda vez que el legislador asigna a ese hecho o conjunto de hechos diversos el mismo trato jurídico de un hecho o conjunto de hechos diversos, sabiendo que no existe entre ellos alguna relación"[64]. Según Bettiol, "cuando el legislador crea una ficción, es consciente de formular una reglamentación jurídica contraria a aquella que es la realidad sustancial de los hechos a regular. *Fictio mum quam convenit cum veritate*"[65].

2429 Para Antolisei, por el contrario, concebir el delito continuado como una ficción no es conveniente, porque en su opinión "no se puede decir que la unidad entre las diversas acciones que constituyen el delito continuado sea contrario a la verdad, en cuanto a las acciones mismas no son en la realidad del todo diferentes: ellas tienen un elemento común que las une". En opinión de Massari, "al ente resultante no se le puede negar el carácter de realidad jurídica"[66]. En oposición a estos criterios, algunos autores han afirmado la unidad real y natural, tanto subjetiva como objetiva, del delito continuado[67].

2430 En el contexto de esta discusión se han planteado discrepancias también sobre la índole objetiva o subjetiva del delito continuado. En el primer sentido, se da prioridad a la intención única del agente como factor que determina su existencia[68]. En el segundo, se consideran determinantes los diversos aspectos objetivos que se le atribuyen al delito continuado (actos homogéneos, contexto físico y temporal).

---

63 CAMARGO HERNÁNDEZ, p. 33; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, p. 307.

64 CARRARA, Nº 520.

65 BETTIOL, 1969, p. 571; MANZINI, T. III, p. 418 s.; LEONE, 1976, p. 972. Cf. BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 1995, p. 235. En Alemania, es considerada, generalmente como una ficción, y los autores propugnan su desaparición, así, STRATENWERTH, 2000, p. 440; JESCHECK/WEIGEND, § 66 V 1. Para el derecho español, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000, p. 536; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, p. 659; SAINZ CANTERO, p. 227 s.

66 ANTOLISEI, p. 410.

67 ALIMENA, p. 492 ss.; FLORIAN, T. II, p. 70; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, p. 826.

68 Cf. BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 1995, p. 259.

Así, Mezger, en su *Tratado*, consideró que "este punto de vista objetivo puro, es, en realidad, el único correcto". En su opinión, "ha de exigirse unidad del tipo básico, unidad del bien jurídico lesionado, homogeneidad de la ejecución y una conexión temporal adecuada, y en los ataques personales también identidad de persona ofendida"[69]. Un criterio mixto, preferido en la doctrina, sostiene que junto a ciertos fundamentos objetivos (unidad de bien jurídico violado, homogeneidad objetiva de las diversas acciones, vinculación temporal y local), se ha de considerar un factor subjetivo[70].

El fundamento sobre el que se admite el delito continuado en la jurisprudencia o legislación es, así mismo, muy discutido. En sus orígenes se argumentó su admisión en la necesidad de evitar que la reacción penal fuera severa en exceso[71]. Uno de los más entusiastas defensores de este criterio fue Carrara[72]. Hay que recordar que fue admitido en la legislación italiana[73]. 2431

En Alemania, el Tribunal Supremo ha sostenido que existe una razón práctica de carácter procesal: imponer penas por cada uno de los delitos que constituyen el delito continuado sería un trabajo engorroso, superficial y demasiado superfluo. Además, esta labor debería culminar con la elaboración de una pena de conjunto[74]. Por esto, en la doctrina alemana existe una tendencia a considerar que la noción de delito continuado presenta más desventajas que ventajas para la elaboración de una jurisprudencia racional. Uno de los argumentos principales en favor de su supresión es el que conduce a dictar sentencias sobre meras conjeturas[75]. 2432

---

69 MEZGER, 1946, T. II, p. 373. Cf. HAFTER, 1946, p. 347; VON LISZT/SCHMID, p. 352.

70 Como lo hemos indicado anteriormente, se debate mucho en torno a este elemento que es designado de diferentes maneras: unidad de resolución, mismo designio, dolo global (*Gesamtvorsatz*), dolo continuado (*Forsetzungvorsatz*).

71 SOLER, 1976a, T. II, p. 302 s. Este autor afirma, correctamente, que la teoría del delito continuando ha sido por primera vez formulada por Farinacio y que su razón de ser proviene del propósito de recusar la aplicación de penas extraordinariamente severas, en particular la de muerte, en ciertos casos de repetición del mismo hecho; MANTOVANI, 1979, p. 439 s.; CAMARGO HERNÁNDEZ, p. 39; REYES ALVARADO, 1990, p. 158 s.

72 CARRARA, Nº 514 y 519.

73 Código toscano de 1883, art. 80; CP de 1889, art. 79 y CP de 1930, art. 81, pf. 2.

74 RGSt 70, 243, 244, citada por SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 582.

75 SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 728. Consideran incorrecta su admisión desde un punto de vista político-criminal; JESCHECK/WEIGEND, § 66 V 2; SCHMITT, 1963, p. 61,

2433 De la manera como ha sido regulado en el Código Penal, hay que considerar que el delito continuado constituye una ficción jurídica. En la versión primigenia del art. 49, su regulación comportaba una atenuación de la pena, en la medida que constituía una verdadera excepción al art. 50 (concurso real). Las modificaciones realizadas en 1996 lo transforman en agravante en ciertas circunstancias.

3. Regulación legislativa

2434 El texto original del art. 49[76] era una reproducción del art. 107 del CP de 1924. La fuente legal de esta disposición es el art. 78 del CP italiano de 1889, cuyo texto fue trascrito casi al pie de la letra, salvo en lo referente a la pena[77]. La nueva versión del art. 49, establecida por la Ley Nº 26683, no cambia lo esencial de la definición. Se le considera constituido por factores tanto de orden objetivo, como subjetivo.

2435 Los factores objetivos son la pluralidad de acciones, la pluralidad de violaciones de la misma ley o de igual o semejante naturaleza y el contexto temporal de realización de las acciones. De carácter subjetivo es la unidad de resolución criminal. Esta estructura ha sido admitida en los diversos proyectos de reforma, aunque no de la misma manera. Así, en el Proyecto de 1984, art. 35: "de la misma disposición legal [...] en el mismo momento [...] de igual resolución delictuosa". En el de 1985 (agosto), art. 36, se disponía que "cuando varias violaciones de una misma disposición legal son ejecutadas con acciones u omisiones homogéneas que obedecen a un mismo móvil y con identidad de ocasión, se consideran como un solo hecho punible continuado y se reprime con la pena correspondiente a éste".

2436 La unidad del delito continuado es ratificada por nuestro legislador cuando estatuye que la prescripción de la acción penal comenzará a contarse, "desde el día en que terminó la actividad delictuosa" (art. 82, inc. 3)[78].

---

la juzga como una ficción tendiente a evitar el concurso real y dice que es la "cruz más pesada" en la teoría del concurso.

76 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2003, p. 406 ss.; VILLAVICENCIO, 2003, p. 323 ss.

77 De esta manera, el legislador nacional se alejó claramente del modelo holandés, al que recurrió con cierta frecuencia para elaborar los demás casos de concurso de "leyes penales" y "hechos punibles"; diferente, BRAMONT ARIAS, 1966, p. 237.

78 Respecto a la aplicación de la ley penal en el tiempo ver *supra* Nº 824 ss. Sobre las consecuencias procesales, por ejemplo, las referentes al efecto de la cosa juzgado o a la competencia, cf. SÁNCHEZ VELARDE, p. 331 ss.

4. Elementos del delito continuado: pluralidad de acciones

La pluralidad de acciones está indicada mediante la expresión "actos ejecutivos". Esta pluralidad debe ser determinada según los criterios que expusimos al inicio de este capítulo[79] y que tuvimos oportunidad de reiterar al tratar las formas de concurso. Las acciones deben ser determinadas, en consecuencia, conforme al criterio normativo de valoración que ofrecen los tipos legales, sin que esto signifique desconocer la base fáctica. La pluralidad de acciones típicas constituye una semejanza con el concurso real de delitos, en el que también debe existir esta diversidad de las mismas. En este concurso, tales acciones deben ser, de acuerdo al art. 50, delitos independientes. Por el contrario, según el artículo que comentamos, las acciones cometidas están vinculadas, sobre todo, por proceder "de la misma resolución criminal"[80]. 2437

El término acción, empleado en el art. 49, no debe dar lugar a confusión. No significa que deba tratarse de una sola unidad de acción. Del contexto se deduce, con facilidad, que el legislador sólo ha recurrido a ella para referirse al marco temporal en que han "de tener lugar las exteriorizaciones de la resolución criminal". Se comprende mejor en el sentido de actividad, la misma que es desarrollada en un determinado lapso ("en el momento de la acción") o en "momentos diversos". En este sentido se dice, al determinar cuándo comienzan los plazos de prescripción de la acción penal en caso de delito continuado, "el día en que terminó la actividad delictuosa". 2438

Es fácil admitir la existencia de la pluralidad de acciones cuando el delincuente hurta en días diferentes diversos objetos; cuando hace sufrir a la víctima, contra su voluntad, el acto sexual, en repetidas ocasiones. No hay que olvidar que el delito continuado es considerado, en la doctrina, como un caso de unidad de acción en sentido jurídico[81]. 2439

---

79 Ver *supra* Nº 2351 ss.

80 Ver *infra* Nº 2454 ss. Cf. Rocco, en la Relazione Ministeriale, T. V, parte I, Nº 96, referente al Código de 1930, afirmó: "los hechos en continuación constituyen otras tantas acciones distintas; es decir, otras tantas manifestaciones de actividad, y es conforme a los resultados de la psicología deducir que cada una de las acciones, cada proceso ejecutivo sea el resultado de una sola resolución y volición correlativa, de modo que no puede hablarse de una resolución única que presida a todas las diversas acciones".

81 Cf. *supra* Nº 2376.

5. Pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de similar naturaleza

2440 Cuando con una acción se viola dos o más veces la misma ley penal[82], se trata de un concurso ideal homogéneo, en el que, tal como lo hemos establecido con anterioridad[83], no hay dudas sobre la ley que debe aplicarse. Tampoco existe vacilación en relación con la pena porque según el art. 48, el juez la fija sin tener en cuenta la realización de los restantes tipos legales que se hallan en concurso con el que señala la pena más grave. Por el contrario, el delito continuado, además de la pluralidad de acciones, supone la pluralidad de violaciones de la ley. En el texto original del art. 49, así como en el art. 107 del CP de 1924, se exigía que debía violarse "la misma ley". Y aquí violaciones significa que las acciones se adecuen al tipo legal. El problema crucial estribaba en determinar lo que se debía comprender por "la misma ley".

2441 Resulta interesante ver cómo se interpretó, en Italia, la noción de "misma ley", utilizada en el Código derogado y que sirvió de modelo a nuestro legislador. Se han sostenido diversos criterios, con el fin de admitir la existencia del delito continuado en casos en que las acciones consistan en tentativas y delitos consumados, o en delitos simples y calificados. Por esto, Antolisei afirmó que la determinación de lo que significa "misma ley", "se refiere más a la fijación conceptual del requisito que a sus alcances prácticos"[84]. Bettiol sostuvo que debe comprenderse como "identidad del precepto jurídico, del mandato, que puede encontrarse especificado en una multiplicidad de diversas disposiciones legales"[85].

2442 En opinión de Manzini, se trata de la "norma incriminadora principal, en la cual deben comprenderse todas las normas generales o especiales que tiene carácter integrativo o complementario"[86]. Por último, baste señalar que para Antolisei, se trata de la misma "norma incriminadora, comprensiva de las normas que agravan o atenúan el

---

82 Velásquez Velásquez, 2003, p. 395 s.

83 Ver *supra* Nº 2387 ss.

84 Antolisei, p. 407.

85 Bettiol, 1969, p. 598. Cf. Peña Cabrera, 1995, p. 490.

86 Manzini, T. II, p. 668.

delito por ella previsto, como de las que degradan el mismo delito de un delito consumado a uno tentado"[87]. Esta discusión ha sido superada en Italia gracias a la modificación aportada al art. 81 del CP italiano en el sentido de que las violaciones pueden ser de "la misma o diversas disposiciones legales". Lo mismo se puede sostener con respecto a nuestro derecho, desde que se agregó a la definición prevista en el art. 49 la frase "o una igual o semejante naturaleza". Esta adición resulta poco afortunada en la medida en que no resulta claro si se refiere a la igualdad o semejanza de las "violaciones" o, por el contrario, si está referida a la "ley penal".

En la doctrina alemana, que exige como requisito para el delito continuado la violación del mismo tipo legal, se sostiene que debe comprenderse no en el sentido de que esté previsto en la misma disposición legal; sino más bien, que las diversas acciones violen la misma prohibición jurídico penal[88]. 2443

En razón a la modificación introducida en el art. 49, resulta ahora interesante tener en cuenta estos criterios. A diferencia de lo estatuido en el texto original, la nueva versión prevé que la pena a imponerse es la "correspondiente al [delito] más grave". Esto supone que sean diversas las leyes violadas; es decir, que las acciones se encuadren en diferentes tipos legales, de modo que las acciones puedan merecer calificaciones diferentes. Sin embargo, como el texto establece que se ha de tratar de violaciones de "la misma ley o una de igual o semejante naturaleza", las acciones deben ser sustancialmente homogéneas, a pesar de las particularidades que las pueden caracterizar individualmente[89]. Esta unidad en la calificación es el factor de carácter legal que vincula a las acciones que constituyen el delito continuado. 2444

Muy relacionado con la cuestión de la ley violada, se halla el tema de la identidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. En doctrina se distingue entre bienes altamente personales y los que no los son. Por lo general, se admite el delito continuado en los segundos, 2445

---

87 ANTOLISEI, p. 408.

88 SCHÖNKE/SCHRÖEDER, vorbem §§ 52 ss. Nº 31 ss.; SAMSON/GÜNTHER, en SK, vor §. 52 Nº 52; WELZEL, 1967, p. 221.

89 Esta semejanza en las acciones es admitida también en Alemania; pero de manera más amplia. Ver JESCHECK/WEIGEND, § 66 V 3 a. En el sentido expuesto por nosotros, R. NÚÑEZ, 1974, p. 313.

por ejemplo, cuando se trata de atentados contra el patrimonio; se excluye, por el contrario, cuando concierne a bienes jurídicos altamente personales. Así, por ejemplo, si las acciones constituyen ataques contra la vida, la salud o la integridad corporal. Sin embargo, hay que recordar que la unidad de acción jurídica es admitida cuando el bien jurídico altamente personal que es atacado, varias veces, pertenece al mismo titular. En el lenguaje de Núñez, se trataría de saber si "en el caso de pluralidad de ofendidos, la naturaleza de los bienes lesionados admite esa unidad delictiva"[90]. Adoptando esta perspectiva, el legislador ha dispuesto, mediante la Ley Nº 26683, que las reglas relativas al delito continuado, previstas en el primer párrafo del art. 49, no sean aplicables "cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personales pertenecientes a sujetos distintos". Este criterio había sido admitido, aunque de manera diferente, en el art. 36 del Proyecto de 1985 (agosto). En esta disposición se declaraba, aunque de modo menos clara, su no aplicación "a los delitos de homicidio o de lesiones de personas distintas, ni, en general, cuando se lesionan bienes jurídicos eminentemente personales".

2446 Sobre el particular no deben adoptarse reglas esquemáticas e inflexibles. El juez debe analizar con mucho cuidado los casos concretos que se le presenten. Ya Mezger señaló, refiriéndose, en general, a todo el delito continuado, que sus características "no son susceptibles de ser fijadas de manera esquemática, sino que más bien la decisión última corresponde al razonable arbitrio"[91].

6. Realización de las acciones en momentos diversos

2447 Para señalar el contexto temporal en que deben realizarse "los actos ejecutivos de la misma resolución criminal", el legislador indica que las violaciones deben haber sido "cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos". Frase de la que podría deducirse que admite la posibilidad de que los "actos ejecutivos" se den simultánea o sucesivamente.

---

90 R. NÚÑEZ, 1974, p. 315. Ver JESCHECK/WEIGEND, § 66 V 3 b; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 583.

91 MEZGER, 1958, T. II, p. 373, esta afirmación es válida aun cuando fue expresada desde un punto de vista puramente objetivo.

En Italia, algunos autores aceptaron este criterio, en base a que el art. 81 del CP dice "aunque en tiempos diversos". Rechazándola por inexacta, Antolisei admite que en relación con las acciones de comisión, su ejecución debe tener lugar, siempre, en tiempos diversos, y que sólo en el caso de la omisión su realización puede ser simultánea[92]. 2448

Estas explicaciones deben ser consideradas teniendo en cuenta las expresiones utilizadas en el art. 49: "en el momento de la acción" y "en momentos diversos"[93]. Con ellas se alude a dos contextos temporales; pero se presupone una discontinuidad en la realización de los "actos ejecutivos". 2449

Con la expresión "en el momento de acción", se hace referencia a un estrecho contexto temporal, durante el cual el agente comete el delito mediante acciones físicamente independientes. Por esto, la acción debe ser comprendida como actividad desarrollada en un lapso determinado. Es el caso del ladrón que, aprovechando la misma oportunidad (la noche en que el propietario no se encuentra en casa), se apodera de las cosas muebles ajenas mediante varias sustracciones, exigidas por las circunstancias accidentales (el número o el peso de los bienes). Lo mismo sucedería, en el caso del delincuente que hace sufrir a la víctima el acto sexual varias veces y tantas como sus condiciones personales se lo permitan. 2450

La frase "en momentos diversos" debe ser comprendida en el sentido del contexto temporal amplio, cuya duración depende de la índole de las acciones y de las circunstancias particulares del caso que se analiza. Si no se admitiese este criterio, se llegaría a excluir la aplicación de la noción de delito continuado en aquellos supuestos para los que, precisamente, fue admitida. Se trataría aquí de los ejemplos clásicos de la cajera que se apodera, durante varios días o semanas, de una suma de dinero, sustrayéndola por partes; o del violador que hace sufrir el acto sexual a la víctima una vez por día, durante el tiempo que la tenga secuestrada. 2451

---

92 ANTOLISEI, p. 407. Da como ejemplo el caso del funcionario de la policía judicial que se abstiene, con un mismo designio criminal, de ejecutar los diversos mandatos de captura que ha recibido; cf. PANNAIN, p. 679; VASSALLI, p. 114; FROSALI, p. 387.

93 En páginas anteriores, tuvimos oportunidad de señalar que el término "acción" había sido utilizado para indicar un contexto temporal y no para señalar la posibilidad de que el delito continuado se dé mediante una acción.

2452 En doctrina, los criterios utilizados para determinar la existencia de varias acciones en momentos diversos, se superponen total o parcialmente, lo que da lugar a cierta confusión. Basta recordar, por ejemplo, que en la doctrina italiana, algunos autores consideran como delitos simples y, por ende, rechazan que se trate de un caso de delito continuado, los casos en que los diversos actos ejecutivos se desarrollan en un estrecho marco temporal. En este sentido, Antolisei, sostiene que las acciones parciales serían, en buena cuenta, actos, fragmentos, de una sola acción[94]. El interés en sostener este criterio reside en evitar que el autor de un tal comportamiento de tales características sea reprimido con más severidad[95]. Como ya hemos señalado, en Alemania, estos casos son analizados como una de las formas de unidad jurídica de acción (*juristische Handlungseinheit*), consistente en la ejecución repetida del mismo tipo legal en un lapso breve. La unidad del delito continuado está determinada porque la violación del bien jurídico, mediante la repetición de la acción típica, significa un aumento sólo cuantitativo de la ilicitud (unidad de ilicitud) y porque, además, el hecho reposa en una motivación única (unidad de culpabilidad)[96].

2453 Con respecto a la acción de omisión hay que tener en cuenta, sobre todo, que su unidad o pluralidad depende, conforme a lo antes expuesto[97], de si al agente le era posible evitar el incumplimiento del deber de actuar luego de haber incurrido en la no ejecución de una primera acción esperada. Una vez admitida la pluralidad de omisiones (por ejemplo, el funcionario de la Policía Judicial que se abstiene

---

94 ANTOLISEI, p. 407.

95 El art. 81, pf. 2, del CP italiano, dispone que el agente será castigado con la pena a imponerse por la violación más grave, aumentada hasta el triple. Este no es el caso de nuestra legislación. Al autor del delito continuado se le sancionará con la "pena correspondiente" al delito cometido "continuadamente".

96 JESCHECK/WEIGEND, § 66 V 3 b; SCHÖNKE/SCHRÖEDER, vorbem §§ 52 ss., Nº 32. La jurisprudencia alemana denomina a estos casos "unidad de acción natural". Ver SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 724 s. Según este autor, la jurisprudencia y la doctrina alemana llegan, de esta manera, a considerar como delito continuado un conjunto de acciones semejantes, las que constituirían así una única violación de la ley. La diferencia reside, conforme al mismo jurista, en que en el delito continuado falta esa estrecha vinculación local y temporal que caracteriza a la "unidad de acción jurídica".

97 Ver *supra* Nº 2378 s.

de ejecutar diversos mandatos de captura), se tendrá que constatar si ellas proceden de una misma resolución delictiva para admitir el delito continuado.

7. Identidad de resolución criminal

El factor subjetivo determinante de la configuración del delito continuado, junto al factor legal unificador de las acciones (violación de la misma ley penal o una de similar índole), es la unidad de resolución criminal. 2454

La expresión "misma resolución criminal" fue utilizada por el legislador italiano en el Código de 1889. La doctrina de este país la cuestionó bastante y, al mismo tiempo, junto con la jurisprudencia, trató de precisar su significado. En 1930 fue remplazada por la fórmula "el mismo designio criminal" (art. 81). Esta modificación, como era de esperar, no hizo desaparecer las dudas y fue, también, motivo de discusión. 2455

En Alemania[98], la doctrina y la jurisprudencia discrepan, así mismo, sobre la manera de definir este elemento subjetivo. Algunos autores, de acuerdo con la jurisprudencia, afirman que se trata de un "dolo de conjunto" y otros hablan de un "dolo continuado"[99]. 2456

Debido a que la legislación italiana (Código de Zanardelli) ha servido de fuente a nuestro legislador en la regulación del concurso, recordemos la opinión de algunos penalistas italianos. Alimena, comentando el art. 79, luego de afirmar que se trata "de unidad volitiva dirigida a un hecho delictuoso", llega a identificar "resolución" con el dolo[100]. En la exposición de motivos del CP de 1930 (Código Rocco), se criticó la fórmula del Código derogado, diciendo que "no se puede hablar de una resolución única que presida a todas las diversas acciones"[101]. A 2457

---

98 MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 54 Nº 78; JESCHECK/WEIGEND, § 66 V 3 c; WESSELS/BEULKE, Nº 770 s.; GEPPERT, 1982, pp. 364 s.

99 JESCHECK/WEIGEND, § 66 V 3 c; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 727 s.; SAMSON, en SK, vor § 52 Nº 58; WELZEL, 1967, p. 222, trata también al delito continuado como unidad de conducción de vida punible. WELZEL, después de optar por el "dolo global" (p. 220) y atendidas las mismas razones, dice que se debe acudir a las "circunstancias concomitantes externas". Cf. WESSELS/BEULKE, Nº 770; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 827.

100 ALIMENA, p. 498.

101 Relazione, T. V, parte I, Nº 96.

partir del nuevo texto legal, Bettiol sostuvo que en el "concepto de designio criminoso es determinante el elemento intelectivo, en cuanto éste debe ser entendido como un plan, un programa que el agente ha ideado y que realiza sucesivamente en tiempos y en lugares diversos, y aunque en daño de personas diversas"[102].

2458 Conforme a la regulación peruana, en primer lugar, no hay que identificar el elemento subjetivo unificador de las acciones con el dolo. El agente debe cometer con intención cada una de las acciones; pero esto no basta para que se admita el delito continuado. Tampoco debe confundirse con el motivo o propósito que haya perseguido el agente. A esto se refería el art. 36 del Proyecto de 1985 (agosto), diciendo que las acciones u omisiones debían obedecer "a un mismo móvil". Sería, también, equivocado creer que se trata del impulso voluntario en el que culmina el proceso de deliberación e ideación criminal (fase interna del *iter criminis*).

2459 De la explicación dada de los demás elementos del delito continuado, se desprende que el legislador peruano ha concebido a las acciones ("actos ejecutivos") como fases de la realización de una misma empresa delictiva. Por esto establece que "serán considerados [los actos ejecutivos] como un solo delito continuado". El agente debe proponerse la ejecución de un delito mediante acciones que al ser realizadas constituyen exteriorizaciones de la misma determinación inicial. Un indicio de esta última es la homogeneidad de las acciones, la misma que, a su vez, está condicionada por la unidad del carácter ilícito (fundada en la violación de "la misma ley penal o una igual o semejante naturaleza"). Estas circunstancias ponen en evidencia la interrelación estrecha que vincula a los factores considerados por el legislador.

2460 La excepción prevista respecto a los bienes jurídicos altamente personales pertenecientes a personas distintas (art. 49, pf. 2) es justificada, en general, afirmando que en estos casos el agente, debido a la importancia del bien jurídico protegido y en consecuencia a la gravedad de su comportamiento, toma una nueva decisión o confirma la existente cada vez que inicia la ejecución de un nuevo acto ejecutivo. Sin embargo, dicha regla se explica mejor por el criterio

---

[102] BETTIOL, 1969, p. 601. Cf. ANTOLISEI, p. 409; MANZINI, T. II, p. 589.

de política criminal, que considera que no es conveniente atenuar la pena a imponer. Fuera de esta circunstancia legal, la interrupción del factor subjetivo debe ser comprobada de acuerdo con las circunstancias en cada caso particular. Al respecto, es superfluo pretender fijar reglas generales. La variación esencial en la ejecución o en los medios empleados puede significar una solución de continuidad en el elemento subjetivo.

Los actos ejecutivos mencionados en el art. 49 pueden consistir tam- 2461
bién en comportamientos de omisión propia o impropia. Sin embargo, para saber si constituyen una unidad o pluralidad de acciones, se deberán tener en cuenta las peculiaridades de este tipo de acciones[103].

8. Fijación de la pena

Consecuente con la manera como había concebido el delito conti- 2462
nuado y en consideración al fundamento histórico de su admisión, el legislador nacional había establecido en el texto original del art. 49 que los actos consecutivos "serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente a éste". No se presentaba pues el problema de saber qué disposición era aplicable porque mediante dichos actos debía ser violada "la misma ley penal". Para individualizarla, el juez debía aplicar las reglas pertinentes (art. 45 y ss.) y, por lo tanto, tener en cuenta, por ejemplo, la responsabilidad del agente y la gravedad del hecho punible (es decir, el conjunto de la actividad delictiva). Esta regulación generaba que el trato de los concursos y del delito continuado fuera semejante. Por ejemplo, si la empleada doméstica de un artesano, con la misma resolución criminal y en el lapso de un mes, primero, se apodera de bienes que le han sido confiados (art. 190, apropiación ilícita); segundo, sustrae herramientas del taller (art. 185, hurto); y tercero, destruye algunos juguetes del hijo del propietario (daños, 205), ella debería ser reprimida por delito continuado con la pena que, según las circunstancias materiales y personales concretas, corresponde al acto ejecutivo más grave. Los otros dos no deberían ser tenidos en

[103] Ver *supra* Nº 1919 ss., 1928 ss.

cuenta; pero por mandato del art. 46 (como lo señalamos antes[104]) el juez no los ignorará al fijar dicha pena única.

2463 Esta regulación bastante, simple y coherente ha sido trastocada por las modificaciones introducidas mediante la Ley Nº 26683. En la medida en que conforme a esta norma, ahora es posible admitir el delito continuado, cuando las violaciones son de leyes de igual o de semejante naturaleza, y no ha de tratarse únicamente del mismo precepto penal, se ha establecido que la pena que se ha de imponer es la correspondiente al delito más grave.

2464 Por razones de pura prevención general y de represión, así mismo, se prevé actualmente la agravación de la pena si con las "violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas". De manera equívoca, se dispone que "la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave"; como si la pena fuera fijada aplicando la disposición que prevé la más severa represión. Así, se contradice lo dispuesto en el mismo precepto: "se sancionarán con la pena correspondiente al más grave [de los delitos cometidos]". Por tanto, la pena debe ser aumentada en un tercio de la pena impuesta a título de delito continuado por corresponder a la acción más grave. En el ejemplo citado, si se impusiese, siempre según las circunstancias del caso concreto, la pena de dos años por el delito de apropiación ilícita (ya que por el hurto y el daño se impondrían penas menores), para determinar el límite superior de la pena en caso de víctimas diferentes habría que aumentar en un tercio la pena impuesta (dos años más ocho meses). De aplicarse literalmente el texto legal, se llegaría al absurdo de admitir que tendría que aumentarse en un tercio de cuatro años ("máxima prevista para el delito más grave", en este caso, la apropiación ilícita).

2465 Por último, se abandona el criterio original del art. 49 respecto a los casos en que los bienes jurídicos perjudicados son de "naturaleza eminentemente personales" y sus titulares son personas distintas. Las reglas referentes al delito continuado, previstas en el primer párrafo del nuevo art. 49, no son aplicables. Según el nuevo segundo párrafo de esta disposición, la pena se fijará de acuerdo con las reglas generales y, si se dan las condiciones, la referente al concurso real de delitos.

---

[104] Ver *supra* Nº 2254 ss.

Como ejemplo de bienes eminentemente personales hay que citar la vida, la salud e integridad corporal y la libertad.

VII. Concurso aparente de leyes

1. Definición

Una de las actividades del juez, como lo comprobamos al estudiar la interpretación[105], consiste en dar sentido a las normas jurídicas y determinar si la acción imputada al agente reúne las notas señaladas en alguno de los tipos legales. Es decir, debe estatuir cuál es la ley aplicable al caso *sub iudice*. Si concluye que sólo una disposición comprende todo el contenido ilícito y culpable de una acción, se excluye el concurso ideal. En estos casos, con frecuencia, su decisión supone que ha debido escoger entre varias disposiciones legales, a las cuales parecería adecuarse la acción, aquella que la comprende plenamente[106]. Este proceder está condicionado por la manera particular, resultante de la técnica legislativa utilizada, como están relacionados los tipos legales. Así, se habla de concurso aparente de leyes cuando varias disposiciones convergen hacía el mismo hecho (acción), pero la aplicación de una de éstas excluye la de las demás. En la doctrina existe unanimidad en torno a esta definición[107]. Los criterios, no obstante, divergen respecto al nombre que se da a este concurso, o si es o no un verdadero concurso, y a los principios que se aplican para resolverlo. La doctrina mayoritaria sostiene que se trata de un concurso aparente, en razón a que, mediante la interpretación, se llega a determinar que sólo es aplicable una única disposición: la que comprende en todos sus aspectos a la acción. Partiendo de este criterio, se estima preferible hablar de unidad de ley (*Gesetzeseinheit*)[108]. 2466

Algunos autores consideran que se trata de un verdadero concurso, porque la acción cumple, en efecto y de manera sucesiva, con los tipos legales de diversas disposiciones; y que sólo, después, mediante 2467

---

105 Ver *supra* Nº 459 ss.

106 VILLAVICENCIO, 2003, p. 346 ss.

107 KLUG, 1956, p. 399 s.; JESCHECK/WEIGEND, § 69 I; LEUKAUF/STEININGER, p. 216; WELZEL, 1967, p. 226; BETTIOL 1969, p. 604; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 532; NOVOA MONREAL, T. II, p. 284; BRAMONT ARIAS, 1950, p. 121 s.

108 JESCHECK/WEIGEND, § 69 I 1; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 730; WARDA, 1964, p. 81 ss.

un proceso mental, se llega a retener la aplicación de una y la exclusión de las demás[109].

2468 Decantarse por una u otra postura depende de la perspectiva que se adopte. El problema puede ser considerado, por un lado, con relación al momento en que se desarrolla la actividad judicial, es decir, al escoger la norma a aplicar y, por otro, con respecto al momento de su aplicación. No puede afirmarse que quién comete el delito de parricidio cumple primero con el tipo legal del delito de homicidio (art. 106) y enseguida con el del parricidio (art. 107). El agente, en este caso, realiza sólo el tipo legal previsto en la última disposición. En la práctica, el juez puede dudar, en la medida en que no logre aún comprobar, la presencia de todos los elementos típicos del parricidio: el vínculo familiar entre agente y víctima, o el *animus necandi.* Otras veces, las dudas sobre la conformidad de la acción al tipo legal pueden provenir de la incertidumbre respecto a los alcances del texto legal, y no de una indeterminación en las características de la acción delictuosa. Por ejemplo, comprobado que el agente, al comenzar el alba, ha robado un bien mueble ajeno (art. 188), le resta decidir si debe aplicar el inciso 2 del art. 189 que agrava la represión cuando el crimen es cometido "durante la noche". La solución depende de la interpretación que se haga de tales disposiciones y de las relaciones que se fijen entre ellas.

2469 Se justifica, entonces, destacar el papel de la interpretación en este dominio. Se puede afirmar que "este tema corresponde, indudablemente, a la interpretación y a la aplicación de las normas jurídicas[110]. Así mismo que es preferible, como lo hace el legislador en el Código vigente, no prever reglas sobre el concurso aparente. Al respecto, hay que considerar, por un lado, que es mediante la interpretación que se obtiene una respuesta a la pregunta de si se aplica una sola disposición y, por otro, que es imposible fijar en la ley las innumerables posibilidades que ofrece la actividad interpretativa[111].

---

[109] SCHMITT, 1963, p. 45.

[110] BETTIOL 1969, p. 602. Según este mismo autor, el estudio del concurso aparente debe hacerse después de tratar el concurso de delitos, debido a que sin comprender éste no puede entenderse aquel.

[111] JESCHECK/WEIGEND, § 69 1; cf. STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖEDER, vorbem §§ 52 ss., Nº 104.

El tratamiento de estos problemas no debe ser "magnificado", pues 2470
no debería tener "otro contenido que una referencia a los tipos susceptibles de entrar en asociación con otros y un conjunto simple de reglas de interpretación que permitiera resolver las dificultades"[112]. En esta perspectiva, el concurso aparente podría ser planteado como las "relaciones de los tipos delictivos"[113].

2. Principios para resolver el concurso aparente. Generalidades

En doctrina existen diversidad de criterios respecto tanto a los prin- 2471
cipios aplicables para resolver los casos de concurso aparente, como sobre el significado de cada uno de ellos. La mayor parte de los autores se refieren a los principios de alternatividad, de especialidad, de consunción y al principio referente a los hechos anteriores o posteriores impunes[114]. Sin embargo, hay que reconocer que estos principios son, en realidad, reglas destinadas a ayudar al juez en su labor de interpretar y aplicar la ley. Las discrepancias existentes, entonces, se deben al afán de enmarcar en reglas rígidas las innumerables posibilidades que se presentan en el momento de interpretar las leyes, así como de establecer las relaciones existentes entre sus disposiciones.

De acuerdo con lo afirmado al explicar la interpretación, hay que 2472
recordar que el intérprete recurre a diversos medios para determinar el sentido de las normas legales. Estos medios son de orden lógico y axiológico. Los criterios de valor son decisivos debido a que como todo proceso de interpretación culmina develando los posibles sentidos que pueden darse al texto legal, debe procederse a escoger aquel que se estime más justo. Sin embargo, los criterios lógicos constituyen una guía indispensable para el intérprete. Por esto hay que comenzar esclareciendo las posibles relaciones lógicas existentes entre las disposiciones y los conceptos[115].

Entre dichos criterios lógicos hay que tener en cuenta los siguientes: 2473
a) heterogeneidad: los casos que se subsumen dentro del concepto A

---

[112] Novoa Monreal, T. II, p. 282 s.; cf. Etcheberry, 1976, T. 2, p. 121.
[113] R. Nuñez, 1974, p. 174 s.
[114] Cf. Villa Stein, p. 443 s.
[115] Klug, 1956, p. 403 ss.

no caen en el concepto B y viceversa (no se trata necesariamente de casos contradictorios); b) identidad: los casos que caen en A también caen B y viceversa; c) subordinación: los casos caen en A y B, pero no todos los casos que caen en B caen también en A; y d) interferencia: algunos casos que caen en A no caen en B. Al consultar la bibliografía extranjera, no debe olvidarse que los ejemplos con frecuencia discutidos en doctrina pueden no ser útiles en nuestro medio, ya que es posible que nuestra ley describa de manera diferente las acciones delictuosas que son analizadas.

a. Principio de la identidad

2474 En un mismo sistema legal, dos tipos legales no pueden encontrarse en relación lógica de identidad, porque es superfluo establecer dos tipos legales previendo el mismo hecho punible. Hacerlo constituye un error y es fuente de confusión. En el Código vigente, se ha corregido el error cometido en el Código derogado de prever dos tipos legales idénticos. Se trataba del delito de violación de domicilio agravado por la calidad del agente, descrito en el art. 230, pf. 2, como el hecho del "funcionario público o agente de autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina". Comportamiento que, en términos idénticos, era también previsto como un delito de abuso de autoridad en el art. 339. El Tribunal Constitucional[116] ha establecido que si un mismo hecho está regulado en los artículos 1 y 2 del DL Nº 25659 y en los artículos 3 y 4 del DL Nº 25475, poco importa que en un caso se hable de delito de traición a la patria y en el otro de delito de terrorismo. Por esta razón ha declarado inconstitucionales las disposiciones referentes a la traición a la patria.

b. Principio de la alternatividad

2475 Los autores no definen de la misma manera este principio. Algunos sostienen que hay alternatividad cuando los elementos de dos tipos legales son opuestos entre sí; por ejemplo, hurto y apropiación ilícita[117].

---

[116] Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de enero de 2003, Exp. Nº 010-2002-AI/TC, f.j. 38 ss.

[117] LISZT/SCHMID, T. III, p. 157 s.

Sin embargo, en este sentido, la relación lógica es más bien de heterogeneidad[118], por lo que no puede hablarse de concurso[119]. Nino afirma, con certeza, que lo "mínimo que puede exigirse para hablar de concurso entre dos leyes es que haya un ámbito en que ambas se puedan superponer; en la llamada alternatividad esa posibilidad está excluida por razones lógicas"[120].

Siguiendo a Binding[121], otros autores estiman que el principio de 2476
alternatividad se aplica cuando se trata de casos en que la misma acción es contemplada desde diferentes puntos de vista, por diversas disposiciones legales, de las cuales una es aplicable en la medida en que la otra no estatuya una pena más grave[122]. Según Jiménez de Asúa, los tipos legales se comportan, en este caso, como dos círculos secantes, y lo que interesa es saber cuál de ellos debe ser elegido para la subsunción. Este autor aceptó que se escogiera la disposición que estableciera la pena más grave; en caso de prever la misma pena, opinaba que debía determinarse por vía interpretativa cuál de ellas protegía el bien jurídico más importante[123]. El penalista español citó como ejemplo el concurso entre el pf. 2 del art. 197 del CP chileno, que prevé (según el texto de la época) como delito la falsificación de letras de cambio con perjuicio de tercero, y el art. 468, que regula el delito de defraudación. Según Jiménez de Asúa, "fuera del área secante está la falsificación como núcleo del tipo que lesiona el bien jurídico fe pública, de una parte, y de otra la defraudación, como rector, que se refiere al bien jurídico patrimonio; y en el área secante se hallan la falsificación de letra de cambio con perjuicio de tercero y la defraudación con falsificación de letra de cambio"[124].

---

118 KLUG, 1956, p. 404 ss.
119 KLUG, 1956, p. 402 ss.
120 NINO, 1972, p. 64.
121 BINDING, 1885, p. 349.
122 WELZEL, 1967, p. 226.
123 JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 541; cf. FONTECILLA, p. 19.
124 En nuestro medio, BRAMONT ARIAS, 1950, p. 130, recurre al mismo ejemplo. Pero, es el caso que los delitos mencionados son diferentemente tratados por nuestra ley (art. 244, 364 Código de 1924, ver art. 427 y 433 del Código vigente). Si bien los verbos típicos son los mismos "falsificar" y "defraudar". El art. 364 (art. 427 vigente) no hace depender, a diferencia del art. 197 del Código chileno, la represión de la falsificación de la producción de un perjuicio a un terce-

2477 La estructura lógica que corresponde al principio de la alternatividad, comprendido a la manera de Binding y sus seguidores, es la de la subordinación, propia del principio de especialidad. No puede tratarse de la estructura lógica de la interferencia que corresponde al principio de la subsidiaridad o al concurso ideal.

2478 De acuerdo a la lógica, la regla general debería ceder el paso a la especial, pero, esto concluiría en un tratamiento favorable para el delincuente, a quien tendría que imponerse una pena leve. Tal razonamiento no es correcto, pues olvida que los criterios de interpretación no son sólo lógicos, sino también valorativos. De allí que Klug sostenga que la diferencia entre especialidad y alternatividad (conforme a Binding) no se halla en la estructura lógica, sino en las consecuencias que de ellas se derivan de acuerdo a la naturaleza valorativa (teleológica) del sistema legal[125].

2479 En razón a su falta de autonomía lógica y de los inconvenientes que produce, propone Klug que la noción de alternatividad sea excluida del estudio del concurso aparente de leyes[126].

2480 Los casos comprendidos por los penalistas que defienden el principio de alternatividad, son en realidad errores legislativos, que consisten, ya sea en "considerar simultáneamente una circunstancia particular como agravante y atenuante, lo que dentro de un mismo ordenamiento legal es contradictorio, o en establecer un tratamiento privilegiado a un caso calificado, lo que, desde un punto de vista teleológico, es improcedente"[127].

---

ro. Esta disposición requiere tan sólo que la falsificación "pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho". De modo que en la zona secante no coinciden como es el caso en el derecho chileno. Si la acción de la falsificación culmina con la realización de una estafa, se trataría, en nuestro derecho, de un concurso ideal.

125 KLUG, 1956, p. 410 s., 414 s. Es interesante notar que COUSIÑO afirma, en relación con el ejemplo que comentamos, que las normas citadas por JIMÉNEZ DE ASÚA, como ejemplos de alternatividad, se hallan en relación de especialidad. Consultar también la opinión crítica de ETCHEBERRY, 1956, p. 59 ss.

126 KLUG, 1956, p. 415; cf. JESCHECK/WEIGEND, § 69 II 1; GEERDS, 1961, p. 224; SCHMITT, 1963, p. 52; BAUMANN, 1968, p. 689; SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 52 ss., Nº 133.

127 KLUG, 1956, p. 414; cf. MAYER, p. 414; NAGLER/JAGUSCH, vorbem III, vor § 73, citados por el mismo KLUG, 1956, p. 403, nota 18.

Por su semejanza con un caso dado en ejemplo en la doctrina alema- 2481
na[128], recordemos el referente al art. 246, pf. 1, de nuestro CP de 1924. Esta disposición preveía, junto a otras, la defraudación consistente en incendiar o destruir una cosa o una nave asegurada, o cuya carga o flete estuvieran aseguradas, con el fin de procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador. Esta norma, se hallaba en relación lógica de subordinación con el art. 261 del mismo Código que reprimía el delito de incendio. Es evidente que quien ejecutaba el comportamiento descrito en el art. 246, pf. 1, cumplía igualmente con el tipo legal del art. 261, pf. 1: "El que causare un incendio...". Por lo tanto, debía reprimírsele con una pena más grave. Sin embargo, nuestro legislador había previsto para el incendio simple la pena de penitenciaría no mayor de 10 años (por tanto, no menor de 1 año) y para la indicada forma de defraudación, prisión no menor de un año ni mayor de seis. Binding citó un ejemplo similar al tratar la alternatividad; pero, la mayoría de autores alemanes prefieren, en el presente, considerarlo un caso de concurso ideal de delitos[129].

c. Principio de la especialidad

Sobre este principio existe casi unanimidad entre los autores. La cla- 2482
ridad de su noción y estructura lógica ha llevado a algunos legisladores a incorporarlo en sus códigos penales. Fue el caso de nuestro legislador, que en el art. 106 del CP de 1924 estatuyó que "si existiere una ley penal especial para un hecho que fuera aplicable una disposición general, sólo se aplica la especial". La fuente legal inmediata de esta disposición fue el art. 55, pf. 2, del CP holandés de 1881. El Proyecto argentino de 1891 regulaba, también, de manera parecida el principio de especialidad (art. 78). En el Proyecto de 1985 (agosto), se estatuía que "el precepto especial se aplica con preferencia al general" (art. 8, inc. 1).

En el Código vigente no se previó una disposición semejante. Este 2483
criterio es correcto en la medida en que el principio de especialidad, como los demás relativos al análisis de los casos de concurso aparente

[128] BINDING, 1885, p. 349.
[129] SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem § 265, Nº 16; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 55 I B 3.

de leyes, constituye una regla de interpretación. De manera que su no previsión legislativa no comporta inconvenientes en la aplicación de la ley. Por eso afirmábamos[130] respecto al Código derogado, que la eliminación del art. 106 no tendría mayor efecto sobre la claridad o coherencia del Código. Regularlo en la ley, sin hacer referencia a los demás principios interpretativos, puede en cambio conducir a creer que es el único admisible[131].

2484 La relación de especialidad entre dos disposiciones se da cuando una de las dos (la ley especial) describe una acción y la otra (la ley general) describe una más amplia que comprende a la primera. Por lo tanto, toda acción que sea comprendida por la ley especial lo es así mismo por la ley general, pero no lo contrario. Dicho de otra manera, todas las características típicas de un tipo legal (previsto en la ley general) están contenidas en otro tipo legal (previsto en la ley especial); el mismo que contiene además otra u otras especificaciones diferentes[132].

2485 Mediante la elaboración de normas especiales, el legislador busca mejorar la represión penal. No hay que olvidar que los tipos legales son siempre esquemáticos, generales; algunos de ellos son particularizados y tratados con independencia de los tipos que les sirven de base. Se trata de las figuras calificadas y privilegiadas. La técnica consiste en retomar el tipo legal general y agregarle una circunstancia agravante o atenuante, referente, por ejemplo, a la manera de cometer la acción, a las calidades personales de la víctima o del agente. Se encuentran en relación de especialidad los art. 107 (parricidio), 108 (asesinato), 109 (homicidio por emoción violenta), 110 (infanticidio) respecto al art. 106 (homicidio simple); los art. 186 (hurto agravado), 188 (robo) frente al art. 185 (hurto simple); el pf. 2 del art. 190 (apro-

---

130 Cf. HURTADO POZO, 1987a, p. 616 s.

131 El hecho de que el Código italiano de 1930 sólo comtemple este principio, art. 79, ha influido en el criterio de ANTOLISEI, 1969, p. 114 s., un hecho determinante, para que considere que sólo tal principio debe ser conservado. Así, por ejemplo, estima que no debe admitirse el principio de subsidiaridad porque no "existe disposición legal alguna que lo regule directa o indirectamente". Cf. PAGLIARO, p. 192.

132 PAGLIARO, p. 193; MEZGER, 1946, T. II, p. 381, siguiendo a HONIG; cf. KLUG, 1956, p. 381; BLEI, p. 318; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T. II, p. 533; BRAMONT ARIAS, 1950, p. 131; FONTECILLA, p. 99; ETCHEBERRRY, 1956, p. 46.

piación ilícita cometida por el agente en calidad de curador, tutor...) respecto al pf. 1 de la misma disposición (apropiación ilícita simple).

La especialidad puede existir entre un mismo tipo legal y dos o más tipos legales diferentes. Esto se comprende si se tiene en cuenta que la estructura lógica de la especialidad es la subordinación (todo lo comprendido en el concepto A lo está también siempre en el concepto B, sin que todos los comprendidos en B lo estén igualmente en A); la misma que no excluye que un mismo concepto pueda estar en relación lógica de subordinación con otros varios. Así, el art. 200 (extorsión) está en relación de especialidad con los art. 152 (secuestro) y 151 (coacción). La extorsión consiste en que el delincuente obliga a la víctima, mediante violencia o intimidación (coacción) o manteniendo como rehén a una persona (secuestro), a que le otorgue u conceda a un tercero una ventaja pecuniaria a la que no tiene derecho[133]. Lo mismo acontece en el caso del delito de robo[134]: toda acción calificada de robo según el art. 188, es un hurto (art. 185), sin que lo contrario sea cierto; y que todo robo es una coacción (art. 151), sin que tampoco lo contrario sea exacto. Por lo que se puede concluir con Klug que "si en derecho penal se basa el concepto de especialidad en la estructura lógica de la subordinación, se da la posibilidad a partir de lo afirmado, que un mismo tipo legal se encuentre simultáneamente en relación de especialidad con dos o más tipos legales diferentes"[135]. Lo que no debemos olvidar es que el tipo especial debe ser ejecutado sólo mediante la acción y/o las acciones descritas en el tipo o los tipos generales; esto desde un punto de vista conceptual[136]. 2486

Aun cuando tener en cuenta la estructura lógica de la especialidad es fundamental, no es cierto, como lo pretende Mezger[137], que la ley general sea abandonada en favor de la especial sólo por un fundamento lógico. Esto depende, como Larenz lo ha afirmado, de si, mediante la disposición especial, el legislador ha tratado de completar, de modificar la disposición general o de hacer que aquella tome el 2487

---

133 Bramont Arias, 1966, p. 132; Jiménez de Asúa, 1964, T. II, p. 543 ss.

134 En relación con nuestra legislación, es de tener en consideración la limitación formulada anteriormente.

135 Klug, 1956, p. 400 y 406.

136 Blei, p. 318.

137 Mezger, 1946, T. II, p. 380.

lugar de ésta. La respuesta ha de obtenerse mediante la interpretación teleológica y sistemática[138].

2488 En caso de concurso de una circunstancia atenuante y otra agravante[139], los autores se dividen entre quienes sostienen que se da el concurso ideal y los que admiten el concurso aparente[140]. En realidad resulta muy difícil establecer reglas fijas, por lo que es mejor analizar cada caso concreto e interpretar correctamente las disposiciones en concurso. Con este fin, se tendrá en cuenta, sobre todo, en qué consisten las circunstancias invocadas para agravar o atenuar la figura básica. A veces el mismo legislador resuelve, expresamente, el conflicto; así por ejemplo, el nuestro ha establecido una especial represión (art. 109, pf. 2) para el caso en que se presente simultáneamente la circunstancia agravante del vínculo familiar, propio del delito de parricidio (art. 107) y el estado personal propio del homicidio por emoción violenta (art. 109, pf. 1)[141].

2489 En caso de ausencia de una disposición expresa, debe tenerse en cuenta el hecho particular. Cabe plantearse, por ejemplo, qué disposición ha de aplicarse a la madre que encontrándose bajo la influencia del estado puerperal (infanticidio, art. 110, caso atenuado de homicidio) mata a su hijo, recién nacido, mediante veneno (asesinato, art. 108, homicidio calificado por la naturaleza del medio utilizado). La respuesta sólo puede obtenerse analizando por qué se atenúa o agrava la represión. La atenuación en caso del delito de infanticidio está fundada en el estado psicológico de la madre; estado que condiciona el comportamiento de ésta. El haber optado por el veneno para matar no puede primar sobre el estado excepcional en que se halla. Este mismo estado puede haberla decidido a escoger dicho medio.

---

[138] LARENZ, 1980, p. 191, nota 66, afirmó "no creer que el hecho de que en derecho penal la norma especial desplace sin excepción a la más general, se base, como opina MEZGER, sólo en la lógica, sino en que la ley penal más limitada valora siempre el hecho como totalidad (en todo respecto), no dejando lugar, conforme al sentido, para una segunda valoración (la del supuesto de hecho más amplio)". Con otros argumentos se pronuncia también contra la contemplación puramente lógica de la especialidad, HIRSCHBERG, p. 30 ss.

[139] En relación con el concurso de circunstancias agravantes y atenuantes, SOLER, 1976a, T. II, p. 187, señala con justeza que no se presenta problema, pues, "son reducibles a leyes complejas alternativas, cada una de las cuales lleva de por sí a una sola escala penal"

[140] Ver STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 52 ss., Nº 111.

[141] Para SOLER, 1976a, T. II, p. 187, la solución legislativa es la única correcta.

d. Principio de la subsidiaridad

Este criterio es admitido cuando en dos o más disposiciones que re- 2490
gulan la misma acción, una de ellas reclama su aplicación en la medida en que la restante o las restantes, que prevén una pena más grave, no son aplicables. Esta disposición desempeña el papel de auxiliar y se aplica sólo en la eventualidad de que no se apliquen las otras. Por esto Sauer lo denominó "*Eventualität*"[142]. Sobre esta noción de subsidiaridad existe casi unanimidad; pero las divergencias reinan respecto a los casos que deben ser comprendidos[143].

En el art. 8, inc. 2, del Proyecto de 1985, se disponía que "el precepto 2491
subsidiario se aplica sólo en defecto del principal, ya sea que se declare expresamente dicha subsidiariedad o sea tácitamente deducible". Se trataba de una perogrullada que si fuera suprimida en nada afectaría la sistemática del código que la hubiera contenido. Por esto se justifica que no haya sido mantenida en el texto definitivo del Código.

La estructura lógica de este principio es de interferencia. Es decir 2492
que al menos un caso que cabe en el concepto A, también cabe en B; y al menos uno de los comprendidos en A, no lo es simultáneamente en B[144]. Atribuir a una persona un hecho (haber cometido un delito) apropiado para perjudicar su honor constituye una injuria (art. 130) y hacer lo mismo en público es una difamación (art. 132); pero decir que es una indeseada (juicio de valor) sólo es una injuria. De modo que, según los casos, si no se puede aplicar el art. 132, queda la posibilidad de averiguar si no lo sería el art. 130 (norma subsidiaria). Esta subsidiaridad implícita se da también cuando el legislador ha descrito diversos grados de la violación del mismo bien jurídico[145]. Es el caso, por ejemplo de las formas culposas en relación con las dolosas; de las infracciones de peligro respecto a las de lesión; de la tentativa en referencia con la consumación; de la complicidad en cuanto a la instigación[146].

---

[142] SAUER, p. 231. Cf. STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 52 ss., Nº 105 ss.

[143] JESCHECK/WEIGEND, § 69 II 2; BLEI, p. 318.

[144] KLUG, 1956, p. 404-405; JESCHECK/WEIGEND, § 69 II 2.

[145] En este sentido define HONIG, 1925, p. 113, ver KLUG, 1956, p. 401; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 732.

[146] BLEI, p. 319; JESCHECK/WEIGEND, § 69 II 2 b.

e. Actos anteriores o posteriores impunes

2493 Hablar de "actos anteriores o posteriores impunes" no es correcto, por cuanto no se trata de una impunidad real. Estos casos son punibles en la medida en que son típicos, ilícitos y su autor culpable. Pero no son reprimidos de manera separada porque, mediante la interpretación, se concluye en que la acción total del agente será reprimida desde la perspectiva de otra disposición que prevé otro tipo legal. Así, por ejemplo, quien hurta un bien mueble ajeno (art. 185) y luego lo destruye (art. 205) (hecho posterior) sólo será reprimido con la pena fijada para el primer delito[147], quien fabrique, importe o conserve en su poder instrumentos útiles a la falsificación de moneda (art. 255) (hecho anterior) y falsifique moneda (art. 252), sólo se le impondrá la pena correspondiente a este último delito.

2494 Estos son supuestos de subsidiaridad en los que existe una unidad de valoración. Es decir, "que el ataque a la esfera jurídica ajena tiene un resultado exclusivo en relación al desarrollo y profundización de la violación del interés jurídico"[148]. Por esto sólo ha de admitirse la subsidiaridad cuando se viole un mismo bien jurídico[149].

2495 Los casos arriba citados son analizados diferentemente por diversos autores, sin embargo no por las mismas razones[150].

f. Principio de la consunción

2496 Se discrepa mucho sobre el sentido que hay que dar a la consunción[151]. Mezger consideró, por ejemplo, que se trata de consunción "cuando una ley, que conforme a su propio sentido incluye ya en sí el desvalor delictivo de la otra, no permite por ello la aplicación de esta última y la excluye"[152]. Los casos que comprende son los mismos que

---

147 Siempre y cuando la sustracción de la cosa no haya sido cometido para destruirla, ya que el art. 237 estatuye que el agente debe hacerlo con el fin de obtener provecho.

148 STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, vorbem §§ 52 ss. Nº 107.

149 BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 36, Nº 12 s.

150 JESCHECK/WEIGEND, § 69 II 2 a, b; GEERDS, 1961, p. 372; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, § 55 I B 3 a.

151 Ver JESCHECK/WEIGEND, § 69 II 3 y la bibliografía que cita en la nota 17.

152 1946, T. II, p. 382.

hemos agrupado bajo el principio de subsidiaridad, no reconocido por Mezger. Lo decisivo es que los casos discutidos se hallan en relación lógica de interferencia, que es la estructura lógica de la subsidiaridad. Klug lo demuestra de manera exhaustiva en el trabajo con frecuencia citado por nosotros[153]. De modo que no habría base autónoma como para admitir la consunción como criterio independiente. Schmidhäuser opta por una solución intermedia, al tratar el acto posterior o anterior impune como consunción, caso particular de la "subsidiaridad implícita"[154].

No acierta del todo Bettiol cuando afirma que el criterio de consun- 2497
ción, como el de subsidiaridad, han alcanzado un notable grado de cristalización, por lo que podrían ser acogidos con tranquilidad[155]. Las controversias existentes sobre su sentido y su negación por algunos prueban más bien lo contrario.

Como todos los demás principios, el de consunción no es sino una 2498
tentativa de sistematizar las innumerables posibilidades de relación que existen entre los tipos legales y de su interpretación debido, precisamente, a sus características propias, de aplicación de los mismos a los casos concretos.

Si la estructura lógica es indispensable para el análisis de los casos 2499
estudiados, es evidente que la solución definitiva no se halla sólo con su auxilio. Una apreciación de valor es indispensable. Así, señalemos por último que la estructura lógica de la subsidiaridad, la interferencia, corresponde, también, a los casos del denominado concurso ideal de delitos. Si se da el uno o el otro, lo determina de modo explícito el legislador (subsidiaridad expresa) o se decide mediante la apreciación de valor (interpretación teleológica)[156]. De allí, la enorme importancia de la técnica legislativa que se emplee en la elaboración de los tipos legales y del correcto manejo de todos los criterios interpretativos que conducen a una adecuada aplicación de las normas legales al caso *in especie*.

---

[153] Ver KLUG, 1956, p. 407 ss.
[154] SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 735.
[155] BETTIOL, 1969, p. 607.
[156] KLUG, 1956, p. 409.

VIII. La jurisprudencia sobre concurso de leyes y de delitos

2500 La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia que analizamos no es bastante clara. Dos son las razones fundamentales: en primer lugar, la ausencia de criterios claros y conformes con nuestra legislación respecto a la unidad y a la pluralidad de acciones; y, en segundo lugar, la inexactitud con que se procede a calificar las acciones juzgadas.

2501 Esta última deficiencia hizo en particular difícil la determinación de si se consideró que se trataba de un concurso aparente de leyes, de un concurso ideal, de un delito continuado o de un concurso real. Basta como ejemplo la Ejecutoria del 12 de mayo de 1952[157]. En ésta la Corte Suprema declaró no haber nulidad en la sentencia recurrida por la que se condenó al inculpado a dos años de prisión por el delito de estafa y se le absolvió por falsificación de moneda. El fiscal supremo sostuvo que no se había comprobado si el mismo inculpado había falsificado moneda, medio utilizado para cometer la estafa. El error se halla en que descartada la falsificación (art. 379, CP de 1924) por falta de pruebas, aún quedaba pendiente la cuestión de si la acción del inculpado se hallaba o no comprendida en los art. 371 o 372 del Código derogado (expendio o puesta en circulación de moneda falsificada), pues, si se le reconocía como autor de estafa, significaba que se había constatado que era consciente de que empleaba moneda falsificada en la adquisición de la mercancía. En realidad, estamos frente a un caso de concurso ideal de delitos. La acción del agente (comprar mercaderías mediante moneda falsa) se adecuaba a dos tipos legales (art. 244 y 371 CP de 1924), sin que ninguno de éstos la comprendiera en toda su extensión. De acuerdo con el art. 105 del CP derogado, la pena debería imponerse de acuerdo a la disposición que preveía la más severa, en este caso el art. 371; no obstante, esto no fue considerado por el juzgador.

2502 De manera más clara, se consideró que existía concurso aparente entre las disposiciones que reprimían las lesiones graves y el robo agravado. Se afirmó[158] que "si bien la conducta desplegada por el

---

[157] *RJP* 1952, p. 2322.

[158] ES del 7 de octubre de 1999, Exp. Nº 3274-Piura, en ROJAS VARGAS, 2000, p. 107.

agente puede encontrarse en más de un tipo penal, debe ser de aplicación aquél que prevea el carácter pluriofensivo de su conducta, de modo que en aplicación del principio de especialidad, la figura típica de lesiones graves se encuentra subsumida dentro de los alcances del tipo penal que prevé el delito de robo agravado".

En un caso juzgado ante un Tribunal de la Corte Superior de Lima[159], 2503
se incriminó al procesado el haberse resistido a cumplir el mandato judicial, no obstante haber sido requerido para que entregara las especies secuestradas recaídas en el proceso que se le siguió por el delito de usurpación y daños. Asimismo se le atribuyó haberse apropiado ilícitamente de bienes que le fueron entregados en calidad de Depositario Judicial, los mismos que no entregó al Juzgado, especies que eran de propiedad de la víctima, a pesar de haber sido requerido conforme a ley en reiteradas oportunidades. En primera instancia, fue condenado como autor de delito contra el patrimonio de apropiación ilícita y por delito contra la administración pública (violencia y resistencia a la autoridad). Esta sentencia fue revocada por el Tribunal en lo referente a la condena por esta última infracción. Con este objeto, los jueces admitieron que se trataba de un concurso aparente de leyes, en virtud del principio de especialidad, y consideraron que era de aplicación el art. 190, pfs. 1 y 2, en el que se reprime a quien, "en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado [...], si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial....[...], dándose la *traditio* que es requisito indispensable para la configuración del delito de apropiación ilícita, pues, el procesado recibió los bienes muebles en su condición de depositario judicial encontrándose en la obligación de devolverlos al requerimiento efectuado por la autoridad competente". Por no haberse explicado la manera de comprender el modo de actuar del agente, la argumentación de la sentencia

---

[159] Exp. Nº 4341-97 Lima, 2 de noviembre de 1998. También se ha admitido el principio de especialidad en relación con los delitos de estafa, defraudación y fraude en la administración de personas jurídicas, en la ES del 31 de agosto de 1998, Exp. 1052-97-Lima.

es confusa. Al respecto, vale señalar que si bien el delito contra el patrimonio se consuma con la apropiación, por el contrario, el delito contra la administración pública, con la simple desobediencia. Por lo tanto, la cuestión es saber si la conducta del procesado constituye o no una unidad de acción. Este no parece ser el caso, pues, con la venta de los objetos que recibió en depósito consumó la apropiación y la desobediencia se produjo en el momento en que fue requerido para que devolviera la mercadería. Siendo bienes fungibles podía haberlo hecho con otras mercaderías del mismo tipo. Además, hay que tener en cuenta que los bienes jurídicos perjudicados eran diferentes.

2504 Respecto a la unidad o pluralidad de acción, la jurisprudencia no ha superado este problema doctrinario, que tiene su origen, precisamente, en que, por lo general, no se parte del establecimiento de dicha distinción. Esto se observa, en primer lugar, si se dan uno o más delitos. Así, en la ejecutoria Suprema del 8 de noviembre de 1951, se sostiene "que no pueden considerarse como delitos independientes los cometidos para llegar al principal, como es la violación de domicilio para el robo"[160]. El criterio implícito empleado, es el de la vinculación de medio a fin existente entre las "infracciones". Esto se ve con claridad en diversas sentencias. Por ejemplo, en la del 25 de abril de 1961[161] se dice "que en el caso de autos la adulteración de los billetes de lotería practicada por los encausados a fin de hacerlos efectivos, constituye el medio para perpetrar el delito previo y sancionado por el art. 244 del Código Penal" (estafa); y en la Ejecutoria del 15 de noviembre de 1960[162], se sostiene "que el homicidio se ha perpetrado como medio para facilitar el robo, siendo de aplicación el art. 152 del Código Penal" (asesinato). En el fondo, lo que se resuelve en este tipo de resoluciones son casos de concurso ideal, o de concurso aparente de leyes, que no son correctamente planteados, porque no se parte del sistema adoptado por nuestro legislador para resolver éste y los otros tipos de concurso. Más bien, parece que se sigue aplicando la solución admitida en el Código de 1863, cuyo art. 10, inc. 9, estatuía como circunstancia agravante general la ejecución

---

[160] En *RJP* 1952, p. 1730; cf. ES del 27 de agosto de 1996, Exp. Nº 3741-1994-B Lima, referente a los delitos de usurpación y contra la fe pública.

[161] En *AJ* 1961, p. 167.

[162] En *RJP* 1961, p. 906.

del "delito como medio de perpetrar otro"[163]. Esta disposición debía ser aplicada en concordancia con el art. 45, que establecía que al culpable de dos o más delitos se le debía imponer la pena correspondiente del delito más grave, considerándose los demás como circunstancias agravantes.

La aplicación de este criterio en el marco de las reglas del Código derogado y, también, del Código vigente, no puede ser sino fuente de error. De allí que con frecuencia se niegue la existencia de delitos independientes cuando existe relación de medio a fin; esto es: se afirma la presencia de un solo delito, pero se condena por dos. Por ejemplo, en la Resolución Suprema del 28 de setiembre de 1971 se sostiene que el homicidio para cometer el robo no es un delito independiente, sino que se trata de un asesinato (art. 152 CP de 1924). Sin embargo, se declara no haber nulidad en la sentencia que condena al inculpado por delito de homicidio y de robo en agravio del Estado[164]. 2505

Un caso extremo de esta confusión lo constituye el dictamen del fiscal supremo[165], en el que opinando sobre la nulidad de la sentencia recurrida, afirma que "la inoperancia del art. 105 (del Código de 1924 e invocado por el tribunal correccional) es manifiesta toda vez que su regla rige para los casos en que varias disposiciones penales son aplicables al mismo hecho, lo que no ocurre en el caso *sub iudice* en que se han producido dos sucesos independientes y autónomos [...] no se trata de un concurso real de delitos, sino de un delito de tipo complejo o sea calificado a que se refiere la norma del art. 152 [Código derogado], en el que el robo es absorbido por la figura principal, vale decir el homicidio". Este tipo de razonamiento revela un desconocimiento no sólo de la doctrina sobre el concurso, sino también de las normas legales.-El caso de homicidio cometido para robar, en el marco del Código derogado, debía ser considerado como una sola acción a la cual se podría pensar que deberían ser aplicadas tres disposiciones: art. 150 (homicidio), art. 239 (hurto) y art. 152 (asesinato); pero, que al ser comprendida en todos sus aspectos por la última, su autor no podría ser reprimido sino según esta disposición. Toda referencia a las otras dos es inútil y equívoca. Vale decir, se 2506

---

163 Ver, por ejemplo, la ES del 13 de octubre de 1908, en *AJ* 1908, p. 445.
164 En RJP 1971, p. 1480.
165 *RJP*, 1961, p. 906.

trata de un concurso aparente de leyes resuelto de manera expresa por nuestro codificador en el art. 106 del Código derogado.

2507 De modo más coherente, se admite el concurso ideal cuando se producen lesiones y muerte con ocasión de un accidente provocado por un conductor imprudente[166]. Así mismo, se acepta cuando se desaloja violentamente a un inquilino moroso respecto a los delitos de usurpación y realización de justicia por propia mano.

2508 Las veces que la Corte Suprema ha afirmado la existencia de un concurso real, es casi imposible controlar si la aplicación del art. 108 (CP de 1924) ha sido correcta en relación con la determinación de la pena. Esto se debe, primero, a que los datos mencionados no son suficientes, y, segundo, al sistema de márgenes penales bastante flexibles adoptado por nuestro legislador en la parte especial del Código. En una Ejecutoria del primero de setiembre de 1970[167], se impusieron 7 años de penitenciaría al procesado por delitos de homicidio y de lesiones, en lugar de los 6 años fijados por el tribunal correccional. Con este fin, se invocó el art. 108 Código derogado; pero si se tiene en cuenta que el art. 150 fijaba como pena mínima 6 años de penitenciaría y que los lesionados eran varios, no se comprende cabalmente que se aumentara este mínimo en un solo año. Debemos anotar que la manera como se cometieron los delitos no fue descrita, lamentablemente, en la Ejecutoria[168].

2509 La misma confusión persiste cuando la Corte Suprema[169] admite el concurso real refiriéndose a los delitos de asalto (art. 189, inc. 3 y 4). La descripción de los hechos es confusa e incompleta, porque sólo se hace mención al robo cometido en banda, a mano armada y con ocasión del cual el delincuente causó la muerte del chofer del vehículo atacado. Por esto no aparece clara la referencia al art. 427 (falsificación de documento público). Además, la sentencia es errónea en la medida en que no tiene en cuenta el delito de homicidio cometido en agravio del conductor. Por lo tanto, no aprecia la posible pre-

---

166 ES del 25 de setiembre de 1998, Exp. Nº 668-97 Lambayeque, en CONSEJO DE COORDINACIÓN JUDICIAL, *Serie de Jurisprudencia de Materia Penal*, p. 148.

167 En *RJP* 1970, p. 1245.

168 Ver también ES del 5 de diciembre de 1968, en *RJP* 1968, p. 112; del 12 de julio de 1945, en *RJP* 1945, p. 612; del 11 de noviembre de 1921, en *AJ* 1921, p. 169.

169 ES del 25 de noviembre de 1997, Exp. Nº 4932-1997, en ROJAS/INFANTES, p. 131.

sencia de un concurso ideal entre el robo y el delito contra la vida, lo que hubiese determinado que el agente fuera condenado por el delito más grave.

Por la corrección del argumento empleado para rechazar la aplica- 2510
ción del art. 108 del CP de 1924, merece citarse el dictamen del fiscal supremo que sirve de base a la Ejecutoria del 11 de enero de 1946[170]. Así, se afirma en dicho dictamen que el "Tribunal sentenciador ha incurrido, en primer lugar, en el error de considerar que existen dos delitos, cuando sólo se trata del de tentativa de homicidio, porque las lesiones que sufrió la agraviada no constituyen infracción distinta, ya que se infirieron en el mismo acto y con el propósito de victimarla". Así mismo, en decisión más reciente[171], se afirma que se presenta concurso real porque "existen momentos delictivos independientes uno del otro, en el que la violación sexual es perpetrada en un primer momento, y en otro posterior, el homicidio, pero vinculado este último directamente al primer delito, por el móvil de ocultar la violación sexual precedente con la intención de procurar una impunidad".

La concepción jurisprudencial sobre el delito continuado tampoco 2511
es del todo uniforme y correcta. En la Ejecutoria del 31 de marzo de 1975, se sostiene que "el art. 107 [del Código derogado] al calificar como delito continuado las varias violaciones de la ley penal en el mismo momento de acción o en momentos diversos ejecutivos de la misma resolución criminal, ha comprendido dentro de dicho concepto lo que en la doctrina se denomina delito de comisión permanente, esto es aquel, en el cual la situación antijurídica no cesa y persiste por actos posteriores del agente". Como hemos tenido oportunidad de demostrarlo, este es un caso de unidad de acción determinada por la manera cómo el legislador ha elaborado cierta clase de tipos legales, por ejemplo, el de secuestro. Pero, no el caso del delito de uso de documentos falsificados, materia del proceso que culmina con la ejecutoria antes mencionada. El art. 107 fue útil, justamente, en los casos en que no existía tal unidad de acción.

---

[170] En *RT* 1947, p. 25.

[171] ES del 31 de marzo de 1998, Exp. Nº 6407-97 Cusco, en ROJAS/INFANTES, p. 131; ES del 17 de julio de 1998, Exp. Nº 1774-98 Lima, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 7, Nº 34, Lima 2001, p. 169.

2512 Cuando la Corte Suprema afirma que "la violación definida y penada en el art. 199 del [Código derogado] no es por su naturaleza delito continuado"[172], induce a error, ya que parecería suponer la existencia de ciertos delitos que por naturaleza son continuados. Esto es falso, porque según el art. 107 del Código derogado, en principio, todo delito podría ser cometido en forma continuada. El recurso o la negación del delito continuado en estos, como en otros casos, se debe sobre todo a razones de equidad o de oportunidad en cuanto a la represión. Justamente, en los casos citados se trata de saber si se debe considerar la acción prescrita o cuál es el juez competente.

2513 La notoria divergencia que existe entre la ley y los criterios empleados por la Corte Suprema respecto al concurso de leyes y de delitos, justifica el que hayamos estudiado en forma separada las principales Ejecutorias referentes a esta materia. Si no se producen en la práctica judicial graves problemas debido a la incorrecta aplicación de las disposiciones del Código, se debe al sistema adoptado por nuestro legislador respecto a la fijación de la pena en los concursos ideal y real y en el delito continuado; así como también, a la forma en que ha fijado los márgenes penales en la parte especial del Código.

---

[172] ES del 5 de agosto de 1946, en *RJP* 1946, p. 514.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Los números de la columna de la derecha remiten a los parágrafos. Las sentencias están ordenadas por temas y según fecha.

1. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Aplicación de la ley penal en el espacio

- ES agosto 15-1996, Exp. Nº 07-96, Lima en Rojas Vargas, 1999b, p. 62 — 726
- ES diciembre 26-1997, Exp. Nº 05-97 Lima, en Rojas Vargas, 1999b, p. 618 — 726
- ES marzo 18-1998, Exp. Nº 09-97, en Rojas Vargas, 1999b, p. 618 — 725

Aplicación de la ley penal en relación con las personas

- Sentencia de la séptima Corte Superior de Lima, Exp. Nº 412-94, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, T. 5. GJEJ. — 903
- ES noviembre 17-1995, Exp. Nº 3319-95 Lambayeque, en Rojjasi Pella, p. 122 — 903

Aplicación de la ley penal en el tiempo

- ES agosto 17-1940, abril 1-1941, setiembre 19-1942 y noviembre 6-1943, en *RT*, 1940 p. 982; *AJ*, 1941, p. 25; *RT*, 1943, p. 94 y *AJ*, 1943, p. 269 — 892
- ES diciembre18-1991, Exp. Nº 369-91 Huánuco, en *AJ*, 1999, p. 91 — 805
- ES diciembre 9-1994, Exp. Nº 590-93-B, Lima, en Gómez Mendoza, p. 314 — 808
- ES octubre 17-1995, Exp. Nº 306-92-A, Callao, en Rojjasi Pella, p. 74 — 782

- ES septiembre 18-1997. Exp. Nº 4117-97 Puno, en Rojas Vargas, 1999a, p. 241 805
- ES enero 20-1998, Exp. Nº 6459-97 Ica, en Rojas Vargas, 1999a, p. 91 808
- ES enero 20-1998, Exp. Nº 3437, Lima, en Rojjasi Pella, p. 81 808
- ES junio 10-1998, Exp. Nº 1697-98 Lima, en *NL*, T. 721, Trujillo, 1998, p. A-17 805
- ES junio 10-1998, Exp. Nº 4210-97 Puno, en Prado Saldarriaga, 1999, p. 52 807
- ES noviembre 20-1998, Exp. Nº 2476-98-A, Lima, en Prado Saldarriaga, 1999, p. 452 811

Capacidad de culpabilidad (imputabilidad)

- ES enero 12-1949, en *AJ*, 1949, p. 225 1694
- ES octubre 28-1949, en *RJP*, 1949, p. 939 1649
- ES mayo 28-1951, en *RJP*, 1951, p. 414 y 540 1694
- ES noviembre 13-1952, en *RF*, 1953, p. 266 1649
- ES octubre 3-1958, en *RF*, 1958, p. 671 1649
- ES enero 5-1966, en *RJP*, 1966, p. 396 1694
- STC noviembre 7-1997, Exp. Nº 4160-96 Ancash, en Rojas Vargas, 1999a, p. 149 1666

Concurso de leyes y de delitos

- ES octubre 13-1908, en *AJ*, 1908, p. 445 2504
- ES noviembre 11-1921, en *AJ*, 1921, p. 169 2509
- ES julio 12-1945, en *RJP*, 1945, p. 612 2509
- ES enero 11-1946, en *RT*, 1947, p. 25 2510
- ES agosto 5-1946, en *RJP*, 1946, p. 514 2512
- ES noviembre 8-1951, en *RJP*, 1952, p. 1730 2504
- ES mayo 12-1952, *RJP*, 1952, p. 2322 2501
- ES noviembre 15-1960, en *RJP*, 1961, p. 906 2504
- ES abril 25-1961, en *AJ*, 1961, p. 167 2504
- ES diciembre 5-1968, en *RJP*, 1968, p. 112 2508
- ES septiembre 1-1970, en *RJP*, 1970, p. 1245 2508

- RS septiembre 28-1971, en *RJP*, 1971, p. 1480 2505
- Dictamen fiscal supremo en *RJP*, 1961, p. 906 2506
- ES agosto 27-1996, Exp. Nº 3741-1994-B-Lima 2504
- ES noviembre 25-1997, Exp. Nº 4932 Arequipa, en Rojas/Infantes, p. 131 2509
- ES marzo 31-1998, Exp. Nº 6407-97 Cusco, en Rojas/Infantes, p. 131 2510
- ES julio 17-1998 Exp. Nº 1774-98 Lima, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 7, Nº 34, 2001, p. 169 2510
- Sentencia de Corte Superior de Lima, agosto 11-1998, Exp. Nº 09-97, en Rojas/Infantes, p. 134 2421
- ES agosto 31-1998, Exp. Nº 1052-97, Lima 2503
- ES septiembre 9-1998, Exp. Nº 668-97 Lambayeque, en Consejo de coordinación judicial, *Serie de Jurisprudencia de Materia Penal*, p. 148 2507
- ES noviembre 2-1998, Exp. Nº 4341-97, Lima 2503
- ES octubre 7-1999, Exp. Nº 3274 Piura, en Rojas Vargas, 2000, p. 107 2502
- ES de abril 24-2000, Exp. Nº 122-2000, Lima, en Rojas Vargas, 2000, p. 67 2420
- STC enero 3-2003, Exp. Nº 010-2002 AI/TC, f.j. 38 ss. 2474

Consentimiento

- ES junio 25-1997, Exp. Nº 572-97 Ancash, en Rojas Vargas, 1999a, p. 144 1269
- Exp. Nº 31-L-1-98 Puno, en *SerJur* 3, p. 277 1297

Delitos culposos

- STC septiembre 29-1997, Exp. Nº 3837-96 La Libertad, en Rojas Vargas, 1999c, p. 113 1880
- ES octubre 3-1998, Exp. Nº 3365-96 Piura, en Rojas Vargas, 1999a, p. 101 1885
- ES octubre 31-1997, Exp. Nº 1917-96, en Rojas/Infantes, p. 72 1865
- ES enero 7-1998, Exp. Nº 6095-97, en GJEJ, p. 225 1904
- ES enero 30-1998, Exp. Nº 5445-97 en Baca/Rojas/Neira, p. 131 1844

- Sent. febrero 10-1998, CSup Exp. Nº 167-97 P/COR Camaná, en Armaza/Zavala, p. 26 — 1865
- ES abril 2-1998, Exp. Nº 2007-97 Cono Norte, Lima, en Rojas Vargas, 1999a, p. 305 — 1867
- Sent. CSup abril 24-1998, Exp. Nº 550-98, en Baca/Rojas/Neira, p. 131 — 1865
- ES junio 3-1998, Exp. Nº 6329-97 Ancash, en Rojas Vargas, 1999a, p. 132 — 1839, 1879
- Sent. CSup agosto 6-1998, Exp. Nº 8653-97 Lima, en Rojas Vargas, 1999c, p. 638 — 1863, 1885
- Sent. CSup setiembre 7-1998, Exp. Nº 3475-98 Lima, en Rojas Vargas, 1999c, p. 617 — 1869, 1873
- Sent. CSup setiembre 9-1998, Exp. Nº 2505-98 en Rojas Vargas, 1999c, p. 638 — 1870, 1878
- ES setiembre 18-1998, Exp. Nº 3019-98 Puno, en Rojas/Infantes p. 69 — 1865

Delitos de omisión dolosos

- Sent. CSup mayo 15-1998, Exp. Nº 8380-97 Lima, en Rojas/Infantes, p. 77 — 1928, 1946
- Sent. CSup setiembre 22-1998, Exp. Nº 2357-98 Lima, en GJEJ, p. 134 — 1981
- Sent. CSup noviembre 16-1998, Exp. Nº 1907-98, Lima en GJ — 1922
- ES agosto 25-1999, Exp. Nº 2528-99, en Rojas/Infantes, p. 78 — 1910
- Sent. CSup Exp. Nº 1394-98 Lambayeque, en *SerJur* 3, p. 171 — 1919

Error de prohibición

- ES abril 26-1939, en *RF*, p. 587 — 1719
- ES mayo 12-1943, en *AJ*, 1943, p. 17 — 1719
- ES agosto 16-1972, en *BJ*, 1972, Nº 3, p. 159 — 1718
- ES septiembre 29-1972, en *BJ*, 1972, Nº 4, p. 211 — 1719
- ES octubre 15-1997, Exp. Nº 4103-96 Lima, en Rojas Vargas, 1999a, p. 146 — 1730

Estado de necesidad

- ES octubre 23-1939, en *RT*, 1939, p. 372 — 1432

- ES setiembre 20-1995, Exp. Nº 281-95, en Meza, p. 42 1436
- ES julio 5-1999, Exp. Nº 386-99 Lambayeque, en *RPJ*, 2000 Nº 3, p. 387 1428
- Sent. CSup Exp. Nº 334-86 Lima, en Rojas Vargas, 1999a, p. 119 1428
- Sent. CSup Exp. Nº 30-88 Lima, en Baca/Rojas/Neira, p. 48 1428
- ES Exp. Nº 431-95 Junín, en Meza, p. 119 1428

Exclusión de la culpabilidad y exculpación

- ES octubre 15-1997, Exp. Nº 4103-96 Lima, en Rojas Vargas, 1999a, p. 146 1730
- ES enero 30-1998, Exp. Nº 194-97 La Libertad, en Rojas Vargas, 1999a, p. 151 1766

Interpretación de la ley

- Sent. CSup, Exp. 4357-97 Lima, en *JurProSu*, p. 119 506
- ES junio 8-1940, en *AJ*, 1940, p. 59 506
- ES abril 6-1964, en *AJ*, 1964, p. 272 574
- ES octubre 2-1973, en *BJ*, Nº 11-12, p. 440 514
- ES agosto 12-1994, Exp. Nº 1688-94, en Rojas Vargas, 1999a, p. 79 571
- ES noviembre 27-1997, Exp. Nº 4574-96 540
- Sent. CSup marzo 17-1998, Exp. Nº 5339-97B, en Rojas/Infantes, p. 47 573
- Sent. CSup noviembre 13-1998, epx. Nº 8741-97 Lima, en Rojas/Infantes, p. 47 572
- STC del 3 de enero de 2003, Exp. Nº 010-2002-AI/TC. 345

***Iter criminis* (Proceso ejecutivo del delito)**

- ES abril 17-1937, en *RF*, p. 309 2117
- ES septiembre 30-1939, en *RF*, 1940, p. 388 2145
- ES junio 12-1943, p. 170 2063
- ES septiembre 30-1943, en *RJP*, 1943, p. 31 2144
- ES diciembre 27-1943 en *RT*, 1944, p. 245 2063
- ES mayo 19-1948, en *RJP*, 1948, p. 367 2091

- ES diciembre 15-1949, en *RJP*, 1950, p. 339 2063
- ES abril 21-1953, en *RJP*, 1954, p. 993 2063
- ES agosto 24-1953, en *RJP*, 1954, p. 104 2091
- ES noviembre 2-1957 en *RJP*, 1958, p. 1006 2063
- ES mayo 9-1963, en *RJP*, p. 227 2090
- *RJP*, 1968, p. 231 2090
- ES agosto 20-1970, en *RJP*, 1971, p. 264 2091
- ES octubre 4-1972, en *BJ*, Nº 5-7, p. 292 2090
- ES octubre 29-1970, en *RJP*, 1971, p. 264 2117
- *AJ*, 1949, p. 227. 2090

Legítima defensa

- ES junio 31-1940, en *AJ*, 1940, p. 82 1404
- ES noviembre 17-1952, en *RJP*, 1952, p. 3121 1404
- ES marzo 12-1997, Exp. Nº 4045-97 Lima, en Rojas Vargas, 1999a, p. 135 1365
- ES abril 21-1997, Exp. Nº 2683-97 Lima, en Rojas Vargas, 1999a, p. 138 1365
- ES mayo 19-1998, Exp. Nº 4777-97 Lima, en Rojas Vargas, 1999a, p. 140 1404

Ley penal

- ES marzo 24-1950, en *RJP*, 1950, p. 341 389
- ES mayo 2 de 1969, en *AJ*, 1967-1968-1969, p. 293 456
- ES enero 8-1974, en Diario *La Prensa*, Lima enero 10-1974 389
- Sent. CSup abril 28-1997, Exp. Nº 8554-94 Lima, en Rojas/ Infantes, p. 44 455
- ES mayo 20-1998, Exp. Nº 386-98 Lima, en Rojas Vargas, 1999a, p. 131 454
- ES julio 10-1998, Exp. Nº 4210-97 Puno, en Prado Saldarriaga, 1999, p. 52 454
- Sent. CSup noviembre 25-1998, Exp. Nº 3336-98 Lima, en Prado Saldarriaga, 1999, p. 55 454
- ES marzo 16-1998, Exp. Nº 144-97 Cuzco, en Rojas Vargas, 1999a, p. 551 454

- Sent. CSup diciembre 11-1998, Exp. Nº 326-98 Lima, en Baca/Rojas/Neira, p. 585 455
- ES noviembre 4-1999, Exp. Nº 2924-99, en Rojas/Infantes, p. 44 453
- ES noviembre 11-1999, Exp. Nº 821-99 La Libertad, *RPJ*, 2000, año II, Nº 4, p. 337 453
- STC enero 3-2003, Exp. Nº 010-2002 AI/TC Lima 507

Otras causas de justificación

- RN enero 22-1998, Exp. Nº 1346-97, Lima, en Rojas Vargas, 1999a, p. 142 1488
- ES abril 21-1998, Exp. Nº 2683-97, Lima, en Rojas Vargas, 1999a, p. 138 1488
- ES junio 12-1998, Exp. Nº 4075-99, Lima, en Rojas Vargas, 2000, p. 9 1488
- ES abril 5-1999, Exp. Nº 2455-98, Lima, en Rojas Vargas, 2000, p. 413 1488

Participación delictiva

- ES diciembre 4-1934, en *RF*, 1940, p. 393 2260
- ES mayo 28-1936, en *RF*, 1936, p. 242 2261
- ES junio 4-1936, en *RF*, 1936, p. 245 2281
- ES julio 22-1939, en *AJ*, 1939, p. 138 2313
- ES en *RT*, 1940, p. 203 2265
- ES mayo 9-1940, en *RT*, 1940, p. 203 2261
- ES en *RJP*, 1947, p. 492 2265
- ES abril 1-1950, en *RF*, 1950, p. 372 2259
- ES octubre 31-1959, *RJP*, 1960, p. 432 2259
- ES julio 18-1950, en *RJP*, 1951, p. 297 2259
- ES en *RJP*, 1952, p. 1372 2265
- ES en *RF*, 1969, p. 353 2265
- ES septiembre 9-1955, en *RJP*, 1956, p. 216 2259
- ES agosto 7-1958, en *AJ*, 1958, p. 91 2315
- ES en *AJ*, 1959, p. 149 2317

- ES en *RJP*, 1960, p. 432 — 2265
- ES en *RJP*, 1960, p. 432 — 2259
- ES agosto 25-1960, en *AJ*, 1960, p. 51 — 2315
- ES noviembre 30-1960, en *RJP*, 1960, p. 1482 — 2259
- ES diciembre 28-1961, en *RJP*, 1962, p. 612 — 2258
- ES noviembre 25-1964, en *AJ*, 1964, p. 306 — 2259
- ES enero 2-1968, en *RJP*, 1968, p. 982 — 2285
- ES enero 15-1973, en *RJP*, 1973, p. 93 — 2259
- ES marzo 25-1998, Exp. Nº 5924-98 Piura, en Rojas Vargas, 1999c, p. 170 — 2238
- ES enero 25-1995, Exp. Nº 4647-95 Lambayeque, en Rojas Vargas, 1999a, p. 164 — 2238
- ES octubre 2-1997, Exp. Nº 4354-97 Callao, en Rojas Vargas, 1999a, p. 159 — 2305
- ES octubre 10 1997, Exp. Nº 3840-97 Ayacucho, en Rojas Vargas, 1999c, p. 170 — 2238
- ES octubre 9-1997, Exp. Nº 3840-97 Ayacucho, en Rojas Vargas, 1999a, p. 168 — 2280
- ES noviembre 20-1997, Exp. Nº 3900-97, en Rojas Vargas, 1999a, p. 293 — 2238
- ES marzo 11-1998, Exp. Nº 6017-97, en Rojas Vargas, 1999a, p. 161 — 2238
- ES marzo 31-1998, Exp. Nº 590-98, Lima, en Rojas/Infante 2001, p. 105 — 2338
- ES junio 18-1998, Exp. Nº 1384, Arequipa, en Rojas Vargas, 1999a, p. 107, — 2338
- ES noviembre 6-1998, Exp. Nº 2770-98 Ancash, en *GJ* 1999, p. 232 — 2327
- ES noviembre 10-1998, Exp. Nº 4188-98 Callao, en Rojas Vargas, 1999c, p. 279 — 2338
- ES marzo 22-1999, Exp. Nº 64-99, La Libertad, en *RPJ*, 1999, año I, Nº 2, p. 323 — 2267
- ES abril 14-1999, Exp. Nº 10-99, Lima, en *RPJ*, 2000, año II, Nº 3, p. 273 — 2254
- ES julio 7-1999, Exp. Nº 1934-Ucayali, en *RPJ*, 1999, año I, Nº 2, p. 323 — 2313

- Sent CSup agosto 5-1999, Exp. Nº 98-174-81 Huaura, en *SerJur* 4, Lima 2000, p. 213 2338
- ES octubre 6-1999, Exp. Nº 3086-99, Lima, en Vargas 2000, p. 87 2338

Teorías mixtas del derecho penal. Terminología

- Sent. CSup abril 16-1999, Exp. Nº 2911-98 Lima, en Rojas/Infantes, p. 55 100
- Sent. CSup agosto 9-2000, Exp. Nº 2000-322 Cono Norte-Lima, en Rojas Vargas, 2000, p. 237 100

Tipicidad

- ES octubre 9-1935, en *AJ*, 1935, p. 264 1125
- ES agosto 8-1936, en *RT*, 1935, p. 283 1125
- ES noviembre 25-1940, *AJ*, 1940, p. 180 1253
- Sent CSup mayo 23-1996, Exp. Nº 217-92 Lima, en GJEJ 1245
- RN Exp. 3840-97, octubre 9-1997, Ayacucho, Lima, en Rojas Vargas, 1999a, p. 168 1130
- RN Nº 3816-97 Huánuco, del 21 de octubre de 1997, en Rojas Vargas, 1999a, p. 114. 1197
- ES octubre 23-1997, Exp. Nº 5266-96, Lima, en Rojas Vargas, 1999a, p. 361 1228
- Sent. CSup diciembre 22-1997, Exp. Nº 559-97 Lima, en Rojas Vargas, 1999a, p. 381 1228
- ES diciembre 30-1997, Exp. Nº 2104-97 Huancavelica, en Rojas Vargas, 1999a, p. 127 1228
- ES enero 12-1998, Exp. Nº 1767-97 Lima 1130
- ES enero 30-1998, Exp. Nº 095-97, en Rojas Vargas, 1999a, p. 594 1228
- ES marzo 5-1998, Exp. 3753-97 Ayacucho, en Rojas Vargas, 1999c, p. 130 1228
- ES marzo 26-1998, exp Nº 2744-97 Amazonas, en Rojas Vargas, 1999a, p. 415 1228
- Sent. CSup febrero 26-1999, Exp. Nº 98-0175.191601-SP Loreto, en *SerJur* Nº 3, 2000, p. 469 1230
- ES junio 3-1998, Exp. Nº 6239-97 Ancash, en Rojas/Infantes, p. 71 1130

- Sent. CSup noviembre 2-1998, Exp. Nº 5032-97 Lima, en Rojas/Infantes, p. 72 1130

2. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

- ATF 118 IV 305/*JdT* 1995 IV 66 601
- ATF 107 Ia 228 904
- ATF 100 IV 159 1292
- ATF 113 IV 58/*JdT* 1987 IV 138; cf. ATF 126 IV 88 1908
- Caso Cutting 1886, Cf. Donnedieu de Vabres, 1928, p. 107 602
- Comité Européen pour les problèmes criminels, compétence extraterritoriale en matière pénale, publicación del Consejo de Europa, Strasbourg 1990, p. 14 712
- Corte Europea de Derechos Humanos, causa *Engel y otros*, sentencia de 8 de junio /23 de noviembre de 1976, en Publications Série A vol. 22 Nº 81 130
- Corte Europea de Derechos Humanos, causa *Belilos*, sentencia del 29 de abril de 1988, en Publications Série A vol. 132 Nº 64 124
- Corte Europea de Derechos Humanos, causa *Weber*, sentencia de 22 de mayo de 1990, en Publications Série A vol. 177, Nº 33 125, 130
- Decisión del 4 de marzo de 1985 en la causa *Enkelmann contra Suisse*, en JAAC 49 (1985), Nº 76. 895
- Jurisprudencia alemana sobre calidad de autor, en BGH 18, p. 87 (caso Staschynski) 2193
- Jurisprudencia alemana, sobre calidad de autor, en BGH 78, 84 (caso Bade-Wandlungen), p. 18 2193

ÍNDICE DE MATERIAS

A

Aberratio ictus, 1251 ss., 2294.

Acción: 1004 ss.; acto automático interiorizado, 1055; ausencia, 1051 ss.; criterios para determinar la ~ en sentido natural 2365, en sentido jurídico 2366; desvalor de la ~, 73; discusiones dogmáticas sobre la ~ 1041; en delito continuado, 2447; típica, 1089 ss.; en delitos de comisión culposa, 1862; esperada en delitos de omisión, 1924; fuerza física irresistible, 1051 ss.; movimientos reflejos, 1051 ss.; noción causal o natural, 1008 ss.; noción finalista, 1013 ss.; noción funcional, 1039; noción negativa, 1036 ss.; noción personal, 1033; noción social, 1027; pluralidad de ~ en concurso real de delitos, 2400 ss.; terminología en CP, 1047; unidad de ~ respecto a la omisión y la culpa, 2378 ss.

Actio libera in causa, 1057, 1452 s., 1654 ss.

Actuar en lugar de otro, 2226 ss.; actuación de derecho o de hecho, 2232; campo de aplicación, 2229; participación, 2235; realización del tipo legal, 2234.

Antijuricidad, 1333 ss.; carácter objetivo de la ~, 1343 ss.; causas de justificación, 1348 ss.; e ilicitud, 1333; elementos subjetivos de las causas de justificación, 1354 ss.; formal y material, 1338 ss.; fundamento de las causas de justificación, monista y pluralista, 1349 ss.

Aplicación de la ley penal en cuanto a las personas, 900 ss.; congresistas (inviolabilidad, inmunidad y antejuicio), 907 ss.; Contralor General, 917; Defensor del Pueblo, 916; Embajadores, 920; Fiscal de la Nación y Fiscales Supremos (antejuicio), 914; Fuerzas Armadas extranjeras, 924; Jefes de Estado extranjeros (inviolabilidad), 918; Magistrados del Tribunal Constitucional (inviolabilidad, inmunidad y antejuicio), 915; menores, 925 ss.; militares, 935 ss.; Ministros de Estado (antejuicio), 912; Presidente de la República (inmunidad y antejuicio), 910; privilegios establecidos en derecho internacional, 918 ss.; privilegios fijados en derecho público interno, 905 ss.; Vocales de Corte Suprema (antejuicio), 913.

Aplicación de la ley penal en el espacio, 582 ss.; actos de participación, 658 ss.; administración de justicia por representación, 712 ss.; agente nacional, 686

ss.; derecho penal internacional, 582 ss.; competencia real, 664 ss.; extradición, 717 ss.; identidad de normas, 691 ss.; jurisdicción y competencia, 593 ss.; funcionario que delinque en el extranjero, 749 ss.; lugar de comisión de la infracción, 626 ss.; misiones diplomáticas, 638; ley penal extranjera, 729 ss.; personalidad pasiva, 699 ss.; sentencias extranjeras, 739 ss.; territorio, 617.

Aplicación de la ley penal en el tiempo, 762 ss.; abrogación, 807; cambio de jurisprudencia, 893 ss.; concurso real, 898; cosa juzgada, 835 ss.; derogación y desuso, 765 ss.; irretroactividad, 779 ss.; ley más favorable, 804 ss., 841 ss.; ley y tiempo, 762 ss.; leyes correctoras, 795; leyes en blanco, 794; leyes intermedias, 871; leyes interpretativas, 795.; leyes procesales, 799, 872 ss.; leyes sobre ejecución de sanciones, 868; leyes temporales y excepcionales, 869 ss.; medidas de seguridad, 853 ss.; modificaciones de la ley, 823, 835, 862 ss.; modificación de sentencia, 845 ss.; momento de realización del delito, 812 ss.; prescripción, 887 ss.; principio de combinación de leyes, 808; retroactividad, 801 ss.; *tempos regit actum*, 774 ss.

Autoría, 2183 ss.; actuar en lugar de otro, 2226 ss.; autor incapaz de culpabilidad, 2204; casos especiales de autoría mediata, 2220 ss.; criterio formal objetivo, 2186; criterio material objetivo, 2187; criterio subjetivo, 2188; criterio de violación del deber, 2199; error sobre el dominio del hecho, 2218; mediata, 2205 ss.; regulación legal de la ~, 2201 ss.; teoría del dominio del hecho, 2194.

B

Bien jurídico, abandono de la noción de ~, 40; conflicto de ~, 1469; como categoría sistemática, 34; en el estado de necesidad, 1436; en la legítima defensa, 1382; fin de la norma, 34; marco constitucional, 50; necesidad de la noción, 52; noción positivista, 32; nocividad social, 44; preeminencia, 1440; violación, 30; y noción de moral, 37; y tipo legal, 1064.

C

Capacidad de culpabilidad (imputabilidad): capacidad penal, límite cronológico, 1621 ss.; evolución legislativa nacional, 1594 ss.; generalidades, 1621 ss.; menores de edad, 1590 ss.; según Código penal de 1924, 1604; situación actual legislativa, 1608.

Causalidad, alternativa o doble, 1119; como base, 1137; teorías, 1112 ss.; adecuada, 1123; condición conforme a las leyes naturales, 1120; criterio de la relevancia, 1128; e imputación, 1103, 1130 ss.; equivalencia de las condiciones, 1112 ss.; hipotética, 1111; prohibición de regreso, 1115.

Coautoría, 2236 ss.; autoría causal o accesoria, 2252 ss.; circunstancias materiales y personales, 2254; circunstancias particulares, 2249; común dominio del hecho, 2244; condiciones personales, 2246; contribución propia, 2245; decisión común de cometer la infracción, 2239; imputación del hecho punible, 2247; tentativa e instigación en la ~, 2263 ss.

Complicidad, 2301 ss.; diferencia con coautores, 2303 ss.; noción, 2301; causalidad de la ~, 2309; intelectual, 2307; primaria y secundaria, 2330 ss.; en delitos especiales, 2322; diferencia con la coautoría, 2293 ss.; fijación de la pena, 2330 ss.; hecho punible principal, 2306; intención, 2323; momento de la intervención del cómplice, 2312 ss.; por omisión, 2320; prestar auxilio o asistencia, 2307; tentativa de complicidad, 2318.

Concurso aparente de leyes, noción, 2466 ss.; actos anteriores o posteriores impunes: 2493 ss.; principio de alternatividad, 2475 ss.; principio de consunción, 2496 ss.; principio de especialidad, 2482 ss.; principio de identidad, 2474 ss.; principio de subsidiaridad, 2490 ss.; principios para resolver concurso aparente, 2471 ss.

Concurso de leyes y delitos, 2348 ss.; acción en sentido jurídico, 2366 ss.; acción en sentido natural, 2365; concurso aparente de leyes, 2466 ss.; concurso ideal de delitos, 2381 ss.; concurso real de delitos, 2398 ss.; criterios para determinar unidad y pluralidad de acción, 2365 ss.; delito continuado, 2426 ss.; legislación nacional y sus fuentes, 2351 ss.; terminología y concepto de acción, 2359 ss.; unidad de acción en caso de omisión y culpa, 2378 ss.

Concurso ideal de delitos, 2381 ss.; concurso homogéneo, 2387; fijación de la pena, 2389 ss.; legislación nacional sobre la fijación de pena, 2392 ss.; legislación y doctrina extranjeras sobre la fijación de pena, 2389; relaciones con concursos aparente de leyes y real de delitos, 2383; unidad de acción y pluralidad de leyes violadas, 2385.

Concurso real de delitos, 2398; fijación de la pena (real retrospectivo), 2420 ss.; fijación de pena, (juzgamientos sucesivos), 2418 ss.; noción, 2407; pluralidad de acciones, 2397; concurso real homogéneo y heterogéneo, 2398; concurso real retrospectivo, 2404 ss.; principio de la absorción y de la acumulación de penas, 2409 ss.; y aplicación de la ley en el tiempo, 898 ss.

Consentimiento, 1268 ss.; acuerdo, 1288; capacidad para consentir, 1300 ss.; contenido, del ~, 1313; derechos irrenunciables, 1289; disponibilidad del bien jurídico, 1292 ss.; exclusión de la tipicidad, 1278; fundamentos, 1271; gestión de negocios sin mandato, 1327; legislación extranjera, 1270; legislación nacional, 1269; libertad para consentir, 1320; manifestación, 1307; momento para consentir, 13116; presunto, 1321 ss.; requisitos, 1292.

Culpabilidad, 1553 ss.; causas eximentes o atenuantes (art. 20 ss CP), 1686; coculpabilidad o culpabilidad parcial, 1559; concepción normativa de culpabilidad, 1573; concepción psicológica de culpabilidad, 1569; concepción psi-

cológico-normativa de culpabilidad, 1571 ss.; explicación funcional de la culpabilidad, 1579 ss.; impugnación de la culpabilidad, 1576 ss.; juicio comparativo de índole social, 1559; noción, 1569; libre arbitrio, 1576; preterintención, 1566; personas jurídicas, 1798 ss.; principio no pena sin culpabilidad, 1563, 1755 ss.; regulación legislativa, 1558; y responsabilidad, 1553 ss.

D

Delitos culposos, 1839 ss.; ámbito de protección del tipo legal, 1878; culpa con representación y culpa sin representación, 1885 ss.; culpabilidad, 1895; de comisión, 1860 ss.; evolución legislativa, 1844 ss.; ilicitud, 1892, ss.; individualización de la determinación de la culpa, 1881; noción compleja de la culpa evolución de la doctrina, 1846 ss.; noción unitaria de la culpa, 1849; participación, 1902 ss.; peligro no permitido, 1865; principio de confianza, 1874 ss.; sistemática del ~, 1856 ss.; tentativa, 1901; tipo legal objetivo, 1860 ss.; tipo legal subjetivo, 1879 ss.

Delito continuado, 2426 ss.; carácter normativo del ~, 2428 ss.; elementos del ~, 2437 ss.; fijación de la pena, 2462 ss.; identidad de resolución criminal, 2454 ss.; pluralidad de acciones, 2437; pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de similar naturaleza, 2440 ss.; realización de las acciones en momentos diversos, 2447 ss.; regulación legislativa del ~, 2434 ss.; y aplicación de la ley en el tiempo, 824.

Delito imposible, 2128 ss.; aspecto objetivo (comienzo de la ejecución), 2132; aspecto subjetivo (error de tipo al revés), 2131; consumación imposible, 2133; criterio del defecto del tipo legal, 2151; delito putativo, 2146; falta de ilicitud, 2153; inidoneidad de la acción, 2128; imposibilidad por sujeto activo inapropiado, 2149; peligrosidad de la acción, 2139; regulación legislativa, 2128; tentativa irreal o supersticiosa, 2141 ss.

Delito, complejos, 1098 s.; culposos, 1839 ss.; de dominio, 1101; de estado; 1097; de infracción de un deber, 1101; de propia mano, 1096; especiales (*delictum propium*), 1096; instantáneo y aplicación de ley en el tiempo, 828; lugar de comisión (ley en el espacio), 626 ss.; noción, 403; noción francesa, 993 ss.; objeto del delito, 1088 ss.; omisión dolosos, 1910 ss.; permanente, 1097; permanente o continuo y aplicación de ley en el tiempo, 823; proceso ejecutivo (*iter criminis*), 2024 ss.; político (hechos conexos), 670; putativo, 2146; sexuales, 484; simples, 1098; tentado y agotado, 2088; teoría del delito, 968 ss.; unidad de acción, 2359, 2378, 2385; tipos básicos, calificados y privilegiados, 1100.

Delitos de omisión dolosos, 1910 ss.; comisión y omisión, 1912 ss.; culpabilidad, 1985; delitos de omisión impropia, 1928 ss.; delitos de omisión propia, 1919. ss.; ilicitud, 1984; tipo legal objetivo, 1919, 1935 ss.; nociones de omisión

propia e impropia, 1911; participación, 1983; tentativa, 1982; tipo legal subjetivo, 1977 ss.

Delitos de omisión impropia, 1928 ss.; causalidad e imputación objetiva, 1938 ss.; causalidad hipotética, 1940; contrato (fuente del deber), 1960; comportamiento peligroso (fuente del deber), 1961; deber de garante, 1945 ss.; equivalencia de la omisión a la realización del tipo mediante comisión, 1973 ss.; ley (fuente del deber), 1955; noción, 1929 ss.; regulación legislativa, 1932 ss.; otras fuentes del deber, 1970; tipo legal objetivo, 1935 ss.

Delitos de omisión propia, 1919 ss.; autor, 1921; deber de actuar, 1932; omisión de la acción esperada, 1924; posibilidad de que el autor ejecute el comportamiento exigido, 1926; tipo legal objetivo, 1919 ss.

Delitos de peligro, 1987 ss.; clases, 2007 ss.; concepción restringida de peligro, 1997; criterio amplio de peligro, 2003; delitos de desobediencia, 2013; e imputación objetiva, 1164; noción de peligro, 1995 ss.; peligro abstracto, 2011; peligro concreto, 2009; peligro colectivo, 2019; peligro presunto, 2016; principio de lesividad, 2008.

Derecho, como lenguaje, 466; de corrección, 1501; de ejecución de las sanciones, 20; de huelga, 1504; de insurgirse, 1505; disciplinario, 125; ejercicio legítimo de un ~, 1492; derecho internacional penal, 582.

Derecho penal, administrativo 117; carácter fragmentario, 108; carácter secundario, 108; ciencia del ~ en Alemania, Francia, 141; de menores, 925; del enemigo, 198; especial, 20; extranjero, factores de recepción en el Perú, 280; formal, 18; general, 20; internacional, 582 ss.; internacional, función, 584; internacional, principios, material, 17; internacional, privilegios establecidos, 905; límites, 108; material o procesal penal (distinción de reglas), 593, 595; objetivo, peruano, evolución, 5, 199 ss.; relación con derecho administrativo, 117; relación con derecho disciplinario, 116; subjetivo, 5; sustantivo, 7; pluralismo, 224; terminología, 1; y poder, 11.

Desistimiento, 2092 ss.; abandono de la ejecución del delito, 2111; circunstancia personal de impunidad, 2092; confesión sincera (arrepentimiento), 2126; fundamentos de la impunidad, 2092; impedir la producción del resultado (arrepentimiento activo), 2118; momento del desistimiento, 2107; motivos éticos irrelevantes, 2106; no consumación del delito, 2122; reparación del daño, 2126; tentativa acabada e inacabada, 2111 ss.; tentativa fracasada, 2107 ss.; voluntariedad del ~ (*motu proprio*), 2098.

Dolo, 1174 ss.; de conjunto y continuado, 2455; directo de primer grado, 1199; directo de segundo grado, 1202; dolo eventual y culpa consciente, 1216; *dolus generalis*, 1260 ss.; elementos subjetivos, 1180; eventual, 1205; formas de ~ en relación con el momento de la decisión, 1223; hipótesis posibles respecto al dolo directo, 1219 ss.; prioridad al elemento intelectual en dolo eventual, 1206; *subsequens*, 1223; *superveniens*, 1225; teoría del ~, 1726, 1731; teoría limitada del ~, 1727.

E

Ejercicio legítimo de un cargo u oficio, 1528 ss., cargo, 1533; conformidad al orden jurídico y proporcionalidad, 1536; médicos, 1546; oficio, 1543 ss.; preponderancia de ejercer el cargo, 1540.

Error de comprensión culturalmente condicionado, 341, 1665 ss.

Error de prohibición, 1703 ss.; error de hecho y de derecho, 1714 ss.; error invencible, 1747 ss.; error *juris nocet*, 1750 ss.; error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación, 1739; exclusión de la responsabilidad, 1755; formas de error (directo e indirecto), 1737 ss.; modelo alemán importado, 1723 ss.; objeto del error, 1732; principio "no hay pena sin culpabilidad", 1717; regulación legislativa, 1720, 1731 ss.; teoría de la culpabilidad, 1728; teoría limitada de la culpabilidad, 1740; teoría del dolo, 1726; teoría limitada del dolo, 1727; teoría de la culpabilidad estricta, 1741.

Error de tipo, 1226 ss.; ausencia, 1745; carácter inevitable, 1243; *in obiecto*, 1264; error de tipo al revés (en delito imposible), 2131; y error de prohibición, 1229; vencible e invencible, 1243.

Estado de necesidad justificante, 1419 ss.; actualidad del peligro, 1431; bienes jurídicos protegidos, 1436 ss.; bienes en conflicto de la misma persona, 1448; conflicto de deberes, 1465 ss.; deber de soportar el peligro, 1454; distinción con legítima defensa, 1425 ss.; elemento subjetivo, 1468; fundamento de la regulación alemana, 1420, 1459; imposibilidad de evitar el peligro, 1433 ss.; indisponibilidad del bien en peligro, 1326; peligro, 1428 ss.; medio adecuado, 1458 ss.; peligro creado por el agente, 1430 ss.; preeminencia de bien salvado, 1440 ss.; proporcionalidad, 1436; putativo, 1477.

Estado de necesidad exculpante, 1764; distinción con el estado de necesidad justificante, 1424; evolución legislativa, 1764; presupuestos del ~, 1766; restricción a la exculpación, 1772.

Exclusión de la culpabilidad, 1757 ss.; bienes jurídicos, 1768; error sobre las circunstancias materiales de las excusas absolutorias, 1796; estado de necesidad exculpante, 1764 ss.; evolución legislativa, 1764; exceso en la legítima defensa, 1774 ss.; exigibilidad de un comportamiento, 1791; miedo insuperable, 1783 ss.; origen del miedo, 1791; ponderación del mal en caso del miedo insuperable, 1795; presupuestos del estado de necesidad, 1766 ss.; presupuestos del miedo insuperable, 1788 ss.; restricciones, 1772.

Extradición, 717 ss.; activa, 721, extradición pasiva, 721, factibilidad, 698; orígenes, 719; principio de la especialidad, 728; prioridad de los tratados internacionales, 724; reciprocidad, 725.

I

Imputabilidad (capacidad de culpabilidad), 1588 ss.; *actio libera in causa*, 1654 ss.; ancianos, 1701 ss.; anomalía psíquica, 1642 ss.; autodeterminación del autor, 1648; causas de disminución de ~, 1693; conciencia, alteración, 1648; condición previa de la culpabilidad, 1574; enfermedad mental, 1642; error de comprensión, 1665 ss.; estado mental, dudas, 1659; evolución legislativa, 1594, ss., 1628 ss.; fórmula mixta (o biopsicológica), 1628, 1651; imputabilidad disminuida, 1683 ss.; imputabilidad y cultura, 1633, 1664 ss.; incoherencias del Código de los niños y adolescentes, 1608 ss.; jóvenes delincuentes, 1695 ss.; menores de edad, 1590 ss.; noción de imputabilidad, 1621 ss.; percepción, alteración, 1650; regulación legislativa, 1608 ss.; responsabilidad social, 1627.

Imputación objetiva, 1130 ss.; causalidad como base, 1137; cursos causales anómalos, 1139; doble causalidad, 1159; en sentido restringido y en sentido amplio, 1135; fuentes de peligro diversas, 1160; intervención culpable de la víctima, 1158; respecto a delitos de peligro, 1164; improcedencia, 1158; interrupción, 1141; principio general, 1144; relación de causalidad, 1103; riesgo no permitido, 1156 ss., 1163; responsabilidad por creación de peligro, 1150; teoría, 1169.

Infracción, 23; convencional, 26; en sentido formal, 24; en sentido material, 23; en sentido natural, 26; penal y moral, 60; momento de realización, 1156; lugar de comisión, 626; teoría de la ~, 967.

Instigación, 2278 ss.; agente provocador, 2300; casos especiales, 2290; consumación y tentativa, 2297 ss.; en cadena, 2286; en caso de varias personas, 2288 ss.; intención 2286; límites de responsabilidad del instigador, 2293 ss.; medios utilizados, 2282 ss.; noción, 2278 ss.

Interpretación, 459 ss.; auténtica, 477; concepción objetiva, 495; concepción subjetiva, 491; criterio mixto, 499; criterios, 508; declarativa, restrictiva o extensiva, 559 ss.; espíritu de la norma, 540, 549; *in claris non fit interpretatio*, 478; jerarquía de los métodos de ~, 556; lenguaje científico, 489; límites, 564; metas, 491; métodos de ~, 508 ss.; método literal o gramatical, 512; método histórico, 541; método sistemático, 531; método teleológico, 545; negativa (prohibición de interpretar), 475; necesidad, 477; noción, 470; reducción teleológica y analógica, 581.

L

Legítima defensa, 1359 ss.; agentes estatales, 1403; agresión, 1367 ss.; bienes jurídicos protegidos, 1382 ss.; casos particulares, 1402; deberes especiales del amenazado, 1402; exceso en la legítima defensa, 1774 ss.; falta de provocación suficiente, 1405 ss.; ilicitud de agresión, 1371 ss.; inminencia o actua-

lidad de agresión, 1375 ss.; jurisprudencia, 1404; legítima defensa presunta, 1415 ss.; legítima defensa de terceros, 1411; necesidad de la ~, 1389 ss.; racionalidad, en general, 1393 ss.; sistema alemán, 1400; voluntad de defenderse, 1410.

Ley penal, aplicación en el espacio, 582 ss.; aplicación en el tiempo, 762; aplicación en relación con las personas, 900; cumplimiento, 1507; desuso y derogación, 765; en blanco, 794; favorabilidad, 804; fuente del derecho penal, 379; interpretación, 459 ss.; irretroactividad, 779; ley extranjera, aplicación, 729; leyes de ejecución penal, 799; leyes intermedias, 871; leyes interpretativas y correctoras, 795; leyes procesales, 872; leyes temporales y excepcionales, 869; más favorable, 804; modificación en sentido general, 790; modificación durante la ejecución del delito, 823; modificación de ley y cosa juzgada, 835; modificación referente a penas y medidas de seguridad, 862; modificación y prescripción de la acción penal y de la pena, 887; principio de la combinación de leyes favorables, 808; retroactividad en momento de la sentencia, 893, 797; vinculación del juez, 459.

M

Medidas de seguridad, 103 ss.; analogía, 566; certeza en su determinación, 439; modificación de la ley, 853; modificación de la ley penal en el tiempo, 862.

Miedo insuperable, 1783 ss.; índole de la circunstancia, 1785; no superación del miedo, 1793; origen del miedo, 1791; ponderación de males, 1795; presupuestos de la exculpación, 1788; regulación legislativa, 1783.

O

Omisión impropia, 1928; causalidad e imputación objetiva, 1938; causalidad hipotética, 1939; deber de garante, 1945; equivalencia de la omisión a la realización del tipo legal de comisión, 1973; garante, contrato, 1960; garante, ley, 1955; garante, comportamiento peligroso previo, 1961; garante, situaciones complementarias, 1970; tipo legal objetivo, 1935.

Orden obligatoria de autoridad competente, cumplimiento, 1506 ss.; ámbito civil, 1506 ss.; ámbito militar, 1518 ss.; deber de cumplir órdenes ilícitas, 1020; mandato ilícito, 1020; notoriedad de la ilicitud del mandato, 1525; obligatoriedad, 1512, 1516; relación jerárquica, 1511; y disposición de la ley, 1483; límite de la obediencia, 1513.

P

Participación delictiva, 2166 ss.; accesoriedad de la participación, 2266; actuar en lugar de otro, 2226 ss.; agente provocador, 2300; autoría, 2201 ss.; autoría

mediata, 2205 ss.; coautoría, 2236 ss.; complicidad, 2301 ss.; criterios diferenciadores respecto a la autoría, 2183 ss.; criterio formal objetivo, 2186; criterio material objetivo, 2187; criterio objetivo, 2185; criterio subjetivo, 2188 ss.; criterio de violación de deberes, 2199; formas de participación, 2266ss.; instigación, 2278; participación *stricto sensu*, 2266 ss.; regulación de la participación, 2306 ss.; teoría del dominio del hecho. 2194 ss.

Pena, fijación en caso de concurso real retrospectivo, 2409 ss.; fijación en delito continuado, 2462; principio de acumulación (*quot delicta tot poenas*), 2409; teorías: absolutas, 80 ss.; relativas, 84 ss.; mixtas, 91 ss.

Principio, de alternatividad, en concurso aparente de leyes, 2471; principio de combinación de leyes favorables, 808; de competencia real, 664 ss.; de competencia de reemplazo o de sustitución, 703 ss.; de competencia universal 703; de consunción (en concurso aparente de leyes), 2496; de culpabilidad, 406, 1799; de especialidad (en concurso aparente de leyes), 2482; de especialidad (en extradición), 728; de igualdad de las personas, 900; del derecho penal internacional, 582 ss.; de la democracia, 354; de la separación de los poderes, 354; de legalidad, orígenes, 353; de legalidad, fundamentos, 372; de lesividad, 1167, 1987 ss.; de paso inocente, 623; de personalidad activa, 679; de personalidad pasiva, 684; de reemplazo, 703; de subsidiaridad (en concurso aparente de leyes), 2490; de territorialidad, 610 ss.; de territorialidad, fuentes y límites, 610; de nacionalidad de la aeronave (teoría del pabellón), 639ss.; de ubicuidad, 633; de ultima ratio, 111, 1345, 1837; de *versari in re illicita*, 1564; del *ius puniendi*, 8; *indubio pro reo*, 188, 1095; *nullum crimen, nulla poena sine lege*, 357; *nullum vectigal sine lege*, 354; *punitur quia peccatum est*, 80.

Privilegios en derecho internacional, embajadores y ministros plenipotenciarios (privilegios en derecho internacional), 920; Fuerzas Armadas, 924; Jefes de Estado extranjeros, 918; FF.AA. extranjeras, 924.

Proceso ejecutivo del delito, 2024 ss.; abandono de la ejecución, 2097 ss.; actos preparatorios, 2033 ss.; delito imposible, 2128 ss.; desistimiento, 2092 ss.; etapas del iter criminis, 2027 ss.; tentativa, 2044 ss.; regulación de la pena, 2156.

Prohibición de regreso (*Regressverbot*), 1115, 2326.

T

Tentativa, 2044 ss.; abandono de la ejecución, 2111; comienzo de la ejecución, 2064 ss.; criterio formal objetivo (punibilidad), 2067; criterio material objetivo (punibilidad), 2069; criterio mixto (punibilidad), 2048; criterio subjetivo (punibilidad), 2071; delito agotado, 2088; desistirse de ejecutar e impedir la consumación, 2092 ss.; elementos, 2056 ss.; elemento: criterios mixtos, 2074; elemento objetivo 2064 ss.; elemento subjetivo, 2058 ss.; delito imposible, 2128 ss.; desobediencia de la norma, 2050; fundamentos de la impuni-

dad de la ~, 2036; e instigación en la coautoría, 2263; fundamentos de la punibilidad de la ~ 2044; idoneidad de la acción, 2085; impedir resultado, 2118; no realización de la consumación, 2122 ss.; sistemas legales de pena, 2156; tentativa acabada e inacabada, 2111 ss.; tentativa de participación, 2145; tentativa de complicidad, 2318; tentativa fracasada, 2107; tentativa irreal, o supersticiosa, 2141 ss.; regulación legislativa, 2052; reparación espontánea del daño, 2126; voluntariedad en la ~, 2098; y consumación de la instigación, 2297; y delito agotado, 2088.

Teoría, del pabellón, 639; del riesgo agravado, 1908; de la estigmatización, 172 ss.; de la inadaptación social diferencial, 172 ss.; de la subcultura criminal, 167; del dominio del hecho (participación), 2194; egológica del derecho, 375; ubicuidad, resultado, acción (lugar de comisión del delito), 630 ss.

Teoría del delito (como teoría de la infracción), 967 ss.; clásica, 971 ss.; concepción francesa, 993 ss.; finalista, 979 ss.; funcionalista, 986 ss.; neoclásica, 975; origen y evolución, 971 ss.

Tipicidad, 1058 ss.; *aberratio ictus*, 1251; acción típica, 1089; antijuricidad (*ratio congnoscendi y ratio essendi*), 1066 ss.; causalidad adecuada, 1123; condición conforme a las leyes de la naturaleza, 1120; conciencia de causalidad, 1013; creación de riesgo no permitido, 1143; delitos de peligro e imputación objetiva, 1164; dolo, 1174 ss.; dolo directo de primer grado, 1199; dolo directo de segundo grado, 1202; dolo eventual, 1205 ss.; dolo eventual y culpa consciente, 1216; *dolus generalis*, 1260; dolo *subsequens*, 1223; dolo *superveniens*, 1225; elementos descriptivos, 1078; elementos negativos, 1071; elementos normativos, 1080; equivalencia de condiciones, 1112 ss.; error de tipo, 1226 ss.; error de tipo vencible e invencible, 1243; error *in obiecto*, 1264; imputación objetiva, 1130 ss.; objeto del delito, 1088; realización del riesgo no permitido, 1156; relación de causalidad, 1103; relevancia del suceso causal, 1128; riesgo prohibido por la norma, 1163; sujeto activo, 1084; tipo legal, 1058; tipo legal, bien jurídico y norma, 1064; tipo legal de garantía, 403; tipo legal, objetivo, 1075 ss.; tipo legal subjetivo, 1171 ss.; y antijuridicidad, 1066.

Tipo legal objetivo, 1075; ámbito de protección, 1878; delitos de omisión propia, 1928; elementos descriptivos, 1078; elementos normativos, 1080; en delitos de comisión culposa, 1862; tipos legales ampliados, 1901; sujeto activo, 1084.

Tipo legal subjetivo, dolo, 1174 ss.; dolo directo de primer grado, 1199; dolo directo de segundo grado, 1202; dolo eventual, 1205 ss.; dolo eventual y culpa consciente, 1216; *dolus generalis*, 1260; dolo *subsequens*, 1223; dolo *superveniens*, 1225; elementos subjetivos, 1180; en delitos de omisión dolosos, 1977; error de tipo, 1226 ss.; error de tipo vencible e invencible, 1243; error *in obiecto*, 1264; noción, 1171 ss.

U

Ubicuidad, principio, 607, 630 ss., 672, 815 ss.

Ultima ratio, principio, 111, 122, 1345, 1433, 1735, 1838.

V

Versari in re illicita, principio, 1564.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.

Actas de las sesiones de la Comisión reformadora del Código Civil peruano, Lima, 1928.

AA. VV.

Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología. Congreso Internacional "Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología", Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001.

ABANTO, Manuel

1997 *Derecho Penal Económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima.

s/f "El principio de la certeza en las leyes penales en blanco. Especial referencia a los delitos económicos", en *RPCP* Nº 9, Lima, p. 13 ss.

ABASTOS, Manuel G.

"El delincuente en el Código Maúrtua", en *RDCP* 1937-1938, Lima, p. 9.

ABRAVANEL, Philippe

"Recherches sur les méthodes d'élaboration de la décision judiciaire", en *RSJ* 87 (1991), p. 165 ss.

ACALÉ SÁNCHEZ, María

2003 "Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado", en *ADP*, Lima, p. 73 ss.

2000 *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada.

ACHENBACH, Hans

Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, Berlin, 1974.

AFFOLTER-EIJSTEN, Heidi

Die Absicht im Strafrecht, tesis, Zurich, 1983.

ALCHOURON, C. E./BULYGIN, E.

Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires, 1975.

ALFAJEME, Augusta/VALDERRAMA, Mariano

"El surgimiento de la discusión de la cuestión agraria y del llamado problema indígena", en *Indigenismo, clases social y problema nacional*, Lima, s/f.

ALIMENA, Bernardino

Principios de Derecho penal, traducido y anotado por Eugenio Cuello Calón, Madrid, 1916.

ALKALAY, Michael

Das materielle Strafrecht der Französischen Revolution und sein Einfluss auf Rechtsetzung und Rechtsprechung der Helvetischen Republik, Tesis, Zürich, 1984.

ALONSO PÉREZ, Francisco

Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal, Madrid, 2000.

ALVAREZ GARCÍA, Francisco

"Bien jurídico y constitución", en *CPC*, Nº 43, p. 5 ss.

ALZAMORA VALDEZ, Mario

Introducción a la Ciencia del Derecho, Lima, 1963.

AMBERG, Vincenzo

Grenzlinien zwischen militärischem und bürgerlichem Strafrecht, Tesis, Bern, 1975, p. 19 ss.

AMBOS, Kai

"Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", en *GA* 1998, p. 226 ss.

AMELUNG, Knut

Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt am Main, 1972.

ANCEL, Marc

1981 *La défense sociale nouvelle*, reimpresión, de la 2ª ed. [1966], Paris.

1974 "Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle", en *APC*, Nº 1, Paris, p. 16 ss.

1975a "La contribution de la recherche a la définition d'une politique criminelle", en *RIPC*, p. 222 ss.

1975b "Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle", en *APC*, p. 15 ss.

1962 "Introduction au système de droit pénal soviétique (De la Révolution d'octobre aux codes de 1960)", en *Code pénal, code de procédure pénale y loi d'organisation judiciaire de la R.S.F.S.R. du 20 octobre 1960*, Paris, p. VII ss.

1956 "Les notions de prévention du crime y de traitement des délinquants dans les législations européennes modernes", en *RPS* 71, p. 1 ss.

1931 "La création judiciaire des infractions pénales en droit anglais y en droit français (étude comparative de l'élément légal de l'infraction)", en *Bulletin de la Société de Légilation comparée*, Paris - 1930/1931, p. 91 ss.

ANCEL, Marc/MARX, Yvonne

Les codes pénaux européens, Centre français de droit comparé, T. I-IV, Paris, s/f.

ANCEL, Marc/STRAHL, Ivar

Le droit pénal des pays scandinaves, Paris, 1969.

ANDERSON, Benedict

Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo, México, 1997.

ÁNGELES GONZALES, F./FRISANCHO APARICIO, M./ROSAS YATACO, J.

Código penal (comentado-concordado-anotado). Parte general, T. I, Lima, 1996.

ANTOLISEI, Francesco

Manuale di diritto penale, PG, 6ª ed., Milano, 1964. (Traducción de Juan del Rosal y Angel Torío: *Manual de Derecho Penal, PG*, Buenos Aires, 1960).

ARIAS, José Viterbo

Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863, T. I, II, III, Lima, 1900.

ARMAZA GALDÓS, Julio

2003 "Estado agresivo y defensivo de necesidad", en *ADP*, Lima, p. 283 ss.

2002 *Elementos negativos del delito*, Lima.

2000 "Condicionamiento cultural y error en materia penal", en *Revista Canaria de Ciencias Penales*. Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado, 6, diciembre.

1998 "La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico", en *RDPC*, segunda época, Nº I, Madrid, p. 109 ss.

ARMAZA GALDÓS, Jorge/ZAVALA TOYA, Fernando

La decisión judicial, Lima, 1999.

ARNDT, Herbert

Grundriss des Wehrstrafrecht, 2ª ed., 1966,

ARZT, Günther

1994 "Die fortgesetzte Handlung geht - die Probleme bleiben", en *JZ*, p. 1000 ss.

1990 "Erfolgsdelikt und Tätigkeitsdelikt", en *RPS* 107, p. 168 ss.

1988 *Vorsatz und Fahrlässigkeit. Bemerkungen zur Fahrlässigkeit*, en *recht*, p. 66 ss.

1969 "Bedingter Entschluss und Vorbereitungshandlung", en *JZ*, p. 54 ss.

ATIENZA, Manuel

2001 *El sentido del derecho*, Barcelona.

1985 *Introducción al derecho*, Barcelona.

AUBERT, Jean-François

Traité de droit constitutionnel suisse, T. I-II, Neuchâtel, 1967; T. III, Neuchâtel, 1982.

AUBERT, Maurice

"Une plus grande coopération internationale en matière pénale offerte par la Suisse", en *RICPT* 36 (1983), p. 78 ss.

AZABACHE, César

"Sobre la pena de muerte", en COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *La Constitución de 1993, análisis y comentarios*, Lima, 1994.

BACA CABRERA, Denyse/ROJAS VARGAS, Fidel/NEIRA HUAMÁN, Marlene

Jurisprudencia penal, T. III, *Procesos sumarios*, Lima, 1999.

BACIGALUPO, Enrique

1998 *Principios de Derecho penal, PG*, 5ª ed. Madrid.

1997 *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Dirigido por Cándido Pumpido Ferreriro, Madrid.

1984 *Manual de derecho penal. PG*, Bogotá.

1981 "La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de CP", en *La Ley* 1981, 1, p. 919 ss.

1974 *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires.

1970 *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires.

1966 *La noción de autor en el Código Penal*, Buenos Aires.

BACIGALUPO, Silvina

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel

"La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español", en Santiago MIR PUIG/Diego Manuel LUZÓN PEÑA (editores), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, p. 17 ss.

BALANCIER, Georges

Contribution a une Sociologie, 12ª ed., Paris, 1952.

BAR, Karl Ludwig von

"Gesetz und Schuld im Strafrecht", en *Fragen des geltenden deutschen Strafrechts von seiner Reform*, T. 1.

BARRELET, Denis

Droit suisse des mass media, 2ª ed., Berne, 1987.

BASADRE, Jorge

1967 *Los fundamentos de la Historia del Derecho*, 2ª ed., Lima.

1937 *Historia del Derecho peruano*, Lima.

BAUERMANN, Michael

1987 *Zweckrationalität und Strafrecht*, Opladen.

1980 "Schuldlose Dogmatik? Ueberlegungen im Anschluss an Georg P. Fletcher: "Ordinary Language Philosophy" und die Neubegründung der Strafrechtsdogmatik", en LÜDERSSEN/F.SACK (editores), *Seminar: Abweichendes Verhalten*, vol. IV, p. 196 ss.

BAUHOFER, Stefan

"Kriminologie en der Schweiz - Stand und Entwicklung", en *RPS* 97 (1980), p. 145 ss.

BAUMGARTEN, Arthur

Notstand und Notwehr, 1911.

BAUMANN, Paul

Recht gegen Aids (collection "Volks und Recht"), Bern, 1987.

BAUMANN, Jürgen

1973 *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, traducidos por Conrado A. Finzi (4ª ed. alemana), Buenos Aires.

1969 *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, AT*, 2ª ed., Tübingen.

1968 *Strafrecht, AT*, 5ª ed., Bielefeld.

BAUMANN, Jürgen/TIEDEMANN, Klaus

"Einheit und Vielhaft des Strafrechts", en *Festschrift für Karl Peters*, Tubinga 1974.

BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang

Strafrecht. AT. Lehrbuch, 11ª ed., Bielefeld, 2003.

BAUMGARTNER, Arthur

"Die Verbrechensformel", en *RPS* 34 (1921), p 58 ss.

BAUR, Regula

Die parlamentarische Immunität en Bund und Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft, Tesis, Zürich, 1963.

BECCARIA, Cesare

1994 *De los delitos y de las penas*. Edición Latinoaméricana. Estudio preliminar de Nódier Agudelo Betancur, 2ª ed., Bogotá, 1994.

1979 *Des délits y des peines*. Préface de Casamayor. Introduction de Jean Pierre Juillet, Paris, 1979.

BECK, Ulrich

Risikogesellschaft: die organisierte Unverantwortlichkeit, St. Gallen, 1989 (Traducción de Martín Steinmetz: *La sociedad del riesgo*, Barcelona, 1998).

BELAUNDE, Víctor Andrés

La filosofía del Derecho y el método positivo, Tesis, Lima, 1904.

BELING, Ernst von

1944 *Esquema del Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo*, traducidos por Sebastián Soler, Buenos Aires.

1930a "Die Lehre vom Tatbestand", en *Festschrift für Franck von Reinhard*, Tübingen.

1930b *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed., Tübingen.

1906 *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen.

BELRICHARD, Arnold

Das zeitliche Geltungsgebiet der Strafrechtssätze, Tesis, Zürich, 1927.

BEMMANN, Günter

"Zum Fall Rose-Rosahl", en *MDR* 1958, p. 817 ss.

BEMMELN, J. M. van

"Rapport général définitif au Vème Congrès international de Droit pénal", en *RIDP*, Paris, 1960.

BENITES SÁNCHEZ, Santiago

Derecho penal peruano. Comentarios a la Parte General del Código penal, Lima, 1958.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio

Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor, Madrid, 1987.

BERISTAIN, Antonio

Medidas penales en derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica, Madrid, 1974.

BERNHARD, Peter

Zur Mittäterschaft nach schweizerischem Strafrecht, Tesis, Fribourg, 1984.

BERTHOLDY, Mendelson

"Das räumliche Herrschaftgebiet des Strafgesetzes", en *Archiv H. Kohlrausch. Reform des Strafrechts*, 1926.

BESSON/CHOMBART DE LAUWE/GERMAIN/HEUYER/LEVASSEUR

Seuils d'âge et législation pénale, Paris, 1961.

BESSON/HEUYER/LEVASSEUR/CECCALDI

Les enfants et les adolescents socialement inadaptés, Paris, 1958.

BETTI, Emilio

"En torno a una teoría general de la interpretación", en *Revista de la Universidad del Externado*, T. VII, Nº 1, Bogotá, 1966, p. 101 ss.

BETTIOL, Giuseppe

1977 *Instituciones de derecho penal y procesal*. Traducción de F. Gutiérrez Alvis y Conradi, Barcelona.

1969 *Diritto Penale, PG*, 4ª ed., Padua.

1965 *Derecho Penal. PG*. Traducción de José León Pagano, Bogotá.

1943 "Aspetti del «jus corrigendi»", en *Scuola Positiva*, p. 33 ss.

BETTIOL, Giuseppe/PETTOELLO MANTOVANI, Luciano

Diritto penale, PG, 12ª ed., Padova, 1986-1988.

BINDER, Hans

Die Geisteskrankheit im Recht: ein Beitrag zur Klärung der grundlegenden Begriffe für geistige Störungen im Schweizerischen Zivilgesetzbuch und Strafgesetzbuch: für Juristen und Ärzte, Zürich, 1952.

BINDING, Karl

1905 *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, BT, T. I, II.1, II.2, 2ª ed., Leipzig 1902, 1904 y 1905.

1890 *Die Normen und ihre Uebertretung*, T. I-II, 2ª ed., Leipzig.

1885 *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig.

BIRNBAUM, J. F. Michael

"Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Eherenkränkung", en *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834, p. 149 ss.

BLEI, Hermann

Strafrecht, I, *AT*, 16ª ed., München, 1975 (17ª ed., 1977; 18ª ed., 1992).

BOBBIO, Norberto

Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto, Torino, 1979.

BOCKELMANN, Paul

1979 *Strafrecht, AT*, 3ª ed., München.

1963 "Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit", en *ZStW* 75, p. 372 ss.

1957 *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen.

1955 "Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?", en *NJW* 8, p. 1417 ss.

BOCKELMANN, Paul/VOLK, Klaus

Strafrecht, AT, 4ª ed., München, 1987.

BOEHLEN, Marie

1988 "Einführung en das Schweizerische Jugendstrafrecht", en *Jeunesse y Délinquance* (éditeur J. Schuh), Grüsch, p. 83 ss.

1975 *Kommentar zum schweizerischen Jugendstrafrecht*, Bern.

BOMIO, Giorgio

"La taxonomie psychiatrique entre fait y norme. Le Manuel diagnostique y statistique des troubles mentaux y son utilisation en matière pénale", en *RPS* 108 (1991), p. 417 ss.

BONACORSO, Liborio C.

"Il processo e l'applicazione del diritto", en *RIFD*, Roma, 1966, p. 259.

BORRICAND, Jacques

"Pour une responsabilité pénale de tous les groupements?", en *Annales de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand*, fascicule 18, 1981, p. 143 ss.

BOURGEOIS, Henri

Droit aérien IX: *Droit pénal* I y II, FJS 1091 y 1091a (mise à jour au 1er juillet 1974).

BOURQUIN, Maurice

"Quelques réflexions sur le respect du droit dans les rapports internationaux", en *Recueil de travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Genève*, Genève, 1938, p. 83-106.

BOUZAT, Pierre/PINATEL, Jean

Traité de droit pénal y de criminologie, T. I-II, 2ª ed., Paris, 1970; T. III, 3ª ed., Paris, 1975.

BRAMONT ARIAS, Luis A.

1978 *Derecho penal, PG*, T. I, 3ª ed., Lima.

1966 *Código penal anotado*, Lima.

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

BRAMONT ARIAS, Luis A./BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A.

2000 *Manual de derecho penal. PG*, Lima, 2000.

1995 *Código Penal Anotado*, Lima (4ª ed., concordado por María del Carmen García Cantizano, Lima, 2001).

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel

Manual de Derecho penal, PG, 2ª ed., Lima, 2002.

BRANDT, Hans-Jürgen

2003 "La justicia de paz en los Andes. Retrospectivas y preguntas sobre el futuro", en *Justicia y violencia en las zonas rurales. La experiencia de la Región Andina*, Instituto de Defensa Legal, p. 99 ss.

1987 *Justicia Popular. Nativos, Campesinos*, Lima.

BRAVO BRESANI, Jorge

"Mito y realidad de la oligarquía peruana", en *Perú actual (sociedad y política)*, México, 1970.

BREGGER, Ernest

Der Notstand im schweizerischen Strafrecht, tesis doctoral, Bern, 1937.

BRICOLA, Franco

1973 "Teoria generale del reato", en *Novissimo Digesto italiano*, Torino, p. 15 ss.

1965 *La discrezionalità nel Diritto penale*, vol. 1, *Nozione et aspetti costituzionali*, Milano.

BRUNNER, Karl N.

Die Idealkonkurrenz im schweizerischen Strafrecht, Tesis, Zürich, 1932.

BRUNS, Hans Jürgen

1972 "Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses", en *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar*, Berlin, 1972, p. 317 ss.

1967 *Strafzumessungsrecht. AT*, Köln, Berlin, Bonn, München.

1954 "Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrechen untereinander?", en *Festschrift für Edmund Mezger*, München/Berlin, p. 335 ss.

BÜRGI, Wolf

Die Lehre von der adäquaten Verursachung, Tesis, Bern, 1927.

BURGSTALLER, Manfred

1978 *"Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht"*, *JurBl* 1978, p. 393 ss.

1974 *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht: unter besonderer Berücksichtigung der Praxis en Verkehrssachen*, Wien/Manz.

BURKHARDT, Björn

"Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung - Zugleich ein Beitrag wider die «Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven»", en Jürgen WOLTER und Georg FREUND (editores), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996.

BURKHARDT, Jähnke/HEINRICH, Wilhelm/LAUFHÜTTE/Walter Odersky (editores)

Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 11ª ed., Berlin/New York, 1992.

BURI, Maximilian von

1894 *Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch. Gesammelte Abhandlungen.*

1885 *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen.*

BUSCH, Richard

1992 *Leipziger Kommentar, Grosskommentar*, 11ª ed., Berlin/New York.

1949 *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, Tübingen.

BUSSY, Andre/RUSCONI, Baptiste

Code suisse de la circulation routière: commentaire, 3ª ed., Lausanne, 1996.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan

2003 "Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: La culpabilidad y la peligrosidad", en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje a José Cerezo Mir*, p. 3 ss.

1989 *Manual de derecho penal español, PG*, 3ª ed., Barcelona.

1983 *Necesidad de la pena, función simbólica del derecho penal: violencia doméstica*, p. 101 ss.

1982 *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán

Lecciones de derecho Penal, T. II, *Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, Madrid, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan/LARRAURI, Elena

La imputación objetiva, Bogotá, 1989.

BUSTOS RAMIREZ, Juan/POLITOFF, Sergio

"Los delitos de peligro", en *RCP*, 1968, p. 42 ss.

BUSTOS RAMIREZ, Juan/VALENZUELA BEJAS, M.

Derecho penal latinoamericano, T. I, PG, Buenos Aires, 1982.

CAHIER, Philippe

Le droit diplomatique contemporain, 2ª ed., Genève, 1974 (*Derecho diplomático contemporáneo* / Philippe Cahier; trad. y notas para la versión española de Jose-Vicente Torrente, Marcelino Oreja, Julio González Campos, Madrid, 1965).

CALLIES, Rolf-Peter

Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Frankfurt am Main, 1973.

CAMARGO HERNÁNDEZ, César

El delito continuado, Barcelona, 1951.

CANCIO MELIÁ, Manuel

2004 "¿Crisis del lado subjetivo del hecho?", en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Y ZUGALDÍA ESPINAR (Coordinadores), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. I, Madrid, p. 57 ss.

2003 "Derecho penal del enemigo", en JAKOBS, Günther/CANCIO, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid.

2001 *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Prólogo de Agustín Jorge Barreiro, Barcelona/Bogotá, 2ª ed.

CANCIO MELIÁ, Manuel/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos

1996 "La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva. Estudio preliminar" en G. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducido por Manuel Cancio, Madrid, p. 21 ss.

CAPELLA, Juan Ramón

1999 *Elementos de análisis jurídico*, Madrid.

1968 *El Derecho como lenguaje. Un análisis lógico*, Barcelona.

CARACCIOLI, Ivo

L'esercizio del diritto, Milano, 1965.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos

Derecho Penal: Conceptos y principios constitucionales, Valencia, 1996.

CARDINAUX, France Françoise

"Faut-il réviser le concours, art. 68 du code pénal suisse?", en *JdT* 1988, p. 136 ss.

CARO CORIA, Carlos

2001 "¿Superación del pasado a través del Derecho Penal? Notas sobre la reforma del Código Penal peruano a diez años de su vigencia", en *Código Penal y legislación complementaria*, p. 21 ss. Lima. Inserto también en CARO CORIA, *Código Penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal*, Lima, 2002, p. 29 ss.

1992 "La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP de 1991", en *Thémis* 24, p. 69 ss.

CARO JOHN, José Antonio

2003a "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber", en *ADP*, Lima, p. 49 ss.

2003b *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Lima, 2003.

2003c "Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la jurisprudencia penal peruana", en Eduardo MONTEALEGRE (Coordinador), *Libro Homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal*, T. II, Bogotá, p. 135 ss.

1996 *Causalidad e imputación objetiva. Lineamientos de una dogmática jurídico-penal normativista*, Tesis, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.

1994 "La problemática constitucional de la combinación de leyes penales. Discutida posición de la jurisprudencia", en *RPCP* Nº 4, 1994, p. 733 ss.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl

Derecho penal mexicano, PG, 12ª ed. puesta al día por Raúl Carranca y Rivas, México, 1977.

CARRARA, Francesco

Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa, PG, Lucca 1871. Traducción en español: *Programa del Curso de Derecho Criminal*, traducido por Sebastián Soler, Ernesto Gavier y Ricardo Núñez, Buenos Aires, 1944-1949.

CARRIÓ, Genaro

1976 *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires (sexta reimpresión; 1ª ed. 1964).

1973 *Los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires.

1971 *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Buenos Aires.

CASAS BARQUERO, Enrique

El consentimiento en el Derecho penal, Prólogo de Miguel Polaino Navarrete. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Sección Delegada en la Universidad de Córdoba, Colección Estudios Criminológicos, Serie Minor, 4, Córdoba, 1987.

CASSANI, Ursula

1997 "Application du droit pénal dans le temps; lex mitior; actes d'ordre sexuel commis sur une personne âgée de 14 à18 ans", en *PJA* 7, p. 900 ss.

1996 "Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte (Art. 3-7 StGB)", en *RPS* 114, p. 237 ss.

CASTÁN TOBEÑAS, José

Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo), Madrid, 1947.

CASTILLO ALVA, José Luis

2001 *Principios de Derecho Penal, PG*, Lima.

2000 "La complicidad como forma de participación criminal", en *RPCP* Nº 9, Lima, p. 679 ss.

1999 "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*, T. 279, agosto, p. A-61 ss.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco

2003 *Tentativa y desistimiento voluntario*, San José.

1999 *El dolo, su estructura y sus manifestaciones*, San José.

1998 *El consentimiento del derecho-habiente en materia penal*, San José.

CATTANEO, Mario A.

Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale, Milano, 1970.

CEREZO MIR, José

2001 *Curso de derecho penal español*, III, 5ª ed., Madrid.

2000 *Derecho penal, PG, Lecciones*, 2ª ed., Madrid.

1998 *Curs o de derecho penal español*, II, 6ª ed., Madrid.

1996 *Curso de derecho penal español*, I, 5ª ed., Madrid.

CERRONI, Umberto

Introduzione alla scienza sociale, Roma, 1976.

CHAVANNE, Albert

"Les délits de mise en danger, rapport particulier France", en *RIDP* 40 (1969), p. 125 ss.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner

"Situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación: Estado de necesidad agresivo y defensivo", en *ADP*, Lima, 2003, p. 253 ss.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio

Deber de cuidado y delito imprudente, Barcelona, 1998.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge

Tratado de Derecho procesal penal, Buenos Aires, 1960.

CLERC, François

1981 "Le cautionnement préventif en droit pénal suisse", en *Varia Juridica*, Fribourg, p. 37 ss.

1975 *Initiation à la justice pénale en Suisse*, vol. I: *Notions préliminaires y principes directeurs*, Neuchâtel.

1972 "Les récentes transformations du Code pénal suisse", en *RSC*, p. 301 ss.

1966 "Les avatars de la deuxième révision du Code pénal suisse", en *RPS* 82, p. 125 ss.

1949 "Les travaux préparatoires y l'interprétation de la loi pénale", en *RPS* 64, p. 1 ss.

1943 *Cours élémentaire sur le droit pénal suisse, partie spéciale*, Lausanne.

1942 *Introduction à l'étude du code pénal suisse, Partie générale*, Lausanne.

1939 "Le nouveau code pénal suisse", en *RSC*, p. 238 ss.

1938 "Le Code pénal suisse y le droit pénal international", en *Recueil de travaux publiés par la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel à l'occasion du centenaire de la fondation de l'Académie*, Neuchâtel/Paris, p. 207 ss.

CLERIC, Georg Franz von

"Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter", en *RPS* 37 (1924), p. 52 ss.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTON, Tomás S.

Derecho Penal, PG, Valencia, 1984.

COBO DEL ROSAL y otros

Comentarios al Código Penal, T. I-VI, Madrid, 1999.

COENDERS, Albert. T.

Über die Ideal Konkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz, Greifswald – Bamberg, 1921.

COING, Hellmut

Juristische Methodenlehre, 1972.

COLOMBINI, Jean-Luc

La prise en considération du droit étranger (pénal y extra-pénal) dans le jugement pénal, Tesis, Lausanne, 1983.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido

Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, T. I, Madrid, 1997.

CONSEIL FÉDÉRAL

1999 "Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale regissant la condition pénale des mineurs, du 21 septembre 1998", en *Feuille Fédérale* 1999, II, p. 1787 ss.

1918 "Message du Conseil Fédéral à l'appui d'un project de Code Pénal suisse, du 21 juillet 1918", en *Feuille Fedérale* 1918 IV, p. 1 ss.

COOPER, H. H. A.

1971 "El *error facti* y el artículo 199 del Código penal", en *RDCP*, p. 186 ss.

1970 *La no exigibilidad de otra conducta en el Derecho peruano*, Lima.

CORBOZ BERNARD

"L'homicide par négligence", en *SJ* 1994, p. 169 ss.

CÓRDOBA RODA, L./RODRÍGUEZ MORULLO, G.

Comentarios al Código penal, Barcelona, 1972.

CORNAZ, Olivier

"Intention, dessein, mobile", en *JdT* 106 (1958), IV 66 ss.

CORNEJO, Ángel Gustavo

1937 "Función represiva como Derecho subjetivo del Estado", en *RDCP*, Lima, 1936-1937, p. 7.

1932 *Derecho de procedimientos penales*, Lima.

1926 *Comentarios al nuevo Código penal*, Lima.

CORNEJO, Ángel Gustavo/JÍMENEZ, Plácido

"Proyecto de Código Penal", en *Boletín de Criminología*, Año I, Lima, 1927-28, p. 645 ss.; Año II, Lima, 1929, p. 58, 255, 482; Año III, Lima, 1930, p. 63, 260; Año IV, Lima, 1930-31, p. 103.

CORNEJO, Mariano H.

Exposición de Motivos del Novísimo Código Procedimientos Penales en Materia Criminal de 1920, Lima, 1920.

COSSIO, Carlos

1948 "El principio «Nulla poena sine lege» en la axiología egológica", en *RJP*, Lima, p. 1 ss.

1947 *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2ª ed., Buenos Aires.

1939 *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*, Buenos Aires.

COTLER, Julio

1970 "La mecánica de la dominación interna y del cambio social en el Perú", en *Perú actual (sociedad y política)*, México.

1978 *Clases, Estado y nación en el Perú*, Lima.

COTTIER, Thomas

Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage: eine Untersuchung zum Legalitätsprinzip und schweizerischen Gesetzesverständnis aus individualrechtlicher Sicht, Tesis Bern, 2ª ed., Chur/Zürich, 1991.

CUBA SALERNO, R.

Manual de Derecho penal, PG, Lima, 2ª ed.

CURY URZÚA, Enrique

Derecho penal, PG, Santiago de Chile, 1982.

DAHM, Georg

"Der Methodenstreit en der heutigen Strafrechtswissenschaft", en *ZStW*, 1938, p. 225 ss.

DANA, Adrien-Charles

Essai sur la notion d'infraction pénale, Paris, 1982.

DARBELLAY, Jean

Théorie générale de l'illicéité en droit civil y en droit pénal, Fribourg, 1955.

DE BELAUNDE, Javier

"Algunas consideraciones en torno a los gobiernos de facto y las vigencias constitucionales", en *Derecho* Nº 32, Lima, 1974, p. 93.

DE CAPITANI, François

"Vie et mort de l'Ancien Régime", en *Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses*, 2ª ed., Lausanne, 1986, p. 484 ss.

DE DOLLDER, Hans/TIEDEMANN, Klaus

La criminalisation du comportement collectif/Liability of Corporations, The Hague / London / Boston, 1996.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz María

1999 *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., Valencia.

1996 *Tipicidad y imputación objetiva (según el nuevo Código Penal de 1995).*

DELACHAUX, Max

Drogues y législation: évolution des mesures de contrôle y des mesures répressives prévues par les conventions internationales y la législation fédérale sur les stupéfiants, Tesis, Lausanne, 1977.

DELMAS-MARTY, Mireille/GUYON, Yves

1993 "La responsabilité pénale des personnes morales", en *Revue des sociétés*, p. 227 ss.

1992 *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris.

DELITELA, Giacomo

"Rapport général sur les infractions de mise en danger", en *RIDP* 40 (1969), p. 288 s.

DERKSEN, Roland

"Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft", en *GA*, 1993, p. 163 ss.

DESCHENAUX, Henri

1975 *Norme y causalité en responsabilité civile*, Bâle.

1969 "Le titre préliminaire du Code civil", en *Traité de droit civil suisse*, T. II/1, Fribourg.

DESCHENAUX, Henri/STEINAUER, Paul-Henri

Personnes physiques y tutelle, 4ª ed., Berne, 2001.

DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre/WERRO, Franz

Le mariage y le divorce, 4ª ed., Berne, 1995.

DESPORTES, Frédéric/LE GUNEHEC, Francis

Le nouveau droit pénal, T.1, *Droit pénal général*, 6ª ed., Paris, 1999.

DÍAZ PITA, M.

El dolo eventual, Valencia, 1994.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel

La autoría en derecho penal, 1991.

DIEFENBACH, Wilhelm

Die verfassungsrechtliche Problematik [del § 2 inc. 4 del Código penal alemán], Tesis, Frankfurt am Main, 1966.

DIEL, Katja

Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, Frankfurt am Main, 1997.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis

2004 "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2004, núm. 06-03, p. 03:1-03:34. Disponible en internet: http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf

1983 "Los delitos calificados por el resultado y el art. 30 del proyecto del Código penal español", en *ADPCP*, Madrid, p. 627 ss., 101 ss.

DONATSCH, Andreas

1989 "Mittäterschaft oder Teilnahme am fahrlässigen Erfolgsdelikt?", en *RSJ* 1989, p. 111 ss.

1987 *Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigskeitsdelikt*, Zurich.

1985 "Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum", en *RPS* 102, 16 ss.

DONAYRE PASQUEL, Patricia

Los decretos legislativos en el Perú. Sobre su control y su aplicación en el Perú y en la legislación comparada, Lima, 2001.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri

1928 *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris.

1922 *Introduction à l'étude du droit pénal international*, Paris.

DREHER, Eduard/TRÖNDLE, Herbert/FISCHER, Thomas

Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 49ª ed, München, 1999.

DREHER, Eduard

Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 36ª ed., München, 1976 (40ª ed., puesta al día por H. Trondle, 1981).

DREIER, Ralf

"Recht und Moral", en DREIER, Ralf, *Recht-Moral-Ideologie* (recopilación de artículos), Frankfurt, 1981, p. 180 ss.

DU PASQUIER, Claude

Introduction à la théorie générale y à la philosophie du Droit, 6ª ed., Neuchâtel/Paris, 1988.

DU PUIT, Joséph

2003 "Resoluciones judiciales sobre imputación objetiva e imprudencia", en *ADP* (*Aspectos fundamentales de la PG del Código penal*), Lima, p. 509 ss.

2002 "La obediencia jerárquica en el derecho penal militar peruano", en *ADP* (*La Reforma del Derecho Penal Militar*), 2001-2002, Lima, p. 241 ss.

1996 "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Suiza", en *ADP* (*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*), Lima, p. 161 ss.

DUBACH, Werner

"Das Disziplinarrecht der freien Berufe, Rapport présenté devant la SSJ", en *RDS* 70 (1951), p. 1a ss.

DUBS, Hans

1973 "Notwehr (Bemerkungen zu StrGB Art. 33 anhand von sieben Fällen)", en *RPS* 89, p. 337 ss.

1962 "Fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht", en *RPS*, p. 31 ss.

1949 "Praxisänderungen, Eine methodologische Untersuchung über die Stellung des Richters zum eigenen Präjudiz auf Grund von Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts", en *Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft. 27*, Basel.

DUGUIT, Léon

Traité de droit constitutionnel, T. I-V, 3ª ed., Paris, 1927.

DUKOR, Benno

"Die Zurechnungsfähigkeit der Psychopaten", en *RPS* 66 (1951), p. 418 ss.

DWORKIN, Ronald

Los derechos en serio, traducción de M. Guastavino, Barcelona, 1984.

EBERMAYER, Ludwig/LOBE, Adolf/ROSENBERG, Werner

Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Band I, Berlin - New York, 1974.

EBERT, Udo

Der Überzeugungstäter en der neueren Rechtsentwicklung, Berlin, 1975.

ECHMANN, Horst

Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie. Der Begriff des Rechts en der Rechtstheorie H. L. A. Harts, Berlin, 1969.

ENGISCH, Karl

1975 *Einführung en das juristische Denken*, 6ª ed., Stuttgart.

1968 *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2ª ed.

1967 *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid.

1960 "Der Unrechtstabestand im Strafrecht", en *Deutschen Juristentag-FS*, p. 401 ss.

1958 "Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtsfertigungsgründen", en *ZStW* 70, p. 566 ss.

1954 "Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht", en *Festchrift für E. Mezger*, München/Berlin, p. 127 ss.

1931 *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen.

1930 *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Aalen. (reimpresión, Berlin, 1964).

ESER, Albin

"Die Entwicklung des Internationalen Strafrechts im Lichte des Werkes von Hans-Heinrich Jescheck", en *Festschrift für H.-H. Jescheck*, Band II, Berlin, 1985, p. 1353 ss.

ESPINO PÉREZ, Julio D.

Código Penal. Concordancias, 6ª ed., Lima, 1982.

ESPOSITO, Ubaldo

"Irretroattività e legalità delle pene", en *Studi en onore de Francesco Carnelutti*, T. IV, Padua 1950, p. 505 ss.

ESSER, Joseph

Vorverständnis und Methodenwahl en der Rechtsfindung, 2ª ed., Frankfurt am Main, 1972.

ETCHEBERRY, Alfredo

1976 *Derecho penal*, T. 1-2, PG, Santiago de Chile.

1956 *El concurso aparente de leyes*, Santiago de Chile.

EXNER, Franz

1957 *Biología Criminal (en sus rasgos fundamentales)*, Barcelona.

1910 *Das Wesen der Fahrlässigkeit (Eine strafrechtliche Untersuchung)*, Leipzig/Viena.

FALS BORDA, Orlando

Ciencia propia y colonialismo, México, 1970.

FARGE, Arlette/FOUCAULT, Michel

Le désordre des familias. Lettres de cachet des Archives de la Bastille, Paris, 1982.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo

2001 *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado"*, Barcelona.

1999a *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Zaragoza.

1999b *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?*, Granada.

FELCHLIN, Peter

Das politische Delikt, Tesis, Zürich, 1979.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan

Derecho penal fundamental, Bogotá, 1982.

FERRAJOLI, Luigi

Diritto e ragione: teoria del garantismo penale, 3ª ed., Rome/Bari 1996 (traducción española: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995).

FERRI, Enrico

1928 *Principi di diritto criminale. Delinquenti e delinquenza nella scienza, legislazione e giurisprudenza*, Torino.

1921 *Relazione sul Progetto preliminare di Codice penale*, Roma.

1908 *Sociología criminal*, prólogo de Primitivo Gonzáles del Alba, traducción de Antonio Soto y Hernández, Madrid, T. I-II.

1905 *Sociologie criminelle*, 8ª ed., Paris.

1900 *Sociologia criminale*, 4ª ed., Torino.

1893 *La sociologie criminelle*, Paris.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von

Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Giessen, 1847. Traducción en español: *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires, 1989.

FIANDACA, Giovanni

"Il bene giuridico come problema teorico e come criterio de politica criminale", en *Rivista italiana de Diritto e Procedura Penale*, 1982, p. 42 ss.

FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo

Diritto penale, PG, 3ª ed. (reimpresión), Bologna, 1989.

FIERRO, Guillermo J.

La ley penal y el derecho internacional, Buenos Aires, 1977.

FIGUEROA NAVARRO, Aldo

"La involución del sistema de penas en el contexto de la politización del Derecho Penal", en *ADP*, Lima, 1999, p. 273 ss.

FINCKE, Martin

1977 *Arzneimittelprüfung, strafbare Versuchungmethoden: "erlaubtes" Risiko bei eigeplantem fatalem Ausgang*, Heidelberg, Karlsruhe.

1975 *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Berlin

FIORE, Carlo

Diritto Penale, PG, T. I, 1993, T. II, 1995.

FIORELLA, Antonio

"Reato en generale", en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVIII, 1987, p. 793 ss.

FLEINER-GERSTER, Thomas

Grundzüge des allgemeienen und schweizerischen Verwaltungsrecht, 2ª ed., Zürich, 1980.

FLORIAN, Eugenio

Trattato di Diritto Penale, PG, 4ª ed., 1934.

FONTECILLA RIQUELME, Jorge

Concurso de delincuentes, de delitos y de leyes penales, Santiago de Chile, 1946.

FOREGGER, Egmont/SERINI, Eugen

Die österreichische Strafprozessordnung samt den wichtigsten Nebengesetzen Zusätze Kurzkommentar; mit einer Einführung und Erläuterungen unter

Berücksichtigung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes und des Schrifttums, 4ª ed., con la colaboración de VON GERHARD KODEK, 1989.

FOUCAULT, Michel

Surveiller y punir. Naissance de la prison, Paris, 1975.

FRANCIA, Luis

"Pluralidad cultural y derecho penal", en *Derecho*, Nº 47, p. 493 ss.

FRANCIA SÁNCHEZ, Luis

Serie Jurisprudencia. Tendencias jurisprudenciales de las Cortes Superiores. Academia de la Magistratura. Nº 3, Sentencias de derecho penal general y derecho procesal penal. Nº 4, Sentencias de derecho penal especial, Lima, 2000.

FRANK, Andre Gunder

"Die Entwicklung der Unterentwicklung", en *Lateinamerikas Entwicklung der Unterentwicklung*, Berlin, 1969.

FRANK, Reinhard

1931 *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., Tübingen.

1907 "Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs", en *Giessener Festschrift*, p. 11 ss.

FREY, Erwin

"Das Verhältnis von Strafe und Massnahme de lege lata und de lege ferenda", en *RPS* 66 (1951), p. 295 ss.

FRISCH, Wolfgang

2003 "Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre", en *GA*, p. 719 ss.

1992 "Selbsgefährdung im Strafrecht", en *NStZ*, p. 62 ss.

1989a "Grundprobleme der Bestrafung "verschuldeter" Affekttaten", en *ZStW* 101, p. 538 ss.

1989b "Vorsatz und Mitbewusstsein - Strukturen des Vortsatzes", en *Gedächtnisschrift Armin Kaufmann*, p. 311 ss.

1988 *Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg.

1983 *Vorsatz und Risiko*, Köln/Berlin/Bonn/München.

FROSALI, Raoul Alberto

Concorso di norme e concorso de reati, Citta di Castello, 1937.

FROSINI, Vittorio

Teoría de la interpretación jurídica, Bogotá, 1989.

FURNISCH, Dale B.

"La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano", en *Derecho* Nº 30, Lima, 1972, p. 61 ss.

GABBA, Carlo Francesco

Teoria della retroattività delle leggi, 3ª ed., 1891.

GADAMER, Hans-Georg

Wahrheit und Methode, 3ª ed., Tübingen, 1972 (traducido del alemán por E. Sacre: *Vérité et méthode, les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, édition intégrale revue y complétée par Pierre Fruchon, Paris, 1996).

GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco

"La evolución de la jurisprudencia penal mexicana a raíz de los cambios legislativos y de la influencia germánica", en *RPCCP* 1999, México, p. 359 ss.

GALLAS, Wilhelm

1972 "Abstrakte und konkrete Gefährdung", en *Heinitz-FS*, Berlin, 1972, p. 171 ss.

1955 "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", en *ZStW* 67, p. 1 ss.

1954 "Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund", en *Festschrift für Edmund Mezger*, München/Berlin, p. 311 ss.

GARCÍA ALBERO, Ramón

"Sobre la denominada «unidad natural de acción». A propósito de la STS de 23 de junio de 1989, ponente D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara", en *ADPCP*, mayo-agosto, T. XLVII, fascículo II, Madrid, 1994.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

1993 "El fuero militar como peligro", en *La Constitución traicionada. Páginas de historia reciente*, Lima, p. 247 ss.

1989 *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, Lima.

1984 *Mar y Constitución: Las 200 millas en la Constitución de 1979*, Lima.

1977 "Cuarenta años de constitucionalismo peruano", en *RDCP*, p. 83 ss.

1976 "Los gobiernos de ipso", en *Boletín informativo de la Universidad Católica Santa María*, Nº 11, Arequipa, p. 49 ss.

GARCÍA CAVERO, Percy

2003 *Derecho penal económico, PG*, Lima.

2002a "La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro", en *RDPC*, p. 103 ss.

2002b *La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes*, coordinador, Lima.

2000 "La imputación objetiva en los delitos imprudentes", en *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, p. 191 ss.

1999 *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio

Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad, Madrid, 1988.

GARCÍA RADA, Domingo

Manual de Derecho procesal penal, 6ª ed., Lima, 1980.

GARCÍA VITOR, Ernesto

Diversidad cultural y derecho penal. Aspectos criminológicos, políticos-criminales y dogmáticos. Colección Jurídica y Social, 36, p. 27 ss.

GAROFALO, Raffaele

Criminologia: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione, 2ª ed., Torino, 1891.

GARZÓN VALDEZ, Ernesto/LAPORTA, Francisco

El derecho y la justicia, Madrid, 1998.

GARRAUD, René

1934 *Précis du droit criminel: contenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle y des lois qui ont modifié ces deux Codes*, 15ª ed., Paris.

1922 *Traité théorique y pratique du droit pénal français*, T. I-IV, 3ª ed., Paris, 1913-1922.

GARRIDO MONTT, Mario

Derecho penal, PG, T. I-II, 2ª ed., Santiago de Chile, 2001.

GASSIN, Raymond

1988 "Les écoles en criminologie", en *RSC*, p. 201 ss.

1977 "De quelques tendances récentes de la criminologie anglaise et nord-américaine", en *RSC*, p. 249 ss.

GAUCHET, Marcel

"Droits de l'homme", en *Idées, Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, 1992, p. 121 ss.

GAUTHIER, Jean

1988 "Les problèmes juridiques y pratiques posés par la différence entre le droit criminel y le droit administratif pénal, Rapport suisse présenté au XIVe Congrès international de droit pénal", en *RIDP* 59, p. 399 ss.

1985 "Remarques sur le rôle de la sanction pénale en droit suisse", en *Le rôle sanctionnateur du droit pénal, Enseignement de 3e cycle de droit 1984* (responsable J. Gauthier), Fribourg, p. 219 ss.

1984 "La nouvelle législation suisse sur l'entraide internationale en matière pénale", en *RPS* 101, p. 51 ss.

1982 "Le délinquant étranger devant le juge pénal suisse", en *Les étrangers en Suisse*, Recueil de Travaux publiés par la Faculté de droit à l'occassion de l'assemblée de la SSJ à Lausanne, Lausanne, p. 281 ss.

1975 "La loi fédérale sur le droit pénal administratif", en *Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève* Nº 46, Genève, p. 23 ss.

1971 "Droit administratif y droit pénal, Rapport présenté devant la SSJ", en *RDS* 90, T. II, p. 325 ss.

GAVAZZI, Giacomo

Norme primarie e norme secondarie, Memorie dell'Instituto giuridico, Torino, 1967.

GAVIER, R.

"Algunos problemas referentes a la aplicación de los artículos 58 y 27 del código penal", en *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, año 111, Nº 3.

GEERDS, Friedrich

1965 "Besprechung von Roxin «Täterschaft und Tatherrschaft»", en *GA*, p. 370.

1961 *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg.

1960 "Einwilligung und Einverständnis des Verletzten", en *ZStW* 72, p. 42 ss.

1954 *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*, Universidad de Kiel.

GEILEN, Gerd

"Zur Problematik des Schuldausschliessenden Affekts", en *Festschrift für Reinhart Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 173 ss.

GEMMA, Claudio

"Diritto Costituzionale e diritto penale: un rapporto da redefinire", en *Diritto e Società*, Nº 3, 1986, p. 459 ss.

GENOCRATES

"El «dominio del hecho» como criterio para determinar el autor en el Código Penal argentino", en *La Ley*, T. 130, p. 540 ss.

GENY, François

Méthode d'interprétation y sources en droit privé positif, essai critique, T. I, 2ª ed., Paris, 1919.

GEPPERT, Klaus

1982 "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB", en *Juristische Ausbildung (Jura)*, año 4, Berlin/New York, 1982, p. 358 ss.

1971 "Rechtfertigende «einwilligung» des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Strassenverkehr?", en *ZStW* 83, p. 946 ss.

GERLAND, Heinrich Balthasar

Kritische Bemerkungen zum allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurf, Tübingen, 1921.

GÉRARD, Philippe

"Le recours aux travaux préparatoires y à la volonté du législateur", en *L'interprétation en droit: approche pluridisciplinaire* (publié sous la direction de M. van de Kerchove), Bruxelles, 1978, p. 51 ss.

GERMANN, Oskar Adolf

1972 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, angenommen en der Volksabstimmung vom 3. Juli 1938, en Kraft seit 1 Januar 1942, abgeändert durch Bundesgesetz vom 5. Oktober 1950, ergänzt durch die Bundesgesetze vom 20. Dezember 1968 und vom 18. März 1971, en *RPS* 88, p. 430 ss.

1971 "Grundzüge der Partialrevision des schweizerischen Strafgesetzbuches durch das Gesetz vom 18 März 1971", en *RPS* 87, p. 337 ss.

1967 *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 2ª ed., Bern.

1962 "Zum Straftatbestand der Unterschlagung, Das Urteil im Fall Nehmad", en *RPS* 78, p. 410 ss.

1961a "Vorsatzprobleme dargestellt auf Grund kritischer Analyse der neuern Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichtes", en *RPS* 77, p 345 ss.

1961b "Zum strafprozessrechtlichen Legalitätsprinzip", en *RPS* 77, p. 1 ss.

1958a "Massnahmenrecht des Schweizerischen Strafgesetzbuches", en *RPS* 73, p. 44 ss.

1958b "La révision actuelle du Code pénal suisse en matière de sanctions y en particulier de «mesures» privatives de liberté", en *RSC*, p. 769 ss.

1957 "Le contrôle du pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination des peines y des mesures de sûreté", en *RIDP* 27, p. 235 ss.

1954 "Rechtsstaatliche Schranken im internationalen Strafrecht", en *RPS* 69, p. 237 ss.

1953 *Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch*, 1. *Lieferung (Art. 1 StGB)*, Zürich.

1946 *Methodische Grundfragen. Schweizerische kriminalistische Studien*, 6ª ed., Basilea.

1942 *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zürich.

1923 *Die Bestimmungen über die Teilnahme im Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs*, Breslau.

GILLIARD, François

"Le Tribunal fédéral interprète du droit privé", en *Les règles d'interprétation*, Enseignement de 3e cycle de droit 1988 (responsable J.-F. Perrin), Fribourg, 1989, p. 167 ss

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique

1999a "Artículo 11", en COBO DEL ROSAL (director), *Comentarios al Código Penal*, T. I. Madrid.

1999b "El delito de omisión impropia", en *RDPC* 4, p. 525 ss.

1994 "*Causalidad omisión e imprudencia" en ADPCP*, III, p. 5 ss.

1981 *Estudios de derecho penal*, 2ª ed., Madrid.

1972 *Introducción a la Parte General del derecho penal español*, Madrid.

1970 "Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?", en *ZStW* 82, p. 379 ss. Traducción española: "¿Tiene un futuro la dogmática penal?", en *Estudios penales*, Madrid, 1976, p. 78 y ss.

1969 "El desarrollo de la reforma alemana del Derecho Penal", en *Sexualidad y crimen*, versión de la 3ª ed. alemana por Enrique Gimbernat, p. 381 ss.

1966 *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid.

GIOJA, Ambrosio L.

Ideas para una filosofía del Derecho, T. I-II, Buenos Aires, 1973.

GIOVANNONI, Pierre

"La causalité dans la responsabilité civile extra-contractuelle", en *RSJB* 98 (1962), p. 249 ss.

GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz von

Der Vorverständnisbegriff en der juristischen Hermeneutik, *ARSP* 73 (1987), p. 476 ss.

GMÜR, Arnold

Der Kausalzusammenhang en der zivilrechtlichen Rechtsprechung, Tesis, Zürich, 1926.

GOLDSCHMIDT, James

1930 "Normativer Schuldbegriff", en *Festgabe für Reinhard Frank*, T. I, Tübingen, p. 428 ss.

1913 "Der Notstand, ein Schuldproblem", en *Österr. Zeitschrift für Strafrecht*, T. 4, p. 129 ss.

1902 *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlin.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel

Teoría jurídica del delito, Derecho penal, PG, Madrid, 1984.

GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo

Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema, T. II, Lima, 1996.

GONZÁLES RUS, Juan José

Bien jurídico y constitución (Bases para una teoría), Madrid, 1983.

GOUGLER, Jean-Pierre

De la relation de causalité en matière d'assurance, Tesis, Lausanne, 1956.

GRACIA MARTÍN, Luis

2001 "Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)", en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia.

1996 "Las cuestiones de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", en Santiago MIR PUIG/Diego Manuel LUZÓN PEÑA (editores), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, p. 35 ss.

1985 *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, T. I-II, Zaragoza, 1985/1986.

GRAF ZU DOHNA, Alexander

Recht und Irrtum, 1925.

GRAVEN, Jean

1969 "Existe-t-il un chromosome du crime? Comment juger le délinquant porteur d'une anomie génetique XYY", en *Revue internationale de criminologie et de police technique*, Genève, T. 23 (1969), nº 1, p. 21 ss.

1968 "Existe-t-il un chromosome du crime? Comment juger le délinquant porteur d'une anomie génetique XYY", en *Revue internationale de criminologie et de police technique*, Genève, T. 22 (1968), nº 4, p. 277 ss.

1966 "Comment le droit pénal suisse réprime-t-il les infractions par négligence?", en *RICPT*, p. 170.

1965 *Le problème de la responsabilité pénale. Irresponsabilité y responsabilité restreinte*, ed. mimeografeada por la Association internationale de droit comparée (Section d'été, Coimbra), Nº 518.

1959 "Le rôle y les pouvoirs du juge pénal par rapport a l'expert médical en matière de responsabilité", en *RPS*, p. 347 ss.

1958 "La classification des infractions du Code pénal suisse y ses effets", en *RPS*, p. 3.

1955 "Droit pénal y défense sociale", en *RPS*, p. 1 ss.

1951a "Les principes de la légalité, de l'analogie et de l'interprétation et leuer application en Droit Pénal suisse", en *RPS* 66, p. 377 ss.

1951b "Franz von Liszt et le nouveau droit pénal suisse", en *RIDP* 1951, p. 209 ss.

1948 "Beccaria et l'avènement du droit pénal moderne", en *Grandes figures et grandes oeuvres juridiques*, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève Nº 6, Genève, p. 97 ss.

GRAVEN, Philippe

1989 "Note sur l'interprétation des lois pénales en suisse", en *Les règles d'interprétation, Enseignement de 3e cycle de droit 1988* (responsable J.-F. Perrin), Fribourg, p. 153 ss.

1978 "Les buts et l'esprit de la 3ᵉ révision partielle du Code pénal suisse", en *RPS* 95, p. 41 ss.

1977 "De la 2ª à la 4e révision partielle du Code pénal suisse", *RPS* 94, p. 28 ss.

1972 "L'adéquation du droit pénal aux réalités", en *RPS* 88, p. 243 ss.

1969 "La réforme pénale européenne et la revision partielle du Code Pénal suisse", en *RPS* 78, p. 15 ss.

1963 *Le cautionnement préventif*, Basel.

GRAVEN, Philippe/STRÄULI, Bernhard

L'infraction pénale punissable, 2ª ed., Berne, 1995.

GRAVEN, Philippe/JUNOD, Charles-André

"Societas delinquere potest?", en *Mélanges Robert Patry*, Lausanne, 1988, p. 351 ss.

GRISEL, André

Traité de droit administratif, T. I, Neuchâtel, 1984.

GROPP, Walter

Strafrecht, AT, Berlin, 1997.

GRÜNHUT, Max

"Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft", en *Festgabe für R. Frank*, I, 1930, p. 1 ss.

GRÜNWALD, Gerald

"Der Vorsatz des Unterlassungsdelikt", en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin, 1966, p. 281 ss.

GRÜTZNER, Heinrich

1964 *Le champ d'application du droit pénal. Aperçu comparatif élaboré en vue de la préparation d'une convention européenne portant unification des dispositions relatives au champ d'application du droit pénal*, Paris.

1960 "Rapport au VIIIème Congres international de Droit pénal, 4ème question: l'application de la loi pénale étrangère par le juge national", en *RIDP*, p. 393 ss.

GRZEGORCZYK, Christophe

1990 "Trois modèles de l'homme juridique", en *L'image de l'homme en droit, Mélange publié par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg*, p. 205 ss.

1989 "Le sujet de droit: trois hypostases", en *APD* (*Le sujet de droit*), T. 14, p. 9 ss.

GUESTINI, R.

Le fonti del diritto e l'interpretazione, Milano, 1993.

GUILLOD, Olivier

"Lutte contre le Sida, quel rôle pour le droit pénal?", en *RPS* 115 (1997) p. 130 ss.

GUKELBERGER, Beatrice

Die Absichtsdelikte des schweizerischen Strafgesetzbuches, Tesis, Bern, 1968.

GÜNTHER, Hans-Ludwig

Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983.

GURVITCH, Georges

"Le contrôle social", en *La sociologie au XXe siècle*, vol. I (editor), Paris, 1947, p. 290 ss.

GYSIN, Arnold

"Die Theorie des Notstands und dessen Behandlung im Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, 1918", en *RDS* 45 (1926), p. 44 ss.

HAFERKAMP, Hans

"Zur zukünftigen Neuorientierung der kriminologischen Forschung", en *Kriminologische Journal* 19 (1987), p. 171 ss.

HÄFLIGER, Arthur

"Der Notstand im Schweizerischen Strafrecht", en *Recueil de travaux suisses présentés au VIIIe Congrès international de droit comparé*, Basel, 1970, p. 379 ss.

HAFT, Fritjof

Strafrecht, AT, 8ª ed., München, 1998.

HAFTER, Ernst

1947 "Lücken im Strafgesetzbuch. Lückenausfüllung", en *RPS*, p. 133.

1946 *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, AT, 2ª ed. Bern.

1923 *Strafrecht und Schuld, Rektoratsrede*, Zürich.

1922 *Keine Strafe ohne Gesetz, Rektoratrede*, Zürich.

1904 "Strafe und sichernde Massnahme im Vorentwurfe zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuche", en *RPS* 17, p. 211 ss.

HALL, Jerom

"El principio de legalidad (*nulla poena sine lege*)", en *La Ley*, Nº 54, Buenos Aires, 1949, p. 810 ss.

HART, H. L. A.

El concepto de Derecho, traducido por Genaro Carrió, Buenos Aires, 1963.

HASSEMER, Winfried

1994 "Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz", en *Einführung in_Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (editores A. KAUFMANN y W. HASSEMER), Heidelberg, p. 248 ss.

1991 "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, Nº 1, Barcelona, p. 23 ss.

1990a *Einführung en die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., Münich.

1990b *Alternativkommentare* (Reihe Alternativkommentare, Gesamtherausgeber R. Wassermann), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. 1 (Redaktion: Kurt Seelmann), §§ 1-21, Neuwied.

1989a "Kennzeichen des Vorsatzes", en *Gedächnisschrift für Amin Kaufmann*, p. 289 ss.

1989b "Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre", en PHIPLIPPS, L./ SCHOLLER, H., *Jenseits des Funktionalismus, Festschrift für Arthur Kaumann*, Heidelberg, p. 85 ss.

1980 *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt.

1974 *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbek bei Hamburg.

HASSEMER, Winfried/LÜDERSSEN, Klaus/NAUCKE, Wolfgang

Hauptprobleme der Generalprävention, Frankfurt am Main, 1979.

HAUG, Ulrich

Bemerkungen zu Art. 20 StGB (Rechtsirrtum), unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, Tesis, Bern, 1987.

HAURI, Kurt

Militärstrafgesetz, Kommentar, Bern, 1983.

HAUSER, Robert

1984 *Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 2ª ed., Basel.

1975 "Zum Tatbestand des falschen Zeugnisses", en *RPS* 91, p. 337 ss.

HAUSSER, Dominique

"Notes sur le jugement du Tribunal de Police de Genève du 29 août 1995, Plädoyer 5/1994, p. 53 ss.

HAVA GARCÍA, Esther

2003 "Dolo eventual y culpa consciente. Criterios diferenciadores", en *ADP*, Lima, p. 111 ss.

2002 *La imprudencia inconsciente*, Granada.

2001 *La imprudencia médica*, Valencia.

HEGETSCHWEILER, Hans

"Strafverfolgung wegen Übertragung von Aids – nur ein strafrechtliches Problem?", en *RPS* 85 (1989), p. 300 ss.

HEGNAUER, Cyril/BRETSCHMID, Peter

Grundriss des Kindesrechts, 5ª ed. Bern, 1999.

HEIMANN-TROSIEN, Georg

"Einleitung", en *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar* - T. I, Berlin/New York, 1974; 10ª ed. 1978.

HEINE, Günter

1996 "Die strafrechtliche verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung - nationale Konsequenzen", en *Oesterreichische Juristenzeitung*, p. 211 ss.

1995 *Die strafrechtliche verantwortlichkeit von Unternehmen von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Baden-Baden.

HEREDIA, Ricardo

Lecciones en derecho penal filosófico, Lima, 1884.

HERNÁNDEZ, Max

Ideele, octubre 1992, p. 26 ss.

HERNÁNDEZ MARÍN, R.

Teoría general del derecho y de la Ciencia jurídica, Barcelona, 1989.

HERRERA PAULSEN, Darío

Curso de Derecho constitucional. Teoría general, Lima, 1970.

HERZBERG, Rolf Dietrich

1988 "Das Vollen beim Vorstazdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhaltens", en *JZ* 12, p. 576 ss.

1986 "Die Abgrenzung von Vorsatz und bewussster Farlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes", en *JuS* 4, p. 249 ss.

1977 *Täterschaft und Teilnahme: eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, München.

1972 *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, München.

HETTINGER, Michael

Die "Actio libera en causa": Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?: eine historisch-dogmatische Untersuchung, Berlin, 1988.

HIPPEL, Robert von

Deutsches Strafrecht, Band II: Das Verbrechen: allgemeine Lehren, Berlin, 1925-1930.

HIRSCH, Ernst. E.

"Die Einflüsse und Wirkungen ausländischen Rechts auf das heutige türkische Recht", en *Das Recht im sozialem Ordnungsgefüge*, Berlin, 1966, p. 89 ss.

HIRSCH, Hans Joachim

1993 "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", en *ADPCP* (1993-III), p. 1099 ss.

1981 "Der Streit um Handlung- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", en *ZStW* (93), p. 851 ss.

HIRSCHBERG, Rudolf

"Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz", en *ZStW* 53 (1934) p. 34 ss.

HÖFFE, Otfried

"Moral und Recht: philosophische Perspektive", en J. GRÜNDEL (editor), *Recht und Sittlichkeit, Studien zur Theologischen Ethik*, Fribourg, 1982.

HONIG, Richard

1930 "Kausalität und objektive Zurechnung", en *Festgabe Reinhard von Frank*, T. I, Tübingen, p. 174 ss.

1925 *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit.*

1919 *Die Einwilligung des Verletzen.*

HÖPFEL, Franz

"Zu Sinn und Reichweite des sogennanten Analogieverbots", en *JurBl.* 101 (1979), p. 505 ss. y 575 ss.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán

Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal), Barcelona, 1991.

HORN, Eckhard

Konkrete Gefährdungsdelikte, Köln, 1973.

HOTTELIER, Michel

La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral: contribution à l'étude des droits fondamentaux, Tesis, Lausanne, 1985.

HRUSCHKA, Joachim

1997 "Die Actio libera en causa bei Vorsätzten und bei Fahrlässigkeitstaten", en *JZ* 52, p. 22 ss.

1989 "Probleme der actio libera en causa heute", en *JZ* 44, p. 310 ss.

1983 *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode.*

1968 "Der Begriff der actio libera en causa und die Begründung iherer Strafbarkeit", en *JuS*, p. 554 ss.

HUBER, Christian

1997 "Ausgewählte Fragen zur Strafbarkeit der HIV – Übertragung", en *RPS* 115, p. 113 ss.

1995 *Die mittelbare Täterschaft beim gemeinen vorsätzlichen Begehungsdelikt*, Tesis, Zürich.

1989 "HIV - Infektion und AIDS – Erkrankung im Lichte des Art. 231 StGB sowie des Körperverletzungs – und Tötungsdelikte", en *RPS* 85, p. 149 ss.

HÜBNER, Florian

"Faut-il encore pénaliser la transmission du VIH en Suisse?", en *Plädoyer* 6/1996, p. 46 ss.

HUERTA TOCILDO, Susana

Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Valencia, 1997.

HUET, André/KOERING-JOULIN, Renée

Droit pénal international, Paris, 1994.

HULSMAN, Louk

"Planification et politique criminelle, aspects généraux", en ANCEL M./KONDRIAVTSEV, V. N. (editores), *La planification des mesures de lutte contre la délinquance*, travaux du Colloque de politique criminelle et de défense sociale organisé à Moscou du 13 au 19 octobre 1980, Paris, 1984, p. 43 ss.

HULSMAN, Louk/DE CELIS, J. B.

Peines perdues: le système pénal en question, Paris, 1982.

HURTADO POZO, José

2002 *Droit Pénal, PG*, T. II, Zurich.

1997a *Droit Pénal, PG*, T. I, 2ª ed., Zurich.

1997b *Droit Pénal, PS*, T. I, *Infractions contre la vie, l'intégrité corporelle y le patrimoine*, 3ª ed., Zürich.

1996 "Personas jurídicas y responsabilidad penal", en *ADP*, Lima, p. 141 ss.

1995 *Manual de derecho penal. PE*, 1, Lima.

1992 "Principe de la légalité et interprétation en droit pénal, en Problèmes actuelles de la lutte contre la criminalité", en *Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, RPS*, p. 221 ss.

1990 "La circulation des modèles juridiques: influences étrangères sur l'actuel code pénal suisse", en *Rapports suisses présentés au XIIIe Congrès international de droit comparé* (Montréal 19-24 août 1990), Zürich, p. 7 ss.

1988 "Politique criminelle y délinquance juvénile", en J. SCHUH (editor), *Jeunesse y délinquance*, Grüsch, p. 97 ss.

1987a *Manual de derecho penal. PG*, 2ª ed. Lima.

1987b "Le principe de la légalité. le rapport de causalité et la culpabilité: réflexions sur la dogmatique pénale", en *RPS* 104, p. 23 ss.

1984 *El Ministerio Público*, 2ª ed., Lima.

1981 "Reforma del Código Penal suizo y terrorismo", en *RJ* Nº 1, Lima, p. 77 ss.

1979 *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*, Lima.

1973 "Delitos contra la seguridad pública", Separata de la *RF*, Lima.

1972a *L'influence de la législation pénale suisse sur le code pénal péruvien (partie générale)*, tesis, Bienne.

1972b "La reforma parcial del código penal suizo (Ley federal del 18 de marzo de 1971)", en *Derecho*, Nº 30, Lima, p. 103 ss.

IANNI, Octavio

Imperialismo y cultura de la violencia en América Latina, México, 1970.

"Sociologie y dépendance scientifique en Amérique Latine", en *Informations sur les sciences sociales*, 1970, p. 4 ss.

IHERING, Rudolph von

Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Giessen, 1867.

JAÉN VALLEJO, Manuel

2002a *Derecho penal aplicado*, Lima.

2002b "Informe sobre los trabajos de la comisión redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano", en JAÉN VALLEJO, Manuel, *Justicia penal contemporánea*, Lima.

JAGGI, Kurt

"Das Zustimmunserfordernis für Aids-Test", en *RJB* 1990, p. 75 ss.

JAKOBS, Günther

2004 *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn.

2003a "Zum Begriff des Delikts gegen die Person", en *Festschrift für Geilen*, 2003, p. 64 ss.

2003b "Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?", en *Festschrift für Seiji Saito*, 2003, p. 17 ss.

2002 "¿Punibilidad de las personas jurídicas?" (traducido por Carlos J. Suárez González), en GARCÍA CAVERO (editor), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Lima, p. 65 ss.

1999 *Norm, Person Gesellschfat. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlin.

1997 *Estudios de derecho penal*. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Madrid.

1996 *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid.

1995a *Derecho Penal. PG. Fundamentos y teoría de la imputación.* Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid.

1995b "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem» Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des «alteuropäischen» Strafrechts?", en *ZStW* 107, p. 843 ss.

1994 "¿Superación del pasado mediante el derecho penal?", en *ADPCP*, p. 138 ss.

1991 *Strafrecht, AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª ed., Berlin.

1989 "Tätervostellung und objektive Zurechnung", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 271-288, Köln/Berlin.

1977 "Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung", en *ZStW* 89, p. 1 ss. (Traducido por Manuel Cancio Meliá, "La prohibición de regreso en el delito de resultado", en *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 241 ss.).

1976 *Schuld und Prävention*, Tübingen.

1974a "Das Fahrlässigkeitsdelikt, Beiheft", en *ZStW* 86, p. 6 ss.

1974b "Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem", en *Festschrift für Hanz Welzel*, 1974, p. 307 ss.

1972 *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin.

JELLINEK, Georg

Die Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2ª ed., Wien, 1908 (1ª ed., Berlin, 1878).

JENNY, Guido

1990 "Tatbestand und Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht", en *RPS* 107, p. 241.

JESCHECK, Hans-Heinrich

1981 *Tratado de derecho penal. PG*, Traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, T. I-II, Barcelona.

1972 "Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts", en *Festschrift für Reinhart Maurach*, Karlsruhe, p. 579 ss.

1965a "Zur Reform der Vorschriften des Strafgesetzbuchs über das internationale Strafrecht", en Internationales Recht und Diplomatie, Hamburg, p. 75 ss.

1965b "Befehl und Gehorsam en der Bundeswehr", en *Bundeswehr und Recht*, p. 65 ss.

1956 *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, T. 2, Anhang, p. 165 ss., T. I-IV 1956-1958.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas

Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5ª ed., Berlin, 1996.

JIMÉNEZ, Plácido

La sociedad y el delito, Lima, 1897.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis

1964 *Tratado de Derecho penal*, T. I-VI, 3ª ed., Buenos Aires.

1959 *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, México, Buenos Aires.

1926a *El derecho penal en la República del Perú*, Lima.

1926b *La sentencia indeterminada*, Buenos Aires.

1916 *La unificación del derecho penal en Suiza*, Madrid.

JOLIDON, Pierre

L'appréciation de la responsabilité pénale selon le CPS (art. 10 y 11), Tesis, Berne, 1956.

JORGE BARREIRO, Agustín

1994 *Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico penal en la actividad médica, en la responsabilidad del personal sanitario*, Madrid.

1990 *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid.

JUNG, Karl

Das Züchtigungsrecht des Lehrers, 1977.

JUNOD, Charles-André

"Infractions administratives y amendes d'ordre", en *SJ*101 (1979), p. 165 ss.

KAENEL, Peter

Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Straftheorien, Tesis, Bern, 1981.

KAISER, Günther

Jugendkriminalität. Rechsbrüche, Rechtsbrecher und Opfersituationen im Jugendalter, 3ª ed., Weinheim, 1982.

KANTOROWICS, Hermann

"Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft", en *MSchrKrim*, Año 7, abril de 1910 – marzo de 1911, p. 257 ss.

KARGL, Walter

Das Strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie, Frankfurt am M./Bern, 1993.

KAUFMANN, Armin

1983 "Rechtspflichtbegründung und Tabestandseinschränkung", en *Festschrift für U. Klug*, T. II, Köln.

1978 *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna.* Traducción de E. Garzón Valdés, Buenos Aires.

1971 "Tatbestandsmässigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren", en *JZ* 26, p. 569 ss.

1959 *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen.

KAUFMANN, Arthur

1985 "Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie", en *Festschrift für Hans Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, p. 273 ss.

1984 *Rechtsphilosophie im Wandel: Stationen eines Weges*, 2ª ed., Köln/Berlin.

1983 *Schuld und Strafe: Studien zur Strafrechtsdogmatik*, 2ª ed., Berlin.

1982 "Die Funktion des Handlungsbegriffs im Verbrechensaufbau", en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, p. 21 ss.

1974 "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", en *Festschrift für H. Welzel*, Berlin-New York, p. 307 ss. Traducción española en *NPP*, año 4, Nº 6, 1975, p. 159 ss.

1973 "Rechtsphilosophie im Wandel: Über den Zirkelschluss en der Rechtsfindung", en *Festschrift für W. Gallas*, Berlin/New York, p. 7 ss.

1966a "Schuld und Strafrecht", en *Studien zur Strafrechtsdogmatik* (Annales Universitatis Saraviensis, vol. 22), Köln.

1966b "Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre", en *Festschrift für H. Mayer*, p. 79 ss.

1965 *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt.

1961a *Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtphilosophische Untersuchung*, Heidelberg.

1961b "Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht", en *Festschrift für Eb. Schmidt*, p. 200 ss.

KAUFMANN, Hilde

Delincuentes juveniles, diagnosis y juzgamiento, Buenos Aires, 1983.

KAUFMANN, J.

Das Züchtigungsrecht der Eltern un Erzieeher, 1910.

KELSEN, Hans

1968 *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducido por Eduardo García Maynez, México.

1934 *Reine Rechtslehre*, Leipizig/Wien.

KENEL, Philippe

La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais – Une solution pour la Suisse, Genève, 1991.

KERCHOVE, Michel van de

"La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique", en *L'interprétation en droit* (publié sous la direction de M. van de Kerchove), Bruxelles, 1978, p. 13 ss.

KIENAPFEL, Dietmar

1984 "Probleme der Einheitstäterschaft", en *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart. Strafrecht*, AT, 4ª ed.

1966 *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, Frankfurt.

KILLIAS, Martin

2001 *Précis de droit pénal général*, en colaboración con Bernard A. Dénéréaz, 2ª ed., Berne.

1991 *Précis de criminologie*, Berne.

1989 "Tendances récentes en criminologie suisse", en *RICPT* 42, p. 136 ss.

1983 "Criminology en Switzerland", en *International Handbook of Contemporary Developpments en Criminology* (éditeur E. H. Johnson), Westport, p. 571 ss.

KYMLICKA, Will

La citoyenneté multiculturelle: une théorie libérale du droit des minorités, traducido del inglés por Patrick Savidan, Paris, 2001.

KINDHÄUSER, Urs

2000 *Strafrecht, AT*, Baden-Baden.

1994 "Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigskeitshaftung", en *GA*, p. 197 ss.

1992 "Sicherheitsstrafrecht – Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft", en *Universitas*, p. 227 ss.

1989 *Gefärdung als Straftat. Rechtstheoretisch Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefärdungsdelikte*, Frankfurt am Main.

1984 "Der Vorsatz als Zurechnungskriterium", en *ZStW* 96, p. 1 ss.

1982 "Lehre von der hinreichenden Minimalbedingung", en *GA*, p. 477 ss.

KIRCHMANN, Julius H. von

Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft ein Vortrag, geh. in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1848, Darmstadt, 1960.

KITAGAWA, Zantaro

Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, Frankfurt/Berlin, 1970.

KLOSE, Peter

"«Jus puniendo» und Grundgesetz", en *ZStW* 86 (1974), p. 33 ss.

KLUG, Ulrich

1968 "Problemas de filosofía del Derecho y Política jurídica en el Derecho penal sexual", en *Sexualidad y crimen*, 3ª ed., traducida por Enrique Gimbernat, Madrid.

1956 "Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz", en *ZStW* 68, p. 399 ss.

KNAPP, Blaise

Cours de droit administratif, Bâle, 1994.

KNAPP, Victor

1988 "Auslegung im Recht", en *ARSP* 74, p. 145 ss.

KOBELT, Karl

Der adäquate Kausalzusammenahng und der Umfang der schadensdeckung in der privaten Feuerversicherung, Tesis, Bern, 1957.

KOHLER, Josef

Internationales Strafrecht, Stuttgart, 1917.

KÖHLER, Michael

1982 *Die bewuste Fahrlässigkeit*, Heidelberg.

1997 *Strafrecht, AT*, Berlin.

KOHLRAUSCH, Eduard/LANGE, Richard

Strafgesetzbuch, mit Erläuterung und Nebengesetzen, 43ª ed., Berlin, 1961.

KOLLER, Arnold

Eine Bilanz der neueren Strafrechtsreform in der Schweiz: Tagung der Emil-Brunner-Stiftung in Zusammenarbeit mit dem Institut für Sozialethik der Universität Zürich, 2000.

KONIG, Rene

Das Fischer Lexikon- Soziologie, Frankfurt am Main, 1976.

KOSCHAKER, Paul

Europa und das romische Recht, 4ª ed., München/Berlin, 1966.

KRAFFT, Mathias

"Les privilèges y immunités diplomatiques en droit international, leurs conséquences pour l'instruction pénale", en *RPS* 101 (1984), p. 141 ss.

KRAUSS, Detlef

"Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht", en *ZStW* 76 (1964), p. 19 ss.

KREY, Volker

Keine Strafe ohne Gesetz: Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes "nullum crimen, nulla poena sine lege", Berlin/New York, 1983.

KRÜMPELMANN, Justus

1994 "Motivation und Handlung im Affekt", en *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin/New York, 1974, p. 327 ss.

KÜHL, Kristian

2000 *Strafrecht, AT*, 3ª ed., München.

1976 "Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969", en *ZStW* 88, p. 6 ss.

KUHLEN, Lothar

1987 *Die Unterscheidung von vorsatzausschliessendem und nichtvorsatz-ausschliessendem Irrtum*, Bern/Frankfurt/New York.

1985 "Violaciones de normas en el derecho y en la moral" (traducido del alemán por E. Garzón Valdés, manuscrito inédito), en *Derecho y filosofía*, compilado por E. Garzón Valdés, Barcelona, p. 175 ss.

KUHN, Andre

"Les effets possibles de la révision du droit suisse des sanctions", en *RPS* 1999, p. 290 ss.

KUNZ, Karl-Ludwig

1990 "Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV – Infektion nach schweizerischem Recht", en *RPS* 107, p. 39 ss.

1988 "Der Umfang der Notwehrbefugnis in vergleichender Betrachtung", en *Die Schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, FS zum schweizerischen Juristentag 1988*, Bern, p. 161 ss.

KURT, Victor

"Les dispositions révisées du Code pénal suisse", en *RPS* 77 (1972/1) p. 19 ss.; *RPS* 78 (1972/2) p. 17 ss.; y *RPS* 79 (1972/3), p. 14 ss.

LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel

Jurisprudencia del proceso sumario 1996-1997. Ejecutorias de la Sexta Sala Corporativa de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, Lima, 1999.

LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian

Strafgesetzbuch, mit Erläuterungen, 23ª ed., München, 1999.

LACOSTE, Ilse

Die europäische Terrorismus-Konvention, Tesis, Fribourg, 1982.

LAMBERT, Jacques

"La contribution du droit comparé à l'étude des problèmes du sous-développement", en *Problèmes contemporains de droit comparé*, T. II, Tokio.

LAMPE, Ernst-Joachim

2003 *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, editores y traductores Carlos Gómez-Jara Díez, Guillermo Orce y Miguel Polaino-Orts, Lima.

1967 *Das personale Unrecht*, Berlin.

LANGE, Richard

1979 "Ist Schuld möglich?", en *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, p. 261 ss.

1964 "Die moderne Antropologie und das Strafrecht", en E. R. FREY (editor), *Schuld, Verantwortung, Strafe*, 1964, p. 277 ss.

LARENZ, Karl

1980 *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., traducción de la 4ª ed. alemana por Rodríguez Molinero, Barcelona.

1973 "Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem", en *Festschrift für E. R. Huber*, Göttingen, p. 291 ss.

1966 *Metodología de la ciencia del derecho*, traducido por Enrique Gimbernat, Barcelona, 1966.

1927 *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, Leipzig.

LARENZ, Karl/CANARIS, Claus-Wilhelm

Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Lehrbuch, 3ª ed., Berlin/Heidelberg/New York, 1995.

LARRAURI, Elena

"La imputación objetiva (Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva)", en BUSTOS RAMIREZ, JUAN/LARRAURI, ELENA, *La imputación objetiva*, Bogotá, 1989.

LASCOUMES, Pierre/SANSONETTI, Riccardo

"Les intérêts protégés par la nouvelle loi fédérale sur les opérations d'initiés (art. 161 CP)", en *RSJ* 84 (1988), p. 221 ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio

"La retroactividad penal favorable: una cuestión de proporcionalidad", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 14, Lima, 2004, p. 184 ss.

LASK, Emil

Fichtes Idealismus und die Geschichte: erster Teil / Emil Lask, Berlin: Imberg und Lefson, Freiburg i. B., 1902.

LATAGLIATA, Angelo R.

"Concorso di persone nel reato (diritto penale)", en *Enciclopedia del Diritto*, T. VIII, Milano, 1961.

LATTANZI, Giuseppe

I codici penali con la costituzione e legge varie, 8ª ed., Milano, 1974.

LAURENZO COPELLO, Patricia

El resultado en derecho penal, Valencia, 1992.

LAZZARO, G.

"Sistema giuridico", en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIX, Torino, 1970, p. 459 ss.

LEIGH, Leonard H.

The Criminal Liability of Corporation in English Law, London, 1969.

LEIPZIGER KOMMENTAR

Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar - T. I, Berlin/New York, 1974; 10ª ed. 1978.

LEÓN, Carlos Aurelio

"El problema indígena en el Perú", en *RF* 1924, p. 355 ss.

LEONE, Giovanni

1976 "Reato continuato", en *Novisimo Digesto Italiano*, T. XIV, Torino, 1976, p. 967 ss.

1933 *Del reato habituale, continuato e permanente*, Napoli.

LEONE, Mauro

Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale, Napoli, 1974.

LERCH, Emil

"Tatirrtum und Rechtsirrtum im schweizerischen Strafrecht", en *RPS* 1951, p. 158 ss.

LESCH, Heiko Hartmut

2001 *Injusto y culpabilidad en derecho penal*, Bogotá.

1999 *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln.

1998 "Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición", en *RPCP* Nº 6, p. 669 ss.

1995 *Intervención delictiva e imputación objetiva*, traducido por Javier Sánchez-Vera, Bogotá.

1992 *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt a.M.

LEUKAUF, Otto/STEININGER, Herbert

1992 *Das neue österreichische Strafrecht, Zweiter Teil: Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3ª ed., Eisenstadt.

1974 *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Viena.

LEVASSEUR, Georges

1971 "Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps", en *En hommage à J. Constant, Mélanges publiés par la Faculté de droit de Liège*, Liège, p. 189 ss.

1964 "Réflexions sur la compétence: un aspect négligé du principe de la légalité, en *Problèmes contemporains de procédure pénale. Mélanges L. Hugueney*, Paris, p. 13 ss.

LISZT, Franz von

1929 *Tratado de Derecho penal*, traducido por Quintiliano Saldaña/Jiménez de Asúa y adicionado con la historia del derecho penal en España, por Quintiliano Saldaña, T. I-III, Madrid, 1914-1929.

1912 *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 19ª ed., Berlin.

1908 *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 17ª ed., Berlin.

1905 *Der Zweckgedanke im Strafrecht (Marburger Universitätsprogramm), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, T. 1, Berlin, reimpresión, 1970.

1888 "Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft", en *ZStW*, p. 138 ss.

LISZT, Franz von/SCHMID, Eberhard

Lehrbuch des deutschen Strafrechts, T. I, 26ª ed., T. II, 25ª ed., 1927-1932.

LOB, Jean

"Sida y droit pénal", en *RPS* 83 (1987), p. 163 ss.

LOGOZ, Paul/SANDOZ, Yves

Commentaire du Code pénal suisse, PG, 2ª ed., Neuchâtel/Paris, 1976.

LOMBOIS, Claude

1980 "Le droit pénal international", en *RIDP* 51, p. 55 ss.

1979 *Droit pénal international*, 2ª ed., Paris.

LOMBROSO, Cesare

L'uomo delinquente studiato en rapporto all'antropologia, alla medicina legale e alle discipline carcerarie, 1ª ed., Milano, 1876.

LOMBROSO, Cesare/FERRERO, Guglielmo

La donna delinquente, la prostituta e la donna normale, Roma, 1893.

LONDOÑO BERRÍO, Hernando León/VARGAS RESTREPO, Alicia Eugenia

"El indígena ante el derecho penal", en *NFP* 63, 2000, p. 87 ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coords.)

"La persona del Derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel", en *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. I-II, Madrid.

LOZANO, Josep M.

Ética y empresa, Madrid, 1999.

LÜDERSSEN, Klaus

Zum Strafgrund der Teilnahme, Baden-Baden, 1967.

LUHMANN, Niklas

Rechtssoziologie, T. I-II, Reinbek bei Hamburg 1972.

LUKIT, K.

"La légalité en Yugoslavie", en *Le concept de la légalité dans les pays socialistes*, editado por Polka Akademia, Wroclaw- Warzwa 1961.

LÜTOLF, Sandra Hilda

Strafbarkeit der juristichen Person, Tesis, Zürich, 1997.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel

2002 *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª ed., Buenos Aires.

1996 *Curso de Derecho Penal, PG*, T. I, Madrid.

1978 *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona.

LUZZATI, Claudio

1999 *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certeza del diritto*, Milano.

1990 *La vaghezza delle norme, un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano.

MAIWALD, Manfred

1985 "Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs «erlaubtes Risiko» für die Strafrechtssystematik", en *Festschrift für Hans Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, p. 405 ss.

1972 "Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts", en *Festschrift für R. Maurach*, p. 9.

1964 *Die Natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg.

MAHSOUB, Salih

La force obligatoire de la loi pénale pour le juge, Tesis, Genève, Lausanne, 1952.

MAIHOFER, Werner

"Die gesellschaftliche Funktion des Rechts", en *Jahrbuch Für Rechstssoziologie und Rechtstheorie*, T. I, 1970, p. 28 ss.

MAIWALD, Manfred

"Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts", en *Festschrift für R. Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 9 ss.

MALINVERNI, Alessandro

"L'esercizio del diritto un metodo di interpretazione", en *RIDPP* (1988) 31, p. 367 ss.

MANFREDINI, Mario

"La impronta positivista nel nuovo codice penale peruviano", en *RIDPP*, nueva serie, 1925, p. 73 ss.

MANNHEIM, Hermann

Vergleichende Kriminologie, T. I-II (traducido del inglés por D. Bär y S. Bertz), Ludiwigsburg 1973.

MANSO PORTO, Teresa

"La regulación del error en el Código Penal peruano", en *RPCP* 12, 2002, p. 70 ss.

MANTOVANI, Ferrando

2002 *Principi di diritto penale*, Padova.

1979 *Diritto penale. Parte generale*, Milano.

MANZINI, Vincenzo

Tratatto di diritto penale italiano, T. I-IX, Torino, 1933-1939. (Traducción española por Sentís Melendo: *Tratado de derecho penal*, T. I-VI, *PG*, Buenos Aires, 1948-1961).

MAPELLI CAFFARENA, Borja/TERRADILLOS BASOCO, Juan

Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed., Madrid, 1996.

MAQUEDA ABREU, María Luisa

2003 "Crítica a la reforma penal anunciada", en *Jueces para la Democracia*, nº 47, 2003.

1992 *Los delitos de propia mano: críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal*, Madrid.

1983 "El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al art. 6bis a del CP", en *CPC* 21, p. 718 ss.

MARIÁTEGUI, José Carlos

Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana, Lima, 1972.

MARINI, Annibale

1993 *Lineamenti del sistema penale*, 2ª ed.

1989 "Consenso dell'avente diritto", en *Appendice* del *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, p. 71 ss.

MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio

Corso di diritto penale, 1, 3ª ed., Milano, 2001.

MARKEES, Curt

1986 "Entraide internationale en matière pénale: la loi fédérale du 20 mars 1981", en *FJS* 421 à 425 (12 fiches, mises à jour entre le 31 août 1982 y le 1er septembre).

1985 "Mehrfache territoriale Gerichtsbarkeit: ne bis in idem und Auslieferung", en *ASDI* 41, p. 121 ss.

MARSICO, Alfredo de

Diritto penale, PG, reimpresión puesta al día por Manlio Mazzanti, Napoli, 1969.

MARTIN-ACHARD, Edouard

"La discipline des professions libérales (statut et droit disciplinaire), Rapport présenté devant la SSJ", en *RDS* 70 (1951), p. 137 ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos

Manual de derecho penal económico, PE, Valencia, 1999.

MARX, Michael

Zur Definiton des Begriffs "Rechtsgut". Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köln, 1972.

MASÍAS ZAVALETA, D.

Teoría general del delito, Cusco, 1998.

MASSARI, Eduardo

Le dottrine generale del diritto penale. Corso di lezioni universitarie, reimpresión de la 1ª ed., Napoli, 1930.

MATOS MAR, José

"Dominación, desarrollos y pluralismos en la sociedad y cultura peruanas", en *Perú actual (sociedad y política)*, México, 1970.

MATTEZ, Heinz Z.

1979 *Problemas de derecho penal administrativo*, T. I, traducción de J. M. Rodríguez Devesa, Madrid.

1976 *Untersuchungen zur Kehre von den Ordnungswidrigkeiten*, T. I, Berlin.

MAURACH, Reinhart

1962 *Tratado de derecho penal*, T. I-II, PG, traducción de Juan Córdoba Roda, Barcelona.

MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Heinz/ZIPF, Heinz

Strafrecht, AT, T. 2, *Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 7ª ed., Heidelberg, 1989.

MAURACH, Reinhart/SCHRÖDER, Friedrich-Christian/MAIWALD, Manfred

Strafrecht, BT, T 1, *Straftaten gegen Persönlichkeit- und Vermögenswert*, 7ª ed., Heidelberg, 1988.

MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz

Strafrecht, AT, T. 1 *(Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat)*, 8. Auflage, Heidelberg/Karlsruhe, 1992.

MAÚRTUA, Víctor Manuel

"Discurso en la Société Générale des Prisons", en *Revue pénitenciare y de droit pénal. Bulletin de la Société Générale des Prisons*, Paris, 1919, p. 231 ss.

MAYER, Helmut

Strafrecht, AT, Stuttgart, 1967.

MAYER, Max Ernest

Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2ª ed., 1923.

MAYER, Walter

"Les problèmes posés dans le droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles", en *RIDP* 1961, p. 1114.

MAYER-MALI, Theo

Rechtswissenschaft, 5ª ed., München/Wien, 1991.

MAZUELOS COELLO, Julio

2003 "El delito imprudente", en *ADP*, p. 147 ss.

2001 "La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del «actuar en lugar de otro»", en *Advocatus*, diciembre.

1995 "El fundamento de la posición de garante emergente del actuar precedente y la injerencia", en *Control social y dogmática penal*, Lima.

MEDRANO OSSIO, José

Responsabilidad penal de los indígenas, Potosí, 1941.

MEIER-HAYOZ, Arthur

"Art. 1 ZGB", en *Berner Kommentar*, T. I/1, 5ª ed., 1981.

MEINI MÉNDEZ, Iván

2002 "Observaciones en torno a la parte general del Código de Justicia Militar", en *ADP* (*La Reforma del Derecho Penal Militar*), 2001-2002, Lima, p. 197 ss.

1999a "El «actuar en lugar de otro» en el derecho penal peruano", en *NFP*, Medellín, p. 127 ss.

1999b *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina

Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, Madrid, 1993.

MENNICKEN, Axel

Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie, Hamburg/Berlin/Zürich, 1970.

MERKEL, Adolf

Konkurrenz en Vergleichende Darstellung des deutschen und auslaendischen Strafrechts, T.V., Berlin, 1908.

MERKEL, Rudolf

Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, Strasbourg, 1895.

MERLE, Roger/VITU, André

Traité de Droit Criminel, T. I (*Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*), 7ª ed., Paris, 1997.

MEYER, Alex

"Les infractions commises a bord des aéronefs y leurs conséquences. Rapport Général présenté au VIIIème Congres International de Droit pénal (Atenas 26 de setiembre al 2 de octubre de 1957)", en *RIDP*, p. 1957.

MEZA, Roberto

Jurisprudencia sobre delito de terrorismo. 350 Resoluciones, Instituto de Defensa Legal, Lima, 1996.

MEZGER, Edmund

1967 *Strafrecht: Ein Studienbuch, AT*, 2ª ed., München/Berlin.

1958 *Derecho penal. Libro de estudio, PG*, traducción de Conrado Finzi, Buenos Aires.

1951 "Unrechtbewusstsein im Strafrecht", en *NJW* 4, p. 500 ss.

1950 *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner*, 3. Aufl. (1949) Berlin.

1946 *Tratado de Derecho penal*, T. I-II, *PG*, traducción de Rodríguez Muñoz, Madrid. La tercera edición fue traducida por J.A. Rodríguez Muñoz (vol. 1) y Quintano Ripollés (vol. 2). Madrid, 1955-1957.

1926 *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, p. 13 ss.

1924 "Die subjektiven Unrechtselemente", en *GS* 89, p. 205 ss.

MEZGER, Edmund/BLEI, Hermann

Strafrecht, AT, T. I, 16ª ed., München, 1977.

MILITELLO, V.

1995 "La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia", en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, p. 409 ss.

1984 *Rischio e responsabilitä penale*, Milano.

MIR PUIG, Santiago

2003 *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª ed., Montevideo/Buenos Aires.

1998 *Derecho penal. PG*, 5ª ed., Barcelona.

1982 "Objeto del delito", en *NEJ*, XVII, p. 767 ss.

1979 *Funciones de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona.

MIR PUIG, Santiago/LUZÓN PEÑA, Diego Manuel

Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Barcelona, 1996.

MIRO QUESADA, Oscar

La nacionalización del derecho por la extensión universitaria, Lima, 1911.

MIXÁN MASS, Florencio

Derecho Procesal Penal, T. I, Trujillo 1982.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat

1987 *Del espíritu de las leyes*, traducido por Mercedes Blásquez, y Pedro de Vega; introd. de Enrique Tierno Galván, Madrid.

MORALES PRATS, Fermín

En *Comentarios al Nuevo Código Penal* (Gonzalo Quintero Olivares, director). Art. 138, Pamplona 1996, p. 665 ss.

MOREILLON, Laurent

L'infraction par omission, Genève, 1993.

MOREILLON, Laurent/GAUTHIER, Jean

"L'application dans le temps de la nouvelle Loi fédérale du 17 juin 1994", en *RPS* 113 (1995), p. 369 ss.

MORENO, Moisés

2001 "Política criminal y globalización", en Moisés MORENO (coordinador), *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI. II Congreso Internacional de Derecho Penal*, México DF, p. 235 ss.

1999a *Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización*, México, D. F.

1999b "La regulación del error en la legislación penal mexicana", en *RPCCP*, México, p. 77 ss.

MORESO, Juan José

"Lenguaje jurídico", en Ernesto GARZÓN VALDÉS/Francisco J. LAPORTA, *El derecho y la justicia*, Madrid, 1996.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo

Curso de Derecho Penal español, PG (dirigido por Cobo del Rosal), Madrid.

MORSELLI, Elio

La función del comportamiento interior en la estructura del delito, Bogotá, 1992.

MÜLLER, Jörg Paul

Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux, con la colaboración de Walter KÄLIN et Stefan MÜLLER; traducción de Michel Hottelier, Luzius Mader y Michel Rossinelli, Berne, 1983.

MÜLLER, M.

"Strafrecht und Epidemierecht en der Aids- Bekämpfung", en *AJP* 1993/II, p. 915.

MÜLLER, Walter

1980 "Droit maritime", en *FJS* 1030a (puesta al día el 1 de enero de 1980).

1955 "Schweizerisches Seestrafrecht", en *RPS* 70, p. 142 ss.

MULLER-DIETZ, Heinz

Strafe und Staat, 1974.

MÜLLER-RAPPARD, Ekkerhart

L'ordre supérieur militaire et la responsabilité pénale du subordonné, Paris, 1965.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCIA ARÁN, Mercedes

2000 *Derecho penal. PG*, 4ª ed., Valencia.

1999 *Derecho penal. PE*, 12ª ed., Valencia.

MUSCO, Enzo

Bene giuridico e tutela dell'onore, Milano, 1974.

MÜSSIG, Bernd

Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, Frankfurt am Main, 1994.

NAGLER, Johannes

Die Teilnahme am Sonderverbrechen ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme, Leipzig, 1903.

NAUCKE, Wolfgang

1991 *Strafrecht. Eine Einführung*, 6ª ed., Neuwied.

1973 *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht* (Recht und Staat, Heft 417), Tübingen.

NIEDERSCHRIFTEN

Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, T. II, 1958.

NIESE, Werner

1954 "Empfiehlt sich die Einführung einer einheitlichen Strafe auch. im Falle der Realkonkurrenz?", en *Materialen zur Strafrechtsreform*, T. I, Bonn, p. 159.

1951 *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen.

NIGGLI, Marcel A.

"Zur Problematik der Auslegung en Zivil- und Strafrecht", en *PJA* 2 (1993), p. 154 ss.

NIGGLI, Marcel/WIEPRÄCHTIGER, Hans

Strafgesetzbuch, T. I, Basel/Genf/München, 2003.

NINO, Carlos Santiago

2000 *La validez del derecho*, 1ª reimpresión, Buenos Aires.

1989 *Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires/Barcelona/México.

1980a *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires.

1980b *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires.

1974 *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México.

1972 *El concurso en el Derecho Penal. Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la clasificación penal de una conducta*, Buenos Aires.

NOBEL, Peter

"Das Insider-Geschäft", en *RSJ* 79 (1983), p. 121 ss.

NOLL, Peter

1981 *Strafrecht, AT*, T. I, Zürich.

1975 "Technische Methoden zur Überwachung verdächtiger Personen im Strafverfahren", en *RPS* 91, p. 45 ss.

1966 "Schuld und Prävention; Rationalisierung des Strafrechts", en *Festschrift für H. Mayer*, Berlin, p. 219 ss.

1965 "Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung", en *ZStW* 77, p. 1 ss.

1964 "Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und en der Rechtsprechung", en *RPS* 80, p. 160 ss.

1963 "Zur Gesetztechnik des Entwurfes eines Strafgesetzbuchs", en *JZ*, p. 299 ss.

1962 *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen.

1959 "Satirische Ehrverletzungen", en *BJM*, p. 3 ss.

1955 *Übergesetzliche Rechtsfertingungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten*, Basilea.

NOVAK, Fabián

"Antecedentes históricos del nuevo Derecho del Mar", en *Derecho del Mar. La Convención del Mar de 1982*, Lima, 2001.

NOVAK, Fabián/GARCÍA-CORROCHANO, Luis

Derecho internacional público, T. II, *Sujetos de derecho internacional*, vol. 1, Lima, 2001.

NOVOA MONREAL, Eduardo

Curso de Derecho penal, T. I-II, Santiago de Chile, 1960-1966.

NÚÑEZ, Estuardo

La influencia alemana en el Derecho penal peruano, Lima, 1937.

NÚÑEZ, Ricardo

1974 *Manual de Derecho penal, PG*, Córdoba/Buenos Aires.

1964 *Derecho penal argentino*, T. I-IV, Buenos Aires, 1959-1964.

OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio

"Función y límite del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *ADPCP* XLIII (1990), p. 5 ss.

OEHLER, Dietrich

1983 *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., Köln/Berlin/Bonn/München.

1970 "Theorie des Strafanwendungsrecht", en *Geburstagsgabe für H. Grützner*.

1961 "Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit", en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, p. 232 ss.

OGOREK, Regina

"Gibt es eine Methode der Rechtsanwendung? Gedanken zum Zürcher Blockseminar über Methodenlehre", en *recht* 4 (1995), p. 141 ss.

OLMEDO CARDENETE, Miguel

En COBO DEL ROSAL Y OTROS, *Comentarios al Código Penal*, T. I, art. 17, p. 866 ss.

ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coordinador)

"La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica", en *Libro Homenaje a Claus Roxin*, México, 2003.

OSENBRÜGGEN, Eduard

Casuistik des Criminalrechts, Schaffhausen, 1854.

OST, François

"L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur", en *L'interprétation en droit* (publicado bajo la dirección de M. van de Kerchove), Bruxelles, 1978, p. 97 ss.

OST, François/KERCHOVE, Michel van de

1989 *Entre la lettre et l'esprit, les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles.

1982 "Le jeu de l'interprétation en droit, contribution à l'étude de la clôture du langage juridique", en *APD* 27, p. 395 ss.

OSTERMEIER, H.

"Kollektivschuld im Strafrecht", en *RPS* 4 (1971), p. 75 ss.

OTTLEY, John

"Criminal Liability for Detective Products", en *RIDP* (*La criminalité d'affaires*) 1982 (1/2), p. 148 ss.

OTTO, Harro

1998 *Grundkurs Strafrecht: allgemeine Strafrechtslehre*, 5ª ed., Berlin (nueva edición, 2000).

1993 *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, Berlin.

1984 "Selbstgefährdung und Fremdverantwortung", en *Jura*, p. 536 ss.

1981 "Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde", en *GA*, p. 481.

OVERBECK, Alfred von

"Die zeitliche Geltung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und die Behandlung der Uebergangsfälle", en *RPS* 56 (1942), p. 353 ss.

PACHAS PALACIOS, Eduardo Remi

Error de tipo y error de prohibición en el Código penal peruano de 1991, Lima, 2003.

PAGLIARO, Antonio

Principi di diritto penale, PG, 6ª ed., Milano, 1998.

PANNAIN, Remo

Manuale di diritto penale, 4ª ed., Roma, 1967.

PAREDES VARGAS, César

Imputación objetiva, Tesis de Maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1997.

PAREJA PAZ SOLDAN, José

Derecho constitucional peruano, 5ª ed., Lima, 1973.

PARISI, Angelo

"Theories of Corporate Criminal Liability", en HOCHSTEDLER (editor), *Corporations as Criminals*, 1984.

PARODI GIUSINO, Manfredi

Reati de pericolo tra dogmatica e politica criminale, Milano, 1990.

PAWLIK, Michael

2002 *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin/New York.

1999 *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln.

PEASE G. Y., Franklin

Perú. Hombre e Historia. Entre el siglo XVI y el XVIII, T. II, 1992.

PEDRAZZI, Cesare

"Le rôle sanctionnateur du droit pénal", en *Le rôle sanctionnateur du droit pénal, Enseignement de 3e cycle de droit 1984* (responsable J. GAUTHIER), Fribourg, 1985, p. 15 ss.

PEÑA CABRERA, Raúl

1995 *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, 2ª ed., Lima (3ª ed. 1997).

1977 *Derecho Penal peruano, PG*, Lima.

1972 *Derecho penal peruano, PE*, Lima.

PEÑA JUMPA, Antonio

1998 *Justicia comunal en los andes del Perú: el caso de Calahuyo*, Lima.

1996 "Derecho y pluralidad cultural: el caso de los Aymaras de Puno", en *Derechos culturales*, Lima, p. 85 ss.

PEÑA JUMPA, Antonio/CABEDO MALLEL, Vicente/LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco

Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina, Lima, 2002.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique

La participación en el delito y el principio de accesoriedad, 1990.

PEREIRA CHUMBE, Roberto Carlos

"Evolución legislativa de la Justicia Militar en el Perú", en *ADP* (*La Reforma del Derecho Penal Militar*), 2001-2002, p. 357 ss.

PÉREZ ÁLVAREZ, F.

Contribución al estudio de las categorías "objeto material" del delito y los delitos de "mera actividad", al hilo del concepto de resultado en Derecho Penal, Salamanca, 1995.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos

"La persona del Derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel", en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (Coordinadores.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. I, Madrid, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio E.

Los derechos fundamentales, 3ª ed., Madrid, 1988.

PÉREZ MANZANO, Mercedes

Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, Madrid, 1999.

PERRIN, Jean-François

"Pour une théorie de l'interprétation judiciaire des lois", en *Les règles d'interprétation*, Enseignement de 3e cycle de droit 1988 (responsable J.-F. Perrin), Fribourg, 1989, p. 243 ss.

PFENNINGER, Henrich

Das Strafrecht der Schweiz, Berlin, 1890.

PFUND, W. Robert

"Verwaltungsrecht - Strafrecht (Verwaltungsstrafrecht), Rapport présenté devant la Société suisse de juristes", en *RDS* 90 (1971) T. II, p. 108 ss.

PETTERS-PREISEDANZ

Praktische Strafrechtsfälle mit Lösung, 13ª ed., Berlin, 1968.

PFENINGER, Heinrich

Das Strafrecht der Schweiz, Berlin, 1890.

PIAGET, Jean

Psychologie normale y pathologique, Paris, 1968.

PIOTTET, Paul

"La doctrine dite finaliste de l'infraction («finale Handlungslehre»), étude critique", en *RPS* 71 (1956), p. 385 ss.

PIQUEREZ, Gérard

Manuel de procédure pénale suisse, Zürich, 2001.

PISAPIA GIAN, Domenico

Introduzione alla parte speciale del diritto penale, T. I, Milano, 1948.

PLANCK, Max

"Vom Wessen der Willensfreiheit", en POTHHAST, Ulrich (editor), *Freies Handeln und Determinismus*, Frankfurt a. M. 1978, p. 115 ss.

PLATZGUMMER, Winfried

Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, Wien, 1964.

POLAINO NAVARRETE, Miguel

2000 *Derecho penal, PG*, T. II, vol. I, Barcelona.

1999 En Manuel COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, T. I, art. 16, p. 813 ss.

1974 *El bien jurídico en el derecho penal.*

POLAINO-ORTS, Miguel

"¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho Penal", en *ADP*, Lima, 2003, p. 215 ss.

PONCELA, Pierrette

"Le droit pénal: au nom de la loi ou malgré la loi", en *APD* 25 (1980), p. 29 ss.

PONCET, Dominique/NEYROUD, Philippe

"Immunité, exterritorialité et droit d'asile en droit pénal international", en RIDP 49 (1978), p. 579 ss.

PRADEL, Jean

2003 *Droit pénal général*, Paris, ed. 2002/2003.

1995 *Le nouveau code pénal (partie générale): loi Nº 92-683 du 22 juillet 1992*, 2ª ed., Paris.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor

2000 *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú: doctrina, jurisprudencia, legislación*, Lima.

1999 *Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia*, Lima.

1996 *Todo sobre el Código Penal*, Lima.

1993 *Comentarios al Código penal 1991*, Lima.

1985 *Política criminal peruana*, Lima.

PRADO UGARTECHE, Javier

La filosofía del derecho y el método positivo, Tesis, Lima, 1904.

PUPPE, Ingeborg

1991 "Zur Vorstellungsinhalt des dolus eventualis", en *ZStW* 103, p. 41 ss.

1992 *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg.

1991 "Die Vorstellunginhalt des dolus eventualis", en *ZStW* 103, p. 1 ss.

1983 "Zurechnung und Warscheinlichkeit", en *ZStW* 95, p. 287 ss.

1979 *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlin.

PURITANO, Domenico

"La teoria del bene giuridico fra codice e Constituzione", en *Questione criminale*, 1981, p. 111 ss.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio

1966 *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., puesta al día por E. Gimbernat Ordeig, Madrid.

1958 *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Barcelona.

1953 *La influencia del derecho español en las legislaciones hispanoamericanas*, Madrid.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo

Manual de Derecho Penal. PG (con la colaboración de Fermín Morales Prats y Josep Miquel Prats Canut), 3ª ed., Navarra 2002.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros

Comentarios al nuevo Código Penal, Pamplona 1996.

RABOSSI, Eduardo

"Sobre la pena", en *Homenaje a Luis Jiménez de Asúa, Problemas actuales de los códigos penales y de la función del derecho*, Buenos Aires, 1970.

RADBRUCH, Gustav

1974 *Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1932. Traducción de W. Roces, Filosofía del derecho. México.

1952 "Eine Feuerbach Gedankenrede", en *Recht und Staat en Geschichte und Gegenwart*, editado por Eberhard Schmidt, Tübingen.

1904 "Ueber den Schuldbegriff", en *ZStW*, p. 338 ss.

RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón

2004 "Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal. Hacia una visión integrada", en *ADP*, p. 129 ss.

2001 "Atribución de responsabilidades en el Derecho penal de la empresa", en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho Penal*, Universidad del Externado, Bogotá, p. 244 ss.

1999 *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona.

RASCH, Wilfried

Forensische Psychiatrie, 2ª ed., Stuttgart, 1999.

RASELLI, Niccoló

"Geldstrafe versus kurze Freiheitsstrafe?", en *BC* 1/1994, p. 70 ss.

RAZ, Joseph

"La intención en la interpretación", en *Doxa*, Nº 20, 1997, p. 199 ss.

REAÑO, José Leandro

"El error de tipo", en *ADP* 2003, p. 200 ss.

RECASÉNS SICHES, Luis

Nueva filosofía de la interpretación del Derecho, México, 1956.

REGIS PRADO, Luiz

Curso de directo penal brasileiro, T. 1, PG, 2ª ed., São Paulo, 2000.

REHBERG, Jörg

1983 *Die strafrechtliche Bedeutung der Alkoholisierung, Kriminalistik*, p. 507 ss.

1962 *Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko"*, Zürich.

REHBERG, Jörg/DONATSCH, Andreas

Grundriss Strafrecht I: Verbrechenslehre, 7ª ed., Zürich, 2001.

REHBINDER, Manfred

Einführung en die Rechtswissenschaft, 8ª ed., Berlin/New York, 1995.

RENZIKOWSKI, Joachim

Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen, 1997.

REYES ALVARADO, Yesid

1994 *Imputación objetiva*, Bogotá.

1990 *El concurso de delitos*, Bogotá.

RHEINSTEIN, Max

Einführung en die Rechtsvergleichung, München, 1974.

RICHARD, Philippe

La Convention de Tokyo: étude de la Convention de Tokyo relative aux infractions y à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, Tesis, Lausanne, 1971.

RICHERT, John P.

En *Rev. int. de crim.*, 1974, p. 196 ss.

RICKERT, Heinrich

Die Grenzen der naturwissen-schaftlichen Begriffsbildung, 1902.

RICOEUR, Paul

2001 *Le Juste 2*, Paris.

1991 *Préface aux Temps de la responsabilité*, en Lectures 1, Autour du politique, Paris.

RIEDO, Christof/CHVOJKA, Michaela

"Fahrlässigkeit, Mittäterschaft und Unsorgfaltsgemeinschaft", en *RPS* 120 (2002), p. 152 ss.

RIESE, K.

"Rückwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot", en *NJW* 1969, p. 549 ss.

RIKLIN, Franz

1997 *Schweizerisches Strafrecht, AT*, I, Verbrechenslehre, Zürich.

1994a "Neue Sanktionen und Ihre Stellung im Sanktionensystem", en *Reform der strafrechtlichen Sanktionen*, Zürich, p. 145 ss.

1994b "Geldstrafe versus kurze Freiheitsstrafe?", en *BC* 2/, p. 81 ss.

1994c "Die Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft (SKG) und die Strafrechtsreform - Ein kritischer Kommentar", en *RPS* 112, p. 432 ss.

1985 "Probleme der Gesetzestechnik im Strafrecht", en *Le rôle sanctionnateur du droit pénal, Enseignement de 3e cycle de droit 1984* (responsable J. Gauthier), Fribourg, p. 207 ss.

1981 "Pressedelikte en Vergleich zu den Rundfunkdelikten", en *RPS* 98, p. 189 ss.

RITTLER, Theodor

Lehrbuch des österreichischen Strafrechts. Auf den Grundlage des Grundrisses von Heinrich Lammasch, 2ª ed., Viena 1964.

ROBERT, Christian-Nils

1989 "La criminologie: un outil d'évaluation des résultats de la justice pénale?", en *Limites du droit pénal: quelques interrogations*, Travaux du Centre d'étude de technique y d'évaluation législatives de l'Université de Genève Nº 35, Genève.

1985 *Délinquances d'affaires: l'illusion d'une politique criminelle*, Rapport SSJ.

1977 "Quelles recherches y quelles criminologies en Suisse?", en *BC* 2, p. 10 ss.

ROBERT, Jacques-Henri

1999 *Droit Pénal géneral*, 4ª ed., Paris.

1977 "L'histoire del éléments de l'infraction", en *RSC*, p. 269 ss.

ROBLES PLANAS, Ricardo

2003 *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid/Barcelona.

ROCCO, Arturo

Relazione Ministeriale referente al Código de 1930, T. V, parte I.

RÖDER, Hermann

1969 *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematisches Standort im Verbrechensaufbau*, Berlin.

1964 *Der Allgemeine Teil des österreichischen Strafgesetzentwurfes.*

1957 "Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt", en *ZStW*, 69, p. 238.

1953 *Die Erscheinungsformen des Verbrechens, in Spiegel der subjektive und objektiven Strafrechtstheorie*, Wien.

RODRIGUEZ DEVESA, José María

Derecho penal español, PG, 8ª ed., Madrid, 1981.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso

Derecho Penal Español, PG, 13ª ed., Madrid, 1990.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo

1997 *Comentarios al Código penal* (Dirigido por Gonzalo Rodríguez Mourullo y coordinado por Agustín Jorge Barreiro, Madrid.

1977 *Derecho penal. PG*, T. I, Madrid.

RODIEUX, Jean-Pascal

Le droit pénal des mineurs dans la novelle de 1971: au regard des travaux préparatoires y du droit désirable, Tesis, Lausanne, 1976.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis

"Sobre el error de tipo y el error de prohibición en el Proyecto de CP", en *La Ley* 1, 1980, p. 1073 ss.

ROJAS VARGAS, Fidel

2000 *Jurisprudencia penal patrimonial*, 1998-2000, Lima.

1999a *Jurisprudencia penal*, T. I, Lima.

1999b *Jurisprudencia procesal penal*, T II, Lima.

1999c *Jurisprudencia penal comentada*, Lima.

ROJAS VARGAS, Fidel/INFANTES VARGAS, Alberto

Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada, Lima, 2001.

ROJJASI PELLA, Carmen

Ejecutorias supremas penales 1993-1996, Lima, 1997.

ROMEO CASABONA, Carlos María

1999 "Los delitos contra la integridad corporal y la salud", en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje a Ángel Torío López*, Granada.

1998 *Derecho biomédico y bioética*, Granada (coordinador).

1994 *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid.

ROSENFELD, Ernst Heinrich

«Schuld und Vorsatz im von Lisztischen Lehrbuch», en *ZStW* 1991, p. 466 ss.

ROSS, Alf

1979 *Über den Vorsatz*, Baden-Baden.

1975 *On Guilt, Responsability and Punishement*, London.

1974 *On Law and Justice*, Berkeley.

1973 *Colpa, responsabilita e pena*, Milano, 1972.

1970 *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires.

ROSSINELLI, Michel

Les libertés non écrites: contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel, Lausanne, 1987.

ROTH, Robert

1997 "Responsabilité pénale de l'entreprise: modèles de réflexion", en *RPS* 115, p. 345 ss.

1985 "Les sanctions administratives: un nouveau droit (pénal) sanctionnateur?", en *Le rôle sanctionnateur du droit pénal, Enseignement de 3e cycle de droit 1984* (responsable J. Gauthier), Fribourg, p. 125 ss.

1981 "Tribunaux pénaux, autorités administratives et droit pénal administratif", en *RDAF* 37, p. 285 ss y 381 ss.

ROTH, Robert/PIRKL, Peter

1993 "Chronique, Dix ans de réforme pénale en Suisse", en *RDPCr* 12, p. 1099 ss.

ROTMAN, Edgardo

1990 *Beyond punishment. A new view on the rehabilitation of criminal offenders*, New York.

1975 "L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale", en *Aspects nouveaux de la pensée juridique, recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, vol. II, Paris, p. 163 ss.

ROUBIER, Paul

Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps), 2ª ed., Paris, 1960.

ROXIN, Claus

2003 *Strafrecht, AT*, T. II (*Besondere Erscheinungsformen der Straftat*), München.

2000 *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., Berlin.

1998 *Dogmática penal y política criminal*, Lima.

1997 *Strafrecht, AT*, Band I, *Grundlagen, (Der Aufbau der Verbrechenslehre)*, 3. Aufl., München.

1997a *Derecho Penal. PG.* T. I, *Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª ed. alemana, Madrid.

1997b *La imputación objetiva en el derecho penal*, Lima.

1995 "Anmerkung zu BGH 40, 218", en *JZ*, p. 49 ss.

1994 "Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten", en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, p. 241 ss.

1993 *Leipziger Kommentar. Großkomentar*, 11ª ed., Berlin/New York.

1989a "Bemerkungen zum Regressverbot", en *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989* (JESCHECK, Hans-Heinrich/VOGLER, Theo, Hrsg.), Berlin/New York, p. 177 ss.

1989b "Finalität und objektive Zurechnung", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, editores Dornseifer, Gerhard/Horn, Eckhard, Köln, Berlin, p. 237 ss.

1981 "Der fehlgeschlagene Versuch", *JuS*, p. 1 ss.

1976 *Problemas básicos del Derecho penal*, traducción de Diego Manuel Luzon, Madrid.

1974a "«Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorien", en *Grundfragen der gesamten Strafrechtwissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin, p. 171 ss. Traducción de F. Muñoz Conde, "«Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías jurídico-penales sistemáticas", en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, 1981.

1974b "Kriminalpolitische Ueberlegungen zum Schuldprinzip", en *Strafrecht und Strafrechtsreform* (editores K. Madelener, D. Papenfuss y W. Schöne), Köln/Berlin/Bonn/München.

1973a *Strafrechtliche Grundlagenprobleme* (recueil d'articles), Berlin/New York.

1973b *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., Berlin/New York. Hay traducción de la 1ª ed. a cargo de Muñoz Conde, *Política criminal y sistema de derecho penal*, Barcelona, 1972.

1970 "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", en *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, p. 133 ss.

1968 "Strafzweck und Strafrechtsreform", en *Programm für ein neues Strafgesetzbuchs*.

1966 "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", en *JuS*, p. 377 ss.

1962 "Zur Kritik der finales Handlungslehre", en *ZStW* 74, p. 515 ss.

ROXIN, Claus/ARZT, Günther/TIEDEMANN, Klaus

1994 *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 3ª ed., Heidelberg (Versión española, notas y commentarios de Luis Arroyo Zapatero, de la 1ª ed., Barcelona, 1989).

ROXIN, Claus/SANCINETTI, Marcelo A.

Desviación del curso causal y "dolos generalis", Buenos Aires, 2002.

ROY FREYRE, Luis

Derecho penal peruano, PE, T. I (2ª ed. 1986) - II (1975) - III (1983), *PE*, Lima.

RUBIO, Marcial/BERNALES, Enrique

Perú: Constitución y sociedad política, Lima, 1981.

RUDOLPHI, Hans-Joachim

1974 "Recensión" de ARZT, *Willensmangel bei der Einwilligung*, en *ZStW* 86, p. 82 ss.

1970 "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs", en *Festschrift für R. Hönig*, p. 151 ss.

1969 "Vorhersehrbarkeit und Schutzzweck der Norm en der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre", en *JuS*, p. 549 ss.

RUDOLPHI, Hans-Joachim/HORN, Eckhard/SAMSON, Erich

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, T. I, AT (§§ 1-79b), 6. Auflage, 22. Lieferung, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1993.

RUSCA, Michele

La destinée de la politique criminelle de Carl Stooss, Tesis, Fribourg, 1981.

RUSCONI, Maximiliano

"La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Código Penal de la República de Guatemala (1991)", en *ADP*, Lima, 1996, p. 173 ss.

SAINZ CANTERO, José A.

Lecciones de Derecho Penal, PG, 3ª ed., Barcelona, 1990.

SALAZAR BONDY, Augusto

"Dependencia y Cultura", en *Perú actual (sociedad y política)*, México, 1970.

SALDAÑA, Quintiliano

"Historia del derecho penal en España", adición a la traducción de Franz von LISZT, *Tratado de derecho penal*, T. I, Madrid, 1914-1917.

SALVAGE, Philippe

"Le consentement en droit pénal", en *RSC*, 1991, p. 699 ss.

SAMSON, Erich

Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, Metzner/Frankfurt, 1972.

SANCINETTI, Marcelo

2003 *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Buenos Aires.

2001 "Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la Parte General de los códigos penales," en *RDPC*, 2ª época, Nº 8, p. 207 ss.

1997 *Subjetivismo e imputación objetiva*, Buenos Aires.

1987 "Obediencia debida y Constitución nacional", en *DP*, Nº 39.

s/f "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva", en *RPCP*, Año V, Nº 9, p. 561 ss.

SAND, Peter H.

"The harmonisation of African Law", en *Current trends in African legal Geography: the interfusion of legal systems*, Milano, 1974, p. 117.

SAN MARTÍN, César

Derecho Procesal Penal, T. I-II, 2ª ed., Lima, 2003.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo

Manual de derecho procesal penal, Lima, 2004.

SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, Javier

2002 *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid.

1999 *Pflichtdelikt und Beteiligung, zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlin.

1995 *Intervencion omisiva, posicion de garante y prohibicion de sobrevaloracion del aporte*, Bogotá.

SANDOVAL, Juan Carlos

"Legislación de emergencia y especialidad del delito militar", en *ADP* (*La Reforma del Derecho Penal Militar*), 2001-2002, Lima, p. 173 ss.

SASTRE ARIZA, Santiago

"Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica", en *Doxa* Nº 24, p. 581 ss.

SAUER, Wilhelm

Derecho penal, PG, traducido por Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona, 1956.

SAX, W.

"Grundsätze der Strafrechtspflege", en *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, 2ª ed., Berlin, 1972.

SCHAFF, Adam

Ensayos sobre filosofía del lenguaje, Barcelona, 1973.

SCHAFFSTEIN, Friedrich

1974 "Handlungsunwerth, Erfolgsunwerth und Rechtsfertigung bei den Fahrlässigkeitdelikten", en *Festschrift für Hans Welzel*, p. 557 ss.

1970 "Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht", en *Festschrift f. Hönig*, p. 169 ss.

1960 "Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre", en *ZStW* 72, p. 369 ss.

1937 "Der Streit um das Rechtsgutverletzungdogma", en *DStR*, p. 335 ss.

SCHAFFSTEIN, Friedrich/BEULKE, Werner

Jugendstrafrecht: eine systematische Darstellung, 13.Auflage, Stuttgart, 1998.

SCHÄRER, Frédéric

"Le droit pénal aérien suisse", en *RPS* 70 (1955), p. 166 ss.

SCHMID, Nicklaus

"Das fortgesetzte Delikt am Ende?", en *recht* 1991, p. 134 ss.

SCHMID, Pierre/FREI, Lionel/WYSS, Rudolf/SCHOUWEY, Jean-Dominique

"L'entraide judiciaire internationale en matière pénale", en *RDS* 100 (1981) T. II, p. 245 ss.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard

1986 "Was ist aus der finalen Handlungstheorie geworden?", en *JZ*, p. 109 ss.

1980 "Die Grenzen zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat", en *JuS*, p. 241 ss.

1975 *Strafrecht. AT. Lehrbuch*, Tübingen.

1966 "Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstsein", en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlin, p. 317 ss.

SCHMIDT, Eberhard

1995 *Einführung en die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (2ª impression de la 3ª ed.), Göttingen.

1929 "Das Reichsgericht und der «Übergesetzlichenotstand»", en *ZStW* 49 (1929), p. 350 ss.

SCHMITT, Rudolf

1985 "Der Anwendungsbereich von § 1 Strafgesetzbuch (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz)", en *Festschrift für H.-H. Jescheck*, T. I, Berlin, p. 223 ss.

1963 "Die Konkurrenz im geltenden und künftugen Strafrecht", en *ZStW* 75, p. 43 ss.

SCHÖNE, Wolfgang

1986 "Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz", en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlin, New York, p. 649 ss. (Versión en español: *Imprudencia, tipo y ley penal*, Bogota, 1996).

1974 *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*.

SCHÖNIG, Roger

"Zur Festellung des Todeszeitpunkt", en *NJW* 1968, p. 189 ss.

SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst

Strafgesetzbuch, Kommentar, 26ª ed., München, 2001.

SCHOTTLÄNDER, Adolf

Die geschichte Entwicklung des Satzes: nulla poena sine lege, Breslau - Schletter, 1911.

SCHOUWEY, Jean-Dominique

1989 "Les crimes internationaux et le droit pénal interne (rapport suisse)", en *RIDP* 60, p. 465 ss.

1988 "L'exécution en Suisse de jugements pénaux prononcés à l'étranger", en *Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers*, Enseignement de 3e cycle de droit 1987 (responsable F. Knoepfler), Fribourg, p. 249 ss.

SCHREIBER, H.

"Die Zulässigkeit der rückwirkendes Verlängerung der Verjährungsvorschriften", en *ZStW* 80 (1968), p. 348 ss.

SCHRÖDER, Adolf

"Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht", en *ZStW* 1969, p. 7 ss.

SCHRÖDER, Horst

1969 "Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht", en *ZStW* 81, p. 13 ss.

1962 "Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch", en *Jus*, p. 81 ss.

1949 "Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs", en *Festschrift für Sauer*, p. 207 ss.

SCHROTH, Hans Jürgen

Unternehmen als Normadressanten und Sanktionsobjekt, Giessen, 1993.

SCHROTH, Ulrich

1977 "Probleme und Resultate der Hermeneutik – Diskussion", en *Einführung en Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (editores A. KAUFMANN/W. HASSEMER), Heidelberg/Karlsruhe, p. 188 ss.

1998 *Vorsatz und Irrtum*, München.

SCHUBARTH, Martin

1995 "Der Richter zwischen Rationalität und Sensibilität", en *recht* 4, p. 151 ss.

1982 *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht*, BT, Bd. I, Bern.

1968 *Die Systematik der Aneignungsdelikte*, Tesis, Basel.

SCHULTZ, Hans

1992 "Fünfzig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch", en *RPS* 109, p. 3 s.

1991 "Schweizer Strafrecht 1991: Rückblick und Ausblick", en *RDS* 110, T. I, p. 173 ss.

1987 *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Bern.

1985a "Krise der Kriminalpolitik?", en *Festschrift für H.-H. Jescheck*, T. II, Berlin, p. 791 ss.

1985b *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches*, Bern.

1984 "Zur Revision des Strafgesetzbuches vom 9. Oktober 1981: Gewaltverbrechen", en *RPS* 101, p. 113 ss.

1982a "Vierzig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch", en *RPS* 99, p. 1 ss.

1982b *Einführung en den allgemeinen Teil des Strafrechts*, T. I-II, 4ª ed., Bern.

1981 "Das neue Schweizer Recht der internationalen Zusammenarbeit en Strafsachen", en *RSJ* 77, p. 94 ss.

1978 "Wandlungen im internationalen Strafrecht der Schweiz", en *Gedächtnisschrift für H. Schröder*, München, p. 37 ss.

1974a "Les problèmes actuels de l'extradition", en *RIDP* 45, p. 499 ss.

1974b *RJB* 110, p. 378.

1973 "Der Bedingte Strafvollzug nach dem Bundesgesetz vom 18. März 1971", en *RPS* 89, p. 52 ss.

1972 "Dreissig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch", en *RPS* 88, p. 1 ss.

1970 "Die zweite Teilrevision des schweizerischen Strafgesetzbuches", en *RJB* 106, p. 1 ss.

1968 "Les problèmes actuels de l'extradition (rapport général provisoire)", en *RIDP* 39, p. 785 ss.

1967 "Compétence des juridictions pénales pour les infractions commises à l'étranger", en *RSC*, p. 305 ss.

1967a "Compétences des juridictions pénales pour les infractions commisses à l'étranger", en *RSC*, p. 305 ss.

1967b "Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1966", en *RSJB* 103, p. 419 ss.

1964 "Neue Probleme des internationalen Strafrechts und Auslieferungsrechts", en *RSJ* 60, p. 81 ss.

1963a "Neue Entwicklungen im sogenannten internationalen Strafrecht", en *Festschrift für H. von Weber*, Bonn, p. 305 ss.

1963b "Les effets internationaux de la sentence pénale (rapport suisse)", en *RIDP* 34, p. 177 ss.

1961 "Zur Bundesgerichtlichen Rechtsprechung über den Sachenverhaltsirrtum, StGB Art. 19", en *RPS* 77, p. 74 ss.

1960a "L'empire de la loi pénale dans l'espace", en *FJS* 1208-1209 (mise à jour: 1er mars).

1960b "Le lieu de commission (art. 7 CP)", en *FJS* 1210 (mise à jour: 1er mars).

1960c "Der Begehungsort", en *FJS* Nº 1210, Bern.

1958 "L'application de la loi pénale dans le temps", en *FJS* 1203 (mise à jour: 1er juillet).

1957 "Die räumliche Geltung des schweizerischen Strafgesetzbuches nach der neueren Gerichtspraxis", en *RPS* 72, p. 306 ss.

1954 "Der Begriff der Auslieferung en der Bestimmungen über die räumliche Geltung des schweizerischen Strafrechts", en *RPS* 69, p. 376 ss.

1953 *Das schweizerische Auslieferungsrecht*, Basel.

s/f "Teilnahme", en *FJS* Nº 1189-1191.

s/f "Actes licites", en *FJS*, Nº 1204-1207.

SCHULZ, Joachim

"Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung. Zur Fassung der Theorie von der gesetzmässigen Bedingung", en *Festschrift für Karl Lackner*, Berlin/New York, 1987, p. 39 ss.

SCHUMANN, Heribert

1989 "Zur Wiederbelebung des «voluntativen» Vorsatzelements durch BGH", en *JZ* 44, p. 427 ss.

1986 *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen.

SCHÜNEMANN, Bernd

1995 "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo (Jornadas en homenaje al Prof. Tiedemann)*, Madrid, p. 565 ss.

1988 "Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", en *ADPCP*, 1988-II, p. 533 ss.

1984 "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken", en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin - New York.

1979 *Unternehmenskriminalität und Strafrecht eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führ- ungskräfte nach geltendem u. geplantem Straf- u. Ordnungswidrigkeiten- recht*, Berlin.

1975 "Moderne Tendenzen en der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte", en *JA*, p. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., 797 ss.

SCHWANDER, Vital

1970 "Das Territorialitätsprinzip im schweizerischen Strafrecht", en *Recueil des travaux suisses présentés au VIIIe Congrès international de droit comparé*, Basel, p. 365 ss.

1966 *Das schweizerische Strafgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis*, 2ª ed., Zürich.

1965 *Actes du XIIIème Congres international de droit pénal*, Paris.

1960 "L'application de la loi pénale étrangère par le juge pénal national (rapport suisse)", en *RIDP* 31, p. 576 ss.

SCHWARZ, Andreas B.

"La réception y l'assimilation des droits étrangers", en *Introduction à l'tude du droit comparé - Recueil des travaux en Hommage d'E. Lambert*, Paris, 1938, p. 398.

SCHWARZENEGGER, Christian

"Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet", en *RPS* 118 (2000) p. 109 ss.

SCHWENTER, Jean-Marc

"De quelques problèmes, réels ou imaginaires, posés par les nouvelles dispositions réprimant les actes de violence", en *RPS* 100 (1983), p. 281 ss.

SCHWOB, Renate

"Droit pénal administratif de la Confédération", I à V, *FJS* 1286-1290 (mise à jour: 1er octobre 1985).

SEEGER, M.

Ueber die Rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze, 1962.

SEELMANN, Kurt

Strafrecht AT: Kurzlehrbuch zum allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafrechts, Basel, 1999.

SEILER, Walter

Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personnenverbände, Fribourg, 1967.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María

2004 *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima.

2003 "¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?", en DÍEZ RIPOLLÉS y otros (editores), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a José Cerezo Mir*, Madrid, p. 977 ss.

2000 *Estudios de derecho penal*, Lima.

1999 *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*, Madrid (2ª ed. 2001).

1997 *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona.

1995 "La responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español", en SILVA SÁNCHEZ (editor), *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, p. 357 ss.

1993 "Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1ª del Código Penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)", en *Derecho de la circulación. Aspectos civiles y penales*, Madrid.

1992 *Aproximaciones ad Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona.

1986 *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona.

SILVA SANTISTEBAN, José

Derecho natural o filosofía del derecho, Lima, 1984.

SIMMONDS

En *Revue de Droit International et de Droit Compare*, 1959.

SINA, Peter

"Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»", en *Baseler Studien zur Rechtswissenchaft*, T. 62, Basel, 1962.

SINISCALCO, Marco

"Tempus commissi delicti, reato permanente e succesione di leggi penali", en *Studi in onore de Antolisei*, vol. III, Milano, 1965, p. 248 ss.

SOBREVILLA, David

"La cultura y la filosofía de la dominación, Apuntes sobre un planteo de Agusto Salazar Bondy", en *Apuntes*, año 1, Nº 1, Lima, 1975, p. 49 ss.

SOFOS, Themistoklis

Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen, Berlin, 1999.

SOLER, Sebastián

1976a *Derecho penal argentino*, T. I-V, 7ª reimpresión, Buenos Aires.

1976b "La formulación actual del principio «nullum crimen sine lege»", en *Fe en el Derecho*, Buenos Aires.

1969 *Las palabras de la ley*, México.

1962 *La interpretación de la ley*, Barcelona.

SOMMARUGA, Alberto

1951a "La legítima defensa en la doctrina y en el código penal peruano", en *RDCP*, Lima, p. 520 ss.

1951b "La antijuricidad elemento del delito", en *RDCP*, Lima, p. 310 ss.

SPILLMANN, Walter

Die Strafausschliessungsgründe im schweizerischen Strafgesetzbuch, Tesis, Zürich, 1960.

SPOLANSKY, Norberto

"Imputabilidad y comprensión de la criminalidad (comentario a fallo)", en *RDPC* 1968, p. 83 ss.

SOCIÉTÉ SUISSE DE DROIT PÉNAL

"Vernehmlassung zur Totalrevision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches", en *RPS* 112 (1994), p. 354 ss.

STAEHELIN, Andreas

"Helvetik", en *Handbuch der Schweizer Geschichte* Band II, Zürich, 1980.

STÄMMLER, Rudolf

Theorie der Rechtswissenschaft, 2ª ed., 1932 (Traducción de W. Roces, *Tratado de filosofía del derecho*, México, 1980).

STAVENHAGEN, Rodolfo

Clase, colonialismo y aculturación. Ensayos sobre las clases sociales en México, México, 1968.

STEFANI, Gaston/LEVASSEUR, Georges/BOULOC, Bernard

Droit pénal général, 18ª ed., Paris, 2003.

STETTLER, Martin

1986a *Avant-projet de loi fédérale concernant la condition pénale des mineurs y rapport explicatif*, mars 1986.

1986b "Une révision totale du droit pénal des mineurs: options générales et particulières", en *RPS* 103, p. 129 ss.

1980 *L'évolution de la condition pénale des jeunes délinquants examinée au travers du droit suisse et de quelques législations étrangères*, Tesis, Genève.

STEULLET, Alain

La victime de l'atteinte à l'honneur, tesis Neuchâtel, Delémont 1983.

STOOSS, Carl

1929 "Der allgemeine Teil des schweizerischen Strafgesetzentwurfes nach del Beschlüssen des Nationalrates", en *RPS* 42, p. 129 ss.

1913 *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, 2ª ed., Wien.

1905 "Strafe und sichernde Massnahme", en *RPS* 18, p. 1 ss.

1901 "Verbrechen und Strafe kriminalpolitisch untersucht", en *RPS* 14, p. 385 ss.

1899 *Bericht über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission dem hohen eidgenössischen Justizdepartement erstattet von Carl Stooss*, Bern.

1897 "Rechtswiedrigkeit und Verbrechen", en *RPS* 10, 1897, p. 351 ss.

1896 "Der Geist der modernen Strafgesetzgebung", en *RPS* 9, p. 269 ss.

1894a *Der Kampf gegen das Verbrechen*, Bern.

1894b "Was ist Kriminalpolitik?", en *RPS* 7, p. 228 ss.

1894c *Schweizerisches Strafgesetzbuch: Vorentwurf mit Motiven im Auftrage des schweizerischen Bundesrates*, Bern.

1894d *Avant-projet de code pénal et motifs a l'appui*, traducido por A. Gautier, Berne.

1893a *Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches AT*, Basel, Genf.

1893b *Vorentwurf eines Schweizerichen Strafgestezbuches*, Basel-Genf, 1893 (Exposé des Motifs de l'Avant-projet du Code pénal Suisse, traduit de l'allemand par A. Gauthier) Bâle y Genève.

1893c *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts im Auftrag des Bundesrathes vergleichend*, Basel, Genève, 1892-1893.

1891 "Welche Anforderungen stellt die Kriminalpolitik an ein eidgenössisches Strafgesetzbuch?", en *RPS* 4, p. 245 ss.

STRATENWERTH, Günter

2000a *Schweizerisches Strafrecht*, BT, T. II: *Straftaten gegen Gemeininteressen*, 5ª ed., Bern.

2000b *Strafrecht, AT*, T. I: *Die Straftat*, 4ª ed., Köln/Berlin.

1996 *Schweizerisches Strafrecht, AT*, T. I, *Die Straftat*, 2ª ed., Bern.

1992a "Strafrechtliche Unternehmenshaftung?", en *Festschrift für Rudolf Schmitt*, Tübingen, p. 295 ss.

1992b "Objektsirrtum und Tatbeteiligung", en *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, 22. Juni*, p. 57 ss.

1989 *Schweizerisches Strafrecht, AT*, T. II, *Strafen und Massnahmen*, Bern.

1982a *Derecho penal. PG*, Traducción de la 2ª ed. alemana por Gladis Romero, Madrid.

1982b *Die Zukunft des Strafrechts: der Schuldprinzip*, Heidelberg-Karlsruhe, 1977. Traducción de E. Bacigalupo, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Madrid.

1979 "Strafrecht und Sozialtherapie", en *Festschrift für P. Bockelmann*, München, p. 901 ss.

1974 "Unbewusste Finalität?", en *Festschrift für Hans Welzel*, p. 289 ss.

1972 *Tatschuld und Strafzumessung*, Tübingen.

1971 *Strafrecht, AT*, I: *Die Straftat*, Köln/Berlin/Bon/München.

1969a "Zum Streit der Auslegungstheorien", en *Festschrift für O. Germann*, Bern, p. 257 ss.

1969b "Zum juristischen Begriff des Todes", en *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt am Main, p. 528 ss.

1965 "Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht", en *RPS* 81, p. 179 ss.

1963 "Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht", en *RPS* 79, p. 233. ss.

1959 "Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit", en *ZStW* 71, p. 51 ss.

1958 *Verantwortung und Gehorsam.*

STRATENWERTH, Günter/JENNY, Guido

Schweizerisches Strafrecht, BT, T. I, *Straftaten gegen Individualinteressen*, 6ª ed., Bern, 2003.

STRUENSEE, Eberhard

1998 "Acerca de la legitimación de la "imputación objetiva" como categoría complementaria del tipo objetivo", en *RPCP* Nº 6, p. 751 ss.

1987a "Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit", en *GA*, p. 97 ss

1987b "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts", en *JZ* 42, p. 53 ss.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/CANCIO MELIÁ, Manuel

"Estudio preliminar", en Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1966, p. 21 ss.

SUSMAN, Friedrich B./BAUM, Frederik S.

Law of juvenile delinquency, Dobbs Ferry Ocena Publications, 1968.

SZERESZEWSKI, Emile

"Crimes ou délits commis à l'étranger contre un Suisse ou par un Suisse", en *RPS* 62 (1947), p. 235 ss.

TALAVERA, Pedro A.

En Jesús CONILL (coordinador), *Glosario para una sociedad intercultural*, Valencia, 2002, p. 242 s.

TALAVERA D., Abraham

Nueva estructura del fuero privativo militar en la reforma del Poder judicial, Tesis, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1976.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando

"El sujeto de derecho", en Ernesto GARZÓN VALDEZ/Francisco LAPORTA, *El derecho y la justicia*, Madrid, 1998, p. 293 ss.

TARELLO, Giovanni

L'interpretazione della legge, Milano, 1980.

TEMME JODOCUS DEODATUS HUBERTUS

Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts nach den Strafgesetzbüchern der Schweiz, Aarau 1855.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M.

2003 "Culpabilidad – Responsabilidad", en *ADP* 2003, Lima, p. 331 ss.

1998 "Teoría del delito. Nuevos planteamientos. Acción", en TERRADILLOS BASOCO, Juan M./DE LA CUESTA AGUADO, P. M. (coordinadores), *Cuestiones fundamentales del derecho penal*, Cádiz.

1995 *Derecho penal de la empresa*, Valladolid.

1987 *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Madrid.

THORMANN/VON OVERBECK

Das schweizerisch Strafgesetzbuch - Kommentar, Allgemeine Bestimmungen (art. 1-110), Zürich, 1940.

TIEDEMANN, Klaus

2004 *Wirtschaftsstrafrecht*, Köln/Berlin/München.

2003 "Vom Nutren der Rechtsvegleichung für das Wirtschaftsstrafrecht – Kurzen Bemerkungen zum «Corupus Juris» und zu den «Europa-Delikten»", en NIGGLI, Marcel/QUELOZ, Nicolas (editores), *Strafjustiz und Rechtsstaat, Festschrift Franz Riklin/José Hurtado Pozo*, Zürich/Basel/Genf 2003, p. 69 ss.

1998 "Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho Comparado", en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC, editores, *La reforma de la justicia penal*, Castellón.

1994 "Das Strafprozessrecht", en ROXIN, Claus/ARZT, Günther/TIEDEMANN, Klaus, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 3ª ed., Heidelberg, p. 129 ss.

1993 "Strafrecht in der Marktwirtschaft", en *Festschrift für Walter Stree/Johaness Wessels*, 1993, p. 527 ss.

1989 "El derecho procesal penal", en *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*. Versión española y comentarios de Luis Arroyo Zapatero/Juan-Luis Gómez Colomer, Barcelona.

1985a *Poder económico y delito (Introducción al derecho penal económico y de la empresa)*, Barcelona.

1985b "Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts", en *Festschrift für H.-H. Jescheck*, T. II, Berlin, p. 1411 ss.

1981 "Estado actual y tendencias de la ciencia jurídico-penal y de la criminología en la República Federal de Alemania", en *CPC*, p. 265 ss.

1980 *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, editor, Köln.

1976 *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, T. I-II, Reinbek-Hamburg.

1974a "Zeitlichen Grenzen des Strafrechts", en BAUMANN, Jürgen/TIEDEMANN, Klaus, *Einheit und Vielhaft des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters*, Tubinga, p. 193 ss.

1974b "Fortentwicklung des Strafrechts", en *ZStW* 86, p. 303 ss.

1969 *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen.

TIPKE, Klaus/LANG, Joachim

Steuerrecht, 16ª ed., Köln, 1998.

TOEPEL, Friedrich

Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin, 1992.

TORÍO LÓPEZ, Ángel

"Los delitos de peligro hipotético", en *ADPCP*, 1981, p. 838 ss.

TOZZINI, Carlos A.

"El dominio final de la acción en la autorfa y en la participación", en *RDPC*, 1968, p. 81 ss.

TRAEGER, Ludwig

Die zeitliche Herrschaft des Strafgesetzes. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, T. VI, Berlin, 1908.

TRAVERS, Maurice

Le droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre, T. I-II, Paris, 1920.

TRECHSEL, Stefan

1997 *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2ª ed., Zürich.

1967 *Der Strafgrund der Teilnahme*, Tesis, Bern.

TRECHSEL, Stefan/NOLL, Peter

Schweizerisches Strafrecht, AT, T. I, *Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 5ª ed., Zürich, 1998.

TRIFFTERER, N.

"Völkerstrafrecht im Wandel?", en *Festschrift für H.-H. Jescheck*, T. II, Berlin, 1985, p. 1477 ss.

TROLLER, Alois

"Rechtsdogmatik und Phänomenologie", en *Festschrift für Schönenberger*, 1968, p. 23 ss.

TRÖNDLE, Herbert

Leipzigerkomentar. Strafgesetzbuch, T. I, Berlin/New York, 1974.

TSCHÜMPERLIN, Urs

Die elterliche Gewalt en Bezug auf die Person des Kindes: (Art. 301 bis 303 ZGB), Fribourg, 1989.

TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11ª ed., Zürich, 1995.

TWINING, William/MIERS, David

Come far cose con regole. Interpretazione ed applicazione del diritto (traducción del inglés por C. Garbarino), Milano, 1990.

URQUIZO OLAECHEA, José

2003 "¿Bien jurídico?", en *Sistemas penales iberoamericanos, Libro homenaje a Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Lima, p. 283 ss.

2000 *El principio de legalidad*, Lima.

1993 "El principio de combinación en el nuevo Código Penal", en *RPCP*, Año I, Nº 1, Lima.

s/f "El principio de la prohibición de analogía in malam partem en el derecho penal", en *RPCP* Nº 9, Lima, p. 627 ss.

VALLE RANDICH, Luis del

Derecho procesal penal, Lima, 1967.

VAN INWAGEN, Peter

"Die Unvereinbarkeit von freien Willen und Determinismus", en POTHHAST, Ulrich (editor), *Freies Handeln und Determinismus*, Frankfurt a. M., 1978, p. 115.

VASSALLI, Giuliano

Giurisprudenza Costituzionale, Roma, 1969.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando

2004 *Manual de Derecho Penal*, 2ª ed., Bogotá.

2003 "El delito continuado", en *ADP*, 2003, p. 381 ss.

1997 *Derecho Penal, PG*, 3ª ed., Bogotá.

VELLUZZI, Vitto

"«Interpretación sistemática»: ¿un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación", en *Doxa* 1998, p. 65 ss.

VERNENGO, Roberto J.

"Interpretación del derecho", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto/LAPORTA, Francisco J., *El derecho y la justicia*, Madrid, 1996.

VEST, Hans

"Vorsatznachweis und materielles Strafrecht", en *Europäische Hochschulschriften, Reihe 2, Rechtswissenschaft*; T 585, Bern, 1986.

VIDAL, Georges/MAGNOL, Joseph

Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, 9ª ed., T. 2, Paris, 1949.

VIDAURRE, Manuel Lorenzo de

Proyecto de un Código Penal. Contiene una exposición prolija de la entidad de los delitos en general y de la particular naturaleza de los más conocidos. Se señalan las penas que parecen proporcionadas. Al último se agrega una disertación sobre la necesaria reforma del Clero, Boston, 1828.

VILLA STEIN, J.

Derecho Penal. PG, Lima, 1998.

VILLAMOR, Fernando

La codificación penal en Bolivia, La Paz, 1977.

VILLANUEVA FLORES, Rocío

"Notas sobre la interpretación jurídica (a propósito de la Ley Nº 26260 y la violencia familiar)", en *Violencia contra la mujer: reflexiones sobre el Derecho*, Lima, 1996, p. 102 ss.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe

2003 "Concurso de delitos y concurso aparente de leyes", en *Libro Homenaje a Bramont Arias*, Lima, 2003, p. 312 ss.

2001 *Código Penal Comentado*, 3ª ed., Lima.

1995 "Delitos culposos", en *Derecho Penal. Parte General (Materiales de enseñanza)*, Lima.

1990 *Lecciones de derecho penal, PG*, Lima.

VIOLA, Francesco

"Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giurídica", en *RIFD* 1989, p. 336 ss.

VIVES ANTÓN, T. S. (Coordinador)

Comentarios al Código Penal de 1995, Valencia, 1996.

VOUIN, Robert

Manuel de droit criminel, Paris, 1949.

WAABEN, Knud

"La théorie générale de l'infraction", en M. ANCEL/E. STRAHL (editores), *Le droit pénal des pays scandinaves*, Paris, 1969.

WACHTEL, Nathan

Sociedad e ideología. Ensayos de historia y antropología andinas, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1973.

WAIBLINGER, Max

1958 "Versuch", en *FJS* Nº 1119-1120, Ginebra.

1957 "Subjektivismus und objektivismus in der neueren Lehre von Rechtsprechung zum Versuch", en *ZStW* 69, p. 214.

1956 "Pas de peine sans loi (art. 1 CP)", en *FJS* 1192 (mise à jour: 21 décembre 1956).

1955 "Die Bedeutung des Grundsatzes «nullum crimen sine lege» für die Anwendung und Fortentwicklung des schweizerischen Strafrechts", en *RJB* 91bis, p. 212 ss.

1952 "Die Rechtsprechung des Bundesgerichts en den Jahren 1948/49, Strafrecht und Strafprozess", en *RSJB* 88, p. 177 ss., 225 ss.

s/f "Rechtsfertigungsgründe", en *FJS* 1204-1207.

WAISMANN, F.

Los principios de la filosofía lingüística, traducido por José Antonio Robles, México, 1970.

WALDER, Hans

1982 "Straflose Vorbereitung und strafbarer Versuch, en *RPS* 99, p. 225 ss.

1979 "Vorsätzliche Tötung, Mord und Totschlag, StrGB art. 111-113, en *RPS* 96, p. 117 ss.

1977 "Die Kausalität im Strafrecht, en *RPS* 93, p. 113 ss.

1968 "Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten, en *RSJB* 104, p. 161 ss.

1965 "Der Affekt und seine Bedeutung en Schweizerischen Strafrecht, en *RPS* 81, p. 24 ss.

WARDA

1985 "Funktionen und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit", en *Festschrift für D. Oehler*, p. 241 ss.

1964 "Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre", en *JuS*, p. 81 ss.

1955 *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, Berlin.

WEHRLE, Stefan

"Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt-Regressverbot?", en *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, Reihe C, Strafrecht; T. 5, 1986.

WEINBERGER, Ota

Norm und Institution, eine Einführung in die Theorie des Rechts, Wien, 1988.

WELZEL, Hans

1976 *Derecho penal alemán, PG*, traducción de Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, Santiago de Chile.

1975 "La dogmática en el Derecho penal", en *Cuadernos de los Institutos* Nº 116, Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Derecho Penal, Córdoba, p. 35 ss.

1972 Zur Dogmatik im Strafrecht, en Maurach Festschrift, Karlruhe, p. 3 ss.

1969a *Das deutsche Strafrecht. Eine systemartische Darstellung*, 11ª ed., Berlin.

1969b "Gedanken zur «Willensfreiheit»", en *Karl Engisch-Festschrift*, Frankfurt a. M., p. 91 ss.

1967 *Das deutsche Strafrecht. Eine systemartische Darstellung*, 10ª ed., Berlin.

1966 "Die deutsche Strafrechtsdogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre", en *JuS*, p. 421 ss.

1964 *El nuevo sistema de derecho penal*, traducción de José Cerezo Mir, Barcelona (*Das neue Bild: Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*, 1953).

1961 *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*. Vortrag gehalten vor der Jur. Studienges. in Karlsruhe am 23. Juni 1960; zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte, Karlsruhe.

1941 "Persönlichkeit und Schuld", en *ZStW* 60, p. 428 ss.

1939 "Studium zum System des strafrechts", en *ZStW* 58, p. 491 ss.

WESSELS, Johannes

Derecho penal, PG, traducción de C. Finzi, Buenos Aires, 1980.

WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner

Strafrecht I, Die Straftat und ihr Aufbau, 31ª ed, Heidelberg, 2001.

WEX, Peter

Die Grenzen Normativer Tatbestandsmerkmale im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz nullum crimen sin lege, Berlin, 1965.

WILFRAT, Max

"Gefährdung des Lebens nach Art. 129 StrGB", en *RPS* 84 (1968), p. 225 ss.

WILI, Alexander

Schuld und Irrtum im schweizerischen Strafrecht, p. 38 s.

WIPRÄCHTIGER, Hans

"Rechtsfindung im Spannungsfeld zwischen klassischen Auslegungsregeln und subjektiven Werurteilen", en *recht* 4 (1995), p. 143 ss.

WOLFFERS, Artur

"Zum Legalitätsprinzip im Schweizerischen Strafrecht, en *RJB* 122 (1986), p. 569 ss.

WRIGHT, Henrik von

Norma y acción. Una investigación lógica, traducido por Pedro García Ferrero, Madrid, 1970.

WROBLEWSKY, Jerzy

"L'interprétation en droit: théorie et idéologie", en *APD* 17 (1972), p. 51 ss.

WÜRFEL, Jörg

Rechtmäßiges Alternativverhalten und Risikoerhöhung im Strafrecht, Tesis, Göttingen, 1971.

WÜRTENBERGER, Thomas

1965 *La situazione spirituale della scienza penalistica en Germania.*

1959 *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2ª ed., Karlsruhe.

WYRSCH, Jakob

1968 "Über "Schwere Bewusstseinstörung" (Art. 10 StrGB) und «En seinem Bewusstsein beeinträchtigt» (Art. 11 StrGB)", en *RPS* 84, p. 113 ss.

1955 *Gerichtliche Psychiatrie: ein Lehrbuch für Juristen und Mediziner*, 2ª ed., Bern.

ZACCARIA, Giuseppe

L'arte dell'interpretazione, Padova, 1990.

ZÄCH, Roger

"Tendenzen der juristischen Auslegungslehre", en *RDS* 96 (1977) T. I, p. 313 ss.

ZACZYK, Rainer

Strafrechtliches Unrecht und die Verantwortung des Verletzten, Heidelberg, 1993.

ZAFFARONI, E. Raúl

1989 *En busca de las penas perdidas*, Lima.

1988 *Política criminal*, 2ª ed., Lima.

1987 *Manual de derecho penal, PG*, 5ª ed., Buenos Aires.

1986 (Editor) *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final). Documento final del Programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986)*, Buenos Aires.

1973 *Teoría del delito*, Buenos Aires.

ZAFFARONI, E. Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro

Derecho Penal, PG, Buenos Aires, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo

El derecho dúctil, Madrid, 1995.

ZAVALA LOAIZA, Carlos

1947 *El proceso penal y sus problemas*, Lima.

1941 *Sinopsis histórica de la legislación penal en el Perú*, Lima.

ZAYTAY, Imre

"La réception de droits étrangers et le droit comparé", en *RIDC* 1957.

ZELLER, ERNST

Auslegung von Gesetz und Vertrag, Methodenlehre für die juristische Praxis, Zürich, 1989.

ZIELINSKI, Diethart

1990 *Alternativkommentare (Reihe Alternativkommentare, Gesamtherausgeber R. Wassermann), Kommentar zum Strafgesetzbuch, Teilband 1* (Redaktion: Kurt Seelmann), §§ 15-16, Neuwied.

1973 *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff: Untersuchungen zur Struktur von Unrechtbegründung und Unrechtsausschluss*, Berlin.

ZIFFER, Patricia

"La discusión en torno al concepto de culpabilidad", en *RPCP* Nº 3, 1994, p. 259 ss.

ZIPF, Heinz

1973 *Kriminalpolitik. Eine Einführung en die Grundlagen*, Karlsruhe.

1970 *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zum strafrechtlichen Risiko im Sport.* Neuwied.

ZIPPELIUS, Reinhold

Einführung en die juristische Methodenlehre, 2ª ed., München, 1974 (3ª ed. München, 1980).

ZLATERIC, Bogolan

Droit pénal international (Cours de droit pénal approfondi), Année scolaire 1967-1968, T. I-II, Cairo, 1968.

ZOLLER, Albert

Di999e Abgrenzung des dolus eventualis von der bewussten Fahrlässigkeit en der Praxis, Tesis, Fribourg, 1946.

ZUGALDÍA, Jesús Miguel

"Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional societas delinquere non potest", en *CPC* 11, 1980, p. 83 y ss.

ZÚÑIGA GUARDIA, Iván

La teoría jurídica del homicidio en el código penal peruano. Un proceso por homicidio político, Lima, 1957.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

2003 *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Pamplona.

1995 "La obediencia debida y el nuevo Código Penal: consideraciones dogmáticas y político criminales", en *Derecho* Nº 46, Lima.

ZÜRCHER, Emil

Exposé des motifs de l'Avant-projet d'avril 1908 (traduit par A. Gautier), Bern, 1914.

LEGISLACIÓN

Anteproyecto de Código Penal. Comisión parlamentaria nombrada conforme a la Ley Nº 5168. Ponentes CORNEJO, Angel Gustavo/JIMÉNEZ, Plácido, Lima, 1927.

Anteproyecto de Código Penal. PG. Comisión especial revisora del Código Penal, Lima, abril 2004.

Archivo digital de la legislación en el Perú, consultar en la dirección siguiente: http://www.congreso.gob.pe/out_of_domain.asp?URL=http%3A//www.leyes.congreso.gob.pe/

Avant-projet de Code pénal et motifs à l'appui de l'avant-projet, Stooss; traduit par Gautier, Berne, 1894.

Avant-projet de Code pénal suisse (Texte d'août 1915), en *Procès Verbaux 2ème commission d'experts*; annexe II. Berne 1916.

Avant-projet de Code pénal suisse (Texte adopté par la 2ème commission d'experts, octobre 1916), Lucerne 1916.

Code pénal suisse de 1937. Publié par la Chancellerie fédérale, Berne, 1962.

Codice Penale del Regno d'Italia 1889, en *I Cinque Codici*, Milano, s/d.

Código de los Niños y Adolescentes (Ley Nº 27337), Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 22 de julio 2000.

Código de Justicia Militar (DL Nº 23214), del 24 de julio de 1980.

Código de Procedimientos Penales, por Fernando GUZMÁN FERRER, Lima, 1977.

Código Penal (1862), edición oficial, Lima.

Código Penal (1924), edición oficial, Lima, 1939.

Código Penal (1991), Diario Oficial *El Peruano*, Lima, abril de 1991 (Separata con exposición de motivos, p. 5-14).

Código Penal alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Traducción de la profesora Claudia López Díaz del texto: *Strafgesetzbuch*, 32ª ed., Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998. Última edición 2004.

Código Penal de España de 1848-50, edición oficial reformada, Madrid, 1850.

Código Penal de España de 1995, (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre; actualizado a 4-10-2003) Aranzadi, Pamplona, 2004.

Código Penal de Holanda, en Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos, t. VI, Madrid, 1890.

Código Penal de la República Argentina y sus leyes y decretos complementarios, Editor Víctor P. Zavalía, Buenos Aires, 1965.

Código Procesal Penal (DLeg Nº 957), Diario Oficial *El Peruano*, 29 de julio de 2004.

Projet de Code pénal suisse de 1918et Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, s. d.

Proyecto de Código de Justicia Militar, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de julio de 2001.

Proyectos de Código Penal peruano, 1887 y 1900-2, T I. Projet de 1916, T II, Lima, 1918.

Proyecto de Código Penal, Diario Oficial *El Peruano*, 3, 4 y 5 de setiembre de 1984.

Proyecto de Código Penal, Diario Oficial *El Peruano*, 29 y 30 de octubre de 1984.

Proyecto de Código Penal, Diario Oficial *El Peruano*, 19, 20 y 21 de agosto de 1985.

Proyecto de Código Penal, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de mayo, 1 y 2 de abril de 1986.

Proyecto de Código Penal, Diario Oficial *El Peruano*, 17 de julio de 1990.

Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia Militar, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de julio de 2001.

Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch-Fssung der zweintem Experten Kommission, Oktober 1916, Zürich. Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch-Fassung von August 1915, Schweiz Justin Ministerium, Januar 1917, Zürich.

Strafgesetzbuch (StGB) (Código Penal austriaco) Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch-StGB) BGBl 1974/60, idF BGBl I 134/2002 Stand 1. Oktober 2002.