PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

• Klaus Tiedemann • Raúl Pariona • Yván Montoya Vivanco
• José Antonio Caro John • María Acale Sánchez • Esther Hava García
• Julio F. Mazuelos Coello • José Leandro Reaño Peschiera • Miguel Polaino-Orts
• Reiner Chocano Rodríguez • Julio Armaza Galdós • Juan M. Terradillos Basoco
• José Hurtado Pozo • Fernando Velásquez Velásquez • Iván Meini
• Percy García Cavero • Laura Zúñiga Rodríguez • Joseph du Puit

JOSÉ HURTADO POZO

EDITOR

UNIVERSITAS FRIBURGENSIS

Universidad de Friburgo
Suiza

ET LUX IN TENEBRIS LUCET
MCMXVII

FONDO EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Problemas fundamentales
de la Parte General del Código Penal

Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal

JOSÉ HURTADO POZO

EDITOR

- Klaus Tiedemann
- Raúl Pariona
- Yván Montoya Vivanco
- José Antonio Caro John
- María Acale Sánchez
- Esther Hava García
- Julio F. Mazuelos Coello
- José Leandro Reaño Peschiera
- Miguel Polaino-Orts
- Reiner Chocano Rodríguez
- Julio Armaza Galdós
- Juan M. Terradillos Basoco
- José Hurtado Pozo
- Fernando Velásquez Velásquez
- Iván Meini
- Percy García Cavero
- Laura Zúñiga Rodríguez
- Joseph du Puit

UNIVERSITAS FRIBURGENSIS

Universidad de Friburgo
Suiza

ET LUX IN TENEBRIS LUCET MCMXVII

FONDO EDITORIAL

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

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

Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal

© José Hurtado Pozo, 2009
© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe/publicaciones

© Universidad de Friburgo, Suiza, 2009
Miséricorde, 1700 Friburg, Suiza
Teléfono: 41 26 300 8071
Fax: 41 26 300 9754
Correo electrónico: jose.hurtado@unifr.ch

Cuidado de la edición, diseño de cubierta y diagramación de interiores:
Fondo Editorial PUCP

Las primeras versiones de los artículos de Klaus Tiedemann, Julio F. Mazuelos Coello, Juan M. Terradillos Basoco, Esther Hava García, Joseph du Puit, José Antonio Caro John, María Acale Sánchez, Iván Meini, José Leandro Reaño Peschiera, José Hurtado Pozo, Miguel Polaino-Orts, Julio Armaza Galdós, Reiner Chocano Rodríguez, Fernando Velásquez Velásquez, Percy García Cavero y Laura Zúñiga Rodríguez fueron publicadas en el Anuario de Derecho Penal 2003 (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú/ Universidad de Friburgo 2003).

Primera edición: junio de 2009
Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-07625
ISBN: 978-9972-42-893-7
Registro del Proyecto Editorial: 31501360900391

Impreso en Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.
Américo Vespucio 110, Lima 12, Perú

Homenaje al profesor Klaus Tiedemann

Las obras del profesor Klaus Tiedemann, *Derecho penal económico y criminalidad económica*, *Parte general* (1976), *Poder económico y delito* (1985) y *Lecciones de derecho penal económico* (1993), por solo citar las principales publicadas en español, constituyen un buen ejemplo de su importante contribución a la promoción y al desarrollo de los estudios de derecho penal, en general, y del derecho penal económico en el ámbito hispanoamericano, en particular. Gracias a su dominio del español, el Profesor Tiedemann ha colaborado activamente en la realización de numerosos coloquios y cursos, tanto en América Latina como en España, y ha difundido el resultado de sus investigaciones y de los trabajos y discusiones académicas en Alemania.

Por su labor de profesor universitario y su alto nivel científico, así como por sus cualidades humanas, diversas instituciones y universidades le han honrado con numerosos premios y títulos honoríficos. Por nuestra parte, con ocasión de su retiro de la cátedra de derecho penal, derecho procesal penal y criminología de la Universidad de Freiburg en Breisgau (1973-2003), modestamente, le expresamos, al amigo y constante colaborador, nuestra admiración y agradecimiento.

«La secolarizzazione del diritto penale si inserisce in più vasto movimento ideale volto alla laicizzazione complessiva dello Stato: lo Stato teocratico —che si legittima in nome di un'autorità trascendente e si propone come braccio armato dell'ortodossia religiosa e come occhiuto persecutore anche delle mere convinzioni eterodosse— cede progressivamente il passo ad uno Stato laico e liberale, fondato da uomini per scopi immanenti all'umana società e portatore dei valori della tolleranza civile, della libertà religiosa e dell' inviolabilità della coscienza».

Giorgio Marinuccii Emilio Dolcirri, *Corso di diritto penale*

Índice

Presentación 19

Requisitos fundamentales de una regulación de la parte general
Klaus Tiedemann 21

El autor detrás del autor
Raúl Pariona 43

La autoría mediata por dominio de organización
en el Código Penal de 1991
Yván Montoya Vivanco 61

Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber
José Antonio Caro John 87

Consecuencias prácticas de la definición de los delitos
de mera actividad como delitos sin resultado natural
María Acale Sánchez 107

Dolo eventual y culpa consciente. Criterios diferenciadores
Esther Hava García 143

El delito imprudente en el Código Penal peruano. La infracción del
deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado
y la previsibilidad individual
Julio F. Mazuelos Coello 177

El error de tipo en el Código Penal peruano
José Leandro Reaño Peschiera 215

¿Acordar o consentir la autolesión? Un estudio sobre el efecto de la aprobación en actividades de riesgo
Miguel Polaino-Orts 241

Situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación: estado de necesidad agresivo y defensivo
Reiner Chocano Rodríguez 277

Estado agresivo y defensivo de necesidad
Julio Armaza Galdós 303

Culpabilidad-responsabilidad
Juan M. Terradillos Basoco 339

Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano
José Hurtado Pozo 361

Los delitos continuado y masa en el Código Penal peruano
Fernando Velásquez Velásquez 397

Comisión por omisión
Iván Meini 431

El art. 27 del Código Penal: el actuar en lugar de otro en derecho penal
Percy García Cavero 455

Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP, a más de 15 años de su vigencia
Laura Zúñiga Rodríguez 473

Resoluciones judiciales sobre imputación objetiva e imprudencia
Joseph du Puit 509

Bibliografía 563

Autores

María Acale Sánchez
Profesora titular de derecho penal de la Universidad de Cádiz, España

Julio Armaza Galdós
Profesor de derecho penal de las universidades Nacional de San Agustín y Católica de Santa María de Arequipa, Perú

José Antonio Caro John
Profesor de derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Reiner Chocano Rodríguez
Doctorando en derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España

Percy García Cavero
Profesor de derecho penal de la Universidad de Piura, Perú

Esther Hava García
Profesora titular de derecho penal de la Universidad de Cádiz, España

José Hurtado Pozo
Profesor de derecho penal de la Universidad de Fribourg, Suiza

Julio Mazuelos Coello
Profesor de derecho penal de la Universidad de Lima

Iván Meini
Profesor de derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Yván Montoya Vivanco
Profesor de derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Raúl Pariona
Doctorando en la Universidad de Munich, Alemania

Miguel Polaino-Orts
Investigador en el Seminario de Filosofía del Derecho Universidad de Bonn

Joseph du Puit
Jurista investigador. Universidad de Fribourg, Suiza

José Leandro Reaño Peschiera
Profesor de derecho penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Juan María Terradillos Basoco
Catedrático de derecho penal de la Universidad de Cádiz, España

Klaus Tiedemann
Profesor de derecho penal de la Universidad de Freiburg im Breisgau, Alemania

Fernando Velásquez Velásquez
Profesor de derecho penal de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá, Colombia

Laura Zúñiga Rodríguez
Profesora titular de derecho penal de la Universidad de Salamanca, España

Abreviaturas utilizadas

AA.VV.	Autores varios
ADP	Anuario de Derecho Penal (Perú)
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (España)
AIDP	Asociación Internacional de Derecho Penal
AP	Actualidad penal
Apdo	Apartado
Art(s).	Artículo (s)
AT	*Allgemeiner Teil* (parte general)
Aufl.	*Auflage* (edición)
Bd.	*Band* (tomo)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code Civil)
BGH	*Bundesgerichthof* (Tribunal federal alemán)
BGHSt	*Bundesgerichthof. Entscheidungen in Strafsachen*
BT	*Besonderer Teil* (parte especial)
CC	Código Civil
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
Cfr.	Confróntese
CEDH	Convención europea de derechos humanos
Const.	Constitución
Coord.	Coordinador (es)
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política criminal

Dir.	Director (es)
DJT	*Deutscher Juristentag*
FS	*Festschrift* o *Festgabe* (libro homenaje)
GA	*Goltdammer's Archiv für Strafrecht*
GJ	Gaceta Jurídica
GS	*Gedächtnisschrift* (Libro en memoria)
Hrsg.	*Herausgeber* (editor)
Inc,	inciso
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección del consumidor
JA	*Juristische Arbeitsblätter*
JR	*Juristische Rundschau*
Jura	*Juristische Ausbildung*
JuS	*Juristische Schulung*
JZ	*Juristenzeitung*
L	lección
La Ley	Revista Jurídica La Ley
LG	*Landesgericht* (Tribunal del Land)
LK	*Leipziger Kommentar*
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
N.	número(s)
NFP	Nuevo Foro Penal
NJW	*Neue Juristische Wochenschritf*
NK	*Nomos Kommentar*
NStZ	*Neue Zeitschrift für Strafrecht*
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
OWiG	*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (Ley Alemana de infracciones administrativas)
p.	página (s)
p.e.	por ejemplo
PE	Parte especial

PG	Parte general
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
RCP	Revista de Derecho Penal (Uruguay)
RDCP	Revista de Derecho y Ciencias Políticas UNMSM
RG	*Reichgericht* (Tribunal del Reino)
RIDPP	*Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*
RJP	Revista Jurídica del Perú
RJCat	Revista Jurídica de Cataluña
RP	Revista Penal (España)
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales
RSCDPC	*Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*
s.	siguiente
s/f	sin fecha
SchweizZStr	*Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*
ss.	siguientes
SK	*Systematischer Kommentar*
StGB	*Strafgesetzbuch* (Código penal)
StPO	*Straprozeßordnung* (ordenamiento procesal penal)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
StV	*Strafverteidiger*
T.	tomo (s)
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TP.	Título Preliminar
UE	Unión Europea
v.gr.	verbi gratia o verbigracia
Vid.	véase
Wistra	*Zeitschrift für Wirtschafts, Steuer, Strafrecht*
ZStW	*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*

Presentación

El Anuario de Derecho Penal 2003 tuvo como tema monográfico algunos aspectos esenciales de la parte general del Código Penal. En su preparación intervino de manera decisiva Iván Meini, como coordinador. Gracias al nivel de su contenido, dicho número ha tenido una buena acogida y es objeto de demanda por parte de lectores interesados. Por esto, hemos creído conveniente retomar el material con la finalidad de realizar una nueva publicación. Con este objeto, hemos procedido a actualizar y completar su contenido. Gracias a la disponibilidad y generosidad de los autores, nos ha sido posible establecer una versión renovada y profundizada. Este esfuerzo ha sido reforzado con la participación de dos nuevos colaboradores: Yván Montoya Vivanco y Raúl Pariona, quienes de manera remarcable se ocupan, respectivamente, de los temas: «el autor detrás del autor» y «la autoría mediata por dominio de organización». El esfuerzo efectuado y el resultado obtenido justifican que aparezca como una obra independiente del Anuario de Derecho Penal.

La calidad y seriedad de los trabajos de nuestros autores, en nuestra modesta opinión, aseguran que esta publicación vuelva a ser muy bien recibida por todos los que se interesan en la evolución de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia en materia penal.

Esperamos, de esta manera, contribuir al desarrollo de los estudios sobre el derecho penal. Tarea indispensable para mejorar la legislación y su correcta aplicación. Pero, así mismo, para que se reflexione sobre la oportunidad y manera de modificar el Código Penal de 1991. No basta reformar la ley, menos aún con la pretensión de alcanzar la perfección, sino que se debe, de modo prioritario, mejorar las condiciones personales y materiales para su aplicación. La formación de jueces, fiscales, abogados y auxiliares de justicia es indispensable para que la ley, por más imperfecciones y vacíos que tenga, pueda ser interpretada y aplicada de modo justo e igualitario.

El homenaje rendido al profesor Klaus Tiedemann, amigo y colaborador del Anuario de Derecho Penal, es —como no podía ser de otro modo— reiterado en esta nueva publicación. Por esto mismo, su contribución sigue figurando como introducción general. Los restantes trabajos son presentados en un orden que tiene en cuenta los temas que tratan: el actuar en lugar de otro y la autoría mediata por organización (García Cavero, Pariona y Montoya); los delitos de omisión, culposos, de mera actividad y de violación de deberes (Meini, Mazuelos, Acalá Sánchez y Caro John); el dolo, el error de tipo (Hava García y Reaño Peschiera); la culpabilidad y la responsabilidad (Terradillos Basoco y Hurtado Pozo); el estado de necesidad, la legítima defensa y el consentimiento (Armaza Galdós, Chocano Rodríguez y Polaino-Ortz); el delito continuando, las sanciones respecto a la empresa y la imputación objetiva - jurisprudencia (Velásquez Velásquez, Zuñiga Rodríguez y Joseph du Puit).

En cada uno de los trabajos, los problemas propios al derecho penal peruano han sido tratados en una perspectiva de derecho comparado. Esperamos que esta publicación contribuya, aun en forma mínima, a comprender mejor nuestras leyes penales y, si la ocasión se presenta, a mejorarlas para facilitar su aplicación de modo justo y transparente.

Nuestro sincero agradecimiento a los autores de las contribuciones por su invalorable ayuda y, así mismo tanto a la Pontificia Universidad Católica del Perú, de manera muy especial a su Fondo Editorial, como a la Université de Fribourg (Suiza) por el apoyo que nos brindan para continuar fomentando las relaciones académicas en el marco del Convenio que las une. Lo que constituye un ejemplo mínimo de los vínculos que mantienen Suiza y el Perú, los mismos que hace 125 años se formalizaron con el establecimiento de relaciones diplomáticas. Por último, expresamos nuestro reconocimiento a Joseph du Puit por su colaboración en la preparación de la presente publicación.

Fribourg, diciembre 2008
José Hurtado Pozo

Requisitos fundamentales de una regulación de la parte general[1]

Klaus Tiedemann

Sumario: I. Introducción. **II.** Principio de legalidad. **III.** Situaciones de conflicto de derechos y de necesidad jurídica (*Konflikt- und Notrechte*). **IV.** Principio de culpabilidad y error. **V.** Autoría y participación. **VI.** Tentativa y preparación. **VII.** Resumen y tesis.

I. Introducción

Las raíces históricas de la parte general del derecho penal, en Europa, datan sobre todo de los tiempos del Renacimiento. Sus rasgos comunes no necesitan ser aquí descritos[2]. Sin embargo, el desarrollo del modelo más importante de la teoría y de la legislación no impidió que, en los códigos de los estados nacionales del siglo XIX, se produjera un distanciamiento entre la regulación legal y las ideas. Al final de este siglo, el resultado provisional fue el desdoblamiento de la ciencia europea del derecho penal: Por un lado, se desarrolló una técnica jurídica denominada

1 «Grunderfordernisse einer Regelung des Allgemeinen Teils», en Tiedemann, 2001: 3 ss. Versión reelaborada y completada de la Relación General de la sesión de la Sociedad para el Derecho Comparado de Graz 1997 (publicada en ZStW 110 [1998]: 497 ss.). La reelaboración se ha realizado sobre la base del Grupo de Trabajo (Workshops) Internacional que tuvo lugar en Friburgo, Alemania, en 1998 (versión española en Revista Penal, 3 [1999]: 76 ss.) y en Florencia, en 1999. La traducción del alemán es obra de Iván Meini.

2 Fundamentalmente, Schaffstein, 1930, el mismo, 1954.

dogmática jurídica penal, adoptando (por ejemplo, en Francia y en Alemania) diferentes grados de orientación hacia la ley penal positiva; y, por otro, surgió una política-criminal que, sin limitarse a las consecuencias jurídicas, partía de ellas y se orientó a cuestiones materiales. Esta política-criminal se centró, tanto en Francia como en Inglaterra, sobre cuestiones procesales. Dicha antinomia no se limita ni se produce solamente en cada uno los Estados, sino que se da también en el interior de las concepciones del derecho penal de cada uno de los países.

Actualmente, cabe preguntarse cuáles son los rasgos comunes que caracterizan a la parte general del derecho penal en Europa, qué principios, reglas y construcciones pueden ser objeto de consenso al interior de la Unión Europea y, sobre todo, qué orientación hay que adoptar para determinar los requisitos fundamentales de una parte general para un derecho sancionador europeo, el cual, en todo caso, ha de incluir sanciones administrativas. Esta labor se ve dificultada por la actual y profunda diversidad respecto de los puntos fundamentales en el derecho positivo, en la Filosofía del derecho y en la Teoría del derecho. De igual manera, tanto por un pensamiento sistemático o inspirado sobre todo en principios, como también por una sospechosa dirección pragmática orientada hacia una solución unitaria para todas estas preguntas. Así, de manera apresurada, se plantea una armonización formal o por materias, o se busca realizarla mediante simples estándares mínimos con contenido material.

Las fuentes de estos conocimientos y los puntos de partida para las soluciones son: por un lado, la jurisprudencia del Tribunal Europeo (TJCE) de Luxemburgo, en la medida en que se ocupa de sanciones administrativas, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de Estrasburgo, fundamentalmente cuando aborda las consecuencias materiales de las garantías procesales de la Convención Europea de Derechos del Hombre. Y, por otro lado, las respuestas dadas por los legisladores penales nacionales a las cuestiones que se han consultado y sistematizado, las mismas que han sido decididas mediante un valioso y cuidadoso proceso de comparación jurídica. Ello origina que las convicciones jurídicas comunes se plasmen con frecuencia en Recomendaciones Internacionales, especialmente —iguales a las del *soft law*— del Consejo de Europa o de la Asociación Internacional de Derecho penal (AIDP). Estas declaraciones concernientes a la parte general del derecho penal se derivan de la cultura común jurídica europea, tanto en el ámbito de la dogmática como en el de las sanciones jurídicas. Estas últimas —es decir, la teoría de las consecuencias jurídicas del delito— no pueden ser aquí tratadas, a pesar de que por su contenido se encuentran estrechamente vinculadas con la dogmática, como lo demuestra el hecho de que, en el ordenamiento jurídico alemán, se exija un hecho «antijurídico» para la imposición de una medida de seguridad. Que esta exigencia no se requiera forzosamente desde el punto

de vista de la peligrosidad social es tan evidente como el carácter unilateral de la orientación de la dogmática basada en el concepto «clásico» de autor culpable. Se trata, en cualquier caso, de indicar que el concepto constitucional de proporcionalidad representa hoy por hoy un principio europeo común y una exigencia fundamental, incluso para la imposición de sanciones. A mediados del año 2000, por encargo del Parlamento Europeo, la Comisión de la UE presentó el Corpus Juris para la creación de un espacio jurídico-penal europeo con la finalidad de proteger los intereses financieros de la Unión Europea, en el que se señala, expresamente, que los principios de legalidad, de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas y medidas de seguridad, son los principios fundamentales del derecho penal europeo.

Esta declaración es seguramente acertada y se corresponde con la opinión internacional, aun cuando con respecto a los tres principios mencionados existan múltiples restricciones y reservas. Asimismo, habría que volver a pensar —por lo menos complementar— sobre la regulación de una «zona específica», que consistiría en un número concreto y limitado de delitos de la parte general del Estatuto de Roma de 1998, elaborada con ocasión de la creación del Tribunal internacional permanente de justicia penal. El Estatuto contiene las reglas que por encargo de la Asamblea General de la ONU, y sobre la base del *draft Code of Crimes* 1996 de la *International Law Comisión*, se elaboraron. En él se prevé, junto al principio de legalidad y de culpabilidad, la punibilidad de las personas que dan órdenes (*command responsability*), determinadas causas de justificación, así como la prescripción, pero también el error, la posibilidad de no sancionar cuando se actúa en cumplimiento de una orden, la tentativa, la autoría y la participación[3].

Para lograr una elaboración propia y general de los requisitos fundamentales de una parte general que no se limite a consideraciones económicas ni de derecho internacional, cabe preguntarse, ante todo, en qué consisten y de dónde proceden aquellos requisitos fundamentales. Con este objetivo, se puede partir de los ordenamientos jurídicos europeos más avanzados y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales anteriormente mencionados; los cuales señalan que, en principio, las exigencias o requisitos son válidos —aunque con «ciertos matices», como ha estatuido el Tribunal Constitucional español— también en la aplicación de las sanciones administrativas.

Formulado de manera general, se trata de los principios y las reglas de la parte general que se encuentran previstos en la mayoría de los ordenamientos jurídico-penales europeos, y que en cierto modo conforman el «núcleo duro» del derecho penal, ya que representan principios irrenunciables del moderno derecho penal.

3 Próximo al respecto, Ambos, 2002: 175 ss.; Vogel, 2002: 403 ss.

Tales principios sobre los que puede haber consenso en el espacio europeo y posibilidad de armonización son, al lado de los ya señalados principios de legalidad, de culpabilidad y de proporcionalidad, especialmente el reconocimiento de los derechos de necesidad y conflicto, la doctrina de la autoría y participación, del error, de la tentativa y de los concursos. Si bien hay que estimar que, igualmente, no se pueden renunciar a estos principios, es posible, en una primera fase, flexibilizarlos. Estos temas y principios deberían ser regulados expresamente en un Código penal modelo o en un Proyecto de modelo sectorial, fundamentalmente si entra en vigor para el Corpus Juris la autorización del Proyecto del art. 280a del Tratado de la Comunidad Europea[4] (TCE) y se hace uso de ella, pero también cuando el Proyecto de «Delitos europeos» que aquí se presenta se realice total o parcialmente[5]. Además, según el modelo inglés y el escandinavo, también podría ser añadida una regulación individual de las cuestiones generales relativas a los tipos especiales. La aplicación similar de los tipos penales supranacionales por parte de los Tribunales de los estados miembros, que se lleva a cabo mediante la aprobación de decretos o a través de la armonización nacional de tipos penales, hace necesaria la estandarización de los principios generales anteriormente mencionados. Ello, no obstante, en modo alguno tiene que reducirse a un mínimo común a todos los Estados miembros, sino —conforme a la judicatura del Tribunal Europeo— a una valoración de derecho comparado orientada (también) a la obtención de una regulación nacional progresista.

El actual punto de vista, sobre todo material, debe ser ampliado y completado según la perspectiva formal del Estado de Derecho. Las exigencias fundamentales de una regulación positiva de la parte general se refieren a la cuestión de sobre qué elementos de esta parte general deben ser regulados y cuál debe ser el alcance de tal regulación. En este sentido, son importantes las garantías constitucionales y las de los derechos humanos. Además, surge un tercer requisito fundamental, que podría ser denominado «consistencia» y que estaría dirigido a que el posible modelo de regulación (por ejemplo, el concepto unitario o el modelo diferenciador para la autoría y participación) se desarrolle de manera adecuada y solo se

4 Texto en Tiedemann., 2001a: 1401, 1413.

5 En el libro *Wirtschaftsstrafrecht en der Europäischen Union* (Rechtsdogmatik-Rechtsvergleich-Rechtspolitik), Freiburg-Symposium, Tiedemann. (ed.) —del cual el artículo que aquí se traduce forma parte— se incluyen en las páginas 447 ss. una propuesta legislativa tanto de parte General como de parte especial para la Unión Europea redactada por un grupo de profesores europeos (Arroyo Zapatero, Cancio Meliá, Dannecker, Foffani, Nieto, Otto, Palazzo, Pradel, Quintero Olivares, Schünemann, Suárez González, Tiedemann, Vinciguerra y Vogel). Es pues a dicha propuesta de parte especial a lo que Tiedemann se refiere cuando alude al Proyecto de «Delitos europeos». (nota del traductor)

establezcan excepciones razonables y en el menor número de casos posibles. De hecho, este tercer nivel es al mismo tiempo el más relativo, ya que, como incluso Welzel reconoció, el desconocimiento de las estructuras lógico-objetivas no lleva a la ineficacia o no aplicabilidad del derecho positivo dado por un legislador democrático y legitimado. Veremos, pues, que múltiples cuestiones de la parte general se caracterizan por decisiones valorativas del legislador, y no tanto por las estructuras lógicas. Además, que en no pocos países europeos se admite que los principios son susceptibles de excepciones y, por tanto, menos inflexibles que según la difundida opinión alemana. Para no poner en peligro el consenso, semejantes excepciones deberían ser asumidas como divergencias de una «estructura lógica» en una regulación modelo. Solo ahí donde un principio sea reconocido en un único ordenamiento jurídico, pero que según la concepción generalizada del estado de derecho no sea (más) aceptado (por ejemplo, la admisión de la analogía *in malam partem* en Dinamarca), tiene que prevalecer la opinión contraria, aun cuando ello tenga como coste una dudosa o imposible aprobación.

Al margen de las reflexiones aquí expuestas, quedan en gran medida la comparación e incluso el desarrollo de una teoría del delito europea[6], necesaria en el futuro en el marco del art. 280a TCE y que, en cierto modo, existe ya en el derecho administrativo sancionador de la Comunidad Europea. Ante todo, esta expresión conduce nuevamente a la exigencia de un «Sistema de justicia» (*Systemgerechtigkeit*), a pesar de las notorias diferencias que muestran las soluciones nacionales.

En resumen, el abierto desarrollo de la Comunidad Europea hace posible, por un lado, formular de manera general los principios de la parte general. Las excepciones en los derechos penales nacionales deben ser permitidas ante todo en la zona marginal de los principios fundamentales. De ahí que las «reglas básicas» deban ser preferidas a los preceptos detallados. Por otro lado, debería predominar el modelo de regulación de un principio de simplificación, el mismo que merece atención en la regulación de sectores que se ocupen de áreas específicas y pueda evitar la confrontación de las construcciones dogmáticas nacionales. Las tradiciones nacionales merecen atención, pero no deberían impedir innovaciones útiles. Las diferencias de las realidades, y especialmente de la jurisprudencia, deben, al menos en el ámbito de las excepciones, ser tomadas en cuenta en la formulación de los principios.

6 Sobre ello, Tiedemann/Suárez/Cancio/Manacorda/Vogel, GA 1998: 107 ss.

II. Principio de legalidad

En los ordenamientos jurídicos de los países de Europa continental, el principio de legalidad es generalmente reconocido. Además, en muchos de ellos tiene rango constitucional. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, en los últimos tiempos, ha orientado el tradicional rol especial del *Common Law* hacia una dirección de mucho valor, especialmente en lo que se refiere a los componentes de la retroactividad y prohibición de la analogía. De esta manera, se percibe un acercamiento a la concepción continental. Así, el Tribunal ha desarrollado el criterio de que los cambios de la jurisprudencia tienen que ser *reasonably foreseeable*, con lo cual se alude, más allá de la reserva de ley formal, a un criterio material. El mismo que podría ser idóneo también para los componentes del principio de legalidad continental (confianza en el sometimiento al derecho digna de protección) y podría conducirnos a solucionar la problemática del tratamiento de los cambios jurisprudenciales. Los mismos que con frecuencia repercuten en los cambios legislativos y que, en el marco de la teoría de las fuentes del derecho continental, no ha sido hasta ahora resuelta de manera satisfactoria.

El principio de legalidad forma parte del vasto principio del Estado de derecho, el que, según la representativa exposición de Jescheck/Weigend, figura entre los principios indispensables de la Política Criminal europea[7]. Se dirige, por un lado, al legislador, y en este sentido es más bien declaratorio, y, por otro lado, se dirige al juez, con la finalidad sobre todo de excluir la aplicación analógica del derecho.

Con poca frecuencia se ha discutido si el aspecto formal del principio de legalidad requiere una regulación expresa en la parte general y cómo debería ser tal regulación. No obstante, llama la atención el hecho de que casi todos los nuevos códigos penales europeos prevén reglas de validez de imputación en la parte general. Esta tendencia se apreció ya a mediados de la década de los setenta en los CP alemán y CP austriaco y, posteriormente, fue puesta en evidencia en los CP portugués 1982, CP español 1995, así como en el Proyecto italiano de 1992, pero también por los trabajos de reforma ingleses de la *Law Commission* (*draft Criminal Code Bill* 1989). La base de todo esto es la consideración según la cual la previsión legal de las más importantes reglas de imputación para la protección de la esfera de libertad y la garantía de la seguridad jurídica probablemente no sea menos importante que la sujeción a la ley que ha de observarse en la parte especial. Esta postura, propia del Estado de derecho, se manifiesta en las discusiones sobre una parte general de las reglas para el Tribunal Penal Internacional de la

7 Jescheck/Weigend, 1996: § 4 II: 26 ss.

ONU, así como en el debate que se lleva a cabo en la doctrina alemana sobre el reconocimiento de la prohibición de la analogía en la parte general del derecho penal. Se debería aceptar actualmente con normalidad —en contra de la decisión de la Comisión Europea en el caso «*Gußglas* en Italia»[8] respecto a la imposición de una multa administrativa— que si no existe una regulación expresa de la autoría y participación, los casos en que un comportamiento de cooperación se encuentre al margen del hecho y no forme parte del hecho en sí mismo constituyen simples complicidades impunes. Según la opinión moderna, propia de un Estado de derecho, la autoría es la realización personal del tipo penal, y únicamente mediante la coautoría y la autoría mediata procede una ampliación. Al respecto, el reglamento sectorial de la Comunidad Europa de finales de 1995 para el ámbito del Derecho de Contravenciones de la Comunidad Europa ha introducido el modelo unitario de autor, de manera que el ejemplo mencionado y su dudosa solución, extraídos de la praxis de la Comisión, experimentaron una justificación posterior. También en el caso de la tentativa tiene que exigirse al legislador que la regule expresamente para evitar la impunidad. En el marco de un Estado de derecho, la participación, al igual que la tentativa, se entienden como una ampliación de la penalidad más allá de los límites del tipo penal.

Es conocida la especial intensidad de la regulación jurídica del derecho penal inglés, en la que se encuentran múltiples definiciones legales que —a diferencia de lo que ocurre en el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica— no se encuentran previstas en la parte general. En especial, la internacionalmente asentada y ambigua figura del dolo eventual, con los peligrosos abusos que permite en los regímenes totalitarios, pone en evidencia el valor que en el Estado de derecho tienen las definiciones legales, no obstante las dudas surgidas en las discusiones de la codificación penal internacional, como por ejemplo la regulación del *dol éventuel* del nuevo CP francés de 1994 en su art. 121-3, párrafo 2, mediante la fórmula de la realización consciente del riesgo, y cómo la doctrina italiana la exige para la formulación de la culpa. En todo caso, una definición del dolo eventual como categoría limítrofe entre el dolo y la culpa es tan deseable como lo es la definición del círculo de autores en los delitos especiales, aun cuando para estos últimos en muchos ordenamientos jurídicos se tolere la tradición de una «interpretación fáctica».

Por lo general, la pregunta sobre qué grado debe alcanzar la regulación jurídica de la parte general ha sido respondida de muy diversas maneras, de conformidad con la tradición de cada sistema jurídico-penal nacional. En la comparación

8 Decisión de la Comisión 80/1334/EWG, AB1EG Nr. L 383/19 v. 31.12.1980; *Cfr.* ya Tiedemann, 1985: 1420 ss.

internacional, llama la atención que la doctrina alemana de la parte general, influenciada fuertemente por la filosofía y la teoría del derecho en las cuestiones fundamentales, se conforme con una regulación fundamental para admitir importantes cuestiones de punibilidad, como por ejemplo en la omisión impropia, en la autoría mediata o en la tentativa no idónea. Por el contrario, el § 15, párrafo 3, CP austriaco, declara expresamente la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea así como la de la suposición errónea de la concurrencia de la característica (elemento especial) de los delitos especiales, y el CP portugués restringe fuertemente en su art. 21, de manera parecida al CP italiano (art. 49, párrafo 2), la penalidad de la tentativa inidónea; el nuevo CP español (art. 11), así como los trabajos de reforma ingleses, prevé una regulación concluyente de las posiciones de garante. Ante todo, precisamente la más legalista doctrina francesa, como es sabido, rechaza totalmente la *commission par omission* cuando no se encuentra expresamente regulada, en cuyo caso generalmente se prevé acudir a la imprudencia con el fin de evitar la impunidad. También la jurisprudencia española respondía a esta pregunta en un tono restrictivo antes de 1995, año en que se estableció la nueva regulación jurídica. La dimensión tradicional de las instituciones jurídico-penales que contiene la regulación alemana, que no son desconocidas en el derecho comparado, sufre últimamente una importante reducción, tal como lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal Federal (BGH) sobre el delito continuado y sobre la *actio libera in causa*[9]: de existir una regulación expresa, tal como contiene el CP español (arts. 20 y 74), a ambas figuras se les habría dado su debida importancia y tal vez se hubiera mantenido su núcleo. También respecto al ámbito común de la autoría y participación, Pradel ha constatado, mediante una crítica segura, les formules *larges* que, en 1975, se introdujeron en los preceptos alemanes[10]. La amplitud de todo esto es, obviamente, consecuencia de la tendencia a la abstracción que distingue a la parte general en su conjunto. Por el contrario, sin embargo, hay que recordar que el Brottsbalk sueco renuncia en gran medida a una parte general preliminar y, en particular, que las cuestiones relativas a la tentativa, los actos preparatorios y la conspiración se regulan al final de cada capítulo en la parte especial (parecido al *Strafflag* finlandés). También el *Straffelov* noruego regula en gran parte la punibilidad de la participación en la parte especial, y la *statute law* inglesa regula con frecuencia el error en cada uno de los tipos penales. Si se compara, por el contrario, la extensa generalización del criterio de evitar la

9 BGHSt 40, pp. 138 ss. (GS); 42: 235 ss. (4. StrS); Cfr. sin embargo BGH (3. StrS) JR 1997: 391 ss. Con anotaciones de Hirsch.

10 Pradel, 1995: 278, N. 195.

aplicación del § 17 CP alemán[11], a pesar de carecer de concreción, es aplicable a todos los tipos de la parte especial, ¡lo que se ha considerado razonable sobre la base de las cláusulas generales, como si se tratara de un fundamento del Estado de derecho!

Si se observa globalmente la teoría del delito, se destaca finalmente que tanto los países que no siguen el sistema tripartito de la teoría del delito de la doctrina alemana (especialmente Francia e Inglaterra, pero también, por ejemplo, Suecia), como aquellos que sí lo hacen, tiene en común el tipo (*Tatbestand*) como punto de partida. El *élément légal* de la doctrina francesa y el *legal element* (*actus reus*) de la doctrina inglesa, sin embargo, logran cohesionar la acción y el resultado de manera más completa que la tipicidad alemana (en relación con la función de garantía del tipo, mientras que la función sistemática del tipo alemán, como tipo del injusto [*Unrechtsvertypung*], se corresponde más bien con el *élément matériel* de la doctrina francesa). Con este renovado rasgo común conforme al Estado de derecho, en muchos países la teoría del delito logra basarse en una garantía constitucional. Así, se puede rechazar la objeción de Goldschmidt, que fuera ya combatida por Beling, de que una categoría del Estado de derecho no podría ser un componente de la construcción sistemática jurídico-penal[12]. Es frecuente en la doctrina jurídico-penal europea que se confronte sobre todo el tipo externo con una categoría dirigida más al interior del autor, mientras que las causas de justificación y las causas de exculpación, conocidas en el derecho inglés como alegatos de defensa (*defences*), se remitan al plano procesal. Esto encuentra en Francia un paralelo, en donde la exclusión de responsabilidad es tratada, también de manera clásica, al margen de los elementos positivos del hecho punible. La correspondiente distribución de la carga de la prueba no ha podido hasta ahora ser formulada como una característica común europea: el satisfactorio sistema alemán fundado en la idea del Estado de derecho, en donde la carga de la prueba de todos los elementos del hecho punible —positivos como negativos— recae en el Estado que acusa, es desde el punto de vista internacional más bien una excepción alejada del derecho procesal. En Inglaterra y en Francia, así como también en España y en la jurisprudencia tradicional italiana, las causas de justificación y de exculpación han de ser probadas y, en todos los casos, las objeciones explicadas

11 Esta disposición regula el error de prohibición: «Le falta al autor de la comisión de un hecho la comprensión para realizar el injusto y actúa sin culpabilidad, cuando no pudo evitar el error. Si el autor pudo evitar el error, la pena será disminuida de conformidad con el § 49, párrafo 1». (nota del traductor)

12 Sobre ello ya Tiedemann, 1969a: 35 ss.

por el acusado (no obstante, en el derecho inglés tiene validez el principio *in dubio pro reo*, aunque con la excepción de la *insanity defence*).

Constituye un requisito lógico fundamental, dirigido más hacia el contenido de justicia del principio de Estado de derecho que a su faceta formal y que enlaza, tanto a la teoría del tipo y al principio de legalidad, la exigencia que las teorías del tipo y del delito deban desarrollarse sobre la base de todos o de la mayoría de los tipos de la parte especial y del derecho penal accesorio. Hacerlo solo respecto a un limitado grupo de delitos, como los delitos de violencia, significaría pretender construir una doctrina supranacional específica para el derecho penal económico. Este ideal común es considerado con mayor relevancia en las doctrinas española e italiana que en la alemana. De manera que es de resaltar y elogiar el valor del legislador español por integrar todas las materias jurídico-penales en la codificación central (a través de la aceptación de la técnica de los tipos penales en blanco)[13]. Pero también en la doctrina italiana, especialmente en el ámbito del tipo, no se da la restricción alemana a los delitos violentos, sino que, en gran medida, se abarca también a los delitos «intelectuales» (*Intelligenzdelikte*)[14]. Esto explica también por qué, por ejemplo, los manuales franceses se ocupan desde hace tiempo de la relevancia típica de los actos antijurídicos no penales, lo que en Alemania recién se empieza a discutir y mayormente solo de manera puntual en el derecho penal del medio ambiente. La preocupación por este tema ha conducido a prever de manera expresa, en el nuevo CP (art. 111-5), que el juez penal está facultado para comprobar la antijuridicidad de los actos administrativos[15]. El objetivo principal de esta regulación se encamina naturalmente a autorizar a los jueces para que comprueben la legalidad del derecho penal de contravenciones (*contraventions*), cuya promulgación, según la Constitución francesa, compete al ejecutivo. Problema que, en Alemania, no se da de la misma manera y solo se presenta parcialmente en relación con las leyes penales en blanco.

Resumiendo, se recomienda una regulación expresa de la prohibición de la analogía *in malam partem* en la aplicación de las disposiciones de la parte especial

13 Tiedemann, 1996a: 647 ss.

14 Si bien la traducción literal del término *Intelligenzdelikte* se corresponde con «delitos inteligentes», se ha preferido utilizar la locución «delitos intelectuales», ya que ello permite poner de relieve la diferencia que el autor señala frente a los delitos violentos. Se ha de entender pues que cuando se habla de «delitos inteligentes» se hace referencia, en el contexto de este trabajo, a aquellos delitos caracterizados por la ausencia de una violencia o agresión física, y en los que el sujeto activo utiliza su capacidad intelectual y preparación para perpetrar el delito. Un ejemplo de estos delitos serían los delitos que se cometen en el ámbito de la empresa. (nota del traductor)

15 En el mismo sentido (dado que el juez penal no anula los actos administrativos) ya Tiedemann, 1969a: 280.

(así, el art. 22, párrafo segundo del Estatuto de Roma) y que se prevea un mandato dirigido al juez en cuanto la aplicación de la ley penal conforme al criterio de previsibilidad razonable *reasonably foreseeable* de la Corte de Estrasburgo. La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley menos favorable y el mandato de la retroactividad de la *lex mitior*, por ser reconocidos generalmente, deberían incluirse en el proyecto de una carta europea de derechos fundamentales, por constituir fundamentos del contenido del derecho internacional, tal como en el Estatuto de Roma (art. 24, párrafo 2). Por el contrario, el problema político de qué órgano de los estados miembros y/o de la Comunidad Europea es el competente para crear tipos penales debe quedar abierto. Para el derecho administrativo sancionador de la Comunidad Europea podría bastar la competencia del Consejo (en el marco del —así denominado— proceso de codecisión con el Parlamento Europeo).

III. Situaciones de conflicto de derechos y de necesidad jurídica (*Konflikt- und Notrechte*)[16]

En el ámbito central de las causas de justificación existe un gran consenso en torno al derecho de actuar en situación de necesidad jurídica, salvo la ya tratada cuestión de la carga de la prueba. Esto ha permitido en cierto modo al Tribunal de Luxemburgo[17] formular los requisitos de la legítima defensa[18] y [19], de manera que puedan ser aceptados por todos los ordenamientos jurídicos europeos. En efecto, como demuestran, por un lado, la amplitud o estrechez de la gama de bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos mediante la legítima defensa y, por otro, la exigencia de una ponderación de bienes jurídicos o proporcionalidad, las cuestiones importantes de la parte general son decisiones valorativas políticas, las mismas que un parlamento soberano elabora en gran medida de manera independiente

16 En este caso se ha preferido realizar una interpretación lo más literal posible de los términos utilizados por Tiedemann, que a la vez permita al lector advertir el contenido del presente apartado. Así, se ha traducido *Konfliktrechte* por «conflicto de derechos» y *Notrechte* por «necesidad jurídica», aun cuando se haya podido recurrir a las locuciones «estado de necesidad» y «legítima defensa». La razón consiste en que también el autor pudo utilizar las palabras *Notstand* y *Notwehr* para referirse al estado de necesidad y a la legítimad defensa, respectivamente, y no lo hizo, no obstante utilizarlas luego en el desarrollo de las ideas que componen este apartado. (nota del traductor)

17 El Tribunal de Luxemburgo es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE). (nota del traductor)

18 Se ocupa de ello Wagemann, 1992: 87 ss.

19 En este caso Tiedemann recurre al término *Notwehr,* cuya traducción es legítima defensa. (nota del traductor)

de la lógica material y dependen, en el marco de las situaciones de necesidad jurídica[20], de la amplitud que debe alcanzar el monopolio estatal de la violencia. Se debe aceptar por ello la limitación a ciertos bienes jurídicos elementales.

El estado de necesidad[21], regulado expresamente por fin en Francia (art. 122-7 CP) así como en Inglaterra y en el Estatuto de Roma (art. 31), es reconocido nuevamente como mínimo en el sentido de una *duress of circumstances*, y está previsto —de acuerdo con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea— para los casos en que exista un peligro para la existencia del bien jurídico. Sin embargo, en la mayor parte del ámbito europeo no se conoce —con la excepción, en particular, de la doctrina española— la diferenciación alemana entre causas de justificación y causas de exculpación. Asimismo, la distinción de las causas de justificación y exculpación pierde su significado práctico procesal cuando la llamada prueba de la legítima defensa (*Notwehrprobe*) permanece más como un experimento teórico y las exigencias de la teoría de la participación en el hecho principal se configuran de manera sumamente diversa. También el *subjective approach* del derecho inglés, que tradicionalmente equipara la suposición errónea de una causa de justificación y de una causa de exculpación a su existencia, no solo simplifica la teoría del error, sino que contribuye a que la diferencia entre justificación y exculpación sea algo prácticamente irrelevante (no se puede discutir aquí la nueva tendencia inglesa de excluir el dolo en los casos *unreasonable belief*). El requisito de un elemento subjetivo de justificación debería ser aceptado en el ámbito europeo.

La figura de la fuerza mayor, proveniente del derecho civil, es reconocida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Según la concepción alemana, en estos casos faltaría ya con frecuencia la capacidad de acción, siempre y cuando la fuerza mayor se conciba en un sentido estricto. Pero también es posible y puede ponerse en práctica un concepto amplio de fuerza mayor que considere la inexigibilidad de un comportamiento del autor, como lo hace, por ejemplo, la cambiante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación con la pérdida de caución en el derecho agrícola de la Comunidad Europea[22]. La inclusión de esta figura históricamente anticuada en una regulación modelo o de base no debería aceptarse; en su lugar debería elaborarse el estado de necesidad (*Notstand*).

20 Aquí nuevamente Tiedemann recurre al vocablo *Notrechte*, motivo por el cual se ha respetado lo más posible el sentido del texto en su versión original al traducirse por (situación de) necesidad jurídica. (nota del traductor)

21 En este caso el autor utiliza la locución *Notstand,* que se corresponde con el estado de necesidad. (nota del traductor)

22 En detalle Wagemann, 1992: 111 ss.

Una particularidad internacional es, finalmente, la tradición española, que acepta la atenuación obligatoria de la pena cuando se dan los presupuestos fundamentales de la justificación, aunque no los accidentales. Con la tesis de Kern sobre la posibilidad de graduar el injusto[23][24], esta idea aparece susceptible de ser consensuada en la opinión alemán.

IV. Principio de culpabilidad y error

En el ámbito internacional, el principio de culpabilidad resulta más controvertido que el principio de legalidad, a pesar de que tanto Jescheck/Weigend[25], como el ya mencionado Corpus Juris, lo consideren como requisito básico del derecho europeo sancionador, y que pueda entenderse como la concreción del principio de proporcionalidad. Tanto en Alemania, Italia, como en España, el fundamento de la pena está referido al principio de culpabilidad con contenido material y se asegura a través de la jurisprudencia constitucional, y en muchos países europeos es admitido jurídicamente. Sobre todo en Francia y en Inglaterra se acepta la existencia de *infractions matérielles* y *strict liability*. Nociones que corresponden a la antigua categoría alemana de delito formal y que constituyen, como mínimo, presunciones de culpabilidad y que, en el ámbito de los intereses colectivos (como, por ejemplo, la protección del medio ambiente), se fundamentan, sobre todo, en especiales requisitos de cuidado. El nuevo CP francés limita esta figura a las transgresiones, que también en otros ordenamientos jurídicos —como el italiano— fueron durante tiempo el residuo de una responsabilidad independiente de la culpabilidad. Mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo la jurisprudencia de Estrasburgo en materia de derechos humanos sobre las presunciones procesales de inculpabilidad del art. 6, párrafo 2 DDHH —en virtud de la cual la prueba en contrario de la fuerza mayor tiene que ser posible en todos los casos para el afectado[26]—, no objeta a las regulaciones nacionales (*in casu*: Dinamarca)[27] que incluyan dichas figuras en el derecho penal nacional

23 Kern, 1952: 262 ss.

24 Si bien Tiedemann escribe «Mit Kerns Lehre von den Graden des Unrecht...», se ha preferido traducir esta frase por «Con la tesis de Kern sobre la posiblidad de graduar el injusto» porque ello permite al lector entender con mayor facilidad la idea que Tidemann expone, aun cuando una traducción literal indique que la tesis de Kern se denomina «Grados del injusto». (nota del traductor)

25 § 4 I: 23 ss.

26 Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A Nr. 141 –A, caso «Salabiaku» y EuGRZ 1992, 472 ss., Caso «Pham Hoang».

27 Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Colección de decisiones 1990, 2911 (2935). Caso «Hansen».

mediante un sistema justo (*systemgerecht*), limita las excepciones jurídico-materiales del principio de culpabilidad tendencialmente a presunciones procesales que rebaten la culpabilidad. La contradicción se reduce así, en esencia, al derecho procesal. Desde un punto de vista material, el derecho inglés concibe (la mayoría de) los casos de la *strict liability* como *criminal in form, but civil in nature*, lo que se tiene en cuenta de manera absoluta en el marco de las sanciones. No obstante, en Inglaterra, el principio de culpabilidad se confronta con la conocida excepción de que aquel que participa en un negocio (*business*) asume los riesgos de la responsabilidad penal.

No se puede tratar aquí la inimputabilidad a pesar del papel central que juega para la única o doble vía del sistema penal. De todos modos hay que señalar que la diferente tolerancia frente al alcohol y otras drogas se plasma en el distinto reconocimiento de las condiciones de la incapacidad mental, mayormente a través del recurso a la *actio libera in causa* (cfr. últimamente el art. 20, núm. 2 CP español, así como el art. 31, párrafo. 1, literal b del Estatuto de Roma y anteriormente el art. 92 CP italiano, que rechazan se considere que falta culpabilidad en los casos de embriaguez imprudente u otra situación semejante). Para la comisión de delitos económicos, tanto la embriaguez como la minoría de edad probablemente no deberían tener importancia alguna.

También la regulación sobre el error constituye una escala para graduar la realización del principio de culpabilidad y con ello para la consecuencia jurídico-penal de una concepción más liberal o más conservadora del Estado y del derecho. Que el error de prohibición invencible tenga que conducir a la impunidad es algo que hoy en día se reconoce como influjo del principio de culpabilidad en muchos ordenamientos jurídicos (como, por ejemplo, el francés e italiano), incluso cuando, por ejemplo, en el Derecho inglés, este resultado se consiga solamente a partir del artificio procesal de la *absolute discharge*. Igualmente, el error sobre los elementos del tipo (error de tipo) —con la excepción sobre todo de Italia—, independientemente de la culpabilidad del autor, excluye el dolo. En el sentido de una simplificación de la teoría del error, pueden preverse de manera conjunta todos los casos de error invencible en una regulación base o modelo. Los ordenamientos jurídicos nacionales muestran por lo demás que los elementos del tipo penal son con frecuencia hechos, de manera que el *erreur sur les éléments essentiels* de l'infracion se corresponde en gran medida con el error de tipo de la concepción jurídico-penal alemana. En cuanto a la *invencibilidad* hay —también en el Corpus Juris— una amplia coincidencia en torno a las soluciones y sus categorías[28]. Detrás de la última delimitación del derecho penal inglés de excluir el

28 Tiedemann, 1995: 95 ss., 111, con referencias.

dolo solo en los casos de un acto erróneo razonable (*reasonable*) está naturalmente la valoración de que el actuar con «ceguera sobre los hechos» no puede ser menos reprobable que el actuar con conocimiento de los hechos.

Es objeto aún de polémica sobre todo el error de prohibición vencible, respectivamente el error de derecho que no se refiere al tipo. Sin embargo, de esta manera se reducen las diferencias de las soluciones, ya que en no pocos ordenamientos jurídicos (como, por ejemplo, Dinamarca, Inglaterra y Austria) se acepta como error de hecho el error de derecho extrapenal de la jurisprudencia del Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) y que incluso en el art. 47, párrafo 3, CP italiano se encuentra previsto expresamente. El legislador portugués, de manera parecida a la jurisprudencia española, se orienta tanto en el derecho penal como en el derecho de contravenciones a diferenciar entre *delicta per se* y *delicta mere prohibita*. Esta diferenciación (criticada por la doctrina) produce inseguridad cuando se delimita uno y otro concepto, pero produce siempre mejores resultados que la fórmula vacía alemana de la información y esfuerzo de la conciencia en el marco del § 17 CP alemán. También otros ordenamientos jurídicos europeos, que podrían seguir en el tratamiento del error de derecho más la perspectiva alemana que la anticuada sistemática, han elaborado soluciones a través de la elaboración de grupos de casos disculpantes, como en particular la información errónea proveniente de un a instancia competente, que son adecuadas, siempre justas y que también para el derecho penal alemán resultan ejemplares. También es ejemplar, razón por la que ha sido adoptada en el art. 10, línea 3 del Corpus Juris, la regulación del nuevo art. 14, párrafo 3 CP español, que conduce forzosamente a una disminución de la pena en los casos de error de prohibición vencible (porque la culpabilidad del autor que se equivoca sobre la prohibición es menor que la de quien actúa con pleno conocimiento de la prohibición).

V. Autoría y participación

En el tratamiento de la autoría y participación, en los códigos penales de Austria e Italia, así como en el derecho penal criminal de Dinamarca y Noruega, se ha consagrado el sistema unitario de autor, aunque se prevén diversas consecuencias, mientras que en la legislación de los demás estados miembros de la Comunidad Europea —y por esto también en el Corpus Juris (art. 11) así como en el Estatuto de Roma (art. 25)— se considera la importancia de la contribución al hecho como punto de partida dogmático, conforme a la doctrina italiana de la Alta Edad Media y no es considerada solo como base para la medición de la pena. Como un criterio común del derecho penal europeo puede señalarse que la distinción entre autor unitario, coautor y autor mediato, sobre todo en los dos últimos casos

en los que falta en parte la realización del tipo, es sustituida por criterios de imputación[29]. Naturalmente que esto es evidente respecto de la autoría mediata en los casos en que se rompe la accesoriedad, de ahí que en especial el derecho penal francés tienda a una aplicación restrictiva de esta figura y, por lo general, solo la reconozca, junto a los casos expresamente regulados de *auteur intellectuel ou moral*, en los supuestos que claramente son merecedores de pena (como el aprovechamiento de un error del autor directo - *Vormann*), en donde por falta de una regulación expresa de la autoría mediata se recurre a tal método de imputación. Asimismo, para delimitarla de la instigación, se recomienda una regulación expresa de la autoría mediata, que es posible siguiendo la nueva tendencia del Tribunal Federal alemán de reconocer una forma de autoría independiente, aunque no es (todavía) susceptible de consenso: en el ámbito europeo predomina la idea de la autoría mediata como figura que cubre vacíos.

Las dos cuestiones más importantes del sistema diferenciador en el ámbito de la autoría y participación (el grado de la accesoriedad de la participación y el problema de la participación en los delitos especiales), que en el CP alemán de 1975 se han solucionado con suficientemente claridad, continúan siendo controvertidas. Especialmente, se permite en parte la autoría de los *extranei* en los delitos especiales, lo que tiene que valorarse como un indicio contra la admisión de la pretensión de la regulación alemana en orden a la naturaleza de las cosas. También la generalizada admisión de la participación en un hecho principal imprudente obliga a aceptar que en el derecho penal europeo tiene validez un concepto normativo de autor, con lo cual la autoría mediata se fundamenta en el principio de imputación del dominio, el cual, en el caso en que varios intervienen en un hecho, solo concierne los niveles verticales (jerárquicos) de participación. Este grado de imputación tiene hoy en día una especial y actual importancia, en vista de la criminalidad de empresa y de la criminalidad gubernativa. La siempre controvertida construcción de la autoría omisiva impropia, favorecida en el derecho penal alemán por el § 357 del CP[30], encuentra una importante correspondencia en

29 Cfr. —también en lo que sigue— Tiedemann, 1998a: 496 ss., con referencias. [Existe una traducción al castellano de este artículo efectuada por Cancio Meliá y publicada bajo el título de «La regulación de la autoría y la participación en el Derecho penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo», en *Revista Penal* 5 (1999)]. (nota del traductor)

30 El § 357 CP alemán establece:
«Determinar a un subordinado a realizar un hecho punible:
1. El superior, que determinar a sus subordinados a realizar un hecho antijurídico en el ejercicio de sus funciones o que acepte su determinación o permita la realización de un hecho antijurídico por su subordinado, será castigado con la pena prevista para ese hecho antijurídico.

Inglaterra y en Francia con las figuras independientes y no reguladas en la ley que fundamentan la penalidad en virtud de la *vicarious liability* o del *du fait d'autrui,* que a pesar de ser siempre objeto de críticas por parte de la doctrina, al ser componente del derecho judicial, hay que señalar que existe la necesidad de reconocer ese tipo de penalidad. Hacia esto conduce el art. 12 del Corpus Juris, relativo tanto al propietario de la empresa como a la persona que tiene la capacidad de tomar decisiones y controlar personas en el marco de la empresa, en el que se prevé la punición de comportamientos como la omisión de impedir infracciones. La regulación expresa (y en un marco específico) de este ámbito de la participación de las omisiones impropias, complementada en el ámbito de los funcionarios y del gobierno, así como en el de la función de control de los consejeros encargados de vigilar la actividad de las sociedades, se muestra como susceptible y necesaria de consenso en el ámbito europeo. Con respecto a las restantes omisiones impropias, o bien se incluyen en la parte especial, o bien se solucionan como problemas de la parte general a través de la descripción del principio de dominio y/o —a pasar de la opinión de la doctrina— se introduce la responsabilidad por imprudencia. El requisito básico de por lo menos una regulación legal general resulta pues esencial y a la cual no se puede renunciar.

Debido a los límites de este trabajo no es posible tratar la cuestión de la penalidad de las personas jurídicas. Desde su introducción en Dinamarca, Francia, Finlandia, así como en Noruega, el ya clásico modelo holandés se ha asentado en Europa[31]. El mismo es recomendado como alternativa de sanción similar al modelo alemán de la responsabilidad administrativa en el segundo Protocolo Adicional al Convenio de la Comunidad Europea de 1995. Esta cuestión fue tratada en detalle en el Congreso Internacional de derecho comparado en Atenas, y a partir de ahí —así como consecuencia de la iniciativa de la Comunidad Europea— es objeto de una intensa discusión en un gran número de países, en los que progresivamente se toman en cuenta las nuevas construcciones teóricas de los países del *Common Law*. Resulta notable que el Tribunal Federal alemán, en los casos *Lederspray* y *Jenner-Bergbahn*, parta de la afirmación de que la distribución de un producto peligroso o la manipulación de equipos peligrosos no es una acción humana, sino de la empresa, que al final se imputa a las personas naturales bajo puntos de vista normativos[32], y no a la inversa. También el problema

2. Esta determinación será de aplicación a los funcionarios en quienes se delegue la vigilancia o control sobre los actos de servicio de otros funcionarios, en cuanto que el hecho antijurídico realizado se refiera a las actuaciones de vigilancia o control». (nota del traductor)

31 Una visión general en Doelder/Tiedemann, 1996; en lo que sigue también Tiedemann. 1996c, en Schoch/Stoll/Tiedemann.: 30 ss.

32 BGHSt 37, 106 (114) y BGH NJW 1971, 1093 así como 1973, 1379.

de la culpabilidad se presenta —en el sentido de imputación o reconocimiento (parcial) de una culpabilidad de las empresas— solucionable, de modo que la introducción de una penalidad de las empresas es de nuevo más una cuestión de valoración política que de construcción lógica. El Corpus Juris (art. 13) aboga por tal responsabilidad, pero señala solo los criterios de imputación. En el nuevo derecho penal francés, la *Cour de cassation* elige el principio de la imputación de responsabilidad al órgano como inicio de solución (*théorie du reflet*), lo que implica al mismo tiempo la identificación de la persona física así como la comprobación de su culpabilidad; la instancia judicial prefiere la teoría de la culpabilidad de la propia persona jurídica y para ello constata la estructura de la sociedad, la política de la empresa, etc. En sentido contrario, el Anteproyecto suizo quiere introducir una penalidad de la persona jurídica sin tener en cuenta la culpabilidad. La activa discusión en el ámbito europeo ha conducido, en Italia y en España, a que la penalidad de las personas jurídicas conquiste adeptos, mientras que los preparativos existentes en la reforma alemana de las sanciones fundamentales probablemente conllevará solamente una (de nuevo) ampliación del § 30 de la ordenanza sobre contravenciones (OWiG)[33].

VI. Tentativa y preparación[34]

Sobre los grados de ejecución del hecho punible podemos ser breves en cuanto a la teoría de la tentativa y el desistimiento, pues basta referirse al informe general de Jescheck al XII Congreso Internacional de derecho comparado que tuvo lugar en Australia en 1986, en el que se analizan las cuestiones fundamentales y el estado

33 El § 30 *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (Ley sobre Contravenciones Alemana) establece: «El que como titular de un establecimiento o de una empresa omita dolosa o imprudentemente las medidas de vigilancia que se exigen para impedir en el establecimiento o en la empresa las contravenciones contra los deberes que correspondan al titular como tal, y cuya lesión está amenazada con pena o con multa, comete un ilícito administrativo si se comete una contravención tal que habría podido ser evitada por medio de la pertinente vigilancia. A las medidas de vigilancia pertenecen también la dirección, la elección cuidadosa y la supervisión de los vigilantes». (nota del traductor)

34 Tiedemann utiliza aquí las locuciones *Versuch* y *Vorbereitung,* que se corresponden, respectivamente, con «tentativa» y «preparación». Bien se pudo traducir por «tentativa» y «actos preparatorios», pero de nuevo se ha preferido respetar la voluntad del autor, que recurre al término *Vorbereitung* y no al de *Vorbereitungshandlungen*, que significa «actos preparatorios». No obstante, ambos («preparación» y «actos preparatorios»)» se han de entender como sinónimos, pues si bien Tiedemann consigna el primero en el título del apartado y utiliza el segundo en el texto del apartado, tanto uno como otro hacen referencia a lo que en la teoría del *iter criminis* se conoce como actos de preparación. (nota del traductor)

actual de la cuestión[35]. Hay que añadir ante todo que el nuevo CP francés en su art. 121-5, y el nuevo CP español en su art. 6, párrafo 1, se aferran a la tradición del «inicio de la ejecución» para delimitar los actos preparatorios (*Vorbereitungshandlungen*) impunes de la tentativa punible, mientras que en particular en Alemania, Italia y Austria se ha renunciado, en todo caso terminológicamente, a este concepto. De hecho aparece como susceptible de consenso en el ámbito europeo la interpretación dogmática alemana, cuya fórmula de los actos intermedios se acerca a la nueva jurisprudencia francesa (cfr. también el art. 25, párrafo 3, literal f, línea 1 del Estatuto de Roma). Lo mismo resulta válido para el desistimiento impune, respecto al cual en el Anteproyecto no oficial de Reglamento de la Comunidad Europea de 1995 (§ 5, párrafo 3) se trató de orientar su regulación hacia el § 24 CP alemán, el § 16 CP austriaco y el art. 16, párrafo 2 del CP español[36]. Por el contrario, en el espacio europeo continúa discutiéndose si la tentativa ha de ser reprimida con menor severidad que la consumación y si la tentativa absolutamente inidónea ha de ser punible. Aquí, tendrían que constatarse las diferencias de las valoraciones de la relación entre el desvalor de resultado y el desvalor de acción, así como entre lo «objetivo» y lo «subjetivo». Solo de esta manera sería posible llegar a un consenso en torno a la delimitación de tales figuras.

Respecto a la tentativa de participación, la tendencia político-criminal es reconocible, como ocurre en el derecho alemán —igual que en el sistema unitario de autoría—, declarar impune la tentativa de complicidad y punible la tentativa de instigación. Punible es la inducción en grado de tentativa. La participación en la tentativa es en general punible[37].

El acuerdo en la coautoría comisiva (cfr. § 30, párrafo 2 CP alemán) es regulado debido a su carácter delictivo previo, por un lado, y a su especial peligrosidad, por otro, a través de los tipos especiales de la *conspiracy, la association de malfaiteurs* y de la *associazione per delinquere* (en el derecho penal italiano, debido a su fuerte orientación objetiva, se equipara al mismo tiempo la instigación exitosa punible y el acuerdo para delinquir). Incluso el Corpus Juris prevé en su art. 4 un tipo especial semejante; de conformidad, en particular, con la jurisprudencia y la doctrina del art. 416 CP italiano se exige además en este punto un grado de organización suficiente (y un programa criminal).

35 Jescheck, 1987: 111 ss.

36 Cfr. Bacigalupo/Grasso/Tiedemann, en Schünemann/Suárez, 1994: 466.

37 Jescheck, 1987: 111, 134, así como el Estatuto de Roma.

VII. Resumen y tesis

Como resumen de nuestras reflexiones desearíamos formular las ideas más importantes sobre los requisitos fundamentales de la parte general, complementarlas en parte y así favorecer la discusión al respecto. Para esto es necesario indicar de manera expresa —tal y como corresponde al uso del lenguaje en las recomendaciones internacionales— cuáles son los requisitos fundamentales ineludibles, cuáles son las regulaciones básicas deseables y los puntos de vista y detalles importantes:

El proceso de abstracción inmanente a la parte general presupone que no solo unos pocos delitos constituyan el modelo para el desarrollo de los principios y reglas de la parte general, sino más bien que se tienda a tener en cuenta todos los grupos de delitos. Ello, sin perjuicio de que se prevean regulaciones marco específicas en relación (técnica) con algunas materias de la parte especial.

La parte general del derecho penal necesita, en todo caso, regularse legalmente, puesto que sus reglas de imputación constituyen una ampliación de la punición prevista en la parte especial (autoría, tentativa). Las reglas de validez (cfr. §§ 2 y ss. CP alemán) deben igualmente ser formuladas por el legislador debido a las exigencias de especial claridad y determinación; esto es válido especialmente para la primacía de la *lex mitior* y para el concepto de ley temporal[38].

La amplitud de las figuras legales y las construcciones extralegales deberían concretarse en la certeza de sus contenidos mediante ejemplos típicos legales (quizá según el modelo del art. 82 del Tratado de la Comunidad Europea) o de grupos de casos jurisprudenciales (por ejemplo, la invencibilidad del error de prohibición cuando se trata de informaciones falsas provenientes de instancias competentes).

Con el objetivo de fortalecer la seguridad jurídica, deberían incluirse definiciones legales, sobre todo ahí donde se pretenda delimitar un específico círculo de autores (por ejemplo, funcionarios), cuando se trate de los fundamentos de la penalidad o cuando exista una profunda delimitación de las categorías de la acción o de la culpabilidad (¡dolo eventual!).

Los elementos del hecho punible que fundamentan la pena tienen que ser probados por el Estado, y aquí cuenta especialmente el dolo. En el empleo de las presunciones de culpabilidad se tiene que permitir al acusado en todos los casos la prueba en contrario.

Las sanciones administrativas punitivas (que persigan también un fin retributivo) han de estar sujetas a las mismas garantías que las previstas para el derecho penal. Las limitaciones a este principio pueden producirse en orden a

38 Cfr. Tiedemann/Dannecker, 1985: 13 ss., con referencias; Silva Sánchez, en Schünemann/Suárez, 1994: 143 ss.

la competencia para imponer estas sanciones, debido a su eventual carácter de bagatela así como a la agilización del procedimiento en el que se imponen. Las restricciones a este principio encuentran sus límites en las garantías de los derechos humanos del derecho nacional y del derecho internacional.

El principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*), en cuanto a sus implicancias dirigidas al juez, es un punto de partida irrenunciable del derecho penal europeo, así como en el plano supranacional[39]. Dado que la punibilidad de un comportamiento depende de la valoración de la jurisprudencia, un cambio de esta última tiene que ser razonablemente previsible. La aplicación analógica del derecho en la parte especial en perjuicio del autor ha de ser descartada por inadmisible. En relación con los actos de la Administración que fundamentan la punibilidad (leyes penales en blanco), la decisión fundamental sobre la penalidad ha de provenir del legislador constitucionalmente competente[40].

La medida en que los estados de necesidad y conflicto (*Not-und Konfliktsituationen*) así como los casos de errores de parte del autor de un hecho deben quedar impunes o deben ameritar una atenuación de la pena es una cuestión que está sujeta en gran parte a la decisión del legislador. Sin embargo, se debe reconocer que los bienes jurídicos elementales son capaces de ser protegidos mediante la legítima defensa y también mediante el estado de necesidad cuando hay un peligro para su existencia. También debería descartarse la punibilidad en los casos de error no culpable (que no sea evitable de manea razonable) del autor que recae sobre las cuestiones de hecho y de derecho, y por eso deberían regularse conjuntamente. Para el error de tipo vencible se recomienda una regulación que excluya el dolo; de ahí que debería preverse expresamente que los elementos (normativos) del tipo y los elementos de una ley penal en blanco, junto a los actos que la complementan, sean tratados de la misma manera.

La punibilidad de la tentativa es solo aceptable cuando el legislador ha previsto expresamente su penalidad. La decisión delictiva del autor debe ser reconocible mediante actos externos. Estos pueden ser identificados ya que representan el inicio del hecho —eventualmente solo el plan del autor— que conducen inmediatamente a su consumación.

Para la intervención de varias personas en un acto en grado de tentativa se recomienda el principio unitario de autor en vista de su sencillez para el derecho administrativo. Dado que en el derecho penal es tradicional el modelo diferenciador, debería definirse legalmente la participación, especialmente la autoría mediata,

39 Cfr. solo Tiedemann, 1993a: 28, con referencias.

40 Un análisis de derecho comparado en Tiedemann, 1993b: 141 ss., del mismo, 1969a: 239 ss.; cfr. además Enderle, 2000.

y establecerse el grado de accesoriedad de la mera participación. La participación mediante una mera omisión en el ámbito de la criminalidad de empresa, de funcionarios y de gobierno, debe declararse punible a través de una regulación expresa; la omisión impropia debe ser punible solo cuando sea regulada legal y expresamente.

Las personas jurídicas y otras agrupaciones de personas, en los hechos punibles que cometan sus encargados en su interés, deben ser hechas responsables no solo civil o administrativamente, sino como mínimo a través de la imposición de sanciones similares a las penales (en tal sentido, confrontar las garantías aplicables supra VI). Debería introducirse una penalidad propia de estas agrupaciones con el objetivo de eliminar su organización delictiva, para lo cual bastaría que los modelos y criterios se mencionaran en un marco de responsabilidad o alternativamente, y fueran complementados por la jurisprudencia.

El autor detrás del autor*

Raúl Pariona

I. Preliminares. **II.** Desarrollo y estado actual. **III.** Fundamentación de la estructura dogmática «autor detrás del autor». **IV.** Posturas disidentes. **1.** «Principio» de responsabilidad. **2.** El concepto de «autonomía» (Köhler, Meyer, Renzikowski). **3.** El concepto de «responsabilidad» (Schumann, Zieschang). **V.** La doctrina jurisprudencial **1.** La doctrina de la Corte Suprema Federal de Alemania. **A.** Caso «Rey de los gatos» (BGHSt. 35, 347). **B.** Caso «Muro de Berlín» (BGHSt. 40, 218). **2.** La doctrina de la Corte Suprema del Perú. **A.** Caso: «Fujimori y el falso fiscal». **B.** Caso: «Abimael Guzmán y Sendero Luminoso». **VI.** Conclusiones.

I. Preliminares

En la literatura especializada se observa frecuentemente el empleo del término «autor detrás del autor» para hacer referencia a la «autoría mediata por dominio de organización». Sin embargo, bajo esta figura se comprende una problemática mucho más amplia, de mayor trascendencia y que abarca variadas constelaciones de casos. El problema dogmático radica en la pregunta de si es posible admitir una autoría mediata de quien para la comisión del delito se sirve de otro que también actúa puniblemente como autor; es decir, cuya conducta es típica antijurídica y

* Este artículo ha sido posible gracias al apoyo del Instituto de Ciencias Penales y Filosofía del Derecho de la Universidad de Munich (Alemania) y de mi maestro el profesor Claus Roxin.

culpable. Si bien la doctrina dominante ha respondido afirmativamente a esta pregunta, la respuesta no ha sido siempre unísona.

En las páginas que siguen, como una contribución a la doctrina de la autoría, se presenta un estudio de la figura dogmática «autor detrás del autor» en la que se fundamenta y defiende su legitimidad y su compatibilidad con el ordenamiento jurídico peruano.

II. Desarrollo y estado actual

En lo fundamental, la figura del «autor detrás del autor»[1] afirma la posibilidad dogmática de sancionar como autor (mediato) al hombre de atrás, pese a que el ejecutor inmediato es plenamente responsable por sí mismo como autor. La figura es una materialización de la estructura dogmática de una «autoría mediata» detrás de una «autoría inmediata». Dentro de las constelaciones de casos que presentan esta estructura, destacan en la literatura y en la jurisprudencia los siguientes: la autoría mediata de quien se vale para su fin criminal de un ejecutor inmediato que actúa bajo error de prohibición vencible; la autoría mediata mediante engaño sobre la identidad de la víctima; la autoría mediata mediante engaño sobre la medida del injusto; la autoría mediata mediante ejecutor con capacidad de culpabilidad reducida y la autoría mediata por dominio de organización.

La discusión sobre la posibilidad de una autoría mediata detrás de un ejecutor inmediato plenamente responsable es de larga data. Inicialmente, si bien el sentido intuitivo llevaba a afirmar la autoría del hombre de atrás, se carecía, sin embargo, de una fundamentación dogmática. Las primeras reflexiones sobre esta problemática vienen de la doctrina alemana. Así, la antigua teoría formal negativa, que admitía una autoría mediata siempre y cuando el ejecutor directo no sea autor, declaraba —ya por definición— la imposibilidad de la figura del autor detrás del autor. Contrariamente a esta concepción, la teoría subjetiva interna admitía la posibilidad de la figura e, incluso, la consideraba como una consecuencia necesaria, puesto que el hombre de atrás casi siempre evidencia un *animus auctoris*[2]. Igualmente, la teoría subjetiva tradicional, si bien no consideraba como consecuencia necesaria de sus postulados la admisión de la figura, sí la admitía en algunas constelaciones de casos, sobre todo cuando el hombre de atrás consideraba erróneamente ser autor del hecho delictivo[3]. La posibilidad de la autoría mediata mediante ejecutor inmediato

1 La denominación de «autor detrás del autor» dada esta figura dogmática se debe al jurista alemán Lange, en Kohlrausch/Lange: 1950: § 47: I B 1.

2 Cfr. Binding, 1911: 13.

3 Baumann, 1960: 444. Esta concepción es defendida por Baumann hasta hoy, cfr. Baumann/Weber/Mitsch, 2003: § 29, N. 148 ss.

plenamente responsable ha sido defendida, igualmente, con fundamentos objetivos. Siguieron este camino los defensores de las teorías objetivas de la participación. En esta línea se enmarcan las obras de Claus Roxin[4] y Friedrich-Christian Schroeder[5] quienes, por primera vez, desarrollaron y fundamentaron a profundidad la estructura dogmática del autor detrás del autor. Sus decisivas contribuciones a esta doctrina han promovido, en la ciencia, la renovación de la discusión. Su influencia se ha visto reflejada también en la jurisprudencia que la ha asumido expresamente como una figura posible, factible y de gran utilidad.

En la actualidad, la figura se ha impuesto en la discusión científica. La doctrina mayoritaria defiende la posibilidad de una autoría mediata de quien actúa detrás de una persona que también responde como autor[6]. La discusión actual en este sector radica, más bien, en establecer el ámbito de aplicación y sus límites. Pese a todo, aún se puede observar algunas voces que niegan la posibilidad de una autoría mediata en estos casos[7], calificando el comportamiento del hombre de atrás únicamente como instigación o coautoría. Sin embargo, dentro de este sector pocos son consecuentes con sus posturas, pues terminan admitiendo la figura «excepcionalmente».

III. Fundamentación de la estructura dogmática «autor detrás del autor»

La figura del «autor detrás del autor» no se fundamenta en la pura decisión de sancionar como autor al hombre de atrás porque según el sentimiento justicia este último aparecería como la figura central del evento delictivo. La sanción del hombre de atrás como autor mediato tiene, más bien, una explicación dogmática; es decir, la sanción se desprende de las reglas jurídicas contenidas en el ordenamiento jurídico penal. En lo que sigue, planteo mi concepción, fundamento la estructura dogmática del autor detrás del autor y crítico las opiniones que cuestionan la figura. Según el orden metodológico trazado, se seguirán dos etapas: en primer lugar, determinar cuál es el criterio que debe guiar la distinción entre autoría (mediata) y participación (en especial la instigación) y, en segundo lugar, una vez fijado el criterio, evaluar si este presentaría algún tipo de obstáculo dogmático en

4 Roxin: 2006.

5 Schroeder: 1965.

6 Cfr. Roxin: 2006: 244; el mismo: 2003b: § 25, N. 105 ss.; Schroeder, 1965: 119 ss.; Schünemann, 2007: § 25, N. 65 ss; Bloy, 1996: 440, 441; Ingelfinger, 1992: 183; Kress, 2006: 205; Kühl, 2005: § 20, N. 73 s.; Küpper, 1998: 523; Lampe, 1994: 743; Satzger, 2008: § 14, N. 43; Schild, 1994: 10; Wessels/Beulke, 2007: § 13, N. 541; Schmidhäuser, 1975: 14/19; Cramer-Heine, en Schönke/Schröder, 2006: § 25, N. 23, entre otros.

7 Cfr. Baumann/Weber/Mitsch, 2003: § 29, N. 146 s.; Jakobs, 1991: 21/113; Jescheck/Weigend, 1996: 669; Otto, 2004: § 21, N. 92; Spendel, 2002: 608.

el tratamiento de la responsabilidad del hombre de atrás, en los casos en los que el ejecutor también es responsable.

Sobre los criterios de distinción entre autoría y participación se ha discutido ampliamente en la doctrina, y hoy es aceptado pacíficamente el criterio del dominio del hecho para la mayoría de los delitos[8]. La vigencia de este criterio se ha extendido a casi toda la doctrina penal influenciada por el pensamiento penal alemán. Este criterio está igualmente vigente en la doctrina y jurisprudencia peruanas[9]. Para la mayoría de los delitos; es decir, para los «delitos de dominio» —«delitos comunes» según la doctrina tradicional— autor es quien posee el dominio de los sucesos delictivos y partícipe es quien, careciendo de dicho dominio, interviene en los hechos con contribuciones secundarias, ya sea instigando o ayudando. El criterio del dominio rige igualmente para la autoría inmediata, como para la autoría mediata y para la coautoría. Ahora bien, dado que la figura del autor detrás del autor pone al hombre de atrás en relación con el ejecutor, se debe esclarecer si el criterio sufre aquí alguna restricción. Según el Código Penal peruano, la autoría mediata supone la realización del hecho punible «por medio de otro» (art. 23 CP). En aplicación del criterio del dominio del hecho, esto significa que el hombre de atrás tiene el dominio del evento criminal por medio de otro. El hombre de adelante (ejecutor) sirve como instrumento[10] para los fines criminales del hombre de atrás. Ello es así, independientemente de las características que presente el ejecutor, pues la calidad de instrumento del ejecutor no significa que el hombre de adelante necesariamente deba presentar algún «déficit de punibilidad»; o que, en general, deba ser un sujeto no responsable; o que deba carecer de dominio. Los supuestos de dominio del acontecimiento criminal por medio de otro se dan cuando el hombre de atrás utiliza a un ejecutor que se encuentra bajo error, bajo coacción, sea cuando el hombre de atrás ordena la comisión del hecho punible a través de un aparato de poder bajo su dominio[11].

El criterio que debe orientar la delimitación es el de «dominio» y consecuentes con el criterio asumido, si se advierte el domino del hecho en el hombre de atrás se

8 Cfr. Roxin, 2006: 34 ss., para el desarrollo histórico-dogmático de la discusión.

9 Sobre el estado actual de la discusión en la doctrina nacional cfr. Hurtado Pozo, 2005: N. 2194 ss., quien admite 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». Cfr. adicionalmente Villa Stein, 2001: 315 s.; Villavicencio, 2006: N. 1020 ss.

10 Mitsch, 2007: 353; Stratenwerth/ Kühlen, 2004: 2004, § 12, N. 30; Wessels/Beulke, 2007: § 13, N. 535; Kühl, 2005: § 20, N. 38; Schünemann, 2007: § 25, N. 69 s; Fischer, 2008: § 25, N. 4 s.

11 Bloy, 1996: 440, 441; Ingelfinger, 1992: 183; Kress, 2006: 205; KühL, 2005: § 20, N. 73 s.; Küpper, 1998: 523; Lampe, 1994: 743; Roxin, 2006: 242; Satzger, 2008: § 14, N. 43; Schild, 1994: 10; Schünemann, 2007: § 25, N. 122; Wessels/Beulke, 2007: § 13, N. 541.

debe afirmar su autoría (mediata), independiente de si el ejecutor tiene también el dominio o carece de él. Los casos en los que el hombre de atrás posee el dominio del hecho y el ejecutor también posee un dominio se enmarcan en el supuesto del autor detrás del autor. De este razonamiento se desprende que el núcleo de la autoría mediata radica en el hombre de atrás, en el dominio que este posee sobre la realización del evento criminal. La admisión de la autoría mediata no debe ser buscada en el ejecutor inmediato, en sus características. En suma, para la autoría (mediata) del hombre de atrás no es de relevancia decisiva si el ejecutor presenta o no un «déficit de punibilidad», de «autonomía», de «responsabilidad» o, incluso, de «dominio». Lo que es decisivo es el rol central que el hombre de atrás posee, su poder de configuración; es decir, el dominio del hecho.

Fundamentada así la autoría mediata, se debe admitir la figura dogmática del «autor detrás del autor» cuando se verifique un dominio de los hechos por parte del hombre de atrás, pese a que el hombre de adelante posea también un dominio directo de los hechos. Esto sucede, por ejemplo, en los casos de autoría mediata mediante ejecutor que actúa bajo error de prohibición vencible, mediante engaño sobre la identidad de la víctima o, de la ya famosa, por dominio de organización.

En el primer caso, quien se sirve para sus fines criminales de un ejecutor que se encuentra bajo un error de prohibición vencible tiene el dominio del acontecimiento criminal, por lo tanto es autor mediato del mismo[12]. El hecho de que el ejecutor sea (también) responsable penalmente como autor inmediato por su comportamiento no impide que el hombre de atrás tenga también domino de los hechos. Si A, que quiere matar a C por una venganza personal, le dice a B que mate a C, pues este sería un ser que tendría intenciones de eliminar a la humanidad, y B, creyendo ciegamente, mata a C, entonces A es autor mediato, pues mediante el engaño ha aprovechado el error de prohibición (vencible) del ejecutor y ha logrado su fin criminal. A ha dominado el evento criminal mediante el «instrumento» que actuó bajo error. El hecho de que el ejecutor sea también responsable como autor inmediato del homicidio no elimina el dominio que tuvo el hombre de atrás. A es, pues, autor mediato de los hechos.

La estructura de la autoría mediata es similar en el segundo caso. A, que quiere matar a C por venganza personal, se entera de que B está decidido a matar a D, a quien esperará en una determinada calle para allí dispararle. A engaña a B indicándole que la persona que está en la calle es D, aunque en realidad se trata de C. B dispara a C. Sobre la responsabilidad de B como autor de la muerte de C no existe mayor problema, pues es evidente que el error in persona no libera a B

12 En esta dirección también Puppe, 2004: 231, 241; Baumann/Weber/Mitsch, 2003: § 29, N. 139.

de su calidad de autor inmediato[13]. El comportamiento de A debe ser calificado igualmente como autoría mediata[14], pues él ha logrado su objetivo criminal mediante el ejecutor. El hombre de atrás tuvo el dominio del evento criminal, pues se sirvió como «medio» de una persona que se hallaba bajo error. El hecho de que el ejecutor sea responsable como autor no hace desaparecer el domino que el hombre de atrás tuvo sobre los hechos. Aquí no se presenta una instigación por parte de A, pues este no ha convencido al ejecutor de realizar el hecho punible, sino que el ejecutor ya estaba convencido. Tampoco cabe afirmar complicidad, pues A no prestó ayuda a B, sino que más bien materializó su propio plan criminal.

El caso de la autoría mediata por dominio de organización constituye también un supuesto donde se presenta la figura del autor detrás del autor[15]. Quien desde la posición de mando de un aparato de poder organizado, que se encuentra al margen del derecho, ordena a sus miembros ejecutores la comisión de crímenes, tiene el dominio del acontecimiento criminal, por lo que se le puede imputar el hecho delictivo a título de autor mediato, esto sin importar que los ejecutores inmediatos sean también plenamente responsables como autores directos. Este fue el caso en nuestro país del líder de la agrupación terrorista Sendero Luminoso, Abimael Guzmán, quien ordenó la ejecución de personas, órdenes que fueron ejecutadas por los brazos armados ejecutores de la organización. Abimael Guzmán es autor mediato, a él se le pueden imputar los asesinatos como obra suya, pues este tenía el dominio sobre la organización de la que dependían los ejecutores directos. En este caso, igualmente que en los anteriores, la responsabilidad de los ejecutores como autores inmediatos no evita el dominio del hombre de atrás.

IV. Posturas disidentes

Pese a que la figura del «autor detrás del autor» constituye doctrina dominante en el derecho penal moderno, su posicionamiento no ha sido pacífico. Contra esta estructura dogmática se han presentado diversas objeciones. Desde consideraciones basadas en el déficit de punibilidad del ejecutor hasta críticas basadas en la «responsabilidad» del ejecutor que hacen referencia a distintos aspectos del concepto de autonomía y del concepto de responsabilidad.

13 En este mismo sentido Roxin, 1976b: 189 ss.

14 Apoyan la tesis de la autoría mediata entre otros Schünemann, 2007: § 25, N. 104 s.; Schroeder, 1965: 143 ss.; Schmidhäuser, 1975: 14/19; Roxin, 2006: 212 ss.; Küpper, 1998: 528; Kühl, 2005: § 20, N. 74; Cramer-Heine, en Schönke/Schröder/ 2006: § 25, N. 23.

15 Sobre la discusión en detalle de esta forma de autoría mediata cfr. mis trabajos publicados en JuS Doctrina & Práctica, Lima: 12/2007: 37 ss.; en Actualidad Jurídica, Lima, diciembre 2007, t. 169: 113 ss.; y en JuS Jurisprudencia, Lima, 2/2008: 145 ss.

1. «Principio» de responsabilidad

La perspectiva que comprende a casi todas las concepciones críticas contra la figura del «autor detrás del autor» se basa en el denominado «principio» de responsabilidad. Desde este sector[16] se rechaza la figura del «autor detrás del autor», argumentando que no puede existir una autoría mediata del hombre de atrás si el ejecutor inmediato es ya plenamente responsable como autor del hecho delictivo; la crítica a la figura gira en torno al ejecutor inmediato, y pone el acento en sus características o cualidades.

Además, sostienen que ante la intervención de varios sujetos en el hecho punible, uno como ejecutor directo y otro como hombre de atrás, solo uno de ellos puede ser responsable por el hecho punible. La responsabilidad como autor de uno de ellos excluye la responsabilidad como autor del otro. Bajo esta perspectiva doctrinal, existen distintas concepciones que ponen el acento en distintos aspectos del concepto de autonomía y propia responsabilidad. Se indica, por ejemplo, que un autor plenamente responsable no puede ser a la vez instrumento de otro[17]; que de quienes intervienen solo uno de ellos puede tener el dominio. Esta concepción se expresa igualmente en la difundida tesis del «déficit de punibilidad», según la cual el hombre de atrás sería autor mediato si el ejecutor inmediato tiene un déficit de punibilidad; es decir, si su comportamiento no constituye un delito completo. Si el ejecutor inmediato es plenamente punible como autor, entonces el hombre de atrás será solo un instigador. Sin embargo, esta tesis no tiene sustento legal en las legislaciones que reconocen el principio de accesoriedad limitada de la participación, principio que admite la participación en un hecho típico y antijurídico; es decir, la participación en un hecho que presenta un déficit de punibilidad. Ello demuestra que el déficit de punibilidad en el ejecutor no lleva siempre a la autoría mediata del hombre de atrás.

El llamado principio de responsabilidad, que en el ámbito de la imputación objetiva juega un papel importante delimitando los ámbitos de responsabilidad, no constituye una perspectiva dogmática adecuada para el tratamiento de la problemática de una autoría mediata detrás de una autoría directa (teoría de la delimitación de la participación), como expondré en las páginas que siguen. En principio, ya la existencia misma de la coautoría y de la autoría accesoria demuestran que el dominio del hecho y la responsabilidad pueden estar presentes en varios o todos los participantes[18] y no necesariamente debe recaer en uno solo de estos; y, además,

16 Cfr. Schumann, 1986: 6; Renzikowski, 1997: 71; Jescheck/Weigend, 1996: 605; Jakobs, 1991: 21/94; Meyer, 1984: 101 ss.

17 Cfr. Jescheck/Weigend, 1996: 670; Jakobs, 1991: 21/103;

18 En este sentido también Maurach/Gössel/Zipf, 1989: 237; Schaffstein, 1989: 156.

para la teoría de la delimitación de la participación está absolutamente claro que la responsabilidad del autor mediato no elimina o evita la responsabilidad del partícipe, y queda el principio en este ámbito sin mayor eficacia delimitadora.

2. El concepto de «autonomía» (Köhler, Meyer, Renzikowski)

El sector doctrinario que sustenta la distinción entre autoría mediata e instigación en el concepto de «autonomía» rechaza —en principio— la figura del autor detrás del autor. Aquí destaca la concepción de Köhler[19], quien en la perspectiva de la filosofía idealista de Kant declara que el comportamiento es expresión de la libertad de cada persona. En su opinión, la autoría mediata supone que el hombre de atrás realice el hecho injusto a través de otro, proporcionando y representando al ejecutor circunstancias que serían conforme a derecho[20]. Si el ejecutor no se deja llevar por representaciones, sino que «se determina a sí mismo» como un ser libre; es decir, si es autónomo en su accionar, entonces el hombre de atrás será solo un instigador.

Köhler limita la autoría mediata a la realización del tipo penal mediante un ejecutor que actúa sin dolo, o mediante un ejecutor que actúa justificadamente, llevando así la idea de la «autonomía» hasta sus últimas consecuencias. Sin embargo, con esta postura radical, casi todos los casos de la figura del «autor detrás del autor» son considerados casos de instigación y no, como la doctrina mayoritaria admite, de autoría mediata. Así por ejemplo[21], quien para realizar el el delito se vale de un ejecutor que actúa bajo coacción (caso clásico de autoría mediata sobre el cual no existe discusión), responderá solo como instigador. Igualmente, responderá solo como instigador quien se vale de un ejecutor que se encuentra en error de prohibición —sin importar que se trate de un error de prohibición evitable o inevitable—. Igual calificación merecería quien se vale para la comisión del delito de un menor de edad. Para el caso de los crímenes mediante aparatos organizados de poder, Köhler postula —consecuente— la responsabilidad del autor de escritorio solo como instigador[22].

La calificación de simple «instigador» al hombre de atrás en todos estos casos es insostenible. Sus propuestas de solución radicales no se pueden justificar bajo el amparo de ser fiel a una teoría filosófica. El recurso a la filosofía para argumentar soluciones jurídicas tiene su límite en las disposiciones legales. Los conceptos legales obligan al intérprete y no pueden ser dejados de lado por servir a teorías

19 Su pensamiento se delinea principalmente en su obra, *Strafrecht Allgemeine Teil,* 1997.
20 Köhler, 1997: 505
21 Köhler, 1997: 506, 508 ss
22 Köhler, 1997: 510.

filosóficas[23]. No se puede negar, simplemente por ser «consecuente» con una teoría filosófica, que el ordenamiento jurídico sanciona como autor mediato a quien para cometer su hecho punible se sirve de otro como instrumento que actúa bajo coacción. En la doctrina, Roxin[24] critica la concepción de Köhler, al preguntar qué sentido tendría llevar al centro de los acontecimientos delictivos a instrumentos no culpables y dejar de lado a los verdaderos directores responsables. Esta concepción llevaría, incluso, a la consecuencia absurda de negar absolutamente la autoría mediata, pues todo instrumento sigue siendo un sujeto libre que reflexiona y podría salir fácilmente de su condición de «simple medio» mediante un ejercicio mental como el pensar.

Otro representante de este sector, que recurre al concepto de «autonomía» para distinguir entre autoría mediata e instigación, es Meyer, discípula de Schmidhäuser. Según su concepción, la autoría mediata se caracterizaría por la falta de libertad en el ejecutor inmediato; es decir, por la afectación a su autonomía[25]. Sin embargo, el criterio «autonomía» en Meyer presenta serias objeciones, puesto que es sumamente flexible y no ofrece una delimitación segura[26]. Así, se puede observar que en casi todos los casos los ejecutores directos mantienen una autonomía o, en todo caso, un cierto grado de autonomía, lo que llevaría a asumir siempre una simple participación del hombre de atrás. De otro lado, los supuestos de instigación casi siempre reducen la autonomía del ejecutor directo, lo que llevaría a la autoría mediata y no —como ella pretende— a la instigación. La «autonomía» no es pues un criterio seguro, sino que legitima más bien cualquier solución intuitiva. Además, se puede observar un elemento que evidencia la inconsistencia de la concepción de Meyer, cuando esta admite una autoría mediata en los casos donde el ejecutor inmediato es plenamente responsable, como sucede con la autoría mediata por dominio de organización para los crímenes a través de aparatos organizados de poder[27]. Pues aquí no cabe duda de que el ejecutor mantiene su «autonomía». Küper[28], en un interesante estudio sobre la «autonomía», señala, con razón, que el concepto de autonomía utilizado por Meyer es notoriamente inseguro, que cambia «camaleónicamente» de significado dependiendo del contexto en el que se encuentra, de tal modo que su contenido se convierte en discrecional. Meyer señala que «autonomía» es la libertad de hacer o dejar hacer lo

23 Cfr. en este mismo sentido Roxin, 2003b: § 25, N. 180; Schünemann, 2007: § 25, N. 64.

24 Roxin, 2003b: § 25, N. 181.

25 Meyer, 1984: 86 ss; 132 s.

26 Con críticas en esta dirección cfr. Neumann, 1985: 467, 468; Schünemann, 2007: § 25, N. 63; Roxin, 2003b: § 25, N. 174; Küper, 1986: 229;

27 Meyer, 1984: 101 ss.

28 Küper, 1986: 219 ss

que se quiere y como se quiere; y de no dejar hacer consigo lo que no se quiere. Sin embargo, luego determina el concepto de autonomía con reglas de responsabilidad jurídica. Posterior y nuevamente con otro contenido, lo orienta a la valoración de intereses; y otra vez este concepto es entendido en correspondencia con los bienes jurídicos, o individualizado subjetivamente.[29]

En esta misma dirección, Renzikowski[30] fundamenta la distinción entre autoría mediata y participación en un concepto normativo de «autonomía». Según su concepción[31], en la interacción entre el hombre de atrás y el hombre de adelante, la autonomía del ejecutor impediría constatar el dominio del hecho en el hombre de atrás, lo que, como consecuencia, cerraría la posibilidad de una autoría mediata del hombre de atrás. Luego, en un razonamiento en contrario, solo la falta de autonomía en el ejecutor fundamentaría la autoría mediata. Según sus postulados, quien actúa bajo un error sobre sentido concreto de la acción[32] no actuaría autónomamente, en consecuencia, cerrará la posibilidad de una autoría mediata del hombre de atrás que se sirve de esta persona. También, se rechaza una autoría mediata para los casos de crímenes mediante aparatos organizados de poder, donde se admite únicamente un supuesto de instigación[33]. Sin embargo, pueden hacerse varias objeciones a la concepción de Renzikowski ya que no ubica bien el punto crítico de la discusión. Lo que fundamenta la autoría mediata del hombre de atrás no es la falta de autonomía del ejecutor, sino el dominio del hecho que el hombre de atrás posee. La autonomía del ejecutor puede estar plenamente presente o puede estar afectada. Para el dominio del hombre de atrás esto no es decisivo. Por lo demás, el mismo concepto de «autonomía» no constituye un criterio adecuado para distinguir el autor mediato del partícipe. Se trata de un criterio arbitrario y demasiado flexible que lleva a justificar cualquier postura.

Además, pese a que un desarrollo consecuente de la idea de «autonomía» lleva necesariamente a la negación de la figura del autor detrás del autor[34], Renzikowski termina asumiendo una autoría mediata allí donde el ejecutor actúa bajo error de prohibición evitable o con capacidad de culpabilidad reducida; es decir, donde el ejecutor es también responsable penalmente como autor. El ordenamiento jurídico valora en estos casos la conducta del ejecutor como suficientemente «autónoma», pues la sanciona como un hecho punible completo, y reduce solo la pena debido a

29 Küper, 1986: 219 ss

30 En su obra, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997.

31 Él entiende su concepción como una reformulación de la teoría del dominio del hecho basado en el principio de autonomía, cfr. Renzikowski, 1997: 34, 74, 81.

32 Renzikowski, 1997: 81 s.

33 Renzikowski, 1997: 87 s.

34 En este mismo sentido, Schünemann, 2007, § 25. N. 63.

una disminución de la culpabilidad. Para justificar esta solución, él utiliza aquí otros argumentos: en estas constelaciones de casos el hombre de atrás sería (ahora) autor en razón a que tiene una «posición superior»[35]. Sin embargo, el concepto «posición superior» tampoco convence pues no constituye un criterio claro y útil, más bien pareciera constituir una de las características del criterio «dominio del hecho».

En la literatura se ha criticado también la «posición superior» del hombre de atrás, indicando que esta solo probaría el dominio del hecho del hombre de atrás y no tendría nada que ver con la pregunta sobre la autonomía del ejecutor[36]. Según Roxin, el punto débil y el dilema del pensamiento de la «autonomía» radican no solo en que falte o esté presente, «sino que se presenta en diversas intensidades graduales. A partir de qué grado de déficit de autonomía en el ejecutor se puede afirmar la autoría mediata del hombre de atrás, no se puede extraer del principio de autonomía, sino que se tiene que valorar desde la perspectiva del dominio del hecho del hombre de atrás. Su «posición superior» que le confiere el dominio del hecho puede surgir de otras circunstancias distintas al déficit de autonomía en el hombre de atrás, tal como «el dominio por organización o el engaño sobre la identidad de la víctima, lo demuestran».[37]

3. El concepto de «responsabilidad» (Schumann, Zieschang)

Un sector de la doctrina muestra algunos reparos —no siempre consecuentes— contra la figura del «autor detrás del autor» basado en el concepto de responsabilidad[38]. En esta línea, Schumann[39] critica la autoría mediata detrás de una autoría directa y para ello se basa en el «principio de propia responsabilidad» (*Selbstverantwortung*). Este principio, que en la concepción de Schumann es criterio de imputación objetiva[40], refiere que una persona será responsable frente al derecho solamente por lo que hace y no por lo que otros hacen; es decir, delimita los ámbitos de responsabilidad y establece que toda persona debe ser sancionada por su propio injusto. Dicho principio es empleado por Schumann también para el tratamiento de la problemática de la distinción entre autoría mediata e instigación. La falta de «propia responsabilidad» en el ejecutor fundamentaría,

35 Renzikowski, 1997: 87.

36 Schünemann, 2007: § 25. N. 63; Roxin, 2003: § 25, N. 176.

37 Roxin, 2003b: § 25, N. 176.

38 Bloy, 1996: 438

39 Schumann, 1986: 69 ss., quien traslada este principio de la «imputación objetiva» a la teoría de la delimitación entre autoría y participación.

40 Esto es reconocido por él mismo cuando refiere su intención de desarrollar su trabajo a la luz de la teoría de la prohibición de regreso, cfr. Schumann, 1986: 2 ss.

según este principio, la autoría mediata del hombre de atrás, pues esto le permitiría influir y de este modo controlar al ejecutor. La formación de la voluntad del ejecutor sería pues determinada exteriormente. Por el contrario, si el ejecutor es responsable, solo se presentará una instigación en el hombre de atrás.

Sin embargo, el criterio de «propia responsabilidad» no es convincente. Este criterio, que en sí mismo es válido en muchos aspectos para la imputación objetiva, por ejemplo, para delimitar los distintos ámbitos de responsabilidad, no es un criterio adecuado para el tratamiento de la problemática de la delimitación de las distintas formas de participación[41]. Así, la propia responsabilidad del autor mediato no evita la responsabilidad del partícipe. En el ámbito de la participación, este principio no tiene más efecto delimitador[42]. Igual que las posturas críticas anteriores, la concepción de Schumann, aplicada consecuentemente, lleva a negar la estructura dogmática del «autor detrás del autor». Sin embargo, ante las claras y evidentes estructuras legales, Schumann termina asumiendo la autoría mediata del hombre de atrás en los casos donde el ejecutor actúa bajo error de prohibición evitable y cuando el hombre de atrás se vale del dominio que tiene sobre una organización[43].

En un trabajo reciente, Zieschang[44] se ha mostrado crítico frente a la figura del autor detrás del autor, y la ha admitido únicamente en casos excepcionales. Su punto de vista, que acentúa la discusión en las características del ejecutor, se enmarca en la misma línea que los autores anteriores. Según su concepción, el criterio que debe guiar la delimitación de autoría mediata e instigación es la «libre responsabilidad» (*Freiverantwortlichkeit*). Argumenta diciendo que si el ejecutor es señor de sus decisiones, es decir, si actúa sin coacción y conociendo los elementos de relevancia penal, entonces la decisión de realizar el hecho punible constituye una decisión libremente responsable que excluye el dominio del hecho y, con este, la autoría mediata del hombre de atrás.[45] Criterio para la autoría mediata sería la falta de libre responsabilidad en el actor inmediato. Consecuente con esta línea de pensamiento, Zieschang niega una autoría mediata en los casos de crímenes mediante aparatos de poder organizados si los ejecutores inmediatos actuaron responsablemente; él indica que, en la medida en que los ejecutores no actúen bajo coacción y no se excluya la libre responsabilidad por otras razones, no se estará ante una autoría mediata. Él propone sancionar al dictador o al jefe de la organización

41 En este mismo sentido, cfr. Frisch, 1988b: 655; Meurer, 1987: 2425; Schünemann, 2007: § 25, N. 63; Stein, 1988: 162 ss.

42 Cfr. Roxin, 2003b: § 25, N. 182.

43 Schumann, 1986: 77 ss.

44 Zieschang, 2007: 505 ss.

45 Zieschang, 2007: 519.

terrorista únicamente como instigador[46]. Igualmente, en el caso de quien se sirve para su crimen de una persona a quien se engaña sobre la identidad de la víctima, Zieschang niega la autoría mediata del hombre de atrás, pues aquí el ejecutor sabría que mata a otra persona y se decide libre-responsablemente hacia el hecho. El hombre de atrás no tendría el domino del evento criminal, pues el ejecutor se decide libre-responsablemente a realizar el homicidio[47].

Con todo lo señalado, esta concepción no convence. Reincide en los mismos defectos dogmáticos que las posturas anteriores. No se puede admitir fácilmente que la presencia de una actuación libremente responsable elimine —automáticamente— el dominio del hombre de atrás. Zieschang no ofrece argumentos de por qué la actuación libremente responsable elimina el dominio del hecho del hombre de atrás, y queda así su propuesta en la mera afirmación. Aquí se debe tener en cuenta, más bien, que las características del ejecutor (libre o no, bajo error o no) no tienen una influencia fáctica y decisiva en el dominio que ejerce el hombre de atrás. La cuestión del dominio del hombre de atrás; es decir, si él posee o no el dominio debe ser evaluado justamente en su persona. Las críticas que pretenden negar el dominio en el hombre de atrás deben dirigirse a defectos o problemas que este presente. No se puede negar el dominio del hombre de atrás criticando solo al ejecutor (otra persona). Si el ejecutor actúa libre-responsablemente o no es irrelevante para determinar el domino del hecho del hombre de atrás.

Los inconvenientes que presenta este criterio pueden observarse claramente en el caso del hombre de atrás que se sirve de una persona a quien se engaña sobre la identidad de la víctima, p.e. en el caso donde A indica a B (quien está decidido de matar a D) que la persona que se acerca es D, por lo que este dispara y en realidad se trataba de C a quien A quería matar. En este caso, Zieschang niega la autoría mediata de A, argumentando que B sabía que mataba a una persona y se decide libre-responsablemente hacia el hecho; A no tendría el domino del evento criminal pues B se habría decidido libre-responsablemente a realizar el homicidio[48]. Sin embargo, esta propuesta de solución no convence. Los argumentos esgrimidos por Zieschang llevan a afirmar la responsabilidad de B, pero ¡sobre la responsabilidad de B no hay duda! En este trabajo también se postula la plena responsabilidad de B, pues el error in persona no lo exime. No obstante ello, no se puede afirmar que A es un simple instigador. A no puede ser instigador puesto que B estaba ya convencido de matar a otra persona. Tampoco es un cómplice, pues no le ha prestado ayuda alguna, sino que A más bien ha utilizado a B para realizar su propio objetivo criminal. A es autor

46 Zieschang, 2007: 520, nota 64. En esta misma línea Herzberg, 2000: 48.
47 Zieschang, 2007: 516.
48 Zieschang, 2007: 516.

mediato[49]. Por lo demás, sobre el concepto de libre responsabilidad se debe realizar dos observaciones más: primero, no es un criterio válido para realizar la delimitación, pues comportamientos libremente responsables pueden observarse tanto en el autor como en el instigador, incluso en el cómplice. Segundo, el criterio es amplio y general y se torna vago e impreciso. Zieschang admite «excepcionalmente» la figura del autor detrás del autor en el caso en que el hombre de atrás utiliza a un ejecutor que se encuentra en un error de prohibición[50].

V. La doctrina jurisprudencial

La estructura dogmática del «autor detrás del autor» no solo forma parte del discurso teórico de la ciencia penal, sino que esta ha sido asumida también por la jurisprudencia. Uno de los primeros tribunales en asumirla ha sido la Corte Suprema Federal de Alemania (BGH). En el Perú, la Corte Suprema la ha hecho suya y hoy forma parte de su doctrina jurisprudencial.

1. La doctrina de la Corte Suprema Federal de Alemania

El BGH ha asumido la figura del «autor detrás del autor» ya en reiterada jurisprudencia. Entre los últimos casos destacan la sentencia en el caso «Rey de los gatos» y la sentencia a los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática de Alemania.

A. Caso «Rey de los gatos» (BGHSt 35, 347)

En este caso[51], la Corte Suprema alemana desarrolla la doctrina del autor detrás del autor y la expone con claridad. Este es un famoso caso en el que se juzgó el comportamiento de dos personas que habían decidido matar a una mujer. Para alcanzar su objetivo criminal, estas utilizaron a una tercera persona a quien habían hecho creer que existía un ser sumamente malvado: el rey de los gatos (*Katzenkönig*), quien exigía una víctima humana en la persona de la mujer y amenazaba, en caso de que no se satisfaga su requerimiento, con eliminar millones de personas. El ejecutor inicialmente no quiso matar a la mujer, pero fue convencido por los hombres de atrás de que se trataba de un mandato divino, por lo que sobre él no recaería una prohibición de matar y que, además, él salvaría a la humanidad. Con

49 Cfr. Kühl, 2005: § 20, N. 74; Schünemann, 2007: § 25, N. 104, 105; Schroeder, 1965: 143 ss.; Schmidhäuser, 1975: 14/19; Roxin, 2006, 212 ss.; Küpper, 1998: 528; Cramer-Heine, en Schönke/Schröder 2006: § 25, N. 23.

50 Zieschang, 2007: 520 s.

51 BGHSt 35, 347.

la finalidad de salvar a la humanidad el ejecutor intentó matar a la mujer clavándole repetidas veces un cuchillo por la espalda.

Al enjuiciar estos hechos, la Corte Suprema alemana condenó al ejecutor inmediato como autor de un homicidio intentado[52]. La Corte reconoció, además, que el ejecutor estuvo bajo un error de valoración (de los intereses en conflicto), situación que fundamentaría un error de prohibición, pero dadas las circunstancias se determinó que dicho error era evitable. La Corte constató en el ejecutor igualmente una capacidad de culpabilidad reducida, por lo que procedió a reducir la pena prevista. Luego de afirmar la responsabilidad del ejecutor como autor inmediato del evento delictivo, que en gran medida no presentaba mayores problemas, la Corte evaluó la interrogante de cómo debían responder los actores de atrás, de si era posible o no sancionar como autores mediatos a quienes desde atrás se valieron de un ejecutor plenamente responsable para la ejecución de los hechos; es decir, que actuó típica, antijurídica y culpablemente. Luego de un análisis en detalle, la Corte decidió sancionar a los hombres de atrás como autores mediatos de tentativa de homicidio.

La Corte Suprema de Alemania asume así la estructura de imputación del autor tras el autor, pues, pese a que se condena como autor al ejecutor directo, se sanciona también a los hombres de atrás como autores (mediatos) del mismo hecho. La Corte argumentó que el problema no se podría solucionar con el «principio de responsabilidad», lo que se comprobaría en el hecho de que sus propios defensores terminan admitiendo la figura del autor detrás del autor en el caso de los crímenes cometidos a través de aparatos organizados de poder. La Corte considera que el criterio que fundamenta y delimita la autoría mediata es el «dominio del hecho». Indica, además, que el dominio debe fundarse en las reales relaciones de dominio y no en la falta de responsabilidad del ejecutor. De otro lado, la problemática no puede estar en función de si el ejecutor se encuentra en un error de prohibición vencible o invencible, pues en ambos casos estaría ausente en el ejecutor el conocimiento del injusto. El estado de conocimiento, en ambos casos, es el mismo; lo que, en consecuencia, no los diferenciaría en nada con miras a su situación como instrumentos.

En el derecho penal alemán, la decisión de la Corte Suprema alemana ha significado, además de la asunción de la figura del autor detrás del autor en la jurisprudencia alemana —muy decisiva por cierto— también la asunción por parte de dicha Corte del criterio del dominio del hecho para delimitar autor mediato y partícipe. Esto es de suma importancia, pues en la jurisprudencia alemana, esta

52 Cfr. además los comentarios a la sentencia de Schaffstein, 1989: 153 ss. y de Roxin, 1963: 602 ss.

distinción era realizada mayormente con un criterio que tenía fuerte influencia subjetiva (*animus auctoris*).

B. Caso: «Muro de Berlín» (BGHSt. 40, 218)

En este caso, el BGH enjuició la conducta de los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática de Alemania, quienes habían dispuesto que los soldados ubicados en el Muro de Berlín disparen a los «fugitivos de la república» que intenten cruzar el muro y, así mismo, ordenado se coloquen minas en la zona fronteriza con cargas explosivas mortales. En la Sentencia (BGHSt. 40, 218) de fecha 26 de julio de 1994, el BGH declaró —pese a que los ejecutores fueron considerados autores inmediatos plenamente responsables[53]— que los miembros del Consejo eran responsables como autores (mediatos), puesto que estos habían tenido el dominio de los acontecimientos criminales por el dominio que ejercían sobre el aparato de poder. El BGHSt asumió de este modo la estructura de una autoría mediata detrás de una autoría directa, basado, en parte, en las teorías jurídicas de Roxin y Schroeder[54].

2. La doctrina de la Corte Suprema del Perú

La figura dogmática del «autor detrás del autor» ha sido finalmente asumida por la Corte Suprema del Perú. Esta toma de postura ha tenido lugar en el marco de dos casos de importancia para la jurisprudencia nacional; en el primero, se juzgó al ex presidente de la república Alberto Fujimori Fujimori; en el segundo, al líder de la organización terrorista Sendero Luminoso.

A. Caso: «Fujimori y el falso fiscal»

En este caso se juzgó el comportamiento delictivo del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori quien había ordenado a un subordinado usurpar la función fiscal y de este modo allanar ilícitamente un domicilio. Al valorar el caso[55], la Corte Suprema discutió si correspondía calificar el comportamiento del ex presidente como autoría mediata por dominio de organización o como inducción. Para ello asumió y delineó los requisitos de concurrencia de la forma de autoría mediata por dominio de organización, estableciendo que eran requisitos de concurrencia «la efectividad de una "organización estructurada jerárquicamente" donde exista

53 BGHSt 39, 1, 31.; cfr. también BGHSt 39, 168.

54 Sobre la recepción de la teoría de Roxin en la Sentencia, cfr. Radtke, GA 2006, pp. 350 y ss.; Kress, 2006, p. 304 y ss.; Fischer, 2008, § 25, N. 7.

55 Sentencia de fecha 11 de diciembre de 2007, Exp. N. 13-03.

un conjunto de piezas o instrumentos (intercambiables o fungibles), que cumplen una función determinada, constituidas para acatar o ejecutar las órdenes de las personas con poder para impartirlas»[56]. Sin embargo, pese a presentarse los presupuestos de esta forma de autoría, la Corte decide sancionar el comportamiento del ex presidente únicamente como inducción al delito de usurpación de funciones[57]. Esta decisión es criticable, pues con un proceder de inconsecuencia dogmática con los presupuestos establecidos por la misma Corte —¡*venire contra factum proprium*!—, ha afirmado únicamente la concurrencia de un supuesto de instigación al delito de usurpación de funciones[58]. Pese a ello, lo relevante de la sentencia de la Corte Suprema es que se asume como válida para la jurisprudencia peruana, la figura del autor detrás del autor en la modalidad de la autoría mediata por dominio de organización.

B. Caso: «Abimael Guzmán y Sendero Luminoso»

En una ejecutoria reciente[59], la Corte Suprema del Perú vuelve a asumir, desarrollar, fundamentar y aplicar por vez primera la doctrina del «autor detrás del autor». Esto lo hace de la mano de un caso de gran importancia para el Perú. Se trata del juzgamiento de las acciones terroristas realizadas por el líder de la organización denominada «Sendero Luminoso», Abimael Guzmán Reynoso. A este se le imputó, además de liderar y formar parte de una organización terrorista, el haber ordenado el asesinato de personas; el más conocido es el asesinato de los pobladores de Lucanamarca, un distrito en los andes peruanos. Los ejecutores directos eran miembros de dicha organización y formaban parte de su brazo armado.

En sus consideraciones, la Corte asume expresamente la teoría del dominio del hecho y en su pronunciamiento señala que «la teoría del dominio del hecho permite, ente otras ventajas, distinguir más claramente la diferencia entre autor y partícipe, así será autor quien domina la configuración del injusto y partícipe quien no ejerce tal dominio y solo colabora con un hecho ajeno. Consecuentemente, no compartimos la posición de que hay que abandonar toda la doctrina sobre la autoría y participación ni menos podemos certificar el ocaso o el deceso de la teoría del

56 Sentencia Exp. N. 13-03: 74 s.

57 La Fiscalía Suprema, por el contrario, sostuvo que el ex presidente era responsable como «autor» mediato del delito de usurpación de funciones. Cfr. Dictamen N. 1545-2007-MP-FN-FSCA de fecha 12 de noviembre de 2007. La decisión de la Corte Suprema, que confirma la sentencia, afirma igualmente la responsabilidad de Fujimori Fujimori como inductor, indicando que se trata de un «autor moral», cfr. Resolución 17-2008 de fecha 10 de abril de 2008, Exp. AV-13-03: 15.

58 Cfr. mi comentario crítico en JuS Jurisprudencia, 2/2008: 145 ss.

59 Resolución RN. N. 5385-2006 de fecha 14 de diciembre de 2007.

dominio del hecho»[60]. Posteriormente, declara la responsabilidad penal de Abimael Guzmán Reynoso como autor mediato por dominio de organización, argumentando que él, como miembro del comité central, habría dado la orden de dar muerte a los sesenta y nueve comuneros de Lucanamarca, los que habrían sido ejecutados por los miembros del comité Regional Cangallo-Fajardo de dicha organización, subrayando que «los que dieron las órdenes resultan ser autores mediatos y los ejecutores los autores directos»[61]. Con esta decisión se declara como válida y se aplica la estructura dogmática del autor detrás del autor. Más aún, se asume expresamente la doctrina de la autoría mediata por dominio de organización en los términos que fue fundamentada y desarrollada por Claus Roxin. Se indica: «tres son los requisitos para que se configure el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados: a) organización con estructura jerarquizada rígida, b) fungibilidad de los ejecutores inmediatos y c) apartamiento del ordenamiento jurídico. El análisis de lo actuado, en opinión mayoritaria de este colegiado, permite concluir que en el presente caso se tiene configuradas las condiciones antes reseñadas, y por lo tanto, los protagonistas de los hechos deben responder a título de autores mediatos»[62].

VI. Conclusiones

Las conclusiones obtenidas pueden ser resumidas así: primero, la estructura dogmática «autor detrás del autor» es compatible con nuestro ordenamiento jurídico; segundo, el dominio del hecho del hombre de atrás es el criterio de determinación de la autoría mediata; tercero, los criterios fundados en la calidades del hombre de adelante, aun cuando estos estén basados en criterios de su autonomía o responsabilidad, no son convincentes; cuarto, la figura del «autor detrás del autor» constituye doctrina dominante no solo en la ciencia, sino que ha sido asumida también por la jurisprudencia.

60 Resolución RN. N. 5385-2006: 34.

61 Resolución RN. N° 5385-2006: 35. La resolución contiene un voto a favor de la coautoría sustentado por el magistrado Javier Villa Stein: 151 ss.

62 Resolución RN. N. 5385-2006: 36 s.

La autoría mediata por dominio de organización en el Código Penal de 1991

Yván Montoya Vivanco

I. Planteamiento de la autoría mediata y de su regulación en el CP 1924 y de 1991. **1.** Planteamiento de la autoría mediata. **2.** La regulación de la autoría mediata y de su regulación en el CP 1924 y de 1991. **II.** La autoría mediata por dominio de organización: propuesta original, críticas y réplicas. **1.** Roxin y su propuesta original. **2.** Cuestionamientos principales. **3.** Respuesta a los cuestionamientos principales. **III.** Una perspectiva fáctico normativa de la autoría mediata por dominio de organización. **1.** El rechazo de un concepto de dominio del hecho basado meramente en el dominio fáctico (físico corporal) del hecho concreto. **2.** Un concepto fáctico-normativo. **IV.** La autoría mediata por dominio de organización en comisión por omisión. **1.** La autoría y la participación en los delitos de omisión impropia. **2.** La autoría mediata en comisión por omisión. **V.** A manera de conclusión.

I. Planteamiento de la autoría mediata y de su regulación en el CP 1924 y de 1991

1. Planteamiento de la autoría mediata

Cuando predominaba en doctrina la teoría objetivo formal de autor, este era definido de manera extremadamente restrictiva. De tal manera que solo se concebía

como tal al autor directo o al ejecutor material[1]. Se excluía, entonces, modalidades como la autoría mediata o la coautoría.

Como reacción a estas posturas y de acuerdo con las estructuras lógico objetivas postuladas por Welzel, este postuló la tesis del dominio final del hecho para distinguir a los autores de los meros partícipes en los delitos dolosos de comisión. De acuerdo con este autor, la teoría del dominio final del hecho significa que la autoría pertenece a quien es dueño y señor del hecho en cuanto realiza su decisión de voluntad con sentido[2].

La necesidad de superar la concepción de autor basada en el ejecutor material del hecho determinó que Welzel explicara la denominada autoría mediata, señalando que el autor no necesita cumplir con sus propias manos el hecho, sino que se puede servir no solo de instrumentos mecánicos sino del actuar de otro. Welzel mismo señalaba que esta calidad de instrumento puede evidenciarse en las siguientes situaciones:

> Utilización de un tercero que actúa sin dolo (error)
>
> Utilización de un tercero que actúa sin libertad (coacción, situación de inimputabilidad y cumplimiento de una orden superior)[3]

Cabe mencionar que Welzel, ya en ese momento, se planteaba el problema de los instrumentos dolosos sin intención y el de la utilización de un tercero que obra conforme a derecho[4].

2. La regulación de la autoría mediata en el CP 1924 y de 1991

El artículo 100 del Código Penal de 1924[5] no señaló en una fórmula general quiénes eran autores; sin embargo, la manera como fueron descritas las acciones

1 Welzel, 1969: 143.
2 Welzel, 2003: 89
3 Welzel, 1969: 147
4 Ibidem: 150
5 «Art. 100.— Serán reprimidos como autores de hecho punible los que tomaren parte en la ejecución, o los que intencionalmente decidieran a otro a cometerlo, o los que coadyuvaren intencionalmente con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido perpetrarse. En el caso del artículo 299 serán, asimismo, reprimidos como autores los que a sabiendas, mantengan al menor secuestrado».
«Serán reprimidos como cómplices los que de cualquier modo hubieran intencionalmente prestado asistencia para cometer el hecho punible».

delictivas permitió definir al autor como la persona cuya acción era subsumible en el tipo legal[6].

De esta manera, era fácil comprender que el giro lingüístico empleado por nuestro legislador en el artículo 100 («serán reprimidos como autores…») no implicaba una determinación de quiénes eran autores, sino de quiénes, de los partícipes[7] (lato sensu), debían ser reprimidos de la misma manera que los autores.[8]

En ese sentido, el artículo 100 equiparaba en la calidad de autores no solamente a los que como tales tomaban parte en la ejecución del hecho punible, sino también a los instigadores y a los que coadyuvaran en el hecho con su auxilio o cooperación sin los cuales no se hubiera podido perpetrar el delito[9].

De esa forma, el Código Penal derogado sancionaba como autores:

> A los que tomaban parte en la ejecución del delito: autor y coautores
>
> Al que determinaba a otro a cometer el delito: instigador
>
> A los que prestaban su auxilio o cooperación en la ejecución del delito: auxiliares o cooperadores[10]

Como puede observar el lector, la norma analizada no[11] contenía disposición expresa sobre la autoría mediata, lo que llevó a que parte de la doctrina nacional sostuviera que:

> El Código Penal común en vigencia no contiene disposición general expresa sobre la forma de autoría que estudiamos [refiriéndose a la autoría mediata]. A lo más, es de pensar que ha prescrito un caso singular en el art. 86… [Por esto] en sus resoluciones, la Corte Suprema casi no recurre a la noción de autoría mediata. En la revisión de las resoluciones supremas publicadas, que hemos

6 Hurtado Pozo, 1987: p. 520.

7 Sobre la participación, explicaba Hurtado Pozo, 1987: 510: «El término participación era empleado en nuestra ley en un sentido amplio que incluso comprendía la coautoría. Lo que es conforme a su significado gramatical de tomar parte en una cosa. Pero no se refiere a la autoría propiamente dicha, en la que justamente no se da un concurso de personas en la comisión del delito».

8 Hurtado Pozo, 1987: 521.

9 Peña Cabrera, 1978: 275 s.

10 Peña Cabrera, 1978: 275 s.

11 De esta forma, el Código Penal se alejaba de la precisión hecha por el Código de 1863, el cual señalaba en su artículo 12, el cual preceptuaba:
Artículo 12.— Son autores:
1 Los que perpetran el hecho criminal.
2 Los que deciden su ejecución y la efectúan por medio de otros.

> realizado, no nos ha sido posible encontrar alguna que concierna a esta forma de autoría[12].

Sin embargo, otro sector de la doctrina era de la opinión de que la fundamentación legal de la autoría mediata podía hacerse de acuerdo a la propia redacción del artículo 100 del Código Penal o de la parte especial del mismo cuerpo normativo. En ese sentido, se tenían las siguientes alternativas[13]:

> Podría ser deducida del artículo 100 CP derogado, en cuanto se refiere a los «que intencionalmente decidieran a otro a cometerlo…». Esto podría admitirse si se interpretara dicha fórmula en sentido muy amplio no solo abarcando a los instigadores, sino también a la autoría mediata
>
> Podría ser dada como comprendida en la primera parte del artículo 100 CP («tomar parte en la ejecución»), considerando que el autor se vale del mediador como instrumento cualquiera para «intervenir en la ejecución».
>
> Podría ser deducida de los tipos legales. La autoría mediata sería integrada en los tipos legales y podría considerarse que no existe razón alguna para no abarcar al autor mediato en el concepto de autor, ya que no es una forma extensiva de punibilidad.

Teniendo en cuenta esta última perspectiva, se sostuvo que no era necesario un reconocimiento expreso que instituyera la figura del autor mediato en nuestro ordenamiento jurídico y así se concluyó diciendo que: «El concepto de autoría mediata no depende necesariamente para su conocimiento de un dispositivo legal expreso pues está implícita en la noción de autor (teoría del dominio del hecho). Considerar esta apreciación inconstitucional solo sería posible si se parte de la teoría formal objetiva, la que es difícilmente compatible con nuestro derecho positivo»[14].

En efecto, durante la vigencia del Código Penal de 1924 la doctrina reconocía que la autoría mediata podía efectuarse básicamente mediante coacción (física o moral) o valiéndose de sujetos inimputables. En ambos casos, los hombres de adelante no podían ostentar la calidad de autores por cuanto actuaban con voluntad viciada. Así lo señalaba la doctrina al sustentar que: «La ley refuerza este criterio al exigir que todo infractor sea al mismo tiempo autor de la acción y de los demás elementos del delito para que pueda ser sancionado como autor directo […]. En

12 Hurtado Pozo, 1987, p. 523.
13 Villavicencio Terreros, 1990, p. 201 s.
14 Villavicencio Terreros, 1990: 202

los casos de acción coacta o viciada, la responsabilidad por el delito se desplaza hacia el autor de atrás»[15].

En esa medida, queda claro que, durante la vigencia del Código Penal de 1924, la utilización de la categoría de autoría mediata era factible. Ya que esta ya había sido reconocida en nuestro ordenamiento jurídico por la doctrina a partir de los tipos penales de la parte especial. Esto hacía superfluo un reconocimiento expreso de la misma[16].

A diferencia de su antecesor, el Código Penal de 1991 precisa en su art. 23 las diversas formas de autoría y, en los arts. 24 y 25, la instigación y complicidad, respectivamente. De esta manera, el legislador acoge el cambio planteado por el Proyecto de Código Penal de 1986 que establecía como reforma: «18) Distinguir entre autores y partícipes, autores son los que realizan el delito, o se sirven de otro para realizarlos (autor mediato) o lo realizan conjuntamente (coautores) (art. 40); y partícipes son los instigadores, los auxiliadores necesarios y los cómplices (arts. 41, 42 y 43)»[17].

Así, el legislador de 1991 enuncia expresamente una figura ya reconocida en nuestro ordenamiento jurídico e imputa autoría a quien realiza el hecho utilizando a otra persona para la ejecución de la acción típica. En ese sentido, siguiendo la tradición de la doctrina nacional, se afirmó que esta figura (la enunciada en el art. 23) solo funcionaba cuando el hombre de atrás dominaba la voluntad del ejecutor, quien se encontraba plenamente subordinado a los designios del primero[18].

Por esto, se consideró que el hombre de atrás solo podía valerse de instrumentos que actuaran con vicios de voluntad; es decir, debía tratarse de intermediarios que actuaran bajo error de tipo, coaccionados o que fueran inimputables. Esto fue recogido por la jurisprudencia al señalar que: «Se exige como presupuesto para su tipificación que el sujeto se valga o utilice para la comisión del delito a menores

15 Peña Cabrera, 1978, p. 321 ss.

16 Esto ha sido confirmado por la Sentencia del Recurso de Nulidad N 5385-2006 emitido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en el proceso penal seguido contra la cúpula senderista, al señalar: En el Código Penal de 1924 se daba una definición de autoría (art. 100), en el que su amplitud podía admitir la posibilidad de realización del hecho punible a través de otro. En efecto, de acuerdo al artículo citado son autores: «… los que tomaren parte en la ejecución del hecho punible».. El sentido posible que se dé a tal definición no excluye en nuestro concepto los alcances de la autoría mediata, ni cualquier otra modalidad de autoría, pues la realización del hecho punible puede concretarse directamente o a través de o con la intervención de otros intermediarios o coautores materiales. La confusión conceptual de la defensa (de los procesados) radica en considerar que los textos legales siempre acogen categorías dogmáticas y con ello anquilosan su contenido.

17 Bramont Arias, 1978: 19.

18 Peña Cabrera, 1995. p. 307.

de edad o a cualquier persona inimputable, esto es, que el sujeto activo comete el delito por mediación de personas que carecen de capacidad de entendimiento, autocontrol y voluntad»[19].

De esta manera, se sostuvo que la autoría mediata no podía utilizarse sin límites. En palabras de Peña Cabrera: «La posibilidad de autoría mediata termina cuando el instrumento es, en sí mismo, un autor plenamente responsable, pues la ley penal ha dispuesto que quien actúa inmediatamente debe responder por el hecho en su propia persona como autor[20].

Por lo tanto, la persona que actuaba como instrumento debía hacerlo sin dolo (o en situación de inimputabilidad); es decir, desconociendo la comisión de un delito, pues este era el único fundamento para que no sea sancionado[21].

Sin embargo, las precisiones esbozadas tanto sobre los alcances de la autoría mediata como sobre la calidad y la modalidad del instrumento han ido variando para la doctrina y jurisprudencia nacional y foránea, como veremos más adelante.

II. La autoría mediata por dominio de organización: propuesta original, críticas y réplicas

El presente acápite tiene el propósito de presentar de manera sintética la evolución de la doctrina de la autoría mediata a través de aparatos de poder organizados, propuesta por el Claus Roxin en el año 1963 en la revista Goltdammer's Archiv y seguida de manera cada vez más frecuente por la jurisprudencia comparada[22] y nacional. A su vez, en este punto presentaremos las críticas más relevantes efectuadas a esta doctrina y las respuestas dadas por el propio Roxin y algunos de sus discípulos.

1. Roxin y su propuesta original

El concepto dogmático de la autoría, tal como venía siendo entendida hasta la década de los años 60, solo permitía considerar como autor al autor directo, al coautor y al autor mediato. Además, dentro de esta última modalidad solo aquellos que realizaban el delito utilizando a una persona (hombre de adelante) que

19 Exp. N 272-96-B, La Libertad. Sentencia de la Corte Suprema emitida el 3 de mayo de 1996. Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal. Ed. Gaceta Jurídica. Lima. 2001. p. 40.

20 Peña Cabrera, 1995: 307.

21 Bramont-arias Torres, 2000: p. 324.

22 Roxin, 1998b, p. 661 ss., especialmente con relación a las sentencias pronunciadas por la judicatura alemana a partir de la década de los años ochenta.

actuaba como instrumento no responsable, en virtud de un error, una coacción, una causa de justificación o un supuesto de exclusión de culpabilidad[23].

Roxin[24], aplicando el ya conocido criterio del dominio del hecho (criterio para distinguir a los autores de los partícipes en sentido estricto en los delitos dolosos de comisión), específicamente el criterio del domino de la voluntad, plantea en 1963 una modalidad adicional de autoría mediata: según la cual el hombre de atrás realiza el hecho punible utilizando un aparato de poder organizado en el que sus miembros aparecen como fungibles. Cuatro serían las condiciones de su propuesta original[25]:

La existencia de un aparato de poder organizado. Este aparato se caracteriza por tener una estructura jerárquica, con pluralidad suficiente de miembros y funcionamiento casi automático. Lo que hace que no sea decisiva la persona individual que actúa[26].

Control o dominio de los ejecutores a través de dicho aparato por parte del hombre de atrás. Lo peculiar de la tesis es que ambos son responsables penalmente: el hombre de atrás y el hombre de adelante.[27]

Intercambiabilidad, sustituibilidad o fungibilidad de los ejecutores u hombres de adelante. El ejecutor es una pieza intercambiable dentro del engranaje del aparato de poder de tal manera que la figura central del suceso, a pesar de su lejanía de la víctima, es el hombre de atrás. Este es el fundamento, de acuerdo con Roxin[28], del dominio del hecho en los casos en los que no concurre un defecto en el hombre de adelante (error, inimputabilidad u otro déficit).

Debe tratarse de un aparato desvinculado del derecho. En ese sentido, la tesis de Roxin alcanza, de manera restringida, a los aparatos estatales desvinculados del ordenamiento jurídico y a las organizaciones criminales como las terroristas[29].

23 Ver al respecto Welzel, 1969: 146 ss. Es necesario precisar, sin embargo, que ya en ese contexto se planteaba la problemática del instrumento doloso sin intención y del instrumento doloso no cualificado. Ver al respecto Welzel, 2003: 88, quien resolvía la autoría mediata en tales casos a través de su concepción del dominio social del hecho, concepción complementaria de su teoría del dominio final del hecho.

24 Roxin, 1998b: 267 ss.

25 Roxin, 1998b: 267 ss.

26 Roxin, 1998b: 270

27 Roxin, 1998b: 270 ss.

28 Roxin, 1998b: 270.

29 Roxin, 1998b: 273 s.

2. Cuestionamientos principales

Dos son las objeciones principales formuladas contra la postura original de Roxin. La primera cuestiona la propia figura de la autoría mediata por dominio de organización, mientras que la segunda, sin afectar necesariamente la aplicación de esta modalidad de autoría, cuestiona el criterio que fundamenta el dominio del hombre de atrás.

a.- El principio de responsabilidad del hombre de adelante rompería toda posibilidad de una autoría del hombre de atrás dado que el hombre de adelante comete el delito de forma libre y voluntaria (no hay instrumento)[30]. En ese sentido, se considera que sería una contradicción, por un lado y desde la perspectiva del hombre de atrás, afirmar que el ejecutor no aparece como persona enteramente libre o responsable, sino como anónima e intercambiable Por otro, sostener, desde la perspectiva del ejecutor, que es libre y responsable debiendo ser castigado como autor. En otras palabras, el citado principio establece una máxima según la cual la plena responsabilidad jurídico penal del último interviniente en el hecho excluye de manera inmediata todo posible castigo como autor de cualquier codelincuente anterior[31]. En consecuencia, según este principio, si el hombre de adelante o ejecutor realiza el acto sin ningún tipo de déficit (volitivo ni cognitivo), es decir, con plena responsabilidad, no cabe hablar de autoría mediata del hombre de atrás, sino de mero partícipe: instigador o cómplice.

Siguiendo a Eva Fernández Ibáñez[32], es importante distinguir entre el principio de responsabilidad que acabamos de explicar y el principio de propia responsabilidad. Mayer ha sido quien ha concretado de mejor manera este último principio, señalando que «la persona es responsable por lo que hace y no por lo que otro hace (es decir), por lo que ella misma hace»[33]. La idea principal de este principio radica entonces, a decir de Bloy, en impedir la existencia de una responsabilidad general por el actuar ajeno y afirmar una responsabilidad por la esfera de organización propia de una persona[34]. Este principio tiene aplicación, entre otros ámbitos dogmáticos, en la teoría de la autoría y la participación, sobre todo en

30 Uno de los más destacados críticos en este aspecto es Otto, 1987. Sobre el principio de responsabilidad como obstáculo a esta modalidad de autoría mediata ver Faraldo Cabana, 2004: 39 y Ambos/Grammer, 2003: 237

31 De acuerdo con Fernández Ibáñez, 2006: 29, fue Gallas el que formuló originalmente este principio: «El dominio del hecho mediante la utilización de otro instrumento encuentra su límite allí donde el derecho valora al autor inmediato como libre, y por tanto, como persona responsable».

32 Fernández Ibáñez, 2006: 20 ss.

33 Tomado de Fernández Ibáñez, 2006: 21.

34 Fernández Ibáñez, 2006: 21.

los casos de pluralidad de intervinientes en un hecho delictivo. Según el principio aludido, tanto en las conductas principales (autorías) como las conductas accesorias (participación) se debe responder por el injusto propio y en ningún caso por el injusto ajeno. En el caso de la autoría mediata, el hombre de atrás no responde por la conducta realizada por el hombre de adelante o ejecutor sino por la propia conducta que consiste en instrumentalizar a otro u otros a cometer uno o más delitos (manipular el aparato de poder organizado)[35].

Una consecuencia del principio de responsabilidad del hombre de adelante lleva a algunos autores alemanes a cuestionar un elemento fundamental de la doctrina planteada por Roxin. Nos referimos a aquellas posiciones que sostienen que no se verificaría en concreto la fungibilidad ni el automatismo de los aparatos de poder organizados dado que siempre es posible que el hombre de adelante se niegue a ejecutar el hecho delictivo. Advierten estos autores que no pocas organizaciones o aparatos de poder se configuran con pocos miembros o con miembros que muestran una cierta especialización que hace difícil considerarlos fungibles[36].

Esta constatación fáctica determinaría algunas consecuencias que podrían negar la autoría mediata. Por un lado, que no existe dominio fáctico o efectivo sobre el delito cometido por el hombre de adelante y, por otro, que no se puede fundamentar la referida autoría mediata en la alta probabilidad de que el suceso se ejecute por la sustituibilidad del hombre de adelante, dado que esta probabilidad es también posible encontrarla en la inducción.

Finalmente, debe mencionarse que este cuestionamiento ha conllevado la decisión de un sector minoritario de la doctrina de apelar a fórmulas teóricas como la coautoría o la inducción.

b.- Sobre la base de las constataciones fácticas que hemos señalado en los párrafos anteriores, se cuestiona el criterio original de Roxin sobre el fundamento del dominio del hombre de atrás; esto es, la idea de la fungibilidad o sustituibilidad.

35 Con alguna breve precisión he seguido fundamentalmente la argumentación de Fernández Ibáñez, 2006: 26 s.

36 Uno de los primeros en formular esta crítica al criterio de la fungibilidad es Schroeder el cual constata diversas situaciones (sobre todo que requieren alta especialización) en las que no existen suficientes elementos sustituibles o que el sujeto sustituible puede renunciar a la ejecución del hecho en cualquier momento. Estas constataciones evidenciarían que la fungibilidad no es el elemento que fundamenta el dominio del hecho del hombre de atrás. Meini Mendez, Iván, 2005: 471, ha seguido esta posición cuando refiere que en determinados modelos de aparatos organizados de poder la sustituibilidad no existe o esta reducida dado que sus miembros deben estar dispuestos a actuar en la clandestinidad o al margen de la legalidad y mantienen una cierta especialización para llevar determinados actos delictivos.

En su lugar, se postula el criterio de predisposición de los hombres de adelante o ejecutores a cometer los hechos ilícitos.

Efectivamente, Schroeder señala que el fundamento de esta modalidad de autoría mediata radica en la previa determinación al hecho ilícito de los ejecutores, otorgándole a la fungibilidad solo el carácter de medio para obtener el dominio del hecho[37]. Cabe recordar que este cuestionamiento no supone necesariamente descartar la utilización de la doctrina de la autoría mediata por dominio de organización.

Últimamente, Kai Ambos[38] ha aceptado la insuficiencia del criterio de la fungibilidad para fundamentar el dominio del hombre de atrás. Señala al respecto que la fungibilidad puede fundamentar un dominio en sentido general, pero no en las situaciones concretas dado que el hombre de atrás no domina directamente a aquellos que ejecutan el hecho ilícito (estos potencialmente pueden desistirse de la acción). En general, sostiene Ambos, el vértice de la organización solo podrá estar seguro de que el aparato como tal desarrollará su trabajo normalmente y que ejecutará la orden posteriormente con un ejecutor intercambiado. Ambos concluye entonces afirmando que la fungibilidad no es posible verificarse simultáneamente, sino de modo sucesivo por lo que se trata, en su concepción, de un dominio de las causas de reemplazo, de una fungibilidad debilitada que no podría fundamentar por sí sola el dominio del hombre de atrás. Para subsanar el déficit empírico referido, este autor apela a algunas tesis de Murmann[39], las que expondremos en el acápite de réplicas a estas críticas.

3. Respuesta a los cuestionamientos principales

a.- Respecto del primer cuestionamiento cabe advertir nuevamente que los principios de propia responsabilidad por un lado y del principio de responsabilidad del hombre de adelante tienen alcances distintos.

Sobre el principio de propia responsabilidad no se verifica problema alguno con respecto a la autoría mediata, ya que en todos los casos, incluso en los supuestos de autor tras el autor (esto es de autor inmediato o ejecutor con plena responsabilidad), todos los intervinientes responden por su propio comportamiento. Es necesario reiterar en este punto que mientras el ejecutor responde por el dominio de la acción concreta, el autor mediato u hombre de atrás responde por el dominio

37 Fernández Ibáñez, 2006: 132

38 Ambos, 2007: 75.

39 Ambos, 2007: 75 ss.

mediato del hecho a través del dominio de la organización o aparato de poder organizado.

En cambio, respecto al principio de responsabilidad del hombre de adelante, parece evidenciarse un cierto obstáculo para la construcción de una autoría mediata del hombre de atrás, debido a que en estos casos el hombre de adelante actúa con responsabilidad plena o atenuada.

Patricia Faraldo Cabana considera que el principio de responsabilidad debe interpretarse en el mismo sentido que el principio de propia de responsabilidad con el cual, como lo hemos constatado, la construcción de la autoría mediata por dominio de organización no presenta problema alguno[40]. Teniendo en cuenta la mencionada posición, veamos en seguida los fundamentos para excluir el principio de responsabilidad como criterio que impide la constitución del «autor tras el autor».

En primer lugar, debe evitarse la necesaria identificación entre instrumento y persona que actúa sin responsabilidad penal, es decir, persona que actúa con algún déficit de voluntad o conocimiento[41].

Siguiendo la idea de Eva Fernández, es posible sostener que instrumentalizar a otro u otros para la comisión de un delito no siempre supone el aprovechamiento de un defecto en el ejecutor material. ¿Qué debe suponer entonces que el hombre de atrás instrumentalice al ejecutor o ejecutores?

La persona o personas de adelante son instrumentos para la comisión de un delito cuando el hombre de atrás las utiliza a través de la manipulación conciente del contexto de su actuación, dotándolas de una cualidad lesiva para un bien jurídico[42]. Dicha manipulación puede ejercerla aprovechándose de la deficiencia volitiva o cognitiva del hombre de adelante (error, coacción o inimputabilidad), pero también de la inserción de los ejecutores en un aparato de poder caracterizado por la pluralidad de miembros y relación jerárquica dentro de ella. En este sentido, la clave para reconocer la existencia de una autoría mediata consistiría en el reconocimiento de una situación de instrumentalización que otorga a quien se

40 Faraldo Cabana, 2004: 40, señala que el principio de responsabilidad criminal no debe interpretarse en términos de responsabilidad criminal sino en términos de posibilidad de imputación objetiva y subjetiva del riesgo creado con la propia conducta, lo que permite admitir situaciones en las que el ejecutor material actúa de forma libre y responsable y el hombre de atrás conserva una especial relación con el peligro.

41 De hecho casi desde el origen de la construcción de la autoría mediata se ha aceptado esta figura en los casos en que el hombre de adelante actúa bajo error de tipo o error de prohibición vencibles. En ambos casos existe responsabilidad penal del hombre de adelante y no se niega la autoría mediata del hombre de atrás.

42 Idea tomada de Hernández Plascencia, 1996: 126 ss., aunque debe señalarse que la posición de este autor es paradójicamente negar la autoría mediata y afirmar la inducción.

sirve de la misma de un dominio relevante superior sobre el hombre de adelante, sin que ello implique que este se encuentre excluido de responsabilidad[43]. En consecuencia, en cuanto a la modalidad que analizamos, se puede sostener que el hombre de atrás domina el suceso delictivo mediatamente, a través del dominio del aparato de poder organizado dentro del cual se insertan los ejecutores del hecho delictivo.

Cabe añadir que el requisito de la instrumentalización del ejecutor para la configuración de la autoría mediata no se recoge de manera expresa en el art. 23 CP. Se trata, evidentemente, de una construcción dogmática cuyo objetivo es la delimitación de esta modalidad de autoría. Este artículo solo se refiere a «aquel que por sí o por medio de otro comete el hecho delictivo», sin requerir que ese otro sea instrumento y, menos aún, que tenga algún déficit cognitivo o volitivo.

Hasta aquí lo que hemos pretendido evidenciar es que afirmar la instrumentalización del hombre de adelante por parte del autor de atrás no implica necesariamente negar el carácter de sujeto plenamente responsable del primero. Esta constatación, a partir de criterios fácticos (instrumentalización del hombre u hombres de adelante), facilita la comprensión de la tesis del «autor tras el autor» y nos revela lo innecesario del principio de responsabilidad para todos los supuestos de autoría mediata. Este principio, a diferencia del principio de la propia responsabilidad, no tiene cobertura constitucional y se asienta en consideraciones meramente normativas sin base racional alguna.

En segundo lugar, debe añadirse otro argumento favorable al rechazo del principio de responsabilidad como límite a la configuración de la autoría mediata, en especial de aquella que se realiza por dominio de organización. Efectivamente, en estos supuestos de autoría mediata (del autor tras el autor) las fuentes de responsabilidad son distintas tanto para el hombre de atrás como para el ejecutor u hombre de adelante. Siguiendo a Herzberg, Bloy, y en cierta medida a Stratenwerth, es posible sostener que mientras la atribución de responsabilidad al hombre de atrás es una imputación por injusto de organización, la atribución de responsabilidad del hombre de adelante (ejecutor) es una imputación por injusto individual. Así, Herzberg fundamenta la excepción del principio de responsabilidad, al igual que Roxin, en la intercambiabilidad del sujeto de adelante. Pero añade que la libertad con la que actúa el hombre de adelante no afecta el dominio del hecho del hombre de atrás en razón que el instrumento, en sentido estricto, no es la persona concreta que ejecuta la orden, sino el aparato de poder que funciona casi automáticamente[44]. De la misma idea es Bloy cuando afirma que la imputación de la

43 Fernández Ibáñez, 2006: 119.

44 Sobre Herzberg he seguido la argumentación de Fernández Ibáñez, 2006: 89.

acción en este caso, a diferencia de los otros casos de dominio de la voluntad, no se basa en que el hombre de atrás domine a los ejecutores, sino que él solo domina el aparato[45]. En consecuencia, las personas individualmente consideradas no son el instrumento en sí, sino —a mi juicio— las personas en tanto integrantes sustituibles de un aparato de poder de estructura jerarquizada y vertical.

Sin embargo, a pesar de la nomenclatura utilizada en ambos casos (injusto de organización e injusto individual), se trata, como señala Faraldo Cabana, de la atribución de responsabilidad por hechos propios, por el hecho individual y en ese sentido no se vulnera el principio de responsabilidad por el propio hecho ni el principio de prohibición de responsabilidad objetiva[46].

b.- Respecto del segundo cuestionamiento, dirigido contra el criterio de la fungibilidad y por lo tanto contra el carácter automático del aparato de poder, existen dos posiciones que responden a este cuestionamiento. Por un lado, encontramos a aquellos que insisten o insistimos en que uno de los fundamentos del dominio del hecho por parte del hombre de atrás radica en la sustituibilidad de los miembros de la organización, tal como lo proponía Roxin en su planteamiento original, aunque con algunos matices.

Efectivamente, no consideramos que el requisito de la fungibilidad o sustituibilidad sea el factor principal o esencial que fundamente el dominio del hecho por parte del hombre de atrás, sino que este, al ser un requisito imprescindible, debe estar integrado necesariamente a los otros requisitos: organización con estructura jerárquica (basada en relaciones de supremacía y subordinación) e integrada no necesariamente por un número considerable de miembros, sino por un mínimo que puedan sustituir al ejecutor fallido, independientemente de su disposición personal o no a cometer el delito.

En esta perspectiva y frente a las críticas formuladas, sostiene Roxin que en los casos concretos donde el ejecutor se desiste o no ejecuta el hecho delictivo solo se puede probar una autoría mediata que ha quedado en fase de tentativa. El mismo autor reitera que no importa si el automatismo funciona en cada caso particular, lo que debe importar es que en situaciones normales sí funcione el aparato de manera casi automática (esto es, poder contar con la realización del hecho).

Desde otra perspectiva, están aquellos que prescinden del criterio de la fungibilidad o sustituibilidad de los ejecutores y fundamentan el dominio del hecho del hombre de atrás (en los supuestos que venimos estudiando) en la predisposición incondicionada de los ejecutores a la realización de los ilícitos penales. Esta es la

45 Sobre Bloy ver igualmente el texto de Fernández Ibáñez, 2006: 90.

46 De acuerdo con Bolea Bardón, 2000: 368, nos referimos a supuestos en que se aprecia un dominio compartido del riesgo pero dominio ejercido desde distintas posiciones (relación vertical).

posición originalmente planteada por Schroeder. Según este autor, el elemento decisivo desde el punto de vista material de la autoría mediata por dominio de organización está en que, en todo momento, existan «personas dispuestas (incondicionalmente) a llevar a cabo el hecho»[47]. Este criterio ha sido seguido en esencia por Meini en el Perú, dado que si bien no rechaza totalmente el criterio de la fungibilidad sí afirma claramente que este factor no existe en determinados modelos de aparato de poder y por lo tanto no puede fundamentar el dominio del hombre de atrás[48].

Cabe señalar que si bien varios autores siguen este criterio de la predisposición a cometer el hecho, el mismo ha sido cuestionado por otro grupo de autores no menos importante[49]. Así, Ambos, siguiendo la argumentación de Roxin, señala que, de acuerdo con el § 30 II del CP alemán, el caso clásico de una disposición incondicionada o condicionada a realizar el hecho no debe tratarse como autoría mediata, sino como inducción. Además, el referido criterio es superfluo ya que «lo específico del dominio de organización está en que precisamente el funcionamiento y con ello la realización del tipo están asegurados con independencia a esa disposición»[50]. Así mismo, Eva Fernández recuerda que el reproche decisivo contra este criterio se centra en el hecho de que el planteamiento de Schroeder hace imposible una delimitación entre autoría mediata e inducción. Siguiendo la argumentación de esta autora, efectivamente, si para Schroeder tanto en los casos que el ejecutor lleva a cabo el hecho con incondicional obediencia como cuando lo hace de forma condicional, el hombre de atrás tiene dominio del hecho y debe responder como autor mediato, entonces el marco que queda para la inducción es prácticamente nulo[51].

En ese sentido, coincidimos con Eva Fernández[52] en negar toda virtualidad al criterio de la predisposición incondicionada al delito por parte de los ejecutores

47 Tomado de Ambos, 1999: 133 ss. Agrega Schroeder que la fungibilidad solo es un medio para obtener el dominio del hecho pero no su fundamento. Sobre el adjetivo «incondicional», cabe señalar que Schroeder si bien no lo utilizaba expresamente, este se puede deducir, entre otros aspectos, por los comentarios de identificación entre su postura y la sentencia del Tribunal Supremo alemán que empleaba expresamente este adjetivo. Sobre esto último ver Fernández Ibáñez, 2006: 130 ss.

48 Meini Mendez, 2003: 471.

49 El propio Roxin, pero además Ambos, 1999: 133 ss.; Faraldo Cabana, Op. Cit.: 77— 78; Gutierrez Rodríguez, 2001: 383; Charchulla, 2000: 63. Estos dos últimos son una relación tomada de Fernández Ibáñez, 2006: 216, quien igualmente rechaza la predisposición segura o incondicionada a la realización del hecho delictivo.

50 Ambos, 2007: 75.

51 Fernández Ibáñez, 2006: 216.

52 Fernández Ibáñez, 2006: 216.

como fundamento del dominio del hombre de atrás. Esta predisposición no es un fenómeno que deba necesariamente estar ligado a la característica de un aparato de poder organizado, pues es posible encontrar ejecutores independientes o disconformes con su actuación, pero que proceden a actuar en razón de la disposición jerárquica de la organización. Todo ello, evidentemente, sin perjuicio de encontrar algunos ejecutores con cierta disposición (no necesariamente de manera incondicional) a la comisión del delito.

III. Una perspectiva fáctico-normativa de la autoría mediata por dominio de organización

Exigencias propias del principio de legalidad (en los arts. 23, 24 y 25 CP se distinguen entre formas principales de intervención delictiva y formas accesorias) y del principio de proporcionalidad (que exige distinta valoración según la intensidad de la intervención delictiva) nos determinan a adoptar un concepto restrictivo de autor[53]. El criterio formulado originalmente por Welzel y reformulado y completado posteriormente por Roxin[54] para distinguir la autoría de las otras formas de participación (complicidad e instigación) es el criterio del dominio del hecho, criterio ampliamente aceptado en la doctrina y en la jurisprudencia, incluso la peruana[55].

53 De acuerdo con Schunemann, 2006: 281, es Jakobs el que se manifiesta en contra de una concepción restrictiva de autor y se inclina de alguna manera por un retorno a las tesis unitarias al afirmar que cada interviniente en un suceso delictivo es competente con respecto a la totalidad del hecho y que la diferenciación entre autor y participe es solo una diferenciación cuantitativa de grados que sirven para la medición de la pena. Siguen esta concepción, en el Perú, Reaño Peschiera, 2005, p. 199 ss. Esta diferencia con la posición asumida en este texto, por cierto aún ampliamente dominante como lo reconoce el propio Reaño Peschiera, responde esencialmente a diferencias fundamentales en las perspectivas teórico penales, mientras Jakobs, Robles Planas y Reaño obedecen a un criterio normativista radical, el suscrito responde a criterios funcionalistas valorativos pero sin prescindir de elementos ontológicos fundamentales. Este debate trasciende el objeto de este texto por lo que solo me cabe referir que si bien comparto con este último autor su posición respecto a que el partícipe no es responsable por un hecho ajeno sino por un hecho propio ello no implica desvincular totalmente el injusto del partícipe del injusto del hecho principal. Para una crítica, a mi juicio convincente, de la renovada tesis jakobsiana ver el texto de Schunemann antes referido.

54 Roxín empleó el criterio del dominio del hecho esencialmente para su aplicación en los delitos dolosos de comisión, reconociendo sus límites para otras modalidades delictivas como los delitos de omisión o los delitos especiales.

55 Al respecto ver la relación de ejecutorias supremas encontradas en Gaceta Juridica. El Código Penal en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Penal, Lima, 2007: R.N. N 253— 2004— Ucayali; Exp. N 5049— 99 San Roman— Juliaca; R.N. N 3840— 97 Ayacucho; R.N. N 4484-97 Cañete; R.N. N 3446-98 Cañete; R.N.

Sin embargo, como señala Bolea Bardon[56], el criterio del dominio del hecho puede prestarse a diversas interpretaciones y, por esto mismo, puede ser usado desde planteamientos muy diversos. En este sentido, de acuerdo con la referida autora, cabe distinguir, por un lado, entre el dominio del hecho entendido como dominio fáctico o naturalístico del hecho (como control exhaustivo del curso causal del hecho concreto realizado) y, por otro, dominio del hecho comprendido como dominio normativo del hecho (como suceso o acontecer típico imputado a una persona y que responde a consideraciones valorativas, sin prescindir de la realidad fáctica). El primero es una perspectiva que se haya generalmente asociada a los supuestos de dominio de la acción, esto es, los casos de autoría inmediata o ejecutada de propia mano. El segundo, por el contrario, constituye un planteamiento que pretende abarcar las otras modalidades de dominio del hecho ampliamente aceptadas por la jurisprudencia y la doctrina: la autoría mediata y la coautoría.

1. El rechazo de un concepto de dominio del hecho basado meramente en el dominio fáctico (físico corporal) del hecho concreto

Para dilucidar qué perspectiva del criterio del dominio del hecho debe adoptarse, es importante entender que el mismo debe abarcar, como hemos señalado, los supuestos tanto del que ejecuta materialmente el hecho como aquellos casos en los que se utiliza a otro para la realización típica.

Pues bien, la perspectiva naturalística o fáctica no logra abarcar con solvencia los casos en los que, a pesar de que se evidencia la posición dominante de un agente en un suceso delictivo, no se constata un control naturalístico del proceso causal lesivo. Efectivamente, como señala Bolea Bardon, desde el momento en que se interpone la voluntad de otra persona en un curso causal, el proceso ya no puede ser controlado por quien lo originó de la misma forma como lo hace el autor inmediato; sin embargo, valorativamente, por su posición predominante en el suceso delictivo, debe considerársele autor[57].

Es sobre todo esta insuficiencia la que explica el rechazo de Mir Puig a la perspectiva ontológica de la teoría del dominio del hecho: «La teoría del dominio del hecho sigue anclada en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido fundamentalmente social-normativo de imputación que caracteriza a la calificación

N 1720— 2004 Callao; Exp. N 5315-98— La Libertad; R.N. N 2206— 2002 Cusco; entre muchas otras.

56 Bolea Bardon, 2000: p 131 ss.

57 Bolea Bardon, 2000: 132.

de autor. El control material (fáctico) del hecho es solo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor»[58].

Pero la perspectiva naturalística tampoco logra comprender absolutamente los casos de ejecutores inmediatos, aunque se entienda que estos son su espacio natural. En efecto, se sabe que los cursos causales no son siempre absolutamente previsibles[59] dado que, incluso, pueden surgir factores contingentes que determinen otro curso causal o que el mismo se quede en fase de tentativa. Al igual que en el caso anterior, en estos casos se afirma que dicho ejecutor ha realizado el tipo a pesar de no tener un dominio absoluto sobre el curso causal. Esto implica, al final, la normativización del dato fáctico del control no absoluto del proceso causal.

2. Un concepto fáctico-normativo

En virtud de las razones esgrimidas en el acápite anterior es que se postula un criterio fáctico normativo de autor. Es fáctico en la medida en que esta concepción no prescinde de la realidad que se pretende regular y es normativo porque, partiendo de la citada realidad, la imputación a título de autor deberá hacerse finalmente por criterios valorativos o normativos marcados por la descripción del tipo[60].

De acuerdo con Bolea Bardón, quien pone en marcha un proceso lesivo para el bien jurídico (perspectiva naturalística) de forma que le sea objetiva y subjetivamente imputable se convierte en responsable del peligro típico (perspectiva normativa), por realizar una injerencia penalmente relevante en la esfera organizativa de otra persona[61].

Poner en marcha un proceso lesivo para el bien jurídico no solo se verifica con la creación directa del peligro sino, como señala Schünemann, con todo aquello que implique un dominio sobre el fundamento de un resultado típico[62]. Este dominio se evidencia, por ejemplo, en las estructuras comisivas directas a través del dominio sobre el propio movimiento corporal; en los delitos omisivos impropios, a través del dominio sobre una fuente de peligro o a través de asunción de

58 Mir Puig, 2004: 373.

59 Bolea Bardon, 2000: 131.

60 Últimamente Ambos, 2007: 76 ss., vuelve de manera más detalla con una concepción fáctico-normativa del dominio del riesgo (dominio sobre la calidad de la relación). Ello con el propósito de solventar, según su concepción, algún déficit fáctico de la fungibilidad como fundamento del dominio del hombre de atrás.

61 Bolea Bardon, 2000: 135.

62 Schunemann, 2006: 290.

custodia en forma de dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico[63]; y en las estructuras comisivas u omisivas indirectas o mediatas, tal como apreciaremos posteriormente.

En esta perspectiva, la autoría se basa en la creación, el no control o el aumento de un riesgo objetiva y subjetivamente imputable al hombre de atrás[64]. Se trata, en buena cuenta, de la imputación jurídica de riesgos[65].

En relación con la autoría mediata, esta concepción fáctico normativa de autor logra abarcar todas sus modalidades. Es decir, tanto aquella que emplea instrumentos no responsables o con responsabilidad disminuida como la que emplea instrumentos plenamente responsables (autor tras el autor). En efecto, puede suceder que el riesgo creado, no controlado o aumentado por un sujeto (el hombre de atrás) sea conducido hasta su concreción o realización en un resultado típico por otra persona (hombre de adelante o ejecutor). Esto no impide que el primer agente pueda seguir siendo considerado plenamente responsable del hecho, en especial si la persona interpuesta es instrumentalizada tal como hemos hecho referencia anteriormente.

Como señala Faraldo Cabana, «existen situaciones en las que el ejecutor material (autor inmediato) actúa de forma libre y plenamente responsable y el hombre de atrás conserva una especial relación con el peligro (que lo convierte en autor mediato)». En palabras de Bolea Bardón, se aprecia un dominio compartido del riesgo, no constitutivo de coautoría dado que el dominio es ejercido desde posiciones distintas y en relación vertical, que sirve a la figura del autor tras el autor. Como hemos mencionado anteriormente, mientras el ejecutor responde por el dominio inmediato de la acción concreta (riesgo originado por el dominio del propio comportamiento), el hombre de atrás (el hombre de escritorio) es responsable del dominio mediato del hecho a través del dominio de la organización o aparato de poder organizado (riesgo originado por el control de la organización que ejecuta hechos típicos)[66].

63 Schunemann, 2006: 288 ss.

64 Bolea Bardon, 2000: 135.

65 Esta concepción coincide esencialmente con la expresada anteriormente por Silva Sánchez, 1997b: 62, cuando señala que dominio del hecho significa dominio del tipo, pertenencia del tipo, en el sentido de control sobre el riesgo típico.

66 Señala Ambos, 2007: 86, que la circunstancia de que el hombre de atrás —a diferencia de los casos «normales» de autoría mediata— no domine de modo directo, sino (solo) indirecto a través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional (como «autor de escritorio", emisor de las órdenes, planificador, autor intelectual, etc.) dicho brevemente: a una responsabilidad con base en un *injusto de organización en lugar de injusto individual.*

En consecuencia, para imputar un hecho a título de autor mediato por dominio de organización, debe evidenciarse por parte del hombre de atrás la creación, el no control o el incremento de un riesgo relevante que le sea imputable objetiva y subjetivamente. Pues bien, en estos casos, el riesgo viene determinado por el aparato de poder organizado de manera jerárquica e integrada por una pluralidad de miembros sustituibles. La creación de este aparato, su no control o el impulso del mismo implican conductas de dominio sobre el fundamento de los delitos ejecutados por los miembros del aparato. Se trata entonces de actos de dominio del riesgo imputables objetivamente al hombre de atrás.

La imputación subjetiva supone, desde una perspectiva normativa moderada, esencialmente conocimiento de la creación del aparato, de su no control o de su impulso, y la decisión de que aquel continúe con sus actividades ilícitas.

IV. La autoría mediata por dominio de organización en comisión por omisión

1. La autoría y la participación en los delitos de omisión impropia

Un primer aspecto en este tema es determinar si es posible distinguir las distintas formas de participación en un delito de omisión impropia o comisión por omisión. Esto es, si es posible distinguir entre algún tipo de autoría y las formas de complicidad o instigación. Para tal efecto, es importante adoptar una posición con respecto a los delitos de comisión por omisión: ¿se trata de delitos de dominio o de delitos de infracción de deber?

Cabe señalar, antes de dar respuesta al dilema planteado, que tales delitos constituyen delitos especiales en la medida en que cualquiera no puede realizar un delito en comisión por omisión, sino solo aquellos que, entre otros requisitos, se encuentran en una posición de garante respecto del bien jurídico o respecto de una fuente de peligro que se encuentra dentro de su ámbito de dominio[67].

67 En contra de la consideración de que todos los delitos realizados en comisión por omisión constituyen delitos especiales se manifiestan Otto/Brammsen, Jakobs y Vogel. Estos autores, de acuerdo con Gómez Martín, 2006: 39, estiman que no todos los delitos realizados en comisión por omisión son delitos especiales. Jakobs, divide los delitos tanto comisivos como omisivos en delitos de responsabilidad por competencia de organización y delitos de responsabilidad por competencia institucional y considera que son solo los últimos delitos especiales. No toda posición de garante determina un delito especial sino solo aquellos en los que el deber se limita a asegurar una relación preexistente con el sujeto pasivo (caso de la relación entre padres e hijos menores de edad por ejemplo). En cambio en los delitos de comisión por omisión en los que la posición de garante puede ser asumido por cualquiera, por ejemplo en los casos de injerencia previa, el delito es común. Finalmente, se sostiene que en la medida que la realización activa de

Esto es efectivamente así, si se asume un concepto amplio de delito especial: por ejemplo, cuando se dice que el círculo de autores viene restringido no solo por las cualidades del sujeto activo que describe el tipo penal, sino por la concreta configuración de la conducta típica[68]. Desde esta perspectiva, la configuración de la comisión por omisión en nuestra legislación penal es prevista en el art. 13 CP, el mismo que exige determinada posición de garante del sujeto activo. Como dice Rodríguez Mesa con respecto a las posiciones que niegan la necesaria calificación de especiales de los delitos realizados en comisión por omisión:

> Esta solución tropieza frontalmente con la necesidad de acudir a la especial relación del autor con respecto al bien jurídico como forma de restringir el ámbito de la autoría y que se traduce en la exigencia de que el autor ostente algunos de los deberes de garante a los que se refiere la jurisprudencia y la doctrina. De ahí que haya que descartar la autoría en comisión por omisión cuando existan dudas acerca de si el sujeto ostenta o no tal deber[69].

Retomando la cuestión planteada, y desde la perspectiva de aquellos que sostienen que los delitos de omisión impropia constituyen delitos de infracción de deber, se reconoce la posibilidad de distinguir la autoría de la participación sobre la base del criterio del deber de evitar el resultado descrito en el tipo[70]. En palabras de Roxin, en los delitos de comisión por omisión, no será autor cualquiera que omite el resultado lesivo, sino aquel «al que le incumbe el concreto deber de evitar el resultado descrito en el tipo»[71]. Partícipes (cómplices o instigadores) lo serán, entonces, quienes favorecen con su omisión el hecho pero no ocupan una posición de garante que determine su deber de evitar el resultado[72]. En estos casos, el dominio del hecho no resulta un criterio aplicable.

Aunque con una clasificación y terminología distinta, Jakobs también reconoce la posibilidad de distinguir entre autores y partícipes en un evento delictivo. El criterio que este último autor emplea depende no de la modalidad de realización del hecho (comisivo u omisivo), sino del fundamento de la responsabilidad, según se trate de un delito de responsabilidad por competencia

los delitos comunes puede ser realizado por cualquiera, y entre un delito comisivo y su modalidad omisiva existe equivalencia absoluta, no hay razones para exigir cualidades especiales en esta última modalidad. En la doctrina nacional sigue estas posiciones Meini Mendez, 2003: 427 ss.

68 Gómez Martín, 2006: 29.

69 Rodríguez Mesa, 2006: 191.

70 Roxin, 1994: 496.

71 Roxin, 1994: 496.

72 Roxin, 1994 514. De semejante opinión últimamente Bacigalupo, 2007: 122.

de organización (delitos de dominio) o de un delito de responsabilidad por competencia institucional (delitos de infracción de deber). En el caso del primero, aunque sea bajo la modalidad de comisión por omisión, el criterio seguirá siendo el dominio del hecho[73] (dominio sobre el ámbito de organización propio). En cuanto al segundo (delitos de responsabilidad por competencia institucional), el criterio es la infracción del deber especial.

Cabe advertir que si bien Jakobs acepta que el criterio de distinción entre autor y partícipes en los delitos responsabilidad por el ámbito de organización es el dominio del hecho, este criterio es considerado insuficiente dado que requiere ser completado con el criterio de la responsabilidad por los actos de organización[74]. Recientemente, observa Schünemann, Jakobs ha cambiado de posición respecto de la dogmática de la autoría y ha rechazado expresamente la teoría del dominio del hecho[75]. En su lugar, ahora recoge un concepto unitario de autor al considerar a cualquier interviniente en el hecho como competente de la totalidad del hecho cuando el aporte lo vincule con la ejecución del hecho

Desde la perspectiva de quienes consideran que los delitos de comisión por omisión son delitos de dominio, la autoría y la participación se dilucidan a partir de una versión normativizada del criterio de dominio. Se señala, a manera de ilustración, que así como en los delitos de comisión se domina el proceso lesivo por medio de las respectivas actividades corporales, en la omisión equivalente a la comisión presupone un control actual sobre el suceso equiparable en intensidad a ese control[76] . Schünemann y Gracia Martín son los autores que mejor han argumentado en esta perspectiva. El primero señala que la equivalencia entre una omisión y una comisión no consiste en la infracción de un deber extrapenal, sino en la categoría de la asunción de custodia y de este modo en una relación de dominio sobre el suceso (dominio sobre el fundamento del resultado).

---

73 Jakobs, 1997b: 730 ss.

74 Jakobs, 1997b: 742. Este complemento ha sido llevado a su autonomía y desarrollo por Sanchez Vera Gomez Trelles, 1997: 43, quien dejando de mencionar el dominio del hecho, y siguiendo trabajos posteriores de Jakobs, ha planteado el criterio de la defraudación de expectativas (actuación fuera del rol) de acuerdo con el cual es autor aquel que defrauda las expectativas de omisión (no dañar). Estas expectativas pueden ser defraudadas a su vez mediante una acción o una omisión.

Esta tesis no resulta compartida, entre otros aspectos, porque no considera relevante el quantum de la aportación del interviniente en el hecho sino solo la defraudación de expectativas omisivas. Sobre las críticas a la posición de Sánchez Vera Gómez Trelles ver el texto de Gómez Martín, 2006, 182 ss.

75 Posición expuesta en el Libro Homenaje a Lampe, Roxin, 2003: p. 423 ss. Ver Schunemann, 2006: 279.

76 Schunemann, 1994: 22.

Este dominio, explica Schünemann, no se manifiesta mediante el movimiento corporal, sino a través de la asunción de custodia en forma de dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico[77].

En los delitos especiales, y hemos convenido que los delitos de comisión por omisión lo son, la posición de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico no se desprende de la sola infracción de un deber especial, sino, además, del hecho de encontrarse el autor en una posición de proximidad fáctica con respecto al bien jurídico, asumida como resultante de un acto de confianza de su titular[78]. Específicamente, la autoría en los delitos en comisión por omisión se fundamenta en el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico (con las posiciones de garante en particular, con la comunidad de vida, comunidad de riesgos y la asunción de riesgos) o el dominio sobre el fundamento esencial del resultado (posiciones de garante que surgen del dominio sobre fuentes de peligro, sobre personas o instalaciones peligrosas y de quien dirige la empresa)[79].

Uno de los cuestionamientos más frecuentes que se ha lanzado contra el criterio del dominio del hecho en este tipo de delitos es la efectuada por Roxin, en el sentido que lo que aquí se denomina dominio del hecho no es sino la posibilidad de evitar el resultado[80] (dominio potencial). Este criterio, señala Roxin, no puede fundamentar una diferenciación entre autoría y participación dado que esta posibilidad de intervenir para evitar el resultado puede tenerla aquel que tiene solo una importancia de segundo orden (el cómplice, por ejemplo). Sin embargo, Schünemann ha dado respuesta a estas observaciones cuando sostiene que no hay que confundir la mera posibilidad de evitar el resultado con el dominio sobre el fundamento del resultado en los delitos de comisión por omisión. En esto casos, el dominio es actual (no potencial) ya que «la fuente o el objeto del suceso lesivo ya se encuentran controlados con anterioridad y por ello tanto el transcurso del suceso dentro del ámbito controlado por el autor por omisión como todo lo que tienen lugar dentro de ese ámbito tiene que ser calificado como obra suya»[81].

De similar opinión es Gracia Martín, quien apela al criterio del dominio social en los supuestos de delitos especiales, entre ellos los delitos de comisión

77 Schunemann, 2006: 289.

78 Gómez Martín, 2006: 203. Desde la perspectiva de aquellos que consideran que el criterio para definir la autoría y la participación en los delitos de comisión por omisión radica exclusivamente en la infracción de un deber especial.

79 Schuneman, 2006: 296. Como puede apreciarse las fuentes de posición de garante en los delitos de comisión por omisión dan origen a las fuentes del dominio sobre el fundamento del resultado en los delitos de comisión por omisión.

80 Roxin, 1998b: 501.

81 Schunemann, 1994: p. 22.

por omisión. Según este autor, la afirmación de la autoría en estos delitos va a requerir, en primer lugar, del dominio social, esto es, el conjunto de condiciones acotadas en el tipo de lo injusto que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos y que son determinantes de la posibilidad de actualización del dominio del hecho típico[82]. En segundo lugar, un acto personal de incorporación de esta situación preexistente a su esfera de dominio personal. Solo de esta manera existe un dominio efectivo y actual sobre el fundamento del resultado[83].

2. La autoría mediata en comisión por omisión

Resulta lógico que, desde la perspectiva de aquellos que consideran que el criterio para definir la autoría y la participación en los delitos de comisión por omisión que radica exclusivamente en la infracción de un deber especial, no se pueda admitir la autoría mediata en comisión por omisión. Como señala Bacigalupo, desde la teoría del delito de infracción del deber que quien omite sea autor mediato cuando el instrumento realiza un acto positivo es absolutamente imposible porque omisión y dominio del hecho no pueden coexistir[84]. No puede efectuarse un dominio mediato del hecho a través del hombre de atrás sobre la base de una mera infracción de deber.

Sin embargo, desde la última de las perspectivas asumidas, es decir, la del dominio sobre el fundamento del resultado, sí resulta posible admitir la posibilidad de autoría mediata en comisión por omisión[85], esto es, la posibilidad de la autoría mediata cuando alguien, infringiendo su deber de garante, no impide la acción delictiva del o de los instrumentos[86]. En efecto, si los delitos en comisión por omisión requieren una forma de dominio sobre el desamparo del bien jurídico (asentada sobre las fuentes de posición de garante), no hay impedimento para asumir que tal modalidad de dominio puede suponer, además, la instrumentalización de los ejecutores directos del hecho delictivo.

Como señala Rodríguez Mesa, «Si por el contrario se admite que la autoría en comisión por omisión también precisa de la constatación de un dominio material y positivo del hecho —un control del suceso típico por parte del omitente— no

82 Gracia Martín, 2004: 172.

83 Comentando la posición de Gracia Martín ver Rodríguez Mesa, 2004: 195.

84 Rodríguez Mesa, 2006: 204.

85 Rodríguez Mesa, 2006: 204. También admiten esta posibilidad de autoría mediata en delitos de comisión por omisión Mir Puig, 2004: 385; Hernández Plasencia, 1996: 316 y Maurach, 1995: 327 ss

86 Rodríguez Mesa, 2006: 204.

hay ningún obstáculo, en principio, para compatibilizar el dominio funcional del hecho [sic] que supone la autoría mediata con el dominio que se ejerce a través de la omisión»[87].

A pesar de la claridad dogmática para aceptar la autoría mediata en comisión por omisión, se considera que en términos prácticos no estaríamos ante verdaderos supuestos de autoría mediata, sino de autoría directa en comisión por omisión dado que esta se sustenta «en el control o dominio del proceso lesivo principal y ello con independencia de que este acontecer se base en las fuerzas de la naturaleza o en una conducta humana»[88].

Discrepamos con esta posición en la medida en que desconoce la naturaleza de las fuentes de posición de garante y la relación entre el omitente y el ejecutor material. Desde nuestra perspectiva, no es posible sostener autoría directa en aquellos casos en los que el omitente domina la situación de vulnerabilidad o desamparo del bien jurídico (por asumir una posición de garante originada en la protección de un bien jurídico afectado o en el control de una fuente de peligro) y no evita la ejecución del hecho delictivo por el hombre de adelante, el cual mantiene una relación de instrumento con respecto al omitente.

En otras palabras, si el hombre de atrás, manteniendo una posición de garante respecto de un bien jurídico, omite impedir el resultado lesivo aprovechando el contexto de instrumentalización en que se encuentra o encuentran el o los hombres de adelante (no impidiendo la conducta lesiva que estos realizan), entonces estamos ante una autoría mediata en comisión por omisión. En cambio, si el hombre de atrás se sirve del o de los hombres de adelante a través de la manipulación activa (creando el error en el ejecutor o determinando la actuación ilícita del menor de edad) de los mismos, entonces nos encontramos ante un supuesto de autoría mediata por comisión.

En el caso de la autoría mediata por dominio de organización en comisión por omisión, el hombre de atrás domina la situación de vulnerabilidad o desamparo del bien jurídico en virtud del deber de control de una fuente de peligro. Esta fuente de peligro la constituye el aparato de poder organizado integrado por una pluralidad de agentes ejecutores que mantienen una relación de subordinación jerárquica con el hombre de atrás. En esa perspectiva, el hombre de atrás debe dominar la situación de desamparo del bien jurídico (dominio sobre el fundamento del resultado o la fuente de peligro) no evitando, pudiendo y debiendo hacerlo, la actuación delictiva de los ejecutores que se encuentran en una situación de instrumentalización.

87 Rodríguez Mesa, 2006: 204.
88 Rodríguez Mesa, 2006: 205.

V. A manera de conclusión

De acuerdo con lo explicado, es posible plantear los presupuestos que requieren verificarse para imputar un hecho a una persona a título de autor mediato por dominio de organización.

Existencia de una organización estructurada de manera jerarquizada e integrada al menos por un mínimo número de personas sustituibles antes o durante el evento criminal. Estas personas pueden o no tener cierta predisposición a los actos cometidos en el seno de la organización.

Control (dominio) por parte del hombre de atrás de la mencionada organización y a través de ella de sus integrantes sustituibles. Dicho control puede manifestarse bajo distintas modalidades: a través de la creación de la organización, el no control del mismo pudiendo hacerlo o su impulso con medidas autorizadoras, entre otras.

Conocimiento del control sobre la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales.

Desde la perspectiva que fundamenta la autoría sobre la base del dominio, sobre el fundamento del resultado es posible admitir la autoría mediata en comisión por omisión, esto es, aquel supuesto en el que el hombre de atrás domina la situación de desamparo del bien jurídico (dominio sobre el fundamento del resultado o la fuente de peligro) no evitando, pudiendo y debiendo hacerlo, la actuación delictiva de los ejecutores que se encuentran en una situación de instrumentalización por estructura de la organización.

La verificación de estos presupuestos permitirá imputar objetiva y subjetivamente los hechos realizados por los miembros de la organización al hombre de atrás y afirmar la calidad de este de autor mediato, en virtud del dominio del riesgo típico que se origina en el control de la organización.

Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber

José Antonio Caro John

I. El surgimiento de los delitos de infracción de deber. **1.** La teoría subjetiva de la autoría. **2.** La teoría del «dominio del hecho». **3.** La categoría denominada «delito de infracción de deber». **4.** Los delitos de infracción de deber según Roxin. **5.** Los delitos de infracción de deber según Jakobs. **II.** El núcleo de los delitos de infracción del deber. **1.** Tipo de deber. **2.** Las instituciones positivas. **3.** Diferencia entre «delitos de infracción de deber» y «delitos especiales». **4.** ¿Tipificación del deber? **III.** Autoría y participación en los delitos de infracción de deber. **1.** La autoría del «obligado especial». **2.** Rechazo de la accesoriedad de la participación. **3.** Coautoría y autoría mediata. **IV.** Consideraciones finales.

I. El surgimiento de los delitos de infracción de deber

Desde que Roxin[1], en 1963, empleara por primera vez en el derecho penal la categoría de los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikten*)[2], la discusión moderna

1 Cfr. Roxin, 2000a, 1ª edic. 1963: 352 ss. Esta obra posteriormente ha recibido diferentes añadidos de nuevos capítulos al final del libro en los que Roxin ha venido informando sobre el desarrollo de la discusión acerca de la autoría tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La séptima —y hasta hoy última— edición se publicó en el año 2000, sobre los delitos de infracción de deber, cfr. p. 695 ss.

2 En el Perú empieza a ser conocida la categoría de los delitos de infracción de deber; *cfr.* a título de ejemplo, García Cavero, 1999: 41 ss.; Abanto Vásquez, 2001: 47 ss.; Suárez González,

en torno a este nuevo concepto ha oscilado entre tomas de postura que la admiten y otras que levantan reparos en contra de ella[3]. Aunque lo cierto es que estas últimas, la mayoría de las veces, se deben a la novedad de los planteamientos que ella suscita en el debate de nunca acabar que se vive en la autoría y la participación delictiva, un terreno sobre el que ya Kantorowicz[4] opinara que probablemente se trate del «capítulo más oscuro y confuso de la ciencia del derecho penal».

En todo caso, una exposición sobre el contenido de los delitos de infracción de deber no es posible si antes no se echa una breve ojeada al contexto histórico y a los antecedentes que motivaron el surgimiento de esta nueva categoría.

1. La teoría subjetiva de la autoría

Después de que la teoría subjetiva de la autoría se hiciera dominante en la jurisprudencia de los tribunales alemanes, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XIX, gracias a la enorme influencia que sobre el derecho penal de la época ejerciera el magistrado del Tribunal del Imperio Maximilian v. Buri[5], la excesiva subjetivización de los criterios determinantes de la autoría condujo a esta teoría a una crisis que dio lugar a diversas objeciones[6] en contra de ella. El poco peso del lado objetivo del hecho en la valoración era un dato que cada vez más se hacía visible en el momento de la determinación de la autoría y la participación, sobre todo porque la

2001: 149-165; recientemente, San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera, 2002: 186 ss., 270 ss.

3 Sobre las tomas de postura en la doctrina alemana, cfr. *infra* I.3, nota 14.

4 Kantorowicz, 1910: 306. Esta frase ha tenido una fuerte resonancia en el entorno del penalismo alemán; da cuenta de ello Roxin, 1970a: 10. También véase Weber, 1935: 24 describe de un modo parecido el panorama de la autoría y la participación como el «capítulo sin ninguna esperanza» de solución en la dogmática del derecho penal.

5 Maximilian v. Buri trabajó como magistrado del Tribunal del Imperio de 1879 a 1896. Este magistrado protagonizó el desarrollo más visible de la teoría subjetiva de la autoría y la participación en la jurisprudencia penal, cfr. al respecto Roxin, 2000b: 177–198, 178 ss. Mediante sus monografías y artículos, v. Buri consiguió un enorme prestigio e influencia en el pensamiento de su época. Sus aportes cobraron trascendencia particularmente en la discusión sobre la relación de causalidad, donde él, siguiendo una línea subjetiva, impulsó el desarrollo de la fórmula de la *conditio sine qua non* como herramienta de prueba de la relación de causalidad, cfr. al respecto: v. Buri, 1873, *passim* ; el mismo, 1885, *passim* ; sobre autoría y participación, el mismo, 1870: 1-53; el mismo, 1873: 237-255; el mismo, 1882: 232-298; el mismo, 1891: 1-39. Sobre algunas sentencias del Tribunal del Imperio donde se asume la teoría subjetiva, cfr. RGSt. 2 (sentencia de 12.05.1880): 160-164; RGSt. 3 (sentencia de 07.01.1881): 181-183.

6 La teoría subjetiva ha sido duramente criticada, baste aquí solo recordar lo anotado por Beling, 1932: 1-13, 10: para quien «la teoría subjetiva de la participación es simple producto de la fantasía que se aparta categóricamente de la ley y en el resultado la viola con frecuencia».

distinción entre autor y partícipe concluía siendo un examen del mundo interior de los intervinientes en el hecho, de la voluntad, de la intención y de los motivos. En este contexto, autor es aquel que obra considerando el hecho como algo conforme a su voluntad, y partícipe quien actúa con una voluntad dependiente, subordinada a la voluntad del autor. El ejemplo paradigmático de la teoría subjetiva vino dado por el caso de la bañera[7], donde el fundamento de punición del partícipe no dependió de la parte externa (objetiva) de su aportación al hecho, sino de la dependencia interna de su voluntad respecto de la voluntad del autor. En este caso, la hermana de una parturienta que acababa de dar a luz a un niño ilegítimo dio muerte al recién nacido ahogándolo en una bañera por «interés» y a pedido de la madre. El Tribunal condenó a la madre como autora, a pesar de que ella no movió un solo dedo para la realización del hecho, pero sí había tomado parte en él con la voluntad autónoma propia a la de un autor (*animus auctoris*); mientras que la hermana fue sentenciada como cómplice, no obstante haber sido ella quien ahogó con sus propias manos al recién nacido, además porque su obrar estuvo motivado por una voluntad dependiente o subordinada a la del autor (*animus socii*).

2. La teoría del «dominio del hecho»

No era difícil que semejante panorama de la autoría con tan fuerte carga subjetiva condujera a la doctrina a la búsqueda de otros criterios que, tomando en cuenta de alguna manera el dato objetivo del hecho, lograran explicar con mayor corrección la autoría y la participación. Por esta vía se llegó a la teoría del dominio del hecho, una teoría que toma en cuenta tanto lo subjetivo —la voluntad del actuante— como lo objetivo —el aporte exterior al hecho—. Si bien es cierto que fue Hegler[8] quien en 1915 habló por primera vez del concepto de «dominio del hecho», no obstante el sentido que él le dio en aquel momento poseía un contenido más referido a la culpabilidad del autor; por lo tanto, diferente de lo que hoy se conoce como dominio del hecho. Fue Welzel quien, en 1939, en conexión con su conocida teoría finalista de la acción, otorgó a la autoría un contenido propio fijando el dominio del hecho como el criterio determinante del concepto de autor. Según este nuevo entender, el dominio del hecho pasaba a ser ahora un elemento general de la autoría donde el autor se presenta como señor de un hecho: «autor es el señor del hecho, donde él es señor sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o colabora con él, participa ciertamente en el hecho, pero no es señor

7 Cfr. RGSt. 74 (sentencia de 19.02.1940): 84–86.

8 Cfr. Hegler, 1915: 19-44 y 184-232; véase además Roxin, 2000a*:* 60 ss.

sobre el hecho»[9]. Posteriormente, a lo largo de su vida académica Welzel se encargó de perfeccionar su teoría del dominio del hecho. En la última edición de su clásico Tratado de Derecho penal precisó: «señor de un hecho es quien en razón de su resolución de voluntad final ejecuta el hecho. La configuración del hecho mediante la voluntad de realización conducida conforme a un plan convierte al autor en señor sobre el hecho»[10]. Es importante también destacar el aporte de Maurach en este punto, porque a él se debe probablemente el estudio más desarrollado del concepto de dominio del hecho: «dominio del hecho es tener en las manos, abarcado por el dolo, el curso típico del suceso» y «tiene dominio del hecho todo interviniente que se encuentre en la situación fáctica por él conocida, qu e pueda, conforme a su voluntad, dejar transcurrir, detener o interrumpir la realización del tipo»[11]. Con todo esto queda claro que el dato de la voluntad de la teoría subjetiva está presente en el dominio del hecho, pero con la diferencia de que además en su contenido ocupa un lugar la aportación exterior del ejecutor al hecho: ambos conjuntamente amoldan la idea del autor como dueño y señor del suceso delictivo. De esta manera, el dominio del hecho logró aplacar una vieja aspiración de encontrar un criterio de autoría que cobijara en su seno tanto lo subjetivo como lo objetivo del hecho unidos en un único criterio de imputación. Por esta razón no es casual que la teoría del dominio del hecho lograse imponerse rápidamente como postura dominante en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas, incluso hasta nuestros días[12], al punto de identificarse usualmente la autoría con el dominio del hecho.

3. La categoría denominada «delito de infracción de deber»

Posteriormente, en un contexto en el que la autoría era explicada únicamente a través del dominio del hecho, hizo su aparición la categoría de los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikten*)[13]. Y como era de esperarse, la incursión de este grupo de delitos en un panorama de la autoría gobernado por el dominio

9 Cfr. Welzel, 1939: 491–566, 539.

10 Welzel, 1969: 100.

11 Maurach, 1971: 627.

12 El dominio del hecho cuenta con una recepción casi generalizada en la doctrina alemana; cfr. solo en los tiempos recientes, entre otros: Roxin, 1993, § 25/7 ss.; Bottke, 1992: 35 ss., *passim*; Jescheck/Weigend, 1996: 651 ss.

13 Se muestra escéptico de un modo general con el concepto de «lesión de un deber» por considerarlo «no siempre suficientemente preciso»: Silva Sánchez, 1998: 205-226, 211.

del hecho no podría haber sido pacífica[14]. Con el terreno ganado por el dominio del hecho como signo distintivo que caracteriza a la autoría, se hizo inevitable levantar algunos reparos contra los delitos de infracción de deber, pues no en vano el dominio del hecho había conseguido para sí el peso de la tradición. Pero, al mismo tiempo, la presencia de este nuevo concepto sugería de alguna forma un examen del estado de la cuestión en la autoría, porque quizá el dominio del hecho como único criterio ya no estaba en condiciones de resolver toda la problemática en torno de la autoría. Y, en efecto, esto fue así. La existencia de regulaciones típicas cuya autoría no podía ser explicada convincentemente mediante la categoría del dominio del hecho era la muestra más evidente.

Existen tipos penales que *per se* no precisan de ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición del autor en el mundo de los deberes. Es decir, tipos penales que —dicho en términos más directos— solo son imaginables mediante la infracción de un deber especial del actuante, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de funcionarios, en los que solo el *intraneus* puede ser autor. En estos delitos no es la calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la administración pública. Por esta razón, «el obligado es siempre autor, y ciertamente independiente de que él ostente el dominio del hecho o no»[15]. Quiere decir que, por ejemplo, el magistrado que se sirve de un tercero para recibir un donativo de una de las partes que solo quiere obtener la sentencia a su favor, comete un delito de infracción de deber (corrupción de funcionarios, art. 395 CP), no obstante no tomar él personalmente el donativo. Aquí el dato del dominio y la calidad de magistrado no son el fundamento del injusto, sino la infracción del deber de administrar justicia con imparcialidad y honestidad que constituyen la expectativa elemental de justicia en un Estado de Derecho, que debe ser garantizada mediante la aplicación correcta de la ley por todos los jueces.

14 En la doctrina alemana están a favor de la nueva categoría, aunque con una fundamentación no siempre coincidente, entre otros: Sánchez-Vera, 1998*, passim*; Jakobs, 1991, 7/70, 21/115, 28/15; Lesch, 1992: 263 ss., 298 ss.; el mismo, 1995: 66-70; el mismo, 1993: 271-294, 286 ss.; el mismo, 1999: 203 ss., 210 ss.; Bloy, 1985: 192, 215, 243; Schönke/Schröder/Cramer/Heine, 2001 previo al § 25, N. 84a; Wessels/Beulke, 2000, N. 521; Kühl, 2000, 20/14.
En cambio, no simpatizan con la construcción de los delitos de infracción de deber, también con argumentos variados, entre otros: Hardwig, 1965: 667–671; Langer, 1972: 224-227; Stein, 1988: 209 ss., 220; Stratenwerth, 2000, 12/40; Freund, 1998, 10/49; Maurach/Gössel/Zipf, 1989, 42/11, 47/90 ss., 110 ss; Herzberg, 1977: 32 ss., 94.

15 Sánchez-Vera, 1998*:* 168.

4. Los delitos de infracción de deber, según Roxin

Según el planteamiento de Roxin, el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: «se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho»[16]. Roxin cita como ejemplos de esta categoría a los deberes públicos de funcionarios, los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, las obligaciones jurídico-civiles de alimentos y de lealtad. En todos estos delitos el obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en «figura central» del suceso de la acción. Pero más allá de ello Roxin no fundamenta en qué consisten esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo, y deja más bien al legislador la tarea de regular los tipos, bien en función de delitos de dominio o de infracción de deber, porque, a su juicio, finalmente es una cuestión que atañe a la decisión valorativa del legislador[17].

5. Los delitos de infracción de deber, según Jakobs

Si bien la categoría de los delitos de infracción de deber fue descubierta por Roxin hace ya cuatro décadas, sin recibir de parte de él un desarrollo posterior[18], la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento otorgado por Jakobs[19] quien, en el marco de un pensamiento normativista del sistema del

16 Roxin, 2000a: 354. Que los deberes en los delitos de infracción se refieren únicamente a determinados obligados especiales quedó más claro en el pensamiento de Roxin a partir de la 3ª edición de su monografía sobre la autoría, puesto que en ella Roxin corrigió su concepción originaria según la cual los delitos imprudentes también debían considerarse como delitos de infracción de deber. Esto fue así porque con posterioridad Roxin advirtió en que el deber en los delitos imprudentes —deber general de cuidado— se refería a un mandato general que alcanza a todas las personas y no solo a un grupo limitado de personas conocidas en el uso del lenguaje jurídico-penal como obligados especiales; así cfr. la explicación en detalle sobre esta cuestión del mismo Roxin en 2000a: 697.

17 Cfr. Roxin, 2000a: 386.

18 En este sentido Sánchez-Vera, 1998*:* 27 ss., resalta que Roxin no ha asumido una fundamentación suficiente de los delitos de infracción de deber. No obstante Roxin, 1993, § 25/73 en esta edición ha vuelto a tocar la problemática con unas reflexiones breves y sin reformas de su postura; el mismo, 2000a: 695 ss.

19 Cfr. solo lo más representativo de su concepción, Jakobs, 1991*,* 7/70, 21/115, 28/15; el mismo, 1996b: 19 ss.; el mismo, 1998b: 55 ss., 67 ss; el mismo, 1993 (manuscrito): 4 ss.; el mismo,

derecho penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación ampliada de los delitos de infracción de deber. En Jakobs la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor[20]. Según esto, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal.

Así, el primer fundamento de la responsabilidad penal lo conforma la lesión de los deberes generales de actuación, los mismos que en la terminología de Jakobs se conocen como deberes en virtud de competencia de organización —cuyo equivalente, en el lenguaje de Roxin, lo constituirían los delitos de dominio—. Cuando Jakobs habla de que el primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con los deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, y es el deber más general —y el primero que antecede a todos— el de no lesionar a los demás en sus bienes —acuñado en el latín con la expresión *neminem laede*—; al mismo tiempo, el estatus más general es el de persona en Derecho. La observancia de este deber general permite a la persona la configuración de un segmento de la sociedad donde ella vive y se desarrolla en un espacio de libertad posibilitándose para sí, y para los demás, una convivencia pacífica. La existencia de los deberes generales hace que la libertad general de configuración que tiene cada persona no sea ilimitada, y de hecho tiene que haber límites a la libertad. Los límites a la libertad surgen de la posición jurídica que ocupa cada persona en la sociedad, es decir, de un haz de derechos y obligaciones al que debe ajustar su conducta en un mundo socialmente configurado —nadie que viva en sociedad se comporta como un ermitaño que solo respeta las normas de su conciencia—. Cuando la persona vulnera los deberes de su estatus está haciendo un uso arbitrario de su libertad, está configurando un estado de cosas que el Derecho desaprueba. Si la configuración del segmento personal se hace dañando los bienes de los demás es evidente que al infractor se le atribuye una responsabilidad jurídico-penal.

1997c: 347-363, 362 ss.; el mismo, 2000a: 57-72, 63 ss.; el mismo, 1996a: 253-268, 257 ss.; el mismo, 2000b: 151-170, 154 ss; el mismo, 2001: 793-810, 798; el mismo, 2000 (c): 127-149; el mismo, 1999: 5-42, 30 ss.

20 Elemental en este punto: Jakobs, 1991, 1/7, 7/56 ss., 7/70 ss., 21/115 ss., 28/13 ss., 29/29 ss., 29/57; el mismo, 1997: 348 ss., 362 s.; el mismo, 1996b: 19 ss. Cfr. además los aportes de Derksen, 1993: 163-176, 170 ss.; y Lesch, 1992: 263 ss.

El segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional —a los que pertenecen los delitos de infracción de deber—. Estos deberes, a diferencia de lo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial. Un estatus especial como el de padre, policía o juez fija una determinada forma de comportarse, pues en el fondo existe un deber de corte institucional que convierte a la persona en un obligado especial. Por ejemplo: se espera que el policía vigile al detenido y no que lo torture, igualmente es normal pensar que un padre deba cuidar de su hijo menor cuando lo lleva a jugar al parque en vez de abandonarlo a su suerte. Tanto el policía como el padre son portadores de deberes especiales y, en cada caso, de deberes estatales propios de la función pública y de la patria potestad respectivamente, que son la expresión de instituciones positivas que se gestan en la sociedad para garantizar su funcionamiento. La cualidad de los autores no desempeña ningún papel, sino únicamente la especial relación institucional entre el obligado especial y el objeto de bien jurídico. En este sentido, en la lesión del deber radica para Jakobs el fundamento de la imputación jurídico-penal, a diferencia de Roxin, para quien la lesión del deber es solo un criterio que determina la autoría del hecho[21].

II. El núcleo de los delitos de infracción del deber

1. Tipo de deber

La entrada en escena de los delitos de infracción de deber obliga a clasificar la autoría delictiva en dos grandes grupos[22]: a) autoría mediante delitos de dominio, y b) autoría mediante delitos de infracción de deber. De este modo, la aparición de los delitos de infracción de deber viene a quebrar la hegemonía del dominio del hecho como único criterio útil para determinar la autoría delictiva. Pero la pregunta ahora a responder es ¿cómo opera la categoría de los delitos de infracción de deber y a qué deber se refiere?

En los delitos de infracción de deber responde como autor aquel que lesiona un deber específico, un deber que lo identifica como «obligado especial». Por esta razón, en este grupo de delitos el acontecer causal en el mundo exterior dominado por el autor no posee ninguna relevancia jurídico-penal a los efectos

21 Un estudio detallado con balances de ambas aportaciones puede verse en Sánchez-Vera, 1998: 22 ss., 29 ss.

22 Cfr. Jakobs, 1991, 21/1, para quien esta clasificación constituye el punto de partida en su estudio de la autoría.

de la determinación del título de la imputación. Visto con un ejemplo: el juez —*intraneus*— que encarga indebidamente a una de las partes —*extraneus*— la redacción de la sentencia infringe su deber especial a título de autor a pesar de no dominar personalmente el hecho de la redacción; y, viceversa, el *extraneus* tampoco responde como autor[23], no obstante obrar con el pleno dominio del acontecer porque, sencillamente, él no es portador del deber propio de un obligado especial, o, mejor dicho, porque él no es juez. De este modo, el fundamento de la responsabilidad penal para el obligado especial no se basa en el dominio de una situación lesiva para el bien jurídico, sino en su actitud contraria al deber manifestada por medio de su conducta. La lesión del deber es contemplada en el ámbito de la valoración —abstracta— y no en el nivel del suceso —fáctico— del mundo exterior. Con tal de que el autor sea portador de un deber, da lo mismo lo que él domine fácticamente[24].

La cuestión es determinar el tipo de deber a que se refiere la categoría de los delitos de infracción de deber. Pero esta determinación ha de hacerse subrayándose en primer término que en el plano de los deberes existe una diferencia entre los deberes que afectan a los delitos de dominio y los deberes que aluden a los delitos de infracción de deber. En principio, el delito de dominio se refiere al deber general de «no dañar» a los demás en sus bienes —*neminem laede*—. Este deber alcanza a todas las personas, sin excepciones ni diferencias, y su configuración originaria tiene un contenido negativo porque este deber no obliga a la persona a permitir a los demás hacer determinada cosa, sino que más bien la obligación es de «no lesionar» a los demás, es decir, de configurar el propio ámbito de organización sin que de él se deriven consecuencias lesivas para los demás. En este grupo de delitos la relación que se establece entre las personas posee entonces un contenido negativo: «cuida que tu organización no se convierta en ninguna razón para la merma de la posesión de un derecho de otra persona»[25]. Hegel aporta probablemente la más clara fundamentación filosófica en este punto. Según este autor, todas las personas se encuentran sujetas a cumplir un deber determinado. El reconocimiento recíproco de los hombres como personas exige que cada quien sea tratado por el otro respectivamente como un ser libre: «en tanto que cada

23 Aunque puede surgir para él una responsabilidad a título de partícipe porque con su acto de dominio infringe el deber general de «no dañar», puesto de manifiesto a través de su colaboración a la realización de un delito ajeno, cfr. al respecto *infra* III, nota 43.

24 Cfr. Lesch, 1992: 264.

25 Jakobs, 1993b: 2; también Lesch, 1992*:* 264, donde señala que el deber en estos delitos se concreta en el sentido de que «todas las personas tienen que mantener su organización (ámbito de competencia) dentro del Ordenamiento y evitar determinados efectos no deseados de su organización».

uno sea reconocido como un ser libre, él es una persona»[26]. Por eso, el mandato jurídico general reza: «sé una persona y respeta a los otros como personas»[27]. Este mandato representa el deber más general que recae sobre todas las personas, el de no lesionar a los demás mediante la configuración de la propia organización, o lo que es lo mismo, el de respetar a los demás en sus derechos. Pawlik lo dice aun en términos más claros: «tú, persona en Derecho, organiza tu esfera jurídica no para la lesión de otras personas en Derecho»[28]. Conforme a este principio, en una sociedad civil no se debe lesionar a los otros, con los que se lleva a cabo una vida en común. Quiere decir que cada cual, especialmente en el contacto con esferas de organización ajenas, es competente individualmente para administrar su propio ámbito de organización en el marco del deber general. Este criterio rige tanto para los delitos comisivos como para los omisivos. La organización del portador del deber, con independencia de si el comportamiento es activo u omisivo, debe mantenerse dentro del riesgo permitido. Visto con un ejemplo: el propietario de un perro no solamente «no debe» azuzar al animal contra unos transeúntes, sino que «debe» sujetarlo cuando el perro por sí mismo amenaza con morder a los transeúntes[29]. En ambas situaciones se aprecia que el deber de no dañar se corresponde con la obligación originaria de respetar a los demás como personas. Cómo ha de cumplir la persona aquel deber jurídico es su propio asunto. Aquí es irrelevante cómo el deber finalmente resulta infringido, sea mediante una acción (azuzando al perro) o a través de una omisión (no sujetando al perro). Entonces, el fundamento de la responsabilidad en este grupo de delitos se basa solamente en la infracción del deber general de «no dañar» a los demás en sus bienes, a lo que Hegel se refiere con respetar a los demás como personas.

2. Las instituciones positivas

Los deberes que se refieren a la categoría de los delitos de infracción de deber se fundamentan en las instituciones positivas[30], las mismas que se configuran en los contactos de los ámbitos de vida en una sociedad y posibilitan la creación de un mundo en común entre el portador del deber y los bienes puestos bajo su esfera. Una «institución es entendida en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída

26 Hegel, 1808-1817, § 4: 233.
27 Hegel, 1821, § 36: 52.
28 Pawlik, 1995: 360-372, 360.
29 Ejemplo dado por Sánchez-Vera, 1992: 60.
30 Cfr. Jakobs, 1991, 29/58.

a la disposición del hombre individual y que más bien la constituye»[31]. Por esta razón, la relación entre personas vinculadas institucionalmente tiene un contenido positivo, porque aquí el deber se dirige a un determinado obligado especial, no para que simplemente «no dañe» los bienes de los demás, sino para que fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión. Por ejemplo, la relación de padres e hijos obliga a los padres en función de la patria potestad a preocuparse por el cuidado y la seguridad de los bienes de sus hijos. Cuando el padre permite que terceras personas lesionen los bienes de sus hijos, o cuando él mismo los lesiona, con esa actuación destruye aquel mundo en común formado por la relación paterno-filial. De este modo se establece para él una responsabilidad por las consecuencias de la incorrecta administración de su ámbito de competencia institucional. Esto quiere decir que la responsabilidad jurídico-penal en este grupo de delitos se fundamenta solo en la lesión de un deber asegurado institucionalmente[32].

A Jakobs se debe el haber realizado la clasificación de las instituciones más importantes para el ámbito del derecho penal[33]. Según esta concepción, constituyen instituciones: la relación de padres e hijos, el matrimonio, la confianza especial y, para los deberes genuinamente estatales —las relaciones estatales de poder—, la función policial de velar por la seguridad elemental para la ciudadanía, el deber de velar por la sujeción a la ley de quienes están vinculados a la Administración Pública, así como la Administración de Justicia como principio fundamental del Estado de Derecho. Si bien muchas de estas instituciones se encuentran reguladas de un modo disperso en las leyes, lo que da lugar a que a menudo los deberes se deduzcan directamente de la ley, ello no es obstáculo para reconocer la legitimidad de una institución como haz fundamental de derechos y obligaciones para el aseguramiento y fomento de las libertades de la persona.

Recientemente, Müssig, sobre la base del modelo inicial sugerido por su maestro Jakobs, y partiendo de una perspectiva que toma en cuenta «las condiciones sociales de la institucionalización del Derecho», propone sistematizar el estudio de las instituciones tomando en cuenta dos clases de condiciones.

31 Jakobs, 1991, 29/57, nota 114.

32 Cfr. Jakobs, 1991, 21/2; Lesch, 1992: 299.

33 Cfr. Jakobs, 1991, 29/58, fundamentales son los apartados 29/57–77e, donde hay un estudio ampliado sobre las instituciones en sentido jurídico-penal; el mismo, 1996b, especialmente p. 19–36, sobre todo porque aquí se tratan con profundidad los criterios de la libertad de comportamiento y responsabilidad por los resultados en conexión con las prohibiciones y los mandatos. También sobre las instituciones, aunque referida más a los fundamentos de los delitos patrimoniales, Kindhäuser, 2002a: 21-44, 26.

Por un lado, las condiciones para una vigencia organizada del derecho, que condicionarían a cada ordenamiento jurídico, y que vienen a ser la «garantía organizada de la seguridad "exterior" e "interior"; la que no se limita únicamente a una monopolización (estatal) del ejercicio de poder (como reverso sinalagmático de la renuncia a la libertad natural), sino que es entendida en un sentido amplio como la garantía de la vigencia organizada del derecho»[34]. Estas condiciones fijarían al mismo tiempo el mecanismo y la organización para la consolidación del derecho; de manera que el portador de estas condiciones actúa con ello en el marco de una relación institucional de garantía. Ejemplos de ello son: la policía como garante para la protección frente a los delitos, el juez y las personas puestas al servicio de la administración de justicia o los fiscales como garantes de la persecución penal.

Por otro lado, las condiciones de la existencia personal en derecho. Estas condiciones han de ser contempladas en dos perspectivas: en primer lugar bajo el criterio generalizado de la «seguridad elemental»; y, de otra parte, según el alcance especial de una «relación diferenciada de cuidado» entre personas. Ambas perspectivas se unen permitiendo que la persona no sea vista como una muestra abstracta de imputación de competencias de organización, sino que ella sea reconocida en el contexto de su personalidad jurídica: «jurídico-penalmente se muestran las condiciones materiales de la existencia personal en Derecho como las condiciones cognitivas de la imputación normativa, las que pueden ser presupuestas de un modo general, siempre que ellas estén garantizadas institucionalmente»[35]. En otras palabras, —si es que lo entiendo bien— Müssig está pensando en las condiciones relacionadas directamente con la seguridad elemental de la persona en el contexto social de existencia individual. La seguridad de una existencia es lo que condiciona mínimamente para que luego alguien sea reconocido como persona en Derecho. Por ello, para él resulta determinante la protección organizada frente a los peligros que amenazan la seguridad básica, y son los peligros más generales las catástrofes naturales, los accidentes graves, las enfermedades peligrosas y los daños contra el medio ambiente. Las personas vinculadas con la prevención frente a estos peligros, así como con los salvamentos ante las desgracias, se encuentran en una relación institucional de garantía. En estos casos la fundamentación de la competencia institucional no se basa en la condición de ser portador de un deber estatal, sino en la de ser portador de una organización que sustituye la protección estatal elemental, como es el caso de los bomberos voluntarios, de las instituciones privadas de sanidad relacionadas con la Iglesia —pero fácticamente

34 Müssig, 2002: 21, con más referencias bibliográficas.

35 Cfr. Müssig, 2002*:* 22.

públicas—, o las federaciones médicas de guardia organizada[36]. Esto quiere decir que en este segundo grupo de conceptos la imputación jurídico-penal en virtud de una competencia institucional existe con independencia de la configuración estatal de una relación de garantía. Aquí ubica Müssig a la relación paterno-filial como el prototipo de una relación de garantía que impone un deber de protección institucional.

Esto quiere decir que los deberes a que se refieren los delitos de infracción de deber no se limitan únicamente a un deber negativo general de «no dañar», sino que más bien se extienden al deber positivo de todo obligado especial de protección y favorecimiento de los bienes colocados dentro de su esfera jurídica. Por esta razón, el derecho penal dirige su programa no solamente al aseguramiento de esferas externas de libertades en forma negativa, sino que también exige del autor una producción positiva a favor de los bienes que tiene el deber de proteger. Entre el obligado especial y el bien se crea un «mundo en común» que él debe mantener alejado de cursos dañosos. Veamos con un ejemplo la característica de un deber positivo. Imaginemos que un niño, que se encuentra tomando un baño en la playa, y de pronto llega a ahogarse por falta de auxilio, no obstante haber tenido cerca de él a su padre, este último con plena capacidad de poder prestar auxilio inmediato y sin riesgo propio. Pues bien, en este caso, la inactividad del padre da lugar —de acuerdo al Código penal vigente— a un delito de parricidio por infracción de deber (art. 107), llevado a cabo mediante una omisión, porque él con su inactividad quebranta la configuración de un mundo en común creada entre padre-hijo, es decir, lesiona un deber positivo derivado de la institución patria potestad que en este caso le impone el deber de evitar el ahogamiento de su hijo. El derecho penal espera del padre, como obligado especial que él es, que cumpla su deber de mantener el mundo en común creado con su hijo libre de lesiones[37]. El deber positivo le impone la obligación de actuar aun cuando él no ha producido la lesión del bien, por la misma razón que el médico de guardia tiene el deber de atender al herido a pesar de no haber creado la lesión. Una vez más: el padre responde como autor del delito de parricidio porque él no es visto de un modo general como una persona en Derecho, sino como un obligado especial portador de determinados deberes positivos, en este caso derivados de la institución patria potestad.

36 Müssig, 2002*: 23* ss.

37 En este contexto es sugerente la reflexión de Jakobs, 1993b: 3: «entonces los padres deben cuidar de sus hijos aun cuando no los amen».

3. Diferencia entre «delitos de infracción de deber» y «delitos especiales»

Una cuestión a subrayar es que los delitos de infracción de deber se diferencian de las figuras delictivas conocidas como «delitos especiales». Como ya se ha visto, mientras que los deberes positivos ocupan el centro de los delitos consistentes en la infracción de un deber, el núcleo de los delitos especiales lo constituye la descripción típica de los elementos personales del autor, o de la acción, o bien la forma en que un determinado objeto de bien jurídico puede ser lesionado[38]. Por tanto, no deben equipararse los delitos de infracción de deber con los delitos especiales, porque ello solo evidencia «una confusión de planos, pues mientras la dicotomía «delitos comunes/delitos especiales» se basa en condicionamientos formales establecidos por el legislador, la dicotomía «delitos de dominio/delitos de infracción de deber» sí recoge una diferenciación material»[39].

En el delito de infracción de deber, el autor tiene una relación institucional con el bien jurídico consistente en un haz de deberes para la protección y fomento del bien jurídico a él encomendado, y es irrelevante la forma en cómo ha de ejercitarse la acción. En cambio, en el ámbito de los delitos especiales, la realización delictiva descrita en el tipo es lo que produce la relación del autor con el bien jurídico; como los elementos de configuración de la acción vienen dados por el tipo, entonces no hace falta que el autor sea portador de ningún deber. Además, los delitos especiales pertenecen al grupo de los delitos de dominio[40], cuestión que se hace evidente cuando el tipo penal, al cerrar los contornos de sus fronteras mediante la descripción de las cualidades del autor y de la forma en que la acción ha de ser desarrollada, permite que el autor se mueva dentro del tipo como dueño y señor del hecho, y es relevante para la configuración del injusto las lesiones en los bienes de terceros que se deriven de la incorrecta administración de su ámbito de organización.

Un ejemplo de los delitos especiales lo constituye la apropiación indebida (art. 190 CP) que solo la puede cometer el depositario, comisionista o administrador. Si bien en este caso tanto el depositario como el comisionista y el administrador tienen la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado de un bien mueble, no por eso son «obligados especiales» en el sentido de los delitos de infracción de deber, porque la obligación a que se refiere el tipo no se basa en ninguna institución, ni se deriva de ningún deber positivo, es decir, el autor no se encuentra en una relación institucional con el bien mueble puesto bajo su esfera jurídica, sino

38 Cfr. Sánchez-Vera, 1998*:* 36; también Jakobs, 1991*,* 23/25.

39 García Cavero, 1999*:* 42.

40 De acuerdo, Suárez González, 2001: 151.

solamente en una relación jurídica de organización que surge del acuerdo previo entre el titular del bien y la persona que asume voluntariamente la calidad especial de depositario, comisionista o administrador. Sin embargo, no ocurre lo mismo, por ejemplo, si en otro contexto similar es el funcionario público el que se apropia de los caudales a él confiados en razón de su cargo para la administración o custodia (peculado, art. 387 CP). Aquí, entre el funcionario y los caudales situados en su esfera jurídica, existe una relación de corte institucional que lo sujeta a un mundo en común donde actúa como portador del deber positivo de administrar y custodiar los bienes del Estado en un nivel de seguridad ajeno de peligros y lesiones. La Administración Pública, como una institución estatal elemental, se hace presente ante las personas para cubrir sus expectativas precisamente a través del servicio que prestan sus funcionarios. En este sentido, el aseguramiento de estas expectativas se sitúa en la primera línea del deber del funcionario. Por esta razón, los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos, como pueden ser los jueces, fiscales, miembros de las fuerzas armadas y policiales, alcaldes, congresistas, etc. (en general, aquellos comprendidos en las disposiciones comunes del art. 425 CP) no deben ser calificados como simples «delitos especiales»[41], porque el ilícito cometido por ellos no tiene nada que ver con la realización de una simple descripción típica de las cualidades de la persona y de la acción, sino que más bien se relaciona con la infracción de un deber asegurado institucionalmente que impone a los funcionarios y autoridades la observancia de las normas estatales para una correcta administración de las funciones públicas.

4. ¿Tipificación del deber?

Otro aspecto de los delitos de infracción de deber es que no es necesario que el deber se encuentre legalmente tipificado. Si bien los tipos regulan por lo común la prohibición general de no dañar *neminem laede*, sin embargo, puede plantearse detrás de ellos la existencia de una institución, lo que conduce a sostener que la determinación del delito de infracción de deber no depende de si el deber se encuentre positivizado o no. A modo de ejemplo se tiene la regulación del delito de homicidio donde el deber de «no matar» compete a todas las personas. Pero cuando es el propio padre el que da muerte a su hijo, el delito que él comete entonces ya es un delito de infracción de deber, porque lesiona la institución conocida como patria potestad que le impone el deber de proteger y fomentar el mundo en común que existe entre padres e hijos. En otros casos, los deberes propios de una institu-

41 Se pronuncian, en este sentido, Rojas Vargas, 2000: 65 ss.; Reaño Peschiera, 2002: 270 ss; en cambio, con acierto, García Cavero, 1999: 41 ss.; también Caro Coria, 2002: 191.

ción están más claramente positivizados y constituyen un ejemplo paradigmático de ello los deberes correspondientes a la función pública en los supuestos de los delitos cometidos por los funcionarios públicos. Una institución tiene existencia propia, de manera que ella existe con independencia del tipo penal y, además, «se encuentra sustraída a la disposición del hombre individual». La configuración del tipo entonces no condiciona la existencia o rechazo de un delito de infracción de deber.

III. Autoría y participación en los delitos de infracción de deber

En los delitos de infracción de deber, el autor responde solo por la infracción de un deber especial, independientemente de cómo él organice su conducta, o de cómo él domine el hecho. Esto quiere decir que el deber es independiente de la organización[42]. Pero la cuestión ahora es determinar si la infracción del deber admite la posibilidad de una distinción entre autoría y participación, esto es, de si el obligado especial puede ser tanto autor como partícipe de un delito de infracción de deber.

1. La autoría del «obligado especial»

En esta categoría de delitos, el obligado especial responde siempre como autor y no como partícipe[43]. Esto es así porque «el injusto jurídico-penal en este modelo institucional de imputación es solo la lesión de un deber especial, con el consiguiente resultado dogmático: el obligado especial responde fundamentalmente como autor; la lesión del deber no es cuantificable, ella cualifica al autor como

42 Cfr. Lesch, 1992*:* 298.

43 No obstante, en los delitos de infracción de deber puede participar un *extraneus*. Por ejemplo, en el caso antes mencionado de una de las partes que redacta la sentencia que luego el juez la ejecuta, o en un nuevo caso, el del vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar de ese producto a los pobladores de una zona afectada por algún desastre natural, incrementa la factura haciendo constar un monto considerablemente superior al precio real porque el alcalde corrupto así se lo ha pedido. Tanto el vendedor de colchones, como la parte del proceso que redacta la sentencia, contribuyen de manera esencial a la comisión del delito; pero, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar *nemimem laede* (pues, solo son personas), ellos responderán —en principio— como partícipes en los delitos de infracción de deber cometidos por el juez y el alcalde (obligados especiales). Aunque, ciertamente, nos parece discutible la regulación del Código penal (art. 399) en cuanto considera también autores a los *extranei* involucrados en actos de corrupción de funcionarios.

único criterio del injusto»[44]. La infracción del deber no admite cuantificación porque su concreción no depende de cuánto se aporte al hecho o de quién hace más o de quién menos. Los delitos que cometan los obligados especiales solo pueden configurar autoría, mas no así participación; por tanto, la distinción entre autoría y participación es un asunto que pertenece al ámbito de los delitos de dominio, porque solo el dominio puede ser cuantificado y, en función de ello, determinarse la magnitud del aporte. Como el deber no conoce ninguna cuantificación, él se refiere más bien a una cuestión cualitativa antes que cuantitativa[45]. Por esta razón, en los delitos de infracción de deber, el obligado especial responde no en razón de la accesoriedad, sino porque él mediante su conducta ha lesionado «el mundo en común» que le une con los bienes que forman parte de su esfera de deber de protección[46].

2. Rechazo de la accesoriedad de la participación

La accesoriedad de la participación es un concepto que no desempeña ningún papel en los delitos de infracción de deber, ella pertenece más bien a los delitos de dominio. Por eso no le falta razón a Jakobs cuando afirma que «más precisa que la denominación "delitos de infracción de deber" sería la de "delitos con deber que pasan por alto" la accesoriedad»[47].

Que en los delitos de infracción de deber no rija la accesoriedad de la participación da lugar a una consecuencia dogmática importante: todos los actos del obligado especial que comporten una lesión para los bienes que debe proteger generan para él una responsabilidad penal a título de autor. Mostrándolo con un ejemplo: cuando una mujer y su amante son descubiertos en la habitación conyugal por la hija menor de ella, de 12 años, y el amante con la finalidad de ocultar la relación amorosa decide matar a la menor, para lo cual la madre le facilita un cuchillo; sin duda, el amante responde en este caso como autor del homicidio: ¡pero la madre también! Desde el plano del dominio del hecho el aporte de la madre (facilitar el cuchillo) parece ser menor en comparación a la del amante (dar muerte con el cuchillo), por lo que podría pensarse que ella es solo partícipe y no autor. Pero esta solución sería correcta si —en vez de la madre— otra persona, un tercero que no es portador de ningún deber especial, facilitaría el cuchillo. Para que la madre infrinja su deber institucional de proteger los bienes de su hija

44 Müssig, 2002*:* 18.
45 Cfr. Jakobs, 2000d: 165-194, 170.
46 Cfr. Jakobs, 1993b: 5.
47 Jakobs, 1991*,* 21/119.

frente al ataque de terceros y no así fomentar su lesión, no hace falta que ella por sí misma tenga que introducir el cuchillo en el cuerpo de su hija para convertirse en autora: como madre no se puede sustraer del «mundo en común» que surgió con la menor desde el momento en que la trajo al mundo.

Un caso que puede resultar aun más provocativo que el anterior, pero que sirve para graficar mejor el título de autor como signo distintivo de los delitos de infracción de deber, es el de la intervención omisiva de un obligado especial en un delito cometido activamente por otro obligado especial. Introduciendo una variante en el caso: ahora la madre, que odia a su hija de 12 años porque esta la ha descubierto en el adulterio, viendo cómo su esposo abusa sexualmente de esta menor (hija de ambos), permanece impasible y sin hacer nada para impedir la violación. Aquí la madre —lo mismo que el padre— tendrá que responder como autora del delito de violación sexual de un menor (art. 173 CP), y no como partícipe. En efecto, que la conducta típica esté descrita en los términos de «practicar el acto sexual u otro análogo con un menor», el «practicar el acto sexual» no condiciona necesariamente una realización típica mediante acción, por la misma razón que, en vez de una violación sexual, el caso se trate de un homicidio (art. 106 CP), cuya descripción típica «matar a otro» tampoco dice nada acerca de si el tipo deba ser realizado mediante una acción o una omisión. El comportamiento omisivo de la madre lesiona su deber de protección y fomento sobre los bienes jurídicos de su hija, es decir, un deber asegurado institucionalmente en virtud de la patria potestad. Cuando el portador de un deber especial no administra correctamente su ámbito de competencia institucional, no importa si la lesión es realizada mediante una acción o mediante una omisión. En esto radica precisamente lo anotado al principio de este apartado, en el sentido de que la infracción del deber es independiente de la organización y de la forma en que se lleve a cabo la conducta lesiva. Lo que quiere decir que la distinción entre acción y omisión solo expresa el aspecto externo de la conducta, por lo que en el presente caso no hay nada que impida la responsabilidad de la madre como autora de un delito de violación. Ella lesiona un deber especial fundado en la relación paterno-filial que le fija el deber de hacer todo lo posible para mantener los bienes de su hija protegidos frente al ataque de terceros.

3. Coautoría y autoría mediata

De otra parte, en los delitos de infracción de deber tampoco son posibles las modalidades de autoría delictiva conocidas como coautoría y autoría mediata[48].

48 En general sobre la inadmisibilidad de las figuras de la coautoría y de la autoría mediata en el ámbito de los delitos de infracción de deber, cfr. Sánchez-Vera, 1998*:* 147 ss.

La inadmisibilidad de la coautoría se explica en que esta presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras que la lesión del deber es totalmente personal e independiente. No puede haber coautoría ni cuando los intervinientes son *intranei*, ni cuando un *intraneus* y otro *extraneus* llevan a cabo conjuntamente el hecho típico. Visto con un par de ejemplos: a) Cuando el policía, a quien se le ha encargado la vigilancia de un delincuente sexual, conmovido por el sufrimiento moral de los padres de la víctima se pone de acuerdo con el hermano de esta para darle al detenido la paliza de su vida, tanto el policía como el hermano responderán cada uno como autores individuales por el delito de lesiones; pero, mientras que el hermano es autor de un delito de dominio, el policía responde como autor de un delito de infracción de deber. El hermano viola el deber general de «no dañar» a los demás en sus bienes y el policía lesiona su deber estatal de brindar seguridad y protección a las personas. No existe coautoría entre ambos autores, a pesar de haberse repartido conjuntamente el trabajo. b) En un sentido similar, cuando diferentes obligados especiales cometen el mismo delito, tampoco existe coautoría. Por ejemplo: dos funcionarios que tienen a su cargo la custodia de caudales públicos, disponen sistemáticamente el dinero para su provecho personal. Si bien ambos cometen el mismo delito, desde el punto de vista de la imputación cada uno de ellos responde como autor individual del delito de infracción de deber. Cada obligado especial lesiona personalmente y, por separado, su deber, ciertamente aunque ambos hayan actuado de acuerdo a un plan organizado con una clara división de funciones. A pesar de que la acción ejecutiva pudo haber sido llevada a cabo conjuntamente, no existe una lesión común del deber especial.

Algo similar ocurre en el ámbito de la autoría mediata, donde tampoco existe una lesión común del deber entre el hombre de delante y el hombre de atrás. En principio, lo que vale para la coautoría no tiene por qué ser diferente para la autoría mediata[49]. Que el hombre de delante sea un *extraneus* y el hombre de detrás un *intraneus*, o viceversa, no cambia nada. Igualmente, cuando tanto el hombre de delante como el hombre de detrás son dos *intranei*. Ejemplos: a) El juez (*intraneus*) que está juzgando a un antiguo compañero de estudios que en la época universitaria le quitó una novia, determina a un falsificador de documentos (*extraneus*) para que elabore una prueba falsa, a fin de poder condenar al antiguo compañero; b) la esposa (*extraneus*) que determina a su esposo alcalde (*intraneus*) a apoderarse de los caudales públicos para así poder tomarse unas vacaciones en una playa caribeña; c) el ministro de salud (*intraneus*) determina al director de un hospital (*intraneus*) a realizar contrataciones y despidos indebidos en el personal

49 Cfr. Roxin, 2000a: 360.

del hospital. En todos estos casos, el *intraneus* responde como autor directo de un delito de infracción de deber. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de delante o como hombre de atrás es irrelevante, basta que el actuante esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor.

Las anotaciones precedentes permiten concluir lo siguiente: como el deber especial compete solo a su portador, es decir, es personal, y la infracción del deber no depende de cuánto se domine en una situación típica, el obligado especial ha nacido para ser solo «autor directo», y no así coautor, ni autor mediato, ni partícipe (instigador o cómplice).

IV. Consideraciones finales

Quizá el modo de ver el problema de la autoría y la participación desde el prisma de los delitos de infracción de deber provoque algunos reparos en algún sector de la doctrina nacional. Lo que ocurre es que como nos hemos acostumbrado a resolver la problemática de la autoría enfocándola a menudo solamente desde el lado de los delitos de dominio —en lo básico mediante el concepto del dominio del hecho—, es lógico que ahora incomode las propuestas de solución de la nueva categoría. Ya dijimos al comienzo de este trabajo que no en vano el dominio del hecho había ganado para sí el peso de la tradición. Pero la bondad de la construcción de los delitos de infracción de deber no radica en la novedad de sus propuestas, sino en que, con su surgimiento, los problemas que se suscitan en el terreno de la autoría ahora tienen la posibilidad de obtener una solución sistemática más satisfactoria, sobre todo en los ámbitos en que el dominio del hecho no tiene ninguna fuerza explicativa, dicho de un modo más directo: en el ámbito de los delitos cometidos por personas portadoras de «deberes especiales».

Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural

María Acale Sánchez

I. Introducción. **II.** Principales consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural. **1.** Introducción. **2.** Comisión por omisión y delitos de mera actividad. **3.** Delitos de mera actividad y relación de causalidad. **4.** Delitos de mera actividad e imputación objetiva. **5.** Delitos de mera actividad y autoría. **6.** Mera actividad y tipo subjetivo. **7.** Delitos de mera actividad e *iter criminis.* **III.** ¿Es necesario seguir manteniendo la categoría de los delitos de mera actividad?

I. Introducción

Los delitos de mera actividad se contraponen a los delitos de resultado, hasta el punto que cada uno de ellos carece de sentido sin el otro; esto determina que el estudio de cualquiera de los dos no pueda realizarse si no es a partir de la cuestión que los separa: esto es, la falta del resultado que define a los delitos de resultado en los de mera actividad. Como afirma Antolisei, la distinción entre ambas clases de delito es una cuestión puramente teórica[1] si bien doctrina y jurisprudencia han articulado una serie de consecuencias prácticas de indudable importancia en torno a dicha diferenciación. Sin embargo, como se comprobará a lo largo de las

1 Antolisei, 1930: 30.

páginas que siguen, las supuestas características dogmáticas de los delitos de mera actividad que determinan la articulación para ellos de una supuesta parte general especial quedan en entredicho cuando se lleva a cabo un estudio comparado del derecho positivo, en este caso, del CP español y del peruano.

Ciertamente, los problemas dogmáticos que plantean los delitos de mera actividad no se deben a la estructura que los mismos presentan, sino a las características que se predican del resultado del que carecen, cuestión esta ampliamente discutida. Así, sin modificar la definición positiva de los delitos de mera actividad (delitos que carecen del resultado que define a los delitos de resultado), su fisonomía va a ser completamente diferente, según el parámetro de referencia, esto es, según se entienda que son delitos sin resultado natural o sin afección al bien jurídico. Esto significa que el estudio de los delitos de mera actividad es un análisis en negativo sobre el polimórfico concepto de resultado en derecho penal[2] que, como se verá a continuación, es definido por la doctrina de forma muy variada.

En primer lugar, un sector doctrinal entiende que el resultado es el efecto de la acción sobre el objeto material del delito[3]. De esta forma, si los delitos de mera actividad se definen como delitos sin resultado y este como el efecto de la acción sobre el objeto material, aquellos, como si de un silogismo se tratara, serían delitos sin objeto material. Sin embargo, si se parte de que el estudio sobre el objeto material se centra en la acción más que en el resultado en virtud del cual se define la conducta típica, el silogismo se rompe. Al serlo de la acción y al ser definidos los delitos de mera actividad como delitos de acción carentes de resultado natural, no hay por qué hacer afirmaciones categóricas al respecto, pues solucionan poco. Esto significa que *a priori* el objeto material nada condiciona en este sentido a la categoría de los delitos de mera actividad, que pueden tener objeto material de la acción, al igual que los delitos de resultado, o pueden carecer del mismo; así se relativiza a la vez la importancia sistemática del objeto material, pues deja de ser un elemento esencial del tipo, en contra de lo mantenido por Cancino Moreno[4]. Además, la función que se predica por parte del autor citado del objeto de la acción como sustrato necesario del bien jurídico no puede ser rechazada, pero tampoco puede ser asumida totalmente: todo dependerá de que sea posible identificar

2 Sobre la pluralidad del término *resultado* en derecho penal, véase Laurenzo Copello, 1992.

3 Cancino Moreno, 1979: 21 ss.

4 Acale Sánchez, 2000: 109. Entiende que es necesario diferenciar entre bien jurídico y objeto material (así como entre «resultado en sentido jurídico —afectación/lesión del bien jurídico— y resultado en sentido material —afectación/lesión del bien jurídico penal—»: Corcoy Bidasolo, 2007: 84.

un objeto material típico en el que se pueda decir que, a su vez, se encuentre reflejada al menos la faceta pasiva o estática del bien jurídico[5].

En este sentido, si es posible visualizar la afección al bien jurídico a través del menoscabo del objeto material, en la medida en que sobre este se refleje aquel como si de un espejo se tratara, no hay por qué ignorar dicho efecto e intentar deducir la afección por otras vías dogmáticas, pues materialmente ya viene solucionado el problema; por eso también los bienes jurídicos que sean inmateriales, o aquellos otros en los que a pesar de tener objeto de la acción no pueda decirse que este represente al bien jurídico, podrán ser lesionados o puestos en peligro atendiendo a la ruptura del equilibrio de los intereses que se resuelve en su interior[6], ruptura que también se da en los delitos en los que el bien jurídico se corporativiza en un objeto material, pero en estos casos la afección se visualiza ya a través de la fisonomía del propio objeto material menoscabado[7]. Este razonamiento no convierte al objeto material en un «comodín»; por el contrario, afirma su importancia, pero solo allí donde lo haya: esto es, el objeto material es un elemento esencial del delito que no siempre es necesario, al igual que sucede con el resultado natural. Ahora bien, el que falte esta clase de resultado no supone que falte también el objeto material, en la medida en que el objeto lo es de la acción, y no del resultado[8].

En las antípodas de estas afirmaciones, se encuentran las de aquel sector doctrinal que parte de que el resultado es el efecto directo de la acción sobre el bien jurídico y separable de ella[9]. En este sentido, si los delitos de mera actividad se siguen definiendo como delitos carentes de resultado, se convertirían en delitos en los que no se produciría la afección al bien jurídico a través del resultado y, por tanto, estarían sostenidos exclusivamente en el desvalor de acción[10]. En este sentido, en el marco del injusto personal no existirían excesivos problemas para justificar la existencia de estructuras típicas de mera actividad[11]; si bien, desde el momento en que el desvalor de resultado coadyuve a configurar el injusto, los delitos de mera actividad se convertirían en delitos «cojos» o, en todo caso, ortopédicamente sostenidos, esto es, delitos cuyo injusto estaría insuficientemente configurado[12].

5 En el mismo sentido Bonetto/Buteler/Costa/Lascano/Piñero/Suárez, 2000: 290.

6 Terradillos Basoco, 1981: 136.

7 De esta forma, se superan las críticas que hace Laurenzo Copello, 1992: 87, respecto a la imposibilidad de constatar la afección a los bienes jurídicos de carácter inmaterial.

8 Acale Sánchez, 2000: 109.

9 Laurenzo Copello, 1992: 183.

10 Laurenzo Copello, 1992: 135.

11 Zielinski, 1988: 283 ss.

12 Acale Sánchez, 2000: 159.

Estos autores amplían la vigencia de la categoría de la mera actividad al injusto sobrepasando el de la estructura típica del delito en cuestión[13]. Consecuencia directa de esto es que ni los delitos de lesión, ni los de peligro concreto, ni los de peligro abstracto como peligro potencial para un bien jurídico podrían ser considerados delitos de mera actividad, categoría que quedaría reducida a aquellos delitos en los que no es posible identificar bien jurídico protegido alguno. En este sentido, afirma Laurenzo Copello que entonces «no solo estaremos ante un delito sin resultado, sino también, ante una conducta punible sin referencia alguna a un desvalor de resultado. Serían pues delitos de mera desobediencia y rebasarían los límites dentro de los cuales el derecho penal está legitimado para actuar. Estos delitos, tal vez los únicos que inequívocamente pueden calificarse como de "simple actividad" carecen de toda justificación en un ordenamiento penal orientado a la protección de bienes jurídicos»[14].

Al margen, en este momento, de que desde estas premisas el bien jurídico pierda su función crítica, ¿puede realmente afirmarse que el resultado de la acción es el efecto sobre el bien jurídico? Es decir, ¿son los bienes jurídicos entidades reales directamente lesionables? Si se piensa en el supuesto en el que como consecuencia de la realización del comportamiento típico el objeto material del delito no resulta menoscabado sino que, por el contrario, resulta mejorado, parece por lo menos discutible la afirmación de que el resultado de la acción sea la lesión o el peligro directo para el bien jurídico.

Así pues, si se rechazan las dos opciones anteriores, hay que entender que el resultado del que carece esta clase de delitos y que define como propios a los de resultado ha de ser un efecto «natural», separable espacio-temporalmente de la acción y que por decisión del legislador es un elemento típico de determinados delitos, con independencia de que exista o no un objeto material y con independencia de que, frente al bien jurídico, suponga su lesión o su puesta en peligro: por ello, no condiciona ni adelanta otras características del delito en particular examinado, porque es un concepto mínimo de resultado[15].

Esta acepción del término resultado como efecto natural de la acción o de la omisión no puede ser confundida con otras interpretaciones del mismo, especialmente con la que entiende el resultado como la afección del bien jurídico, esto es, el desvalor de resultado o resultado jurídico, y que da lugar a la distinción entre delitos de lesión y de peligro: si se confunden, carece de sentido la separación de los delitos de mera actividad de los de resultado, por un lado y de los delitos

13 Laurenzo Copello, 1992: 135.

14 Laurenzo Copello, 1992: 177. En el mismo sentido Bonetto/Buteler/Costa/Lascano/Piñero/Suárez, 2000: 290.

15 Acale Sánchez, 2000:137. En similar sentido, Rodríguez Mesa, 2005: 69.

de lesión y de peligro, por otro[16]. La diferencia esencial que existe entre ambas acepciones del término resultado es que, frente al denominado jurídico que existe siempre, el natural, como se ha visto, solo existe como un elemento más del tipo de determinados delitos. Esto significa que los dos conceptos de resultado pueden o no coincidir porque operan sobre planos diversos. En este sentido, Stratenwerth afirma que existen delitos de mera actividad y de peligro, de mera actividad y de lesión, de resultado y de peligro y, finalmente, de resultado y de lesión[17]; y ello precisamente porque la definición del resultado como efecto natural solo condiciona la estructura típica, pero no determina la construcción final del injusto que va a estar relacionada con otros parámetros[18]: si se reduce el juicio normativo en que consiste el desvalor de resultado al resultado natural, no se abarca el total de los efectos producidos, pues existen una serie de circunstancias ricas en matices que acentúan la ofensividad de la conducta típica y que quedarían ayunas de valoración en sede de injusto[19]. Parece, por esto, más oportuno entender que, lo que se desvalora (o valora en el caso de que concurra una causa de justificación) no es solo ese resultado material producido por la acción y seleccionado por el legislador en el tipo, sino el cambio en el estado de las cosas en el que se incluye el resultado natural en los delitos de resultado, esto es, se procede a comparar los momentos anteriores y posteriores a la realización de la conducta típica por parte del autor. En un delito de resultado como el homicidio, en el que coincide el resultado natural con el jurídico, se procede a comparar la situación *ex post* a la conducta típica —B está muerto— con la situación *ex ante* —B estaba vivo—: en este caso existe un cambio de situaciones fácticas que coincide con el resultado natural exigido por el tipo que además es el resultado típico del delito de homicidio (art. 138 del CP español y 106 CP peruano).

Sin embargo, en otros delitos en los que el legislador castiga solo la realización de un comportamiento sin incluir un elemento natural de resultado en el tipo causado por aquel, también puede fácilmente diferenciarse un antes y un después de la conducta típica: en el delito de construcción no autorizada en zona verde del art. 319 CP español, por ejemplo, antes de la realización de la construcción existía un lugar público de uso general para el esparcimiento de la comunidad, desde el cual podía divisarse el paisaje urbano; con posterioridad a ello existe una construcción sobre un suelo público que impide su disfrute a la colectividad[20].

16 Stratenwerth, 1982: 79.
17 Stratenwerth, 1982: 79.
18 Acale Sánchez, 2000: 136 ss.
19 Acale Sánchez, 2000: 171.
20 Acale Sánchez, 2000: 172.

Por su parte, el art. 311 del CP peruano castiga al que utiliza tierras destinadas por autoridad competente al uso agrícola con fines de expansión urbana[21]. En este precepto, el legislador centra su atención en los fines de expansión urbana de quien utiliza el suelo de uso agrícola, esto es, el que lleva a cabo sobre dicho suelo actividades urbanísticas reservadas para suelos aptos para urbanizar, que es precisamente la conducta que castiga el legislador español en el art. 319.1. En este punto, se encuentra una de las mayores diferencias entre los códigos español y peruano en la regulación de sus respectivos delitos urbanísticos: en el primero, la construcción no autorizada es un elemento objetivo del tipo; en el segundo, no es más que un elemento subjetivo especial del tipo de injusto que acompaña a la conducta típica: utilizar indebidamente tierras destinadas por autoridad competente al uso agrícola, es decir, «aquellas destinadas exclusivamente, a partir de consideraciones de carácter técnico, a la producción de alimentos vegetales»[22]. Se está pues ante un tipo penal incoherente por exceso subjetivo de los de resultado cortado: como se verá a continuación, los delitos de resultado cortado son delitos de mera actividad con un tipo subjetivo cargado.

El parámetro que soporta el juicio normativo y que se conoce como desvalor de resultado es pues ese nuevo estado de las cosas, el cambio real producido por la realización del comportamiento típico. Por ello, a priori, todos los delitos han de tener desvalor de resultado. Se rompe así también el tándem resultado-desvalor de resultado.

Por tanto, no se puede seguir afirmando que los delitos de mera actividad sean equivalentes a los de peligro abstracto[23], ni que estos no supongan afección a un bien jurídico. Que en algunos supuestos puedan coincidir no debe convertirse en regla general, pues también puede haber delitos de mera actividad de lesión o de peligro concreto en tanto en cuanto el resultado natural no es el único —ni el esencial— parámetro del que deducir el desvalor de resultado, esto es, el juicio normativo relativo a la nocividad sobre el bien jurídico.

Así, es un delito de mera actividad de lesión del bien jurídico el de trato degradante del art. 173 CP español; en él se castiga al que «infligiere a otra persona un trato degradante», sin que sea preciso resultado natural distinto de dicha acción, por ejemplo, la existencia de sufrimientos físicos o mentales de la víctima. Esa acción indeterminada ha de lesionar el bien jurídico integridad moral pues es exigencia típica su menoscabo que, por otro lado, ha de ser grave.

21 Junto a los fines de extracción o elaboración de materiales de construcción u otros usos específicos.

22 Caro Coria, 1999: 345.

23 Ostendorf, 1982: 428; García Rivas, 1998: 50.

Por el contrario es un delito de resultado de lesión del bien jurídico integridad moral el delito de torturas del art. 174 CP español cuando el funcionario o autoridad somete a condiciones o procedimientos a una persona que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le suponen —es decir, le causan como resultado natural— sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión lesionando de esta forma su integridad moral[24].

El CP peruano, que carece de un delito de trato degradante común equivalente al contenido en el art. 173 del CP español, tipifica en su art. 321 el delito de torturas. En él se castiga al funcionario o servidor público o a cualquier persona que con el consentimiento de aquel «inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica». Se trata también de un delito de resultado (es necesario que las condiciones o métodos anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental) de lesión del bien jurídico en este caso considerado delito contra la humanidad.

Un ejemplo peruano de delito de mera actividad de lesión del bien jurídico es el delito de bigamia del art. 139 en el que se castiga al «casado que contrae matrimonio». En él no se exige, por ejemplo, que con dicho matrimonio se cause perjuicio ajeno, como exige el art. 143 del mismo cuerpo legal. De esta forma, del simple acto de contraer segundo matrimonio se lesiona el bien jurídico «familia» que protege el Título III en el que se haya ubicado[25].

Es un delito de mera actividad y de peligro abstracto en ambos textos punitivos la conducción bajo los efectos del alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes o

24 Este delito presenta la particularidad de que además de los resultados naturales que describe añade: «o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral», con lo cual, se puede entender que ha de tratarse de cualquier otra clase de resultado semejante a los anteriores, o bien, que no sea necesario que a los actos a los que se somete al sujeto le causen semejantes resultados, bastando con el sometimiento a condiciones o procedimientos de otra clase. Véase Rodríguez Mesa, 2000: 231 ss.

25 En opinión de Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 1995: 352, «se pretende con esto, de un lado, proteger el origen legítimo de la familia, basada en el matrimonio monogámico y, de otro lado, impedir la introducción de miembros ajenos a ella. De ahí que se argumente que el bien jurídico protegido es de naturaleza jurídico-pública, sin que pueda disponer el sujeto de él, lo que hace que sea irrelevante el consentimiento como causa de justificación ya que estos delitos interesan más al orden social que al individual». Véase también Bramont-Arias Torres, 1995: 101.

sustancias psicotrópicas de los arts. 379.2 CP español [26] y 274 CP peruano[27]. Los preceptos citados castigan la mera conducción en este estado si bien el legislador español, dentro de la seguridad colectiva (bien jurídico protegido en el Título XVII en el que se incluye el delito examinado), ha identificado una específica parcela del mismo al que denomina «seguridad del tráfico»[28].

Es un delito de mera actividad y de peligro concreto el contenido en el art. 261 CP español, en el que se castiga al que «en procedimiento concursal[29] presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al establecimiento contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel»[30]. En el momento de la presentación de los datos falsos se pone en peligro el bien jurídico en los delitos societarios, esto es, los derechos de los acreedores[31].

---

26 La Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, ha modificado el Código Penal en seguridad vial. La reforma es amplísima y escapa por razones obvias al contenido de este trabajo. No obstante, sí se quisiera señalar que por lo que se refiere a la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas el actual art. 379.2 impone penas de prisión de tres a seis meses o la de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años al que «condujere un vehículo a motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0.60 miligramos por libro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1.2 gramos por litro». Si se observa, la conducta típica —la conducción— y la afección del bien jurídico —peligro abstracto para la seguridad del tráfico— no ha sufrido modificación alguna. La novedad en este punto radica en que se presume por parte del legislador la peligrosidad de la conducta de conducir superando la tasa de alcohol señalada: se trata pues de un peligro presunto, que se aleja en esencia de la definición y el alcance de los delitos de peligro abstracto. Sobre este cuestión vid Acale Sánchez, 2000: 197 ss. Sobre la reciente reforma penal española, por todos, véanse los trabajos incluidos en Mir Puig/Cardenal Montraveta, 2008 (en particular, véase: Hortal Ibarra, 2008: 121 ss.

27 Véase Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 1995: 182.

28 Sobre la necesidad de probar también en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad efectiva de la conducta véase Ostendorf, 1982: 427.

29 Tras la redacción dada al tipo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, cuya finalidad no ha sido otra que la de adaptar la regulación penal a la nueva Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; con anterioridad el precepto se refería al que en «procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos […]».

30 Si se observa, en este precepto se encuentra tipificado un delito de resultado cortado, en la medida en que el autor no ha de realizar ninguna acción más que las que ya ha llevado a cabo para conseguir su finalidad lo que llevaría a calificar este precepto como un delito mutilado de dos actos.

31 Como afirma Terradillos, 2001c: 166, «la mera introducción de datos falsos en la contabilidad —a no ser que entrara en el ámbito del art. 290— sería, en general atípica, como modalidad de falsedad despenalizada por el Código Penal de 1995».

Por su parte, el art. 245 del CP peruano castiga a determinados sujetos que operan con fondos públicos «con el propósito de ocultar situaciones de iliquidez o insolvencia de la institución, omita o niegue proporcionar información o proporcione datos falsos a las autoridades de control y regulación». El legislador adelanta la consumación del delito al momento en que se omita o niegue o proporcione datos falsos, conductas que no obstante para ser típicas tienen que llevarse a cabo con el «propósito de ocultar situaciones de iliquidez o insolvencia de la institución: esta conducta no puede más que poner en peligro concreto el «sistema crediticio»[32].

Es un delito de resultado y de peligro concreto el contenido en el art. 346 CP español en el que se castiga a los que «provoquen explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, […] cuando los estragos comportaren necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas». Como se observa, el castigo depende de que se causen los resultados típicos recogidos que señala el precepto, siempre que además supongan un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas.

También es un delito de resultado y de peligro concreto el contenido en el art. 276 del CP peruano en el que se exige que se cause estragos —resultado natural— «por medio de inundación, desmoronamiento, derrumbe o por cualquier otro medio análogo», de forma que se cause un peligro común para la seguridad pública.

Finalmente, es un delito de resultado y de peligro abstracto el contenido en el art. 354 CP español, en el que se castiga al «que prendiere fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos».

Como ejemplo de delito de resultado de peligro abstracto en el CP peruano puede verse el delito de contaminación del medio ambiente del art. 304, en el que se castiga al que infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente «lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos», y que causen o «puedan causar» perjuicio o alteraciones «en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos». Como se aprecia, es necesario el resultado típico de la contaminación[33], sin que baste el llevar a cabo los vertidos que, además, puedan causar perjuicios a los elementos naturales flora, fauna y recursos hidrobiológicos a través de los cuales se pone en peligro abstracto el bien jurídico «ecología»[34].

32 Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 1995: 460.

33 Por el contrario, Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 1995: 182, entiende que es un delito de mera actividad.

34 El art. 325 CP español es por el contrario un delito de mera actividad de peligro abstracto. Véase al respecto: Terradillos, 1997: 48.

Sirvan, pues, estos ejemplos como botones que muestran la independencia del resultado natural presente en los delitos de resultados y del que carecen los delitos de mera actividad, del resultado jurídico que, necesariamente, por exigencia del principio de ofensividad, ha de estar presente en todos los delitos.

II. Principales consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural

1. Introducción

Como se decía anteriormente, si bien la distinción entre los delitos de mera actividad y de resultado es de carácter eminentemente teórico, la doctrina —y de su mano, la jurisprudencia— ha elaborado —y aplicado— toda una parte general especial sobre los delitos de mera actividad que ha de ser examinada y replanteada.

No se analizarán de forma autónoma las cuestiones relativas al tiempo y lugar de realización del delito ni las relacionadas con su prescripción, porque los de mera actividad no plantean problemas con relación a ellas, problemas que en todo caso deberían ser examinados en los delitos de resultado y solo en aquellos en los que este se produzca en un momento y en un espacio distinto de aquel en el que se llevó a cabo el comportamiento activo u omisivo del autor. Así, según el art. 7 del CP español: «a los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar». Por su parte, el art. 9 del CP peruano establece 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 el que el resultado se produzca».

Tampoco se plantean especiales interrogantes en lo que toca al lugar de realización del delito en los de mera actividad, pues es opinión dominante que ante el silencio del CP español, así como de la LOPJ, en este punto, hay que atender al principio de ubicuidad, con arreglo al cual puede considerarse realizado el hecho tanto en el lugar donde se ha llevado a cabo la acción, como en aquel en el que se ha producido el resultado[35]. Esta es la solución adoptada por el Código peruano en 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».

35 Muñoz Conde/García Arán, 2007: 154.

Finalmente, el art. 132 CP español señala que el plazo de la prescripción de los delitos y faltas comienza desde el día en que se haya cometido la infracción punible, y se entiende por tal, el día en el que se haya consumado el delito, momento que en la mayoría de los delitos de mera actividad coincidirá con aquel en el que el autor lleva a cabo el comportamiento típico, pues aquí no es preciso que se afecte al bien jurídico a través de un intermediario natural; esto es, el resultado natural, a tener en cuenta, de nuevo solo en los delitos de resultado, sino que la afección al mismo se lleva a cabo directamente mediante la realización de aquella. Por su parte, el art. 82 del CP peruano —más prolijo en su regulación— establece que se inicia la prescripción en el delito instantáneo «a partir del día en que se consumó».

2. Comisión por omisión y delitos de mera actividad

El CP español de 1995 introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico español una cláusula general de punición de la comisión por omisión en su art. 11 que, ciertamente, recibió innumerables críticas, provenientes tanto de aquel sector doctrinal que venía reclamando su incorporación al texto punitivo[36], como de aquel otro que opinaba —y sigue opinando— que era —y es— innecesaria[37]. También el CP peruano ofrece una regulación positiva del instituto examinado en su art. 13. Al margen de otras cuestiones, la mayor diferencia que existe entre ambas respuestas legales al problema de la comisión por omisión está en la previsión de una atenuación facultativa de la pena en el Código peruano con lo que se pone de manifiesto la falta de equivalencia valorativa entre el hacer y el no hacer, en la línea de lo dispuesto en el § 13 CP alemán y del art. 10 del CP portugués[38], aunque esta es una cuestión que, a los efectos que aquí interesa, carece de trascendencia.

En la medida en que el art. 11 CP español ha dado una respuesta legal al problema de la comisión por omisión, de ella hay que partir a la hora de identificar los tipos delictivos a los que puede ser aplicada. La primera característica de semejante regulación es, como afirma Vives Antón, su carácter claramente restrictivo[39],

36 En este sentido, por ejemplo, Huerta Tocildo, 1997: 19 ss., critica esta fórmula porque a su entender, es errada, a pesar de ser preferible al vacío existente al respecto en el Código Penal derogado pues, en su opinión, se hubiera conseguido más eficazmente la finalidad perseguida por medio de un señalamiento expreso en la parte especial de cada uno de los delitos que son posibles de comisión por omisión.

37 Silva Sánchez, 1997b: 61; Vives Antón, 1996: 84.

38 Véase Gracia Martín, 2001: 411 ss.

39 Vives Antón, 1996: 85.

al exigir de forma simultánea la concurrencia de varios requisitos. En este sentido, además de los problemas relacionados con las distintas fuentes de la posición de garante a las que hace expresa referencia el número 2 del art. 11[40], en lo que a los delitos de mera actividad se refiere, es necesario analizar el número 1, en la medida en que solo si se dan los elementos en este contenidos, habrá que pasar a examinar el número 2.

En efecto, el número 1 del art. 11 CP español establece: «los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación […]»[41]. El precepto establece dos limitaciones esenciales: la primera es que solo los delitos que consistan en la producción de un resultado podrán ser realizados en comisión por omisión; la segunda es que, de entre ellos, cabrá tal comisión siempre y cuando la omisión sea equivalente a la acción «según el sentido del texto de la ley».

Ciertamente, el precepto no indica que «solo» semejantes delitos puedan ser cometidos en comisión por omisión, con lo que se podría estar planteando la duda en torno a si el mecanismo previsto en el art. 11 haría referencia exclusiva a la admisión legal de la comisión por omisión para esa clase de delitos dejando, de nuevo, en manos del intérprete su admisión respecto de los delitos que no están descritos en el mismo, es decir, de los delitos que «no consistan» en la producción de un resultado.

Sin embargo, si el legislador ha incluido semejante cláusula en el articulado del Código ha sido con la intención de restringir el número y la clase de delitos que pueden entenderse producidos en comisión por omisión: esta es pues la ratio del precepto. Por ello hay que entender que, a pesar del tenor literal del art. 11, solo los delitos que consistan en la producción de un resultado podrán ser realizados en comisión por omisión, por lo que la aceptación de la aplicación de este mecanismo a los delitos de mera actividad va a depender de cuál sea el «resultado» al que se refiere el propio art. 11.

En este sentido, habría que preguntarse si sería operativo, a los fines propuestos por el legislador, esto es, limitar el mecanismo de la comisión por omisión, restringir la aplicación de semejante instituto a los delitos que consistan

40 Gimbernat Ordeig, 1996b: 20; Gracia Martín, 1995: 683 ss.

41 Por su parte el § 13 del *CP alemán* establece en su número 1º: «el que omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal, será punible según esta ley solo si tenía que responder jurídicamente de que el resultado no se produjera y la omisión corresponde a la realización del tipo legal por un hacer». Véase Silva Sánchez, 1997b: 74, nota 188, sobre las diferencias existentes entre el Art. 11 del Código Penal español y el § 13 del *CP alemán* y la discusión allí reflejada en la doctrina alemana sobre la interpretación del término «resultado» en el mismo.

en la realización de un resultado, es decir, aquel resultado que existe en todos los delitos[42], en el entendimiento de que en ellos, como se decía, *ex ante* y *ex post* existe un cambio de la realidad, cambio que es el que se toma en consideración en sede de injusto para valorar si se está ante un delito de lesión o ante uno de peligro. Esta acepción de resultado es distinta a la que se incluye en el art. 11 del Código por dos motivos. El primero es que el legislador hace referencia a delitos que consistan en la producción de un resultado y la acepción de resultado que se está examinando en este momento se refiere a la creación de un estado, distinto, por tanto, a la producción. Como indica Silva Sánchez, con la producción de un resultado, el art. 11 del Código español parece entender que solo los delitos en los que sea necesario establecer una relación de causalidad se puede decir que se produce un resultado[43]. Además, porque poco podría servir de mecanismo de restricción de la comisión por omisión en el CP español si esta se admitiera para todos los delitos, pues de ella solo se excluyen los delitos de omisión pura que, por otro lado, son también formas pasivas del comportamiento. En definitiva, no se puede interpretar el resultado del art. 11 CP español en este sentido, porque solo servirá como declaración de principio aplicable a cualquier delito, carente, por tanto, de tenor restrictivo.

Resuelto el interrogante anterior, cabría plantearse la posibilidad de entender la referencia al «resultado» del art. 11 CP español, como la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico protegido. En este sentido, es preciso señalar que el art. 10 del Proyecto de Código Penal español de 1992 establecía que «los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión […]»; en esta sede, además de no injertarse una declaración de las distintas posiciones de garantes, no se limitaba en forma alguna la admisión de la comisión por omisión[44]. Al margen de lo anterior, entre el art. 10 del Proyecto y el actual art. 11 CP español existe —en lo que aquí interesa— una diferencia esencial: en el Proyecto se hacía referencia a los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro, mientras que el art. 11 solo se refiere a los delitos que consistan en la producción de un resultado, sin adjetivar en forma alguna a este último.

42 Con la única excepción de los delitos de omisión pura en los que, como indica Cadoppi, 1989: 374, son los únicos delitos en los que no existe dicho resultado, si bien la afectación al bien jurídico protegido se calcula en atención precisamente a la falta de producción de un resultado que el ordenamiento jurídico esperaba que se produjera (por ejemplo, el auxilio en el delito de omisión del deber de socorro).

43 Silva Sánchez, 1997b: 60.

44 Huerta Tocildo, 1997: 22 ss.

Así, si se interpreta que el resultado al que hace referencia el art. 11 del CP español actual es el resultado jurídico, obviamente no existiría impedimento alguno para admitir la comisión por omisión de un delito de mera actividad, en la medida en que se entienda —como aquí se hace— que estos delitos pueden ser de lesión o de peligro, al igual que los delitos de resultado natural. En este sentido, Martínez-Buján Pérez afirma que el art. 11 del Código se está refiriendo a los delitos de lesión o de peligro concreto, puesto que entiende que en su virtud no cabe la comisión por omisión de los delitos de aptitud (esto es, de los delitos de peligro abstracto), ni de los delitos de peligro hipotético[45]. A ello añade que tampoco cabría la comisión por omisión de los delitos de mera actividad[46]. Ahora bien, ¿qué sentido tendría admitir que con la fórmula del art. 11 se estuviera haciendo referencia a los delitos que consistan en un resultado de lesión o de peligro? De ser así, todos los delitos podrían realizarse en comisión por omisión, en la medida en que todos ellos, incluidos los delitos de peligro abstracto, existe ese concreto resultado: como se ve, tampoco esta acepción del término serviría para llevar a cabo una interpretación restrictiva del mecanismo de la comisión por omisión.

De esta forma, si el «resultado» al que se hace referencia en el art. 11 no puede ser entendido ni como creación de un estado distinto a la realización de la acción por parte del sujeto activo, ni como afección al bien jurídico protegido, la única posibilidad que queda es afirmar que el resultado al que hace referencia el art. 11 del Código no es otro que aquel del que carecen los delitos de mera actividad.

Por tanto, hay que afirmar que no cabe la comisión por omisión de estos últimos porque son delitos «que no consisten en la producción de un resultado»[47] así como, de igual forma, tampoco podría admitirse la comisión por omisión de delitos que no consistan solo en la producción de un resultado, sino además en la realización del mismo a través de unos medios determinados exigidos por el precepto penal[48]. Esta parece ser la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo del art. 11 en su Sentencia de 12 de enero de 1998, en la que a la hora de señalar los distintos elementos de la comisión por omisión, tal como allí ha quedado regulada, señala entre ellos: «la producción de un resultado perteneciente al

45 Martínez-Buján Pérez, 2005: 384.

46 Martínez-Buján Pérez, 2005: 385.

47 Romeo Casabona, 1999: 929; Hormazábal Malarée, 1999: 419, nota 28. En este sentido, Silva Sánchez, 1986: 351, afirma: «si los delitos de mera actividad se caracterizan por la ausencia de un resultado trascendente que sea preciso vincular con la conducta a través de la relación de causalidad se comprende al pronto la inadecuación estructural de la comisión por omisión a las peculiaridades de la realización típica de estos delitos».

48 Vives Antón, 1996: 84; Huerta Tocildo, 1997: 50 (nota 65).

tipo penal de un delito de comisión tipificado en una ley penal». En este sentido, afirma Silva Sánchez que:

> [...] el art. 11 parte de que hay delitos que no consisten en tal resultado, lo que excluye la hipótesis de la interpretación del término resultado del art. 11 en clave jurídica, pues, dejando probablemente aparte la tentativa inidónea y los delitos de peligro abstracto, de todo delito puede predicarse la concurrencia de un resultado de lesión o de peligro. Si a ello se añade que el juicio de equivalencia del art. 11 se realiza entre una «no evitación (del resultado)» y su «causación», todo parece abonar una restricción del ámbito del precepto a los delitos de resultado material. Pues causación en sentido estricto solo la hay en los delitos de resultado material[49].

Ahora bien, qué sentido tiene, en política criminal, que el legislador restrinja la aplicación de este mecanismo a esta clase de delitos. Parece que poco: por ello no resulta aventurado solicitar la reforma de este precepto eliminando la referencia en el art. 11 del Código a «los delitos que consistan en la producción de un resultado». Mientras tanto, no podrá castigarse más que la comisión activa de los delitos de mera actividad. Que es un problema de regulación positiva del instituto de la comisión por omisión y no de los delitos de mera actividad lo pone de manifiesto el CP peruano. En efecto, en su art. 13 señala que «el que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: 1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo. 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer». «Hecho punible» es cualquiera que haya sido tipificado por la ley, con independencia de que se trate de un delito de mera actividad o de otro de resultado[50].

3. Delitos de mera actividad y relación de causalidad

De la mano del causalismo —naturalístico primero y valorativo después—, a la acción llevada a cabo por el sujeto activo, ha de unirse un resultado. Y para constatar cuándo existe esa relación entre causa-efecto se acude a una serie de teorías[51]. Por ello mismo, porque dichas teorías vienen a explicar la relación existente entre el comportamiento humano y el resultado producido por ella, parece lógico que no existan problemas de este tipo en los delitos de mera actividad, en la medida

49 Silva Sánchez, 1997b: 74.

50 Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 1995: 141, refieren sin embargo la comisión por omisión a los delitos de resultado.

51 Véase por todos Gimbernat Ordeig, 1990: 25 ss.

en que estos carecen del resultado que se relaciona causalmente con la acción en los delitos de resultado. En este sentido, la doctrina viene a coincidir en que la relación de causalidad es una teoría que solo «se aplica» a los delitos de resultado natural[52], si bien, para Reyes Alvarado y Pérez Álvarez, la relación de causalidad también «ha de ser aplicada» a los delitos de mera actividad.

El primero de los autores citados afirma que «resulta innegable la existencia de una relación de causalidad en los delitos de mera actividad»[53], y pone el siguiente ejemplo: «cuando alguien vierte sustancias químicas corrosivas en depósitos de agua destinada al consumo humano ha generado sin duda alguna una modificación del mundo exterior (resultado) que además es consecuencia de su actuación; cualquier perito que se designara para el análisis posterior del líquido debería reconocer que la introducción de determinadas sustancias ha generado una contaminación de las aguas, es decir que la acción de alguien ha causado un resultado»[54]. El problema es que el delito que examina como delito de mera actividad no es tal. Efectivamente, si con el ejemplo se está refiriendo al delito de contaminación de las aguas del art. 347.2 del CP español derogado, en él se castigaba una conducta de resultado material (consistente en la «contaminación» de las aguas) y de peligro para la salud de las personas; y parece obvio que para determinar la puesta en peligro del bien jurídico «salud de las personas», se deba acreditar si se ha producido el resultado de contaminación exigido por el precepto por medio de la relación de causalidad.

Como se decía, Pérez Álvarez también se muestra partidario de la aplicación de la relación de causalidad a los delitos de mera actividad, distinguiendo entre «exigencia de relación causal» frente «a la afirmación de que tal requisito no plantea problemas en su verificación»[55]. Efectivamente, como se acaba de mantener, los delitos de mera actividad no plantean problemas de relación causal, pero según el autor eso no significa que aquella no exista. En este sentido, entiende que: «si la relación de causalidad existe, aunque carente de problemas, tal relación, necesariamente, se decide sobre acción y resultado, elemento este que no puede faltar y que, por tanto, desempeña su función límite»[56]. Además, parte de que el legislador tipifica «causas», de lo cual deduce que «causa es lo que produce un efecto», es decir: «la naturaleza de la causa deviene por el sentido del efecto. Si el efecto no se produce, en modo alguno podrá hablarse de que un comportamiento es

52 Véase Acale Sánchez, 2000: 254 y la bibliografía allí citada.
53 Reyes Alvarado, 1994: 39.
54 Reyes Alvarado, 1994: 39.
55 Pérez Álvarez, 1995*:* 140.
56 Pérez Álvarez, 1995: 138.

causa, consiguientemente la relación de causalidad será de obligada confirmación precisamente para determinar que el comportamiento en el que está interesado el legislador mantiene la hipotética condición de causa que el propio legislador ha previsto»[57]. Sin embargo, el legislador no siempre tipifica causas, sino comportamientos, a los que causalmente por exigencia típica de determinados delitos (los de resultado), une un efecto o resultado; pero semejante resultado solo puede ser de carácter natural. Es decir, solo el resultado como efecto natural producido por la acción es necesario para determinar si el comportamiento llevado a cabo por el autor es la causa del mismo. En sentido contrario, Pérez Álvarez entiende que el resultado que ha de ser unido a la acción mediante la relación de causalidad no es otro que el concepto de resultado significativo manejado por Pagliaro[58]. Sin embargo, las teorías causales no saben responder a esta pregunta, porque es muy difícil dar una respuesta natural a lo que no es más que pura decisión del legislador[59].

Por tanto, si se entiende que el resultado que se une a la causa mediante la relación de causalidad es el resultado entendido como efecto natural producido por el comportamiento humano, es decir, el que sirve para excluir la comisión por omisión en estos delitos, hay que seguir manteniendo —con la doctrina tradicional— que los delitos de mera actividad no plantean problemas causales, y ello fundamentalmente porque a la hora de la configuración del tipo el legislador los ignora indirectamente al ignorar directamente el resultado natural.

En el delito de falso testimonio del número 1 del art. 458 del CP español, por ejemplo, es típica la conducta del testigo que falta a la verdad en causa judicial, con independencia de que su testimonio haya sido contradicho por otras pruebas. Al no ser necesario ningún otro requisito relacionado con el falso testimonio, porque no se exige que se cause ningún resultado, ¿para qué servirá la relación de causalidad si falta el parámetro esencial de referencia, es decir, falta un resultado típico causado por la acción? Distinta es, no obstante, la situación con relación al número 2 de este mismo precepto en el que se impone una pena más grave si «el falso testimonio se diera en contra de reo en causa criminal si a consecuencia del mismo hubiera recaído sentencia condenatoria»: en este caso, sí será preciso comprobar si el resultado «sentencia condenatoria» es consecuencia de la acción «faltar a la verdad en causa criminal en contra de reo» a través de la relación de causalidad de forma que esta quedaría excluida si la sentencia condenatoria no se basa en el falso testimonio, sino en otras pruebas testificales, periciales, etc.

57 Pérez Álvarez, 1995: 140.

58 Pagliaro, 1980: 354.

59 Morselli, 1991: 831; Frisch, 1994: 177.

4. Delitos de mera actividad e imputación objetiva

Mayores discrepancias se producen en sede doctrinal en torno de la admisión o no de la imputación objetiva en los delitos de mera actividad. Al igual que ocurría con la admisión de la comisión por omisión y de la relación de causalidad en los delitos de mera actividad, la aplicación de la imputación objetiva a estos últimos depende de lo que por tal imputación se entienda: es decir, no es un problema que en particular presentan los delitos de mera actividad, sino del contenido, del alcance, de la propia imputación objetiva pues no existe una única teoría, sino que cambia considerablemente según el autor que la formule: «estas propuestas proceden de muy distintos orígenes sistemáticos y ni siquiera coinciden siempre en sus resultados, de modo que no puede hablarse aún de que exista una teoría de la imputación objetiva»[60].

Como se sabe, esta teoría nació con la finalidad práctica de corregir con criterios jurídicos los excesos provocados por la aplicación mecánica de las teorías causales[61]. Pero desde estos orígenes tan concretos hoy puede decirse que las modernas teorías de la imputación objetiva han terminado por superar a aquella[62] de forma que la relación de causalidad ha pasado a ser solo uno de sus elementos y, ni siquiera, el más importante. En este sentido, afirma Mir Puig: «no se trata solo de un correctivo a veces necesario de la causalidad, sino de una exigencia general de la realización típica. Es más, lo que no siempre es necesario es la relación de causalidad, que no es precisa en los delitos de comisión por omisión, los cuales también requieren, en cambio, la imputación objetiva del resultado a la omisión»[63]. En sus originarias formulaciones, la imputación objetiva había de tener vigencia, por tanto, allí donde regía la teoría de la causalidad. Desde estas premisas se entiende que, en sentido estricto, la imputación objetiva no es más que la imputación del resultado producido a la acción con criterios jurídicos: como en los delitos de mera actividad el legislador no presta atención al resultado, no ha de tener significado alguno la relación de causalidad ni tampoco el corrector jurídico de esta, es decir, la imputación objetiva. Ahora bien, si se entiende la imputación objetiva en sentido más amplio, ciertamente las conclusiones han de ser distintas.

60 Véase Suárez González/Cancio Meliá, en Jakobs, 1996e: 21 ss. En el mismo sentido, Terradillos Basoco, 1998: 19.

61 Martínez Escamilla, 1994: 7; Wolter, 1994: 66.

62 Como sucede en la teoría de la imputación objetiva de Jakobs, 1997b: 224 ss; del mismo, 1996e: 89 ss; Mir Puig, 2006: 237; Torío López, 1986: 42; Reyes Alvarado, 1994: 35 ss.; Luzón Peña, 1999: 357; Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, 2006: 199; Hormazábal Malarée, 1999: 418.

63 Mir Puig, 2006: 254.

En este sentido, Mir Puig la define no como la imputación jurídica del resultado natural a la acción, sino como «un juicio que permite imputar jurídicamente la realización de la parte objetiva del tipo a su ejecución material»[64].

Efectivamente, en relación con la aplicación de la imputación objetiva a los delitos de mera actividad, Mir Puig afirma que:

> [...] también en los delitos de mera actividad la realización del tipo debe suponer la imputación objetiva. De la misma forma que el resultado materialmente causado por una conducta puede no ser imputable a esta conducta —por ejemplo, por no ser en absoluto previsible ex ante que esta causare aquel resultado—, también en los delitos de mera actividad puede suceder que no fuera previsible ex ante que la práctica de unos actos corporales determinados iban a suponer la realización de la conducta típica[65].

De esta forma, se amplía considerablemente la imputación objetiva, pues más que una teoría que viene a comprobar cuándo un resultado es imputable jurídico penalmente al comportamiento llevado a cabo por el autor en la misma al incluirse todos los elementos objetivos del tipo, así como el proceso dogmático en virtud del cual se imputan al autor; lo que se consigue es reordenar bajo una nueva denominación los criterios que con anterioridad se solventaban a través de la teoría del delito. ¿Significa esto que la teoría de la imputación objetiva viene a reemplazar a la teoría del delito? En sus formulaciones más amplias, la respuesta parece ser afirmativa[66]: despliega, como afirma Struensee, «el efecto de un remolino que atrae y ahoga en su seno a todo el tipo objetivo»[67].

Mir Puig pone como ejemplo de delito de mera actividad en el que no es imputable la conducta al autor por falta de imputación objetiva el delito de allanamiento de morada que «se comete por la entrada en morada ajena contra la voluntad de su morador (art. 202.I primer inciso del CP español); supongamos que atendidas las circunstancias nadie hubiera podido suponer que la morada en la que se entra es ajena o que el morador se opone a tal entrada»[68]. Sin embargo, también puede afirmarse que no existe un delito de allanamiento de morada en este caso porque falta el dolo del autor, por la existencia de un error sobre un elemento del tipo, esto es, sobre la «ajenidad» de la morada o sobre el «consentimiento» del morador, sin que sea necesario ampliar sobremanera la teoría de la

64 Mir Puig, 2006: 258.
65 Mir Puig, 2006: 259.
66 Véase Jakobs, 1998a: 304 ss.
67 Struensee, 1991: 449.
68 Mir Puig, 2006: 259.

imputación objetiva. De todas formas, el autor reconoce que en los supuestos de los delitos de mera actividad, «lo que ocurre es que, ciertamente, serán mucho más raros los actos en que esto suceda, al coincidir espacio-temporalmente los actos corporales y la conducta típica que constituyen. Por de pronto, ello supone que no es preciso comprobar el primer elemento de la imputación objetiva en los delitos de resultado: la relación de causalidad. Por otra parte, la realización material de la conducta conllevará generalmente los otros dos elementos de la imputación objetiva: la relación de riesgo y la relación de autoría»[69]. En esta línea, lo que hace el autor citado es afirmar que desde el punto de vista de su teoría de la imputación objetiva, los delitos de mera actividad no plantean problemas. Es una propuesta parecida a la realizada por Pérez Álvarez sobre la aplicación de la relación de causalidad a los delitos de mera actividad: no es que no exista, sino que no plantea problemas; ahora bien, la cuestión que ha de resolverse verdaderamente es la siguiente: si no plantea problemas y si los problemas que se pudieran plantear pueden ser resueltos atendiendo a los tradicionales instrumentos que la teoría del delito ha venido manejando, ¿existe imputación objetiva en los delitos de mera actividad? La constante ampliación de la teoría de la imputación objetiva parece que tiende a sustituir a la propia teoría del delito.

Como afirma Martínez Escamilla,

> [...] en principio no existe ningún obstáculo para intentar aplicar los principios básicos diseñados por la doctrina de la imputación objetiva a los delitos de actividad o a los delitos omisivos, siempre, claro está, que se adapten a las peculiaridades de estas formas de aparición del delito. Ahora bien, en esta tendencia se observa el peligro de confundir método o forma de proceder con objeto de la teoría de la imputación objetiva. Esta se caracteriza por la utilización de un método normativo-teleológico en la averiguación de si un resultado es o no objetivamente imputable, pero evidentemente este método no es exclusivo de la relación acción-resultado, sino que es aplicable en el análisis de cualquier institución, lo que no quiere decir que cualquier institución definida normativo-teleológicamente tenga que ser objeto de la doctrina de la imputación objetiva[70].

De esta forma, ya se siga el concepto estricto o el concepto amplio, hay que afirmar que los delitos de mera actividad no necesitan la prueba de la imputación objetiva precisamente porque el punto central y más controvertido de esta teoría

69 Mir Puig, 2006: 259.

70 Martínez Escamilla, 1992: 48; de la misma, 1994: 83 (nota 1).

es negar o afirmar la relevancia típica de un resultado producido por una acción, resultado natural que es del que carecen los delitos de mera actividad.

5. Delitos de mera actividad y autoría

Los problemas esenciales que se han planteado en la doctrina en relación con los delitos de mera actividad y autoría, se refieren a la admisión o no en ellos de la coautoría y la autoría mediata, y si a su vez son equiparables a los delitos de propia mano, con la consiguiente imposibilidad de aplicarles la teoría de la *actio libera in causa*.

Quintero Olivares afirma que es una característica de los delitos de mera actividad que «no permiten concebir más que un solo autor»[71], precisamente porque «determinados bienes jurídicos solo pueden ser ofendidos por una simple conducta del autor»[72], condenándolos a ser siempre delitos con autoría individual, o lo que es lo mismo, excluyendo la coautoría en ellos.

Este razonamiento general es aplicado por Quintero Olivares/Morales Prats al delito de calumnias (art. 205 PPE o 131 del CP peruano), respecto del cual afirman, en coherencia con sus planteamientos, que «por su condición de delito de simple actividad, no permiten concebir más que un solo autor»[73]. Estos autores califican jurídicamente la conducta de quien engaña a otro —que sería el informador o difusor— suministrándole una información calumniosa de la siguiente forma: «si la información, por su precisión y por la persona que la suministra reviste la condición de creíble o verosímil es evidente que no se podrá fundamentar el dolo propio del delito en la segunda secuencia de difusión (siempre que se haya cumplido con el deber de comprobación de la información y de su fuente), pero en cambio no habría obstáculo alguno en imputar la calumnia al que suministró inicialmente la información falsa»[74]. Con independencia en este momento de que sea acertada la clasificación del delito de calumnias dentro de los de mera actividad (en la medida en que la afección al bien jurídico honor, al igual que en el delito de injurias, es preciso que alguien conozca el contenido de la imputación calumniosa del hecho delictivo, es decir, es necesario un resultado separado de la acción de proferir la expresión calumniosa) puede imaginarse el supuesto en el que sean dos personas las que, previo acuerdo y con intención de imputar un delito a alguien con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio

71 Quintero Olivares/ Morales Prats, 2005: 305; en sentido contrario Arzt, 1990: 175, afirma que cabe la coautoría en los delitos de mera actividad.

72 Quintero Olivares/Morales Prats, 2005: 206.

73 Quintero Olivares/ Morales Prats, 2005: 1118.

74 Quintero Olivares/ Morales Prats, 2005: 1118.

hacia la verdad sean las que profieran la calumnia: ¿no existiría coautoría o coejecución, en la terminología preferida por los autores? Sería el supuesto, por ejemplo, de la noticia calumniosa publicada en un periódico que viene firmada por dos periodistas.

A mayor abundamiento, si se modifica el ejemplo propuesto por Quintero Olivares/Morales Prats, en el sentido de afirmar que «A» pone en conocimiento de «B» una información que es calumniosa y este al conocerla convence a «A» para hacerla pública: ¿cuál sería la calificación jurídico penal? no existirían inconvenientes para castigar a «A» y a «B» como coautores de un delito de calumnias, en la medida en que se atienda a las reglas generales del CP español pues, en este punto, los delitos de mera actividad no plantean especificidad alguna. Solo hay que pensar, por ejemplo, en el delito de construcción no autorizada del art. 319 CP español, calificado por Morales Prats/Tamarit Sumalla, como delito de mera actividad[75], en el que el legislador, expresamente ha entendido que van a ser autores del mismo «el promotor, el técnico director y el constructor» y, por ello mismo, en el supuesto en el que dicha construcción con las características allí señaladas sea llevada a cabo por todos ellos, se estará ante un único delito de construcción no autorizada con tres coautores o coejecutores.

Pero volviendo a los términos del ejemplo planteado por los autores: quien suministra la información y se vale de otro como instrumento responde como autor, pero ¿como autor inmediato o mediato? Quintero Olivares/Morales Prats no toman partido al respecto; esta neutralidad parece deberse a que, atendiendo a las reglas generales, se estaría ante un supuesto de autoría mediata con instrumento no doloso (que, por otro lado, es la única forma de autoría mediata que admiten los autores *stricto sensu*[76]).

Esto nos sirve para enlazar con la siguiente forma de autoría discutida en los delitos de mera actividad: ¿cabe la autoría mediata en los delitos de mera actividad? La respuesta al primer interrogante dependerá de si se considera o no delitos de propia mano a los de mera actividad (y siempre que se entienda que no cabe la autoría mediata en los delitos de propia mano[77]). De igual forma, también de esta equiparación dependerá la posible aplicación de la *actio libera in causa* a los mismos.

Por ello, es necesario comenzar analizando la consideración de la mera actividad como delitos de mano propia, esto es, de una serie de delitos que solo pueden ser realizados en primera persona. Las posiciones doctrinales son bien diversas,

75 Morales Prats/Tamarit Sumalla, 2005: 1688.

76 Quintero Olivares, 2005: 609 ss.

77 Gimbernat Ordeig, 1966a: 247.

pero todas ellas giran en torno a la estrecha relación existente entre los delitos de mera actividad y de mano propia (STS español de 24 de marzo de 1997).

En primer lugar, existe un sector doctrinal que entiende que los delitos de propia mano son delitos de mera actividad o, a la inversa, que los delitos de mera actividad son de propia mano. En este grupo puede incluirse a Gómez Pavón, para quien el delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, etc. del art. 379 CP español: «puede considerarse como de propia mano, ya que solo es posible la realización directa y personal de la acción típica; en ellos el autor no puede serlo más que el que esté en situación de ejecutar, inmediata y corporalmente, la acción prohibida. Son delitos de mera conducta en los que el resultado es totalmente indiferente para el derecho, basándose el desvalor en la circunstancia de que la ejecución de la acción esté prohibida precisamente al autor»[78].

Esta afirmación lleva aparejadas una serie de consecuencias: la primera es que todos los delitos de propia mano han sido configurados por parte del legislador prescindiendo del resultado causado por el comportamiento típico; la segunda es que, en ningún caso, los delitos de mera actividad podrían ser realizados en autoría mediata y, por el mismo motivo, tampoco se les podría aplicar la teoría de la *actio libera in causa*.

En segundo lugar, dentro de la doctrina, existen autores que consideran que los delitos de propia mano pueden ser o de mera actividad o de resultado. En este grupo se puede incluir a Luzón Peña, para quien los delitos de propia mano «generalmente serán delitos de mera actividad, pero también pueden darse en los de resultado con modalidades limitadas de acción, el tipo exige que la conducta típica se realice personalmente, sin intermediarios»[79]. Este posicionamiento del autor se oscurece a continuación cuando afirma que «en cambio, no son delitos de propia mano los abusos o agresiones sexuales, que admiten la posibilidad de obligar al sujeto pasivo a realizar o soportar actos sexuales, y ello se puede conseguir utilizando a terceros en la violencia»[80]: en este sentido, la regla general establecida, esto es, que los delitos de mera actividad son delitos de propia mano, parece que tiene sus excepciones, con lo cual pierde fuerza como tal.

Y, finalmente, existe un tercer sector doctrinal que entiende que la categoría «abrazadera» es la de los delitos de mera actividad, en virtud de la cual estos últimos pueden ser o de propia mano o de mano ajena. En este sentido, todos los

78 Gómez Pavón, 1998: 167. Críticamente con esta afirmación Maqueda Abreu, 1992: 104; Silva Sánchez, 1988: 172.

79 Luzón Peña, 1999: 308.

80 Luzón Peña, 1999: 308.

delitos de propia mano son de mera actividad, pero no todos estos últimos son de propia mano. Así, Gimbernat Ordeig entiende que los delitos de propia mano constituyen «una categoría especial de delitos de mera actividad» en los que «solo puede ser autor en sentido estricto el que realiza la actividad típica»[81]. Este mismo planteamiento es seguido por Maqueda Abreu y por Silva Sánchez[82]. No obstante, este argumento plantea problemas en los supuestos en los que el legislador haya incluido a la hora de definir la conducta típica no solo un resultado, sino también una forma específica de acción a llevar a cabo por el autor; así, en estos supuestos, el mismo razonamiento realizado con respecto a la mera actividad habría de ser trasladado a esta sede.

Como se ve, las tres teorías mencionadas pueden ser criticadas desde una u otra perspectiva. Por ello, parece más ajustado entender que los delitos de mera actividad y los delitos de resultado pueden ser o bien de propia mano o bien de mano ajena, pero sin subordinar ninguna de estas categorías a las demás. Con ello, no todos los delitos de mera actividad han de ser de propia mano, con lo cual, en el ámbito de principios, no en todos los delitos de mera actividad ha de estar a priori excluida la autoría mediata.

Pero lo más importante en este sentido, y es algo que escapa a los objetivos de este trabajo, es destacar qué interés tiene la existencia de los delitos de propia mano, pues con ellos lo único que se consigue es crear determinados espacios legales de impunidad, al no poder hacer responsable en autoría mediata al hombre de atrás, es decir, al que tiene el verdadero dominio final del hecho. En estos supuestos, no sería solución castigar como inductor o como cooperador necesario al hombre de atrás, esto es, al autor mediato en sentido estricto, pues la teoría de la accesoriedad de la participación excluye dogmáticamente esta posibilidad. En este sentido, afirma Maqueda Abreu que los delitos de mano propia «no significa otra cosa, en definitiva, que se trata de delitos especiales en los que, como dice Schall "la lesión del bien jurídico tiene que alcanzar la lesión de un deber especial que se encuentra en un determinado grupo de personas"»[83].

Lo anterior conduce, finalmente, a afirmar con Arzt que

> [...] la consecuencia de este planteamiento, desde una concepción objetivo-final de la autoría como la que aquí se sigue, va a ser la de negar para todos los delitos cualquier limitación a la autoría mediata en el ámbito de estructuras típicas «objetivas» —con elementos, pues, susceptibles de dominio— y

81 Gimbernat Ordeig, 1966: 300.

82 Maqueda Abreu, 1992: 133; Silva Sánchez, 1993: 38.

83 Maqueda Abreu, 1992: 128.

> «materiales» —caracterizadas por la lesión de un bien jurídico—. Pues el «hombre de atrás» podrá cumplir todos esos elementos —la violencia, el abuso sexual, la conducción de un vehículo de motor o cualquier otro [...]— con solo dominar la voluntad del instrumento que lo ejecute, dado que, para lo injusto de esos delitos, resulta indiferente si la acción de ejecución se realiza personalmente o a través de un tercero jurídicamente irresponsable[84].

En el mismo sentido sigue afirmando el autor citado que los delitos de propia mano (dentro de los cuales sitúa a los delitos de mera actividad) se constituyen a través de unas acciones típicas determinadas: «estos delitos de propia mano tienen, por ello, iguales consecuencias para la autoría/participación y omisión que los restantes delitos especiales, en los que el círculo de los autores está restringido a una serie de personas con determinadas características o referidas a la víctima»[85].

Tanto Maqueda Abreu como Arzt terminan defendiendo «la extinción omnipotente de los delitos de propia mano»[86]. De esta forma, al haber considerado ambos autores a estos delitos como una clase de delitos de mera actividad, están solicitando a su vez, al menos en esta parte, la extinción omnipotente no ya de los delitos de mera actividad, sino de la distinción entre estos y los delitos de resultado[87].

Ahora, sí puede responderse a la pregunta que preside este apartado: ¿cabe la autoría mediata en los delitos de mera actividad? En este punto, y siguiendo a Arzt, Maqueda Abreu, Silva Sánchez y a Pérez Álvarez[88], han de regir las reglas generales sin incluir, por tanto, ninguna especialidad en relación con los delitos de resultado[89]: la afección al bien jurídico intimidad en el delito de allanamiento de morada se puede producir en el supuesto en que A personalmente entre en la morada ajena sin el consentimiento del morador, como cuando haga entrar en la misma morada a un sujeto al que previamente ha convencido de que la morada le pertenece a él, o cuando, para vulnerar la intimidad ajena, utiliza a un inimputable al que determina su voluntad y le hace entrar en la misma.

En relación con este delito de allanamiento de morada, a su consideración como delito de mera actividad y a la admisión o no de la autoría mediata, Maqueda Abreu, citando a Frühauf, entiende: «que en los casos en que la acción de

84 Arzt, 1990: 182.
85 Arzt, 1990: 182.
86 Arzt, 1990: 182; Maqueda Abreu, 1992: 128.
87 Arzt, 1990: 182.
88 Arzt, 1990: 182; Maqueda Abreu, 1992: 128; Silva Sánchez, 1988: 172; Pérez Álvarez, 1995: 178.
89 En contra Gimbernat Ordeig, 1966: 247; Gómez Pavón, 1998: 167.

ejecución —v. gr. entrar en casa ajena— podría representar la consumación de un delito de mera actividad (allanamiento) o la tentativa de un delito de resultado (robo en casa habitada), (y) tiene razón este autor cuando concluye que hacer depender en el caso concreto su intención, resulta desde luego inconsecuente o, cuanto menos, equívoco»[90]. Así, en referencia al delito de conducción bajo los efectos del alcohol, drogas tóxicas, etc., afirma Silva Sánchez que cabe autoría mediata: «estimo que el injusto específico del delito lo realiza también el sujeto que crea el riesgo típico a través de dominar (por coacción, por ejemplo) la conducción bajo la influencia de drogas realizada por un tercero»[91].

De esta forma, si no hay problemas particulares para admitir la autoría mediata en los delitos de mera actividad, sean o no de propia mano (en tanto en cuanto se entiendan estos últimos como verdaderos delitos especiales), tampoco han de existir resistencias dogmáticas para admitir la *actio libera in causa*.

6. Mera actividad y tipo subjetivo

El desvalor de acción en los delitos de mera actividad y de resultado se distingue en atención a una parte del contenido volitivo del dolo del autor y, por tanto, a una parte del desvalor subjetivo de acción[92]: si el resultado ha de ser abarcado por el dolo en los delitos de resultado de forma que la realización o consecución del mismo dirige la actuación del autor, en los delitos de mera actividad el dolo ha de abarcar la realización de la conducta típica[93]. De aquí se deduce que el desvalor de acción es distinto en los delitos de mera actividad y en los de resultado: en su parte subjetiva, porque el dolo se dirige a la realización de la conducta típica y en la objetiva, porque el resultado no forma parte de la misma, pero sí el resto de los elementos objetivos sobre los que ha de proyectarse el dolo del autor[94].

Sentado lo anterior, no hay más diferencias entre los delitos dolosos de mera actividad y de resultado, de manera que parece excesiva la afirmación que realiza Gómez Benítez que le lleva a predicar un cambio en el propio concepto de dolo, en el entendimiento de que este es igual a finalidad, es decir, voluntad de realizar resultados típicos: «pero como quiera que en derecho penal no solo existen delitos de resultado […], sino también son punibles algunos delitos de mera actividad

90 Maqueda Abreu, 1992: 32.

91 Silva Sánchez, 1988: 168.

92 Gallas, 1982: 460.

93 En extenso: Acale Sánchez, 2000: 159 ss.

94 Acale Sánchez, 2000: 280 ss. *Vid* la construcción del tipo subjetivo en los delitos de simple o mera actividad que lleva a cabo Romeo Casabona, 2007: 43 ss.

[…], el dolo puede definirse más ampliamente como finalidad dirigida hacia la realización del tipo penal, ya sea de resultado, ya sea de mera actividad»[95].

Por lo que respecta a la comisión imprudente de un delito de mera actividad no existen excesivas discrepancias en sede doctrinal en torno a su aceptación[96]. Sin embargo, Quintero Olivares afirma que los delitos de mera actividad solo admiten el dolo[97], en la medida en que en ellos

> […] tiene singular importancia la dirección de la voluntad del sujeto, de manera que estos delitos no admiten otra forma comisiva que la dolosa. Y ello es así porque la orientación o propósito de la conducta son determinantes del daño al bien jurídico. Por ejemplo, en el falso testimonio, el propósito de alterar el correcto funcionamiento de la prueba[98].

Ciertamente, en aquellos delitos de mera actividad en los que el legislador incluya un elemento subjetivo especial distinto al dolo —esto es, en los delitos de resultado cortado— estará limitada la comisión imprudente, con independencia de que con la cláusula cerrada de punición de la misma en los Códigos penal y peruano se excluya a priori en todos aquellos delitos en los que no haya sido expresamente tipificada, ya sean de mera actividad o de resultado.

Cuando el legislador castiga un comportamiento humano sin atender al resultado producido por el mismo, es evidente que ese comportamiento tiene una específica finalidad; por ejemplo, en el delito de construcción no autorizada del art. 319 CP español, sus autores actúan por un ánimo tendencial, el ánimo de lucro, que es precisamente el que les impulsa a actuar de esa forma y no de otra, es decir, sin ajustarse a las normas urbanísticas vigentes. Lo que ocurre es que si el legislador no ha incluido el resultado causado por la acción, y tampoco el elemento subjetivo especial dirigido al mismo, no hay por qué tenerlos en consideración: en este sentido, el propósito de alterar el correcto funcionamiento de la prueba en el delito de falso testimonio no sería más que el contenido del dolo propio de ese delito y no elemento subjetivo especial del tipo de injusto.

Esto lleva a la afirmación de que todos los delitos de resultado cortado son tipos de mera actividad, en la medida en que, como su propio nombre indica, el legislador considera consumado el delito en el momento en que el autor lleva a

95 Gómez Benítez, 1984: 70 s.

96 Por todos, *vid* Laurenzo Copello, 1992: 22 y la bibliografía allí citada; entre la bibliografía más reciente, véase: Romeo Casabona, 2007: 32, donde manifiesta sus cautelas en torno a la oportunidad de incriminar los delitos imprudentes de mera actividad.

97 Quintero Olivares/ Morales Prats/Prats Canut, 2005: 305.

98 Quintero Olivares/ Morales Prats/Prats Canut, 2005: 305.

cabo determinados comportamientos dirigidos por una clara finalidad, a saber, la consecución del mencionado resultado, finalidad esta que es la que sirve para delimitar las conductas típicas de las que no lo van a ser, pero con independencia de que la misma —la finalidad— se realice o no: esto es, la consecución efectiva del objeto propuesto no pertenece al tipo. De esta forma, no podría aceptarse la comisión imprudente de un delito de resultado cortado, por ello mismo, de mera actividad, en tanto en cuanto la actuación del sujeto ha de entenderse regida por dicha finalidad que es precisamente incompatible en el ámbito de su configuración teórica con los delitos imprudentes: estos serían, por tanto, los únicos delitos de mera actividad que no podrían incriminarse en su forma imprudente[99].

Si se observa, Quintero Olivares está considerando delitos formales a los delitos de resultado cortado y delitos de simple conducta a los delitos de mera actividad con un tipo subjetivo no cargado de elementos especiales. Ahora bien, el hecho de que todos los delitos de resultado cortado sean delitos de mera actividad, no significa que a efectos típicos (cosa distinta es lo que ocurre precisamente fuera del tipo, igual que con el resultado) todos los delitos de mera actividad sean de resultado cortado. Para ello es necesario que el legislador incluya un elemento subjetivo distinto al dolo que abarque el resultado al que se dirige la conducta del autor, aunque este en sí mismo no sea elemento típico. Por ello, es criticable la línea jurisprudencial que equipara los delitos de mera actividad con los de resultado cortado. Así, la STS español de 31 de enero de 1997, respecto al delito de alzamiento de bienes, afirma que en él concurre

> […] un elemento subjetivo específico, tendencial, consistente en la intención de causar un perjuicio al acreedor, bien entendido, no obstante, que el alzamiento de bienes es un delito de mera actividad, de riesgo, de resultado cortado, con lo cual basta con que se lleve a cabo la ocultación de bienes, como resultado exigido por el tipo con relación a la simple intención de perjudicar, pues el perjuicio real pertenece no a la fase de perfeccionamiento, sino a la de su agotamiento (SSTS 8 de octubre de 1996, 20 de enero y 19 de febrero de 1983, 26 de junio y 7 de abril de 1992).

También se equiparan los delitos de mera actividad con los de resultado cortado las SSTS de 26 de junio, 16 de marzo, 3 de junio, 11 y 14 de diciembre, 11 de mayo y 22 de octubre de 1992[100].

Pero, junto a estos delitos, hay otros de mera actividad en los que no se hace referencia expresa a elemento subjetivo especial alguno, de forma que si no están

99 Acale Sánchez, 2000: 280 ss.
100 Acale Sánchez, 2000: 280 ss.

incorporados a la letra de la ley, no hay por qué reducir su comisión a la dolosa y, menos aún, al dolo directo: cabrá el dolo eventual y, en aquellos supuestos en los que el legislador haya previsto expresamente el castigo de las conductas imprudentes (de acuerdo con la punición de las conductas imprudentes en el art. 12 de los Códigos español y peruano), también podrá castigarse esta.

Y es precisamente respecto a estos últimos sobre los que se plantea la posible comisión imprudente, posibilidad que ha sido tradicionalmente admitida por la doctrina con la excepción señalada de Quintero Olivares[101].

Ciertamente, la teoría de la imprudencia se ha desarrollado, con Mazzacuva, singularmente teniendo siempre presente el esquema del delito de resultado (naturalístico)[102], de forma que si ese esquema se traspasa automáticamente a los delitos de mera actividad, se suscitarán problemas[103]: en los delitos imprudentes de resultado es preciso que, junto al desvalor de acción —la infracción de la norma de cuidado— se produzca el desvalor de resultado que en los tipos de resultado incluye la producción del resultado material separado de la acción. Si estas características se intentan traspasar a los delitos imprudentes de mera actividad, no cabría su comisión imprudente ya que carecen del mencionado resultado.

Pero el resultado que se tiene en consideración para proceder al castigo de un delito imprudente no es ese, es decir, el resultado de la acción y separable de ella, sino aquel efecto-resultado que producía en el mundo exterior la realización de la conducta típica distinto al que existía con anterioridad a esa realización y que, en los delitos de resultado natural, se constata a través de este; mientras que en los delitos de mera actividad se constata a través del efecto distinto que se provoca en el mundo exterior por la realización de la conducta típica[104].

Así, puede entenderse haciendo abstracción de los delitos en particular que todos los delitos imprudentes se configuran como delitos de resultado, en los que la acción típica es siempre la misma, esto es, la infracción de una norma de cuidado, a la que ha de seguir un resultado que no es otro que la realización de un tipo penal. Por ello, también los delitos de mera actividad han de interpretarse en clave

101 Con las críticas de Romeo Casabona, 2007: 32.

102 Mazzacuva, 1983: 303.

103 Mazzacuva, 1983: 304.

104 En este sentido afirma Mir Puig, 2006: 296, que «la infracción del deber de cuidado ha de tener como resultado la realización de la parte objetiva de un hecho previsto en un tipo doloso. Dicho resultado puede consistir tanto en un resultado separado de la conducta ("resultado" en el sentido estricto de los delitos de resultado, que constituyen la inmensa mayoría de los delitos imprudentes), como en la parte objetiva de una conducta descrita en un tipo doloso de mera actividad. En ambos casos es necesario que el hecho resultante haya sido causado por la infracción del deber de cuidado y pueda imputarse objetivamente a la misma».

resultativa pues lo que con relación a la conducta dolosa es el comportamiento activo u omisivo típico, en la configuración imprudente del mismo pasa a ocupar el lugar del resultado y cede su puesto a la infracción de la norma de cuidado.

Este esquema se repite en la comisión imprudente de un tipo de resultado, con lo cual, en este caso a la inversa, se produce una lectura en clave de mera actividad de los delitos de resultado, en la medida en que la acción —de nuevo— vendría constituida por la infracción de la norma de cuidado y el resultado por la realización de los elementos del tipo de resultado que concretamente se hubiera producido, absorbiéndose dentro de esta como un elemento más, el resultado natural. Por ello, se discute en estos últimos qué papel ocupa el resultado natural unido causalmente a la acción. En este sentido, afirma Mazzacuva: «parece evidente el nexo entre comportamiento culposo y resultado en el mismo: del todo explícito resulta tal unión en la hipótesis descrita en el art. 355 del CP italiano (quien no cumpliendo las obligaciones... hace faltar), pero igualmente revisable en las otras figuras delictivas, en las que de manera evidente y precisa la pasada inobservancia o la pasada revelación de secreto parece constituir la "consecuencia" de un comportamiento culposo no descrito»[105].

Puede decirse, por tanto, que los problemas para admitir la comisión imprudente son mayores en los delitos de resultado que en los delitos de mera actividad, pues en ellos hay que investigar por qué se exige la producción del resultado y qué lugar ocupa este en la estructura del tipo imprudente.

En este sentido, afirma Stratenwerth que: «los casos más sencillos se encuentran entre los delitos culposos de actividad que, de todos modos, son raros y podemos ejemplificar en el falso testimonio culposo (§ 163). Aquí se nos presenta una caracterización completa de la acción del hecho y la única cuestión es la de saber si la sola ejecución de esta acción realiza por sí misma el supuesto de hecho típico»[106].

Y es precisamente este efecto al que se refiere tanto el viejo art. 565, como el nuevo art. 12 CP español. Así, el art. 565 del Código de 1973 establecía «el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo […]», y el art. 12 del nuevo texto punitivo señala «las acciones u omisiones imprudentes solo [...]». De esta forma, puede decirse que de la previa calificación de un tipo como delito de mera actividad o de resultado hace depender los requisitos para el castigo de la conducta imprudente[107].

105 Mazzacuva, 1983: 311.
106 Stratenwerth, 1982: 320.
107 Laurenzo Copello, 1992: 22.

7. Delitos de mera actividad e *iter criminis*

Es cuestión debatida y, además, generalmente discutida[108] en sedes doctrinal y jurisprudencial[109], la relativa a las distintas formas del *iter criminis* que admiten los delitos de mera actividad. La aceptación o no de las formas del *iter criminis* anteriores a la consumación en los delitos de mera actividad no puede realizarse sino partiendo de las singularidades de cada una de ellas presentes en el Código, no ya de las singularidades de los delitos de mera actividad.

El art. 15 CP español señala que, como regla general, son punibles el delito consumado y la tentativa de delito (el CP peruano carece de un pronunciamiento genérico como este, pero no cabe duda de que son ambas las formas de *iter criminis* que castiga). Ahora bien, ello no significa que todos los delitos se castiguen en su forma intentada, ya que el art. 15 no impone el castigo de todos los delitos en grado de tentativa, simplemente lo permite.

En este sentido, la admisión de la tentativa, acabada o inacabada, de nuevo, ha de partir del concepto de resultado incluido en el art. 16: este es el resultado jurídico, por lo que teóricamente no ha de suponer límite específico alguno en relación con los delitos de mera actividad. Por tanto, la cuestión pasa del ámbito teórico al análisis de cada delito de mera actividad en particular y esta ha de ser la perspectiva a tener en cuenta para negar o afirmar la tentativa en estos delitos. Pero, como se verá, esta ha de ser también la regla imperante en lo que a los delitos de resultado respecta.

El art. 16.1 CP español: «hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor». El art. 16 CP peruano señala que «en la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo».

---

108 Spitèri, 1966: 502; Gómez Pavón, 1998: 175. Véase Acale Sánchez, 2000: 298 y la bibliografía allí citada.

109 Así no admiten las formas imperfectas de un delito de mera actividad: el Auto del TS de 8 de mayo de 1998, con relación al delito de tráfico de drogas: «se sostiene en innumerables sentencias que estos tipos penales conforman un delito de consumación anticipada y de mera actividad que difícilmente admiten la tentativa»; las SSTS de 26 de mayo de 1998, 24 de enero de 1991; con relación al delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas también rechaza las formas imperfectas la STS de 26 de abril de 1997: «no puede presentar formas comisivas imperfectas ni precisa para su consumación de la consecución por los agentes del hecho de los objetivos de forzamiento de los precios que se hubiera propuesto (STS de 26 octubre de 1988)».

En cuanto a la tentativa inacabada, no existen —en general— inconvenientes en su aceptación sobre todo en aquellos casos en que sea necesaria la realización de varios actos «ejecutivos» para llegar a la consumación del delito[110]; así lo viene entendiendo mayoritariamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. En este sentido, afirma Arzt, seguido en España por Pérez Álvarez, que todos los delitos de mera actividad son divisibles en varios actos[111], con lo cual la admisión de la tentativa inacabada en estos no es ninguna excepción, sino que por el contrario es la regla general, pues no existe ningún impedimento dogmático al respecto. De esta forma, también este criterio les sirve a los autores citados para defender que la distinción entre tentativa acabada e inacabada no tiene relación alguna con los delitos de mera actividad y de resultado, puesto que: «podría sostenerse la distinción entre mera actividad y resultado si "los delitos de resultado fueran caracterizados de tal manera que recorriesen siempre con anterioridad a la consumación el estadio de la tentativa acabada, mientras que, por el contrario, los delitos de mera actividad nunca pudieran alcanzar el estadio de la tentativa acabada". Esta armonía no es por tanto accesible». Por ello, afirma que la diferencia entre tentativa y consumación «no depende de la clasificación de un delito como de mera actividad o de resultado, sino de una concreta situación fáctica»[112].

Ciertamente, todos los delitos y no solo los de mera actividad son divisibles en varios actos, unas veces porque así se deriva de la letra de la ley y otras porque así se deriva del plan ejecutivo diseñado por el autor en el caso concreto: la conjunción de ambos factores es la que va a determinar el *iter criminis* de cualquier tipo penal de forma que habrá ocasiones en que, si bien atendiendo a la letra de la ley sea posible la tentativa, por el contrario, en el caso concreto esta haya de excluirse o a la inversa, que según el criterio legal se dificulte la admisión de la tentativa, pero que en el caso concreto, sea el plan diseñado por el autor el que haga posible esta fase de imperfecta ejecución; también podría comprobarse la admisión de la tentativa inacabada en sentido inverso: cabrá esta siempre que sea posible evitar la afección al bien jurídico mediante el desistimiento del autor. De igual forma, cabrá la tentativa acabada cuando el autor por su propio arrepentimiento activo impida la producción del resultado jurídico, esto es, la afección al bien jurídico protegido.

Mayores problemas han planteado la aceptación de la tentativa acabada. Efectivamente, esta supone inicio de ejecución y realización o finalización de los actos que, objetivamente deberían producir el resultado y este no se produce por causas

110 Gómez Benítez, 1984: 169.
111 Arzt, 1990: 175; Pérez Álvarez, 1995: 147.
112 Arzt, 1990: 175.

independientes de la voluntad del autor, esto es, por una causa distinta a su arrepentimiento activo. El campo esencial para la aplicación de la tentativa acabada es el de los delitos de resultado, en los que, desde que el autor lleva a cabo su comportamiento hasta que se produce el resultado, puede transcurrir un período de tiempo que puede ser interferido por factores extraños a su voluntad para que se realice el resultado a través del cual se afecte al bien jurídico protegido.

El problema que se suscita con los delitos de mera actividad es que, desde el punto de vista legal, cuando el autor en primera persona y directamente lleva a cabo «todos» los actos que objetivamente deberían producir el resultado de afección al bien jurídico, este ya se ha producido, en la medida en que la realización del último acto ejecutivo supone consumación y afección al bien jurídico, por lo que no existe un nexo que interrumpirse por ningún factor extraño (STS español de 7 de julio de 1978). Esto es cierto siempre que se atienda exclusivamente para afirmar si un acto es o no ejecutivo al principio objetivo formal, esto es, a la interpretación del verbo típico. Ahora bien, si además de este criterio que es esencial, por imperativo del principio de legalidad[113], se tiene en cuenta el plan ejecutivo diseñado por el autor, puede que una vez que este haya llevado a cabo todos los actos que necesariamente han de llevar aparejado el resultado de afección al bien jurídico, este no se produzca por una causa ajena a su voluntad (tentativa acabada), porque la acción sea inidónea (tentativa inidónea), por falta de objeto material (delito imposible) o que no se produzca por su propio y activo desistimiento[114]. En este sentido, Frisch, en relación con los delitos de mera actividad, admite: la tentativa inidónea, la tentativa anterior a la verdadera acción típica, también supuestos en los que el autor se halla ya en el estadio de la verdadera acción típica; la tentativa inacabada; así como la tentativa acabada (según la representación del autor) sin que se dé la consumación, manifiestamente solo en el sentido de un caso de divergencia entre representación y realidad[115].

Por ejemplo, el testigo protegido que falta a la verdad en su testimonio en causa criminal por escrito. Una vez que el autor realiza la acción típica, el delito en

113 Muñoz Conde/García Arán, 2007: 415.

114 También Spitéri, 1966: 505, admite la validez del desistimiento para afirmar que cabe la tentativa en los delitos de mera actividad, si bien, este autor, como adelanta el inicio de la ejecución (esto es, el inicio de la tentativa) a lo que no son más que actos preparatorios, tiene en consideración el propio desistimiento pero en relación con estos últimos. Así afirma: «en la tentativa el agente se dispone a poner en funcionamiento este medio, está a punto de pasar a la ejecución propiamente dicha. En el envenenamiento, por ejemplo, la tentativa supone que el agente ha estado dispuesto antes de verter el veneno y mientras se preparaba para hacerlo. La tentativa reduce aún el esquema del *iter criminis*: se encuentra aquí, en efecto, en el último estado de los actos preparatorios, el agente se dispone a comenzar la ejecución».

115 Frisch, 1994: 187.

condiciones normales, esto es, en los casos de testimonio directo ante el juez, ya estaría consumado. Pero como el autor ha diseñado su acción de esta forma concreta, si una vez que por escrito falta a la verdad, el documento no se lee ante el juez porque, por ejemplo, el funcionario de Correos se ha tomado unas vacaciones y no se ha recogido la correspondencia el día que debió hacerse, habrá tentativa acabada de un delito de falso testimonio. Y si una vez pone la carta en el buzón, el autor se arrepiente de lo que allí dice y se dirige en persona a su destinatario para decirle que en el documento que va a recibir a la vuelta de correo falta a la verdad y que quiere en ese momento, antes incluso de que el juez conozca de la falsedad, enmendar lo allí dispuesto, el delito de falso testimonio no se habrá producido por arrepentimiento activo de su autor: esto es exactamente lo que viene a reconocer el art. 462 CP español, cuando exime de pena al autor del falso testimonio en causa criminal que «habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate». Aunque el delito de falso testimonio del art. 458.1 CP español sea de mera actividad —en la medida en que basta con que se falte a la verdad en su testimonio en causa judicial (distinto es el tipo del delito de falso testimonio del número 2 del mismo artículo, en el que el legislador ha incluido un resultado, esto es, que a consecuencia de tal falso testimonio «hubiera recaído sentencia condenatoria»)—, podría ser castigada esta forma de *iter criminis,* pues a pesar de que, según la letra de la ley, no se incorpore al mismo ningún resultado, con lo cual no existe curso delictivo que interrumpir, atendiendo al plan preconcebido del autor en la realización material de este delito este pone en marcha un procedimiento en virtud del cual se va a llegar a afectar al bien jurídico protegido: desde esta perspectiva, no deben existir impedimentos para admitir la tentativa acabada en un delito de mera actividad[116].

En los supuestos comentados, el curso que se tiene en consideración para apreciar o no la tentativa no es ya solo el típico, sino el que particularmente haya diseñado el autor. Pero esta afirmación no solo ha de realizarse en relación con los delitos de mera actividad, sino que, además, es la pauta a partir de la cual han de interpretarse también las formas imperfectas de ejecución en los delitos de resultado: no existen por tanto diferencias entre la tentativa acabada e inacabada según si el tipo objetivo del delito en particular haya incluido o no un elemento

116 Gómez Pavón, 1998: 180, se manifiesta también a favor de la punición de la tentativa de un delito de mera actividad: «en anteriores ediciones, se había mantenido la imposibilidad de sancionar la tentativa en este delito, [...] el actual art. 71, posibilita su sanción, al no estar el juez o tribunal sujeto por los límites mínimos de cada pena»; sin embargo, dogmáticamente no parece argumento para negar la tentativa en el Código Penal derogado porque el juez no pudiera a los efectos de determinar la pena bajar de los límites mínimos.

típico «resultado», en la medida en que el «resultado» que define a dichas formas imperfectas de ejecución es la afección al bien jurídico protegido, esto es, el desvalor de resultado presente en todas las figuras delictivas.

En definitiva, caben las formas imperfectas de ejecución también en los delitos de mera actividad. Así afirma la STS español de 10 de febrero de 1997 en relación con los arts. 369.6 y 370:

> [...] al tratarse los hechos enjuiciados de delitos de tráfico de drogas, la dificultad encontrada por la jurisprudencia para aplicar la continuidad a delitos de mera actividad y de peligro abstracto que se consuman por la ejecución de cualquiera de las conductas específicas legalmente descritas sin necesidad para la existencia del delito de que se hayan producido concretos resultados lesivos. Solo aplica la continuidad delictiva a los delitos de tráfico de estupefacientes que sean parciales y fragmentarias ejecuciones, de un plan preconcebido que se pone en práctica y se desarrolla en diferentes ocasiones (STS 23 septiembre 1993).

Es preciso resaltar que las sentencias que mayoritariamente han venido a negar la realización imperfecta de los delitos de mera actividad lo han hecho con relación a tipos, como el de tráfico de drogas o el delito de inmigración ilegal del art. 313.1 en el que las formas típicas son muy amplias, hasta el punto que se consideran consumados ambos delitos atendiendo a la letra de la ley ante actos que si no estuvieran expresamente tipificados no serían siquiera actos ejecutivos.

III. ¿Es necesario seguir manteniendo la categoría de los delitos de mera actividad?

Después de analizar el tipo de injusto de los delitos de mera actividad y de haber relativizado la supuesta parte general especial aplicable a los mismos, ha llegado el momento de plantearse si es preciso seguir manteniendo la categoría de los delitos de mera actividad frente a los de resultado, es decir, si las diferencias que existen son tan importantes como para separar el estudio del tipo de injusto de ambos. La cuestión puede plantearse de otra forma: ¿se merecen un nombre propio aquellos delitos que carecen de un resultado natural típico causado por la acción y unido a ella por medio de la relación de causalidad que tampoco existe?

La respuesta debería ser afirmativa si todos los delitos de resultado plantearan problemas causales, pero esto no ocurre siempre. Hay delitos de resultado en los que la relación causal entre la acción y el resultado tampoco se discute, por ejemplo, porque el resultado es coetáneo a la acción. Esto significa que si ni siquiera en

estos últimos siempre existen problemas para imputar un resultado a una acción ¿no será que se está hipervalorando el problema causal?

Como ha señalado un sector doctrinal, dicho problema se ha exagerado tanto cuantitativa como cualitativamente. Cuantitativa porque afecta a muy pocos delitos («al homicidio y al delito de lesiones, o a aquellos en los que estos resultados aparecen como cualificación de un delito base»). Cualitativamente «porque con independencia de la teoría causal que se siga, la afirmación de una relación de causalidad no es todavía suficiente para imputar objetivamente un resultado al que lo ha causado» y todo ello porque históricamente la teoría causal nace con la finalidad de evitar la responsabilidad objetiva, el *versari in re illicita*[117].

Por tanto, si se quiere denominar delitos de mera actividad a aquellos que carecen de resultado natural y de los problemas causales que este conlleva, que así se haga, igual que también se distinguen los delitos comunes frente a los delitos especiales o los delitos con víctimas frente a los delitos sin victimas. La clasificación entre delitos de mera actividad y resultado ha de tener un sentido eminentemente escolástico, esto es, a la hora de clasificar los tipos penales según los elementos de mismo, pero nada más.

Quizá la distinción entre delitos de mera actividad y de resultado habrá de seguir manteniéndose hasta que la relación causal y el resultado estructural, naturalístico, o resultado separable de la acción sigan entendiéndose como problemas pertenecientes a la parte general del derecho penal y no como un especial problema de la parte especial, esto es, de cada uno de los delitos de resultado tipificados en el Código Penal.

117 Muñoz Conde/García Arán, 2007, 231.

Dolo eventual y culpa consciente
Criterios diferenciadores

Esther Hava García

I. Introducción. **II.** El dolo como conocimiento. **1.** Teorías de la representación o posibilidad. **2.** Teorías de la probabilidad. **3.** El riesgo como objeto del conocimiento. **III.** El dolo como conocimiento y voluntad 1. Teoría de la aprobación o del consentimiento. **2.** Teoría de la indiferencia o del sentimiento. **3.** La decisión en contra del bien jurídico. **IV.** Distinción a partir de elementos específicos de la imprudencia. **1.** La imprudencia como voluntad activa de evitación. **2.** La imprudencia como error sobre la evitabilidad del resultado. **V.** La unión del dolo eventual y la culpa consciente en una nueva categoría. **VI.** Conclusiones.

I. Introducción

Si la diferenciación entre conductas dolosas y culposas, en el plano puramente teórico, puede parecer nítida (quien conoce y quiere la realización de los elementos objetivos del tipo actúa dolosamente; si falta el segundo de estos elementos el comportamiento podrá calificarse, a lo sumo, de imprudente)[1], en la realidad se presentan numerosos casos en los que determinar si el autor realizó el hecho

1 El art. 81 del CP peruano de 1924 definía expresamente el dolo caracterizándolo con esos dos componentes, el volitivo y el cognitivo, Hurtado Pozo, 1987: 432. Sin embargo, el art. 11 del texto punitivo actualmente vigente en ese país ha prescindido de tal conceptuación, Peña Cabrera, 1995: 330; Villa Stein, 1998: 235.

con conocimiento y voluntad no resulta tan sencillo[2]. La existencia en la práctica de esta «zona gris», situada alrededor de la frontera entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, constituye uno de los verdaderos talones de aquiles de la dogmática penal y ha provocado una ardua discusión, no solventada aún[3], en torno al contenido que debe darse a los elementos cognitivo y volitivo del dolo.

La doctrina mayoritaria, tradicionalmente, había entendido que, si bien el dolo eventual tiene en común con la culpa consciente que el autor se representa como posible la realización del tipo objetivo, la actuación dolosa revelaría, frente a la imprudente, un plus de gravedad del ilícito[4] materializado en una voluntad más o menos intensa de realizar el hecho típico. Mientras que otro sector doctrinal, originariamente muy minoritario, comenzó a negarle relevancia al elemento volitivo a la hora de calificar un comportamiento como doloso. No obstante, ninguna de estas dos posiciones doctrinales fueron capaces de ofrecer criterios unívocos y, al mismo tiempo, resultados plenamente satisfactorios en la delimitación del ámbito propio del dolo eventual frente al de la imprudencia consciente: unas, por suponer la concurrencia de un elemento subjetivo tan difícil de probar como es la voluntad de realizar un determinado tipo delictivo; otras, precisamente, por prescindir del elemento volitivo y centrar de manera exclusiva el contenido del dolo eventual en el elemento cognitivo[5].

Ante dicha perspectiva, las modernas aportaciones han optado entre dos vías distintas: la primera se caracteriza por sus intentos de re-definir o, si se prefiere, «suavizar» el elemento volitivo, a fin de poder justificar incluso en el dolo eventual una cierta presencia de este componente; en tanto que la segunda lo hace desaparecer definitivamente del contenido propio del dolo, enriqueciendo y matizando en su lugar el elemento cognitivo para convertirlo en el único criterio de delimitación válido frente a la imprudencia.

2 Díaz Pita, 1994: 16 s.

3 En opinión de Canestrari, 1999: 2 ss., los problemas que plantea la individualización del área propia del dolo eventual frente a la de la culpa consciente parecen destinados a aumentar, entre otras razones porque cada vez es más frecuente el recurso a tipos de peligro, sobre todo en sectores tradicionalmente encuadrados en el área del riesgo permitido (actividad económica, productiva, laboral, sanitaria, deportiva, etc.). De hecho, la confusión entre el dolo y la imprudencia constituye, a juicio del autor, una de las características más significativas de la línea evolutiva del moderno «Derecho penal de riesgo». Sobre este tema, véase también Canestrari, 2004: 59 ss.

4 Zugaldía Espinar, 1986: 396 s.

5 Sin embargo, a juicio de Hurtado Pozo, 1987: 431, las divergencias doctrinales han sido exageradas: «Nadie ha afirmado que el dolo sería la sola voluntad de producir un resultado delictuoso o que él sería únicamente una representación de este resultado. Las doctrinas son más relativas». Cfr. Díaz Pita, 1994: 41 s.

La adscripción a una de estas dos opciones no es, desde luego, una cuestión baladí, pues los diferentes conceptos de dolo conducen a consecuencias claramente divergentes en dos ámbitos que aparecen indisolublemente unidos: el político-criminal[6] y el estrictamente dogmático. De este modo, si se parte de una concepción «dualista», en la que se mantengan en cierta medida los componentes tradicionalmente adjudicados al dolo (esto es, conocimiento y voluntad), será posible diferenciar las dos categorías clásicas de imprudencia (consciente e inconsciente) como figuras ajenas al ámbito propio de la conducta dolosa, circunscribir este y afirmar el carácter excepcional de la punición de la culpa. En cambio, si se acoge una concepción «monista», que conciba el dolo como puro conocimiento, la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente (o culpa con y sin representación) perderá buena parte de su sentido, en la medida en que la primera categoría se integraría dentro del contenido del dolo eventual, quedando como única modalidad posible de comisión culposa la inconsciente. La consecuencia político-criminal de esta segunda opción es evidente: comportamientos que tradicionalmente se han calificado, y en su caso penado, como imprudentes (a pesar de que el sujeto se representara la posibilidad del resultado) deberían ser considerados ahora dolosos; su punición, lejos de ser excepcional, se agravaría y se convertiría en obligatoria[7].

II. El dolo como conocimiento

Toda la doctrina parece estar de acuerdo, al menos, en la necesidad de que concurra el factor cognitivo para poder afirmar la existencia de dolo eventual, quizá porque la presencia de dicho factor se puede deducir con cierta facilidad a partir de datos externos[8]. Tras esta premisa común, las divergencias comienzan a manifestarse en dos frentes: el primero de ellos, que ya ha sido mencionado, se plantea entre los que mantienen la existencia de los elementos cognitivo y volitivo en todos los grados de dolo y aquellos que niegan la relevancia de la voluntad en sus diversas variantes, al menos en la conceptuación del dolo eventual; el segundo surge a la hora de determinar el concreto grado de conocimiento que se debe poseer para actuar dolosamente, cuestión esta que, por razones obvias, adquiere mayor trascendencia en el seno de las teorías cognitivas.

La discusión en torno al alcance del elemento volitivo en la composición del dolo, si bien adquirió un enorme protagonismo en Alemania durante las décadas

6 Bustos Ramírez, 1984: 29 ss.

7 En sentido similar, Peña Cabrera, 1995: 337 ss.

8 Díaz Pita, 1994: 27 s.

de los cincuenta y sesenta, no produjo una acogida excesivamente favorable de las teorías cognitivas por parte de la doctrina de otros países que, salvo contadas excepciones[9], se limitó a criticarlas. Sin embargo, ese sector doctrinal, inicialmente muy minoritario, ha ido aumentando en número de adeptos[10], hasta el punto de que, en la actualidad, puede decirse que la posición que prescinde del elemento volitivo a la hora de diferenciar dolo eventual y culpa consciente predomina, explícita o implícitamente, en buena parte de las monografías escritas sobre el tema en los últimos años[11].

Los argumentos para rechazar la importancia de la voluntad en la caracterización del dolo son diversos[12], pero generalmente pivotan en torno a las dificultades de prueba que plantea, y la supuesta idoneidad del factor cognitivo como paradigma diferencial entre el comportamiento doloso e imprudente. No obstante, ya se ha advertido que tampoco existe unanimidad a la hora de determinar los concretos requisitos que debe cumplir ese elemento cognitivo como criterio delimitador frente a la imprudencia. Esas diferencias en la conceptuación del conocimiento necesario para el dolo permiten distinguir tres tendencias fundamentales en el seno de la teoría cognitiva.

9 Uno de los escasos defensores desde el principio de las teorías cognitivas en España es Gimbernat Ordeig, 1990: 254 ss.

10 Buena prueba de ello es lo que afirmaba Silva Sánchez, 1987: 651, hace más de una década: «A estas alturas, por supuesto puede discutirse si el dolo [...] es solo conocimiento o, además, también voluntad. De hecho, es muy minoritario el sector doctrinal que sostiene lo primero, aunque se detecta una tendencia al aumento del número de sus detentadores (recientemente, *Hruschka, Jakobs, Frisch* y *Kindhäuser* se han situado muy próximos a esta postura). Ahora bien, concedido lo anterior, difícilmente cabe discutir que, si la voluntad juega algún papel en el dolo típico, este se reduce a su relación con la *acción* como elemento del tipo objetivo y no afecta a ninguno de los restantes elementos típicos, respecto a los cuales solo tiene sentido establecer una relación de conocimiento».

11 Al respecto, véase por ejemplo Feijoo Sánchez, 1998: 279 ss.; Laurenzo Copello, 1999: 245 ss.; Ragues i Valles, 1999, *passim.*

12 Así por ejemplo, algunos autores como Kindhäuser, 1984: 23, Herzberg, 1986: 249 ss. y Jakobs, 1997b: 312 ss. entienden que todos los problemas que el factor volitivo provoca en relación al dolo eventual, se deben a una errónea ubicación de este factor dentro de la estructura del delito. Desde esta perspectiva, la voluntad se interpreta exclusivamente como la posibilidad de que dispone el sujeto de realizar el resultado de forma controlada, esto es, como un elemento constitutivo de la estructura de la acción que no afecta a la imputación a título de dolo, Díaz Pita, 1994: 26 s. La ubicación de la voluntad en la acción en lugar de en el dolo ha sido teorizada especialmente por Herzberg, 1988: 576 ss.

1. Teorías de la representación o posibilidad

Esbozada inicialmente por Schröder[13] en la posguerra, y desarrollada posteriormente en profundidad por Schmidhäuser[14], la teoría de la representación o posibilidad parte de dos premisas teóricas fundamentales: en primer lugar, la mera representación, por parte del autor, de la posibilidad de que su acción sea adecuada para producir el resultado típico debería ya hacer desistir al sujeto de seguir actuando; en segundo lugar, la confianza en que el resultado no se producirá encierra en sí misma la negación de esa posibilidad, y por tanto excluye el dolo. De esto se concluye afirmando que todas las formas de imprudencia imaginables se reducen a una sola, la imprudencia inconsciente: la denominada culpa con representación se incluye en el ámbito del dolo eventual; la creencia errónea de que el resultado no se producirá equivale a ausencia de representación y, por tanto, a imprudencia inconsciente[15].

Con todo, la versión originaria de la teoría de la representación, si bien rechazaba de plano la relevancia del elemento volitivo para distinguir el dolo eventual de la imprudencia, mantenía su presencia en los otros dos grados de dolo (es decir, en el dolo directo o de primer grado y el indirecto o de segundo grado), lo cual provocaba una cierta contradicción interna en el sistema, en la medida en que impedía la formulación de un concepto unitario de dolo. El paso decisivo hacia una teoría pura del conocimiento dentro de esta tendencia lo daría posteriormente Schmidhäuser[16], proponiendo un nuevo y genérico concepto de dolo en el que se prescinde definitivamente del elemento volitivo, cuyo análisis queda relegado al momento de la acción: el dolo es conocimiento de los elementos del tipo; la diferenciación entre dolo e imprudencia equivale, pues, a la distinción entre consciencia e inconsciencia[17].

Quizá la principal crítica que se puede realizar a la teoría de la representación se fundamenta en que, de facto, lejos de negar la existencia del elemento volitivo en la configuración del dolo, se limita lisa y llanamente a presumir su concurrencia

13 1949: 207 ss.

14 1987: 373 ss.

15 Schröder, 1949: 244.

16 1980: 242.

17 A conclusiones similares parece llegar en ocasiones la jurisprudencia peruana: así por ejemplo, en el Exp. 3365-96 Piura: «El acusado ha obrado sin dolo en los hechos instruidos referidos a la muerte del agraviado, esto es, sin una voluntad ni propósito dirigidos a causar un resultado homicida. En el comportamiento a título de dolo eventual, el sujeto activo al desplegar su conducta asume la posibilidad de producción del resultado; mientras que en el supuesto de culpa inconsciente el sujeto activo no conoce el resultado ni se lo representa», cfr. Villavicencio, 2000: 72.

cuando se constata un cierto grado de conocimiento en el autor[18]. En efecto, tal y como destaca Roxin[19], probablemente no habría nada que objetar en contra de dicha concepción si fuera cierto que el sujeto que percibe la mera posibilidad de realización de un tipo, y a pesar de esto sigue actuando, ya ha incluido en sus cálculos la producción del resultado y se ha decidido en contra del bien jurídico. Sin embargo, el comportamiento humano es rico en matices y existen muchos supuestos reales que demuestran la inexactitud de tales afirmaciones; así, por ejemplo, quien a pesar de que se le hace una advertencia en tal sentido, adelanta arriesgadamente o tira un cigarrillo aún encendido, se percata a la perfección de la posibilidad de que su acción produzca la lesión de un bien jurídico, pero confía no obstante en que tal suceso no se producirá.

Además, pueden darse supuestos en los que, existiendo el mismo grado de conocimiento en la mente del autor, una mínima lógica (o, si se prefiere, el sentimiento jurídico) indica que deben tener una respuesta penal diferente; de este modo, por ejemplo:

> [...] si suponemos hipotéticamente que alguien realiza un disparo desde muy lejos y tiene claro que puede alcanzar a X con una probabilidad del diez por ciento, entonces se le ha de castigar con seguridad como autor doloso si se propone matar a X y, efectivamente, le alcanza. Pero si el sujeto pretende *ceteris paribus*, cazar un jabalí y por negligencia o ligereza no se toma en serio la posibilidad en sí conocida de alcanzar al montero X, entonces solo existe un caso de accidente producido por imprudencia consciente, si X resulta alcanzado. Por tanto, en una situación igual en cuanto al saber puede haber que apreciar en un caso *dolus eventualis* y en el otro imprudencia consciente. Una interpretación que reduce el dolo exclusivamente al componente del saber es demasiado intelectualista[20].

2. Teorías de la probabilidad

La variante más conocida de la teoría de la representación es probablemente la esbozada por Mayer[21], quien encuentra la base para imputar la producción de un resultado lesivo a título de dolo en la representación, de exclusivo carácter intelectivo, que tenga el autor respecto al grado de probabilidad de dicha

18 Köhler, 1982: 301 ss.
19 1997: 433 s.
20 Roxin, 1997c: 434.
21 1953: 250 ss.

producción[22]. Este juicio de probabilidad se construye, por tanto, en la mente del individuo, y es indiferente si el sujeto llega a dicho juicio basándose en expectativas razonables, en una represión inconsciente de ciertos datos de la realidad o en otras razones de carácter psicológico[23]; de este modo, no importa el que el autor esté o no de acuerdo con el resultado, ni que lo consienta o no[24].

Pero lo que deba entenderse en la práctica por «probabilidad de producción del resultado» dista mucho de ser diáfano en esta concepción, y desde luego poco ayuda a aclarar la cuestión la afirmación de que probable es «más que mera posibilidad y algo menos que preponderante probabilidad»[25]. Tal definición, como sostiene[26], «presta un flaco servicio a la hora de establecer si el sujeto estimó probable o no la materialización de la lesión de un determinado bien jurídico y nos priva de un criterio seguro que nos permita una imputación correcta de tal resultado»[27].

Así mismo, ni la teoría de la probabilidad, ni la de la representación, aclara suficientemente en qué se fundamenta la distinta gravedad de injusto entre el delito doloso y el imprudente o, dicho de otro modo, el porqué de la existencia de un cierto conocimiento debe implicar ya un mayor desvalor que su ausencia. En efecto, en una sociedad como la actual, en la que de forma cotidiana los individuos entran conscientemente en contacto con focos de riesgo para bienes jurídicos indispensables (desempeñando tareas peligrosas que no solo son toleradas, sino que a menudo resultan necesarias para la colectividad, aunque implican

22 También pueden encontrarse en la práctica judicial peruana pronunciamientos acordes con esta teoría. Así por ejemplo, la sentencia de 27 de abril de 2006, recaída en el Exp. 23231-2004 sobre el conocido caso de la «Discoteca Utopía», en la que se condena por homicidio con dolo eventual en el entendimiento de que «el acusado se representó el resultado típico y lesiones graves, y que a pesar de ello dentro de la teoría de la probabilidad, asumió el riesgo probable y adoptó la continuación de su accionar, mediante la realización de hecho».

23 Díaz Pita, 1994: 96.

24 En apoyo de esta conclusión, Gimbernat Ordeig, 1990: 256 s., afirma que «puede haber dolo (directo de segundo grado) sin voluntad», y «si la «aprobación» del resultado no desempeña ningún papel en los casos de dolo directo de segundo grado en sentido estricto [...] ni en aquellos casos en los que se considera sumamente probable que el resultado directamente querido traiga consigo otros no queridos [...], entonces no se entiende por qué esa aprobación ha de desempeñar un papel tan decisivo en el dolo eventual. [...] El resultado al que hemos llegado pone en tela de juicio —no solo para el dolo eventual, sino *ya* también para el directo de segundo grado— la identificación de dolo y voluntad».

25 Mayer, 1953: 251.

26 Díaz Pita, 1994: 97.

27 Roxin, 1997c: 435, considera el conocimiento de la probabilidad del resultado un indicio esencial, pero estima discutible que «para la seriedad del contar con el resultado sea decisivo siempre un pronóstico puramente intelectual de probabilidad. Ello no es posible ya por el mero hecho de que pocos sujetos reflexionan sobre grados determinados de probabilidad». En sentido parecido se pronuncia Canestrari, 1999: 34 s.

un cierto nivel de inseguridad —industria, tráfico vial, etc.—), señalar a la mera representación de la posibilidad/probabilidad de que, en el desempeño de esas actividades, se produzca un menoscabo (o una puesta en peligro típica) de alguno de esos bienes jurídicos, como única causa legitimante de la mayor penalidad que conlleva en todo caso la actuación dolosa, parece, cuando menos, un argumento endeble[28].

Jakobs[29] ha intentado resolver este déficit de fundamentación que presentan las teorías cognitivas elaborando una tesis que, aunque parte de premisas metodológicas distintas, puede considerarse otra variante de la teoría de la representación en la medida en que llega a conclusiones muy similares: dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias; solo importa el conocimiento [por parte del autor] de que no es improbable la realización del tipo.

En concreto, la razón de la menor penalidad que recibe el comportamiento culposo frente al doloso lo encuentra Jakobs en el hecho de que el primero afecta menos a la validez de la norma que el segundo; de este modo, los ilícitos imprudentes, en lugar de revelar una infidelidad a la norma tan drástica como los dolosos, pondrían de manifiesto la incompetencia del sujeto para el manejo de sus propios asuntos, que no ha valorado las consecuencias de su descuido porque, sencillamente, le eran desconocidas en el momento de actuar. De ahí, concluye, el autor imprudente soporta un riesgo natural que no es común en el dolo:

> [...] el riesgo de que puede resultar perjudicado él mismo o un tercero cuyo daño el autor sufrirá como propio. En la medida en que la imprudencia no resulta de un desinterés específico, sino de una desatención general no dirigida, difusa en las consecuencias, resulta cargada con el peligro de una pena natural, y este riesgo del autodaño propicia la disposición a cumplir la norma; disminuyendo, por tanto, la necesidad de reaccionar penalmente frente a una infracción no dolosa[30].

De forma paralela, el autor mencionado intenta matizar en cierto modo el alcance de las teorías de la probabilidad *stricto sensu* reforzando el elemento cognitivo que considera característico del dolo, a fin de facilitar su diferenciación de la imprudencia. Este elemento cognitivo deja ya de ser en su tesis un mero conocimiento para convertirse en un juicio válido para el autor. Así, «no basta el mero pensar en la posibilidad del resultado [...]. Concurrirá, pues, dolo eventual

28 Díaz Pita, 1994: 103 s.
29 1995: 316 ss.
30 Jakobs, 1989: 641 s.

cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción»[31].

Aun sin analizar en profundidad la tesis de Jakobs[32], pueden señalarse algunos de sus inconvenientes. En primer lugar, utilizar la teoría del «riesgo natural» como argumento para fundamentar la mayor gravedad del comportamiento doloso frente al culposo parece una opción, cuando menos, discutible; pues son perfectamente imaginables tanto conductas imprudentes que no conlleven para el autor un auto-riesgo/riesgo sentido como propio (por ejemplo, la puesta en peligro imprudente de un bien jurídico difuso, como el medio ambiente) como actuaciones dolosas en las que el autor deba soportar, para cumplir su objetivo, un «riesgo natural» (así, por ejemplo, el terrorista que entra en unos grandes almacenes portando una bomba para activarla en su interior y, posteriormente, darse a la fuga, soporta un auto-riesgo, aunque este no forme parte de su plan; el padre de familia que decide matar a sus hijos y, luego, suicidarse puede actuar con dolo —directo— respecto a esas muertes y, no obstante, sufrir con las consecuencias de esa acción; el conductor que invade a gran velocidad la calzada contraria para ganar una apuesta puede actuar con dolo —eventual— en relación con la muerte o lesiones de otros conductores y, sin embargo, sentir como propios los daños que finalmente ocasiona con su acción)[33].

En segundo lugar, tampoco parece convincente la caracterización que realiza Jakobs del elemento cognitivo pues, de este modo, las presuntas dificultades que suscita la constatación de la voluntad se trasladan a la prueba del conocimiento, en la medida en que habrá que distinguir en la práctica cuándo el autor ha realizado un «juicio válido» respecto de la probabilidad del resultado y cuándo simplemente «ha pensado en él» o «se le ha ocurrido». Y ello es así porque, en el fondo, esta interpretación «intelectiva» del dolo, que no se conforma con la mera representación del riesgo, sino que exige que el autor formule un «juicio» válido,

31 Jakobs, 1997b: 327: «El mero "pensar en" u "ocurrirse", sin cualidad de juicio, puede denominarse, si se quiere, imprudencia consciente; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la consciencia en este tipo de imprudencia ya en su contenido no se corresponde con el conocimiento de las consecuencias propio del dolo». Se adhiere esencialmente a esta tesis, aunque haciendo matizaciones, Sancinetti, 1991: 201 ss.

32 Dicho análisis puede encontrarse, por ejemplo, en Díaz Pita, 1994: 236 y Rodríguez Montañés, 1994: 79 ss.

33 En sentido parecido se pronuncia Feijoo Sánchez, 1998: 359 ss. No obstante, el autor mencionado le reconoce a esta tesis su utilidad como indicador del dolo, en la medida en que, en su opinión, cuando el sujeto activo se ve perjudicado por un riesgo que él mismo ha creado es más fácil constatar la ausencia de dolo, «ya que todo el mundo actúa por motivos egoístas o busca siempre su supervivencia».

supone, en realidad, incluir dentro de lo intelectivo un aspecto que pertenece al ámbito de lo volitivo: el momento de decisión propio del hecho doloso[34].

Por lo demás, esta tesis se hace acreedora a las críticas que se realizan a la teoría de la probabilidad por su falta de concreción, en la medida en que los criterios propuestos por Jakobs a la hora de precisar el grado de probabilidad exigible para afirmar la existencia de dolo eventual (importancia legal del bien jurídico afectado, habitualidad o no del riesgo[35]) quizá constituyan indicios a tener en cuenta en la valoración del comportamiento. Pero si se les considera factores determinantes del enjuiciamiento pueden provocar, por demasiado estrictos, tratamientos desiguales para hechos que, valorativamente, deben recibir el mismo[36].

3. El riesgo como objeto del conocimiento

Adoptando un enfoque supuestamente novedoso del tema, un sector de la doctrina opta, sin dejar de adscribirse a la teoría cognitiva, por modificar el objeto del conocimiento que, se estima, resulta necesario para afirmar la presencia de dolo. En este contexto, la expresión «probabilidad del resultado» se sustituye por la de «peligro» o «riesgo».

---

34 Rodríguez Montañés, 1994: 81.

35 «Quien, moderadamente bebido, conduce un automóvil, origina un riesgo estadísticamente predecible, pero individualmente insignificante si hay alguna habituación en relación con el resultado.[...] Quien en la circulación rodada —en conocimiento actual del riesgo del resultado— sobrepasa moderadamente la velocidad máxima, o se acerca a menor distancia de la de seguridad, etc., a pesar de su conocimiento, solo tiene dolo de un tipo de puesta en peligro abstracto; sin embargo, quien adelanta antes de un cambio de rasante en una carretera estrecha, o quien a ciegas se salta un semáforo en rojo, tiene dolo de lesión; tales situaciones se sienten a menudo incluso como críticas», Jakobs, 1997b: 333 ss.

36 Roxin, 1997c: 442: «No se comprende por qué p. ej. la embriaguez al volante no ha de fundamentar dolo eventual y sin embargo ha de hacerlo siempre el saltarse el semáforo en rojo; ambos modos de comportarse están por igual estrictamente prohibidos y convertidos en tabú. Hasta qué punto alguien sienta la situación como «crítica» y se tome en serio el peligro depende de los datos del caso concreto y no se puede reducir a un esquema unívoco. No es convincente tampoco la remisión a la «importancia del bien afectado», si con ello se quiere decir que cuando se ponen en peligro bienes jurídico especialmente valiosos (¡integridad física y vida!) se ha de apreciar *dolus eventualis* antes que cuando se trata de bienes jurídicos de rango inferior. Ello debería conducir en caso de igual valoración de la probabilidad a p. ej. la afirmación de un dolo homicida y a la negación de un dolo de daños, lo que contradice el punto de partida de Jakobs y conduce además a resultados tendencialmente incorrectos. Pues, como el nivel de inhibición ante un homicidio es especialmente alto, se reprimirá aquí más fácilmente la representación de la puesta en peligro y se habrá de apreciar imprudencia consciente antes que en el caso de bienes de menor valor. También el saltarse el semáforo en rojo, el adelantar en cambios de rasante, y situaciones similares fundamentarán por tanto por regla general solo imprudencia».

La tesis de Frisch[37], principal exponente de esta tendencia[38], puede sintetizarse así: el verdadero objeto del conocimiento en el dolo es el comportamiento típico, entendido como conducta arriesgada o peligrosa cuya ejecución, teniendo como base las circunstancias de la concreta situación reconocibles ex ante por el autor, implica un aumento o creación del riesgo de lesión de un bien jurídico en la forma prevista en el tipo correspondiente. Del objeto del dolo quedaría excluido, por tanto, el resultado lesivo; no será necesario que el sujeto se represente la probabilidad de que dicho resultado se produzca, sino solo que sea consciente de que su comportamiento entraña la creación de un riesgo no permitido. La distinción entre dolo e imprudencia debe realizarse, en definitiva, atendiendo al momento de la acción, y no al momento del resultado.

La razón esencial de la conclusión anterior estriba, según este sector doctrinal, en el hecho de que el ordenamiento no puede exigirle al autor conocer el resultado:

> [...] solo es posible conocer el pasado o el presente, nunca el futuro. Este se puede calcular, prever o predecir. Antes de la realización del tipo solo se puede pronosticar que el resultado se producirá o que se puede producir. Por ello para imputar un tipo de resultado a título de dolo basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte, lesiones o daños y, por tanto, que prevea el resultado como consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite explicar el posterior resultado o el riesgo idóneo, adecuado o suficiente para producir el resultado[39].

Frisch matiza los perfiles del concepto de conocimiento propio del dolo para hacer posible su diferenciación del comportamiento imprudente, afirmando que no es suficiente la mera representación del riesgo, sino que es necesario constatar una «toma de posición personal» por parte del autor respecto al carácter peligroso

37 1983: 97ss.

38 En una línea similar se enmarca la teoría de Herzberg, 1986: 249ss., que distingue entre «peligro protegido» y «peligro desprotegido».

39 En esta línea se pronuncia también en España Corcoy Bidasolo, 1989: 268: «Objeto del dolo es pues la conducta, no el resultado ni la relación de riesgo (o el curso causal), ya que estos no pertenecen al injusto». Por su parte, Laurenzo Copello, 1999: 248 ss., aunque mantiene que «la esencia del delito doloso debe fijarse en la realización de una acción a pesar de conocer el peligro concreto de lesión del bien jurídico», discrepa de la tesis de Frisch, para quien ni el resultado ni las condiciones de la imputación objetiva constituyen objeto del dolo pues, en opinión de la autora, «parece difícil de negar que el conocimiento del riesgo abarca ya el resultado, aunque no por la vía naturalística de percepción sensorial, sino en la forma comúnmente aceptada de pronóstico o previsión». Feijoo Sánchez, 1998: 277 s.

de su conducta. De este modo, habrá que negar la existencia de dolo cuando el sujeto no se representa el comportamiento en su dimensión injusta típicamente relevante (porque no piensa en la peligrosidad de su conducta en absoluto, piensa en la peligrosidad general, pero no se representa el riesgo en concreto, o se lo representa pero este es de escasa importancia y por ello resulta tolerado) o cuando, aun habiéndose representado el peligro típico, falte la «vinculación personal» del sujeto con ese riesgo normativamente relevante. En estos supuestos, el conocimiento del autor no abarcaría ya esa peculiar dimensión que posee su comportamiento, esto es, su carácter antinormativo y su especial peligrosidad; así sucedería en los casos de negación del peligro, confianza racional o irracional en un desenlace airoso o valoración subjetiva del riesgo como tolerado[40].

A decir verdad, las consecuencias a las que se llega con esta teoría no parece que sean muy distintas de las anteriores, dado que se limita a la introducción, de un modo más nítido si se quiere, de la perspectiva ex ante en el análisis del dolo (perspectiva que, en realidad, parece que nadie duda que sea la idónea) y al cambio de «etiquetas» en la descripción del objeto del conocimiento, en la medida en que «probabilidad del resultado (lesivo)» no significa otra cosa que «peligro (de lesión)»[41]. Para ser sinceros, aún parece que la utilización del término «riesgo» puede crear más problemas de los que resuelve, si se traslada esta tesis al estudio de otras conductas penalmente relevantes cuyo resultado típico no es ya la lesión del bien jurídico protegido. Así, por ejemplo, cuando se trate de dilucidar si el autor de unos vertidos contaminantes tipificados en los artículos 325 y 331 CP español actuó dolosa o imprudentemente, surgirá la duda a la hora de determinar qué grado de conocimiento será necesario constatar: el del riesgo de que se produzca el (resultado de) peligro, o bien la completa representación del peligro típico[42].

40 Frisch, 1983: 192 ss.

41 Buena prueba de ello es el hecho de que Gimbernat Ordeig, 1990: 251, afirme que la teoría de la probabilidad (o representación) se diferencia de la del consentimiento en que la primera «no enfrenta al sujeto con el resultado, sino con la *situación peligrosa*. Imaginemos a un delincuente que huye y dispara al pecho del agente de Policía que le persigue. Pues bien: la doctrina de la probabilidad se detiene en la situación peligrosa, se detiene en el momento en que el delincuente realiza el disparo, e investiga el grado de duda que el delincuente atribuía a la producción del resultado "muerte" [...]. La teoría de la voluntad o del consentimiento, en cambio, va más allá de la situación peligrosa y confronta al delincuente con el resultado, imaginándole como efectivamente acaecido. No se trata ya de examinar la actitud del sujeto ante un *peligro de muerte* para el policía, sino ante la *muerte* del agente de Policía».

42 En opinión de Feijoo Sánchez, 1998: 325 ss., «la imputación a título de dolo exige como objeto de conocimiento algo más que la mera posibilidad de causar el resultado. Solo se puede hablar de dolo de lesión cuando el autor prevé un riesgo típico que crea o que, por otras razones, es cosa suya (art. 11 CP) y que tal y como lo prevé se puede realizar en un resultado.

Elegir la segunda de las opciones apuntadas supondría realizar una equiparación valorativa entre los delitos de peligro y los delitos de lesión que, desde luego, no parece corresponderse con la menor gravedad, en términos de pena, que le asigna el derecho penal a aquellos frente a estos.

No obstante, Frisch[43] opta por la primera de las posibilidades, al menos por lo que respecta a los delitos de peligro concreto, afirmando que en estos casos el autor debe partir sobre la base de que su comportamiento implica aquel riesgo específico propio de tales delitos: el riesgo —objetivamente ya no tolerable— de que se produzca una «situación de peligro concreto», entendida como «situación de incertidumbre en la existencia de un objeto de un bien, o una situación en la que es posible la producción de un resultado conforme a la medida objetiva habitual; o una situación en la que el observador objetivo diría que depende de la casualidad que el resultado se produzca o no y en la que no se puede confiar en la no producción del daño». De este modo, si el sujeto ha comprendido su conducta en esta dimensión se comporta dolosamente respecto del delito de peligro concreto; en cambio, si ha rechazado la posibilidad de que se produzca tal situación o ha confiado irracionalmente en que no se producirá, habrá tan solo dolo de peligro abstracto[44].

Así, los niveles de conocimiento exigidos para afirmar, respectivamente, la existencia de dolo de lesión y dolo de peligro serían distintos: en el primero, el autor sabe que su comportamiento entraña un cierto riesgo —objetivamente no tolerable— de lesión; en el segundo, el autor sabe que su comportamiento entraña un riesgo —objetivamente no tolerable— de crear una situación de peligro. Por esto, concluye, no existe una relación de identidad entre el dolo (eventual) de lesión y el

Esta sería la gran diferencia entre las «teorías tradicionales de la representación» y una «teoría intelectual moderna del dolo» que presupone la imputación objetiva del hecho al autor basada en criterios no exclusivamente causales o naturalísticos [...]. En los delitos de resultado lesivo el riesgo típico que permite explicar aquel ha de ser siempre el objeto de referencia del dolo y la imprudencia». Sin entrar a discutir lo acertado de las afirmaciones anteriores, lo que parece innegable es la dificultad que existe a la hora de trasladar este esquema lógico a los delitos de peligro, cuya estructura, por definición, no incluye la producción de un daño o menoscabo para el bien jurídico, con lo que persisten las dudas expuestas en el texto a la hora de valorar el grado de conocimiento necesario para afirmar la existencia de dolo o imprudencia en los delitos de peligro.

43 1983: 295 ss.

44 De esta concepción parece deducirse que, en aquellos delitos cuyo desvalor de resultado consista, precisamente, en la creación de un peligro abstracto (por ejemplo, el art. 325 del CP español), el grado de conocimiento necesario para afirmar la existencia de dolo equivaldrá a la completa representación de tal riesgo típico. Sobre la exacta conceptuación de los delitos de peligro abstracto, véase Terradillos Basoco, 2001b: 798 ss.

dolo de peligro, pues un sujeto puede partir de la provocación de una situación crítica desde el punto de vista objetivo, pero confiar en que no se produzca el resultado.

La tesis de Frisch tampoco está en este punto exenta de objeciones, y ello porque, como acertadamente pone de manifiesto Rodríguez Montañez[45], el recurso del autor:

> [...] a esta diferenciación entre acción de lesión/de puesta en peligro, riesgo de lesión/de puesta en peligro obedece a su empeño de reducir el dolo al momento cognitivo, pero él mismo reconoce que la diferencia estriba en que un sujeto puede partir de la provocación de una situación crítica desde el punto de vista objetivo, pero juzgar el desarrollo posterior de la misma de forma distinta a lo que corresponde a la valoración objetiva, confiando en que no se produzca el resultado. Por tanto, la diferencia no radica en el plano objetivo (riesgo de lesión igual riesgo de peligro), ni en el momento de la representación del mismo, sino en la «toma de posición del autor ante el riesgo», confianza o no en la no producción del resultado. Es decir, en lo que tradicionalmente integra el momento volitivo del dolo.

La denominada concepción normativa (estricta) del dolo se revela, pues, como una fórmula (ineficaz) para presumir, a partir de la constatación del conocimiento, la existencia de otros factores internos caracterizadores de la conducta cuya concurrencia, se quiera o no, también resulta necesaria para poder distinguir el comportamiento doloso del imprudente[46].

III. El dolo como conocimiento y voluntad

Las dificultades que plantea la aplicación en la práctica de una teoría estrictamente cognitiva (determinación del grado de «probabilidad» del resultado o «riesgo» típico que debe abarcar el conocimiento del sujeto), las contradicciones internas que conlleva (rechazo explícito de la relevancia del elemento volitivo y admisión

45 1994: 89 s.

46 Especialmente ilustrativa en este sentido es la posición de Feijoo Sánchez, 1998: 280 ss., quien se declara decidido partidario de una concepción estrictamente normativa del dolo, y sin embargo posteriormente reconoce que el conocimiento no fundamenta en exclusiva la imputación a título de dolo: «Lo que el sujeto conoce o desconoce es solo una cuestión de constatación o determinación fáctica, pero la simple representación no puede constituir la infracción de un deber. *El fundamento del desvalor se encuentra en la decisión de realizar algo o de omitir una conducta a pesar de lo que se conoce*. En el delito realizado con dolo eventual ya hay una decisión de realizar el tipo aunque sea de forma eventual o la realización sea insegura, *decisión que no existe en los supuestos de imprudencia*».

implícita de tal elemento para diferenciar el dolo de la culpa) y, sobre todo, las indeseables consecuencias político-criminales que implica (principalmente, la agravación punitiva de la imprudencia consciente por su inclusión en el ámbito de lo doloso), hacen que el sector doctrinal aún mayoritario haya decidido no prescindir en su teorización de los dos elementos tradicionalmente adjudicados al dolo: el elemento cognitivo y volitivo[47].

Sin embargo, en el seno de los partidarios de esta concepción no existe unanimidad a la hora de determinar en qué debe consistir la voluntad propia del dolo eventual y cuál es el criterio idóneo para diferenciarlo de la culpa[48]. En este contexto, parece mantenerse cierto consenso tan solo en torno a dos cuestiones: en primer lugar, el análisis del dolo debe otorgar primacía al aspecto externo de la voluntad, con lo cual quedaría así relegado el estudio de su aspecto más interno a un momento anterior, el de la acción penalmente relevante[49]; en segundo lugar, no es posible equiparar el «querer» en sentido coloquial con el «querer» como componente subjetivo del dolo[50]. A partir de estas dos premisas básicas, comienzan las discrepancias doctrinales a la hora de definir tal elemento; discrepancias que, como en el caso anterior, permiten esbozar una clasificación de las principales tendencias existentes en el seno de la concepción volitiva.

1. Teoría de la aprobación o del consentimiento

Históricamente, la expresión más influyente de la concepción volitiva del dolo ha sido, sin duda, la teoría de la aprobación o del consentimiento[51], a cuyo tenor se

47 Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 1995: 142; Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, 1999: 63 ss.; Hurtado Pozo, 1987: 431; Jescheck, 1993: 269 ss.; Luzón Peña, 1999: 426 ss.; Mir Puig, 1998: 249 ss.; Muñoz Conde/García Arán, 2000: 308 ss.; Peña Cabrera, 1995: 330 ss.; Quintero Olivares, 2000: 330 ss.; Roxin, 1997c: 446 ss.; Villa Stein, 1998: 235 ss.; Villavicencio, 2000: 69 ss.

48 Así por ejemplo, Quintero Olivares, 2000: 340 s., aun partiendo de una concepción «dualista» del dolo (voluntad y conocimiento), opta por la teoría de la probabilidad como criterio idóneo para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente.

49 Por todos, Díaz Pita, 1994: 149: «La voluntad, así entendida, ha de referirse indefectiblemente a algo exterior: la lesión de un bien jurídico. La otra interpretación de la voluntad, desde una perspectiva psicológica, solo nos ayuda a separar aquellos comportamientos que, desde el punto de vista penal, no son considerados acciones en sentido estricto por el hecho de ser acciones no voluntarias, no regidas por la voluntad consciente del sujeto, como puedan ser los actos realizados bajo una fuerza irresistible, en estado de inconsciencia o los llamados movimientos reflejos».

50 Schmidhäuser, 1985: 139 ss.

51 Entre los partidarios en España de la teoría del consentimiento puede citarse, por ejemplo, a Antón Oneca, 1949: 202; Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo, 1972: 20; Cuello Calón, 1980: 444 s.; Jiménez de Asúa, 1976: 585. Por su parte, Quintano Ripollés, 1958:

exige para afirmar la existencia de dolo eventual, junto a la previsión del resultado, que el sujeto lo haya aprobado interiormente, es decir, que haya estado de acuerdo con él[52]. Siguiendo a Díaz Pita[53], puede afirmarse que son tres las versiones de dicha teoría que poseen una mayor difusión: la desarrollada por la jurisprudencia alemana, que ha gozado de gran aceptación por parte del Tribunal Supremo español; la que surge a raíz de la segunda fórmula de Frank (si el autor se dice: suceda esto o lo otro, en cualquier caso actúo); y la que nace de la primera fórmula de Frank (si lo que me parece probable fuese seguro, no obstante actuaría —dolo eventual—; si lo que me parece posible fuera seguro, no actuaría —imprudencia consciente—).

La versión jurisprudencial interpreta la teoría del consentimiento en el sentido de requerir, para afirmar la existencia de dolo eventual, que el sujeto prevea la probabilidad del resultado (elemento cognitivo) y además lo apruebe o acepte (elemento volitivo)[54]. Pero al menos, por lo que respecta a la jurisprudencia española, parece que el recurso a la teoría del consentimiento se ha situado, en la práctica, en el terreno de las meras declaraciones doctrinales. En efecto, lejos de aplicar en términos estrictos dicha teoría, el Tribunal Supremo a la hora de enjuiciar el caso concreto se ha servido frecuentemente de ciertos criterios adicionales de oportunidad o conveniencia, que son, en opinión de Corcoy Bidasolo[55], de dos clases: uno extensivo, para aquellos supuestos en los que no cabe la comisión imprudente o la conducta posee un significado antisocial, respecto a la cual pasa a enjuiciarse la personalidad del autor; otro restrictivo, para aquellos supuestos de actividades peligrosas aceptadas por su utilidad (tráfico rodado, medicina, industria, etc.), en los que se excluye la calificación de los hechos como dolosos sin llegar a cuestionarse la posible aceptación del resultado lesivo por parte del sujeto[56].

Pero, dejando a un lado el grado de aplicabilidad real que recibe por parte de la jurisprudencia la teoría del consentimiento, la mayoría de las críticas a

172 s., acoge la teoría del consentimiento, pero completada con la de la probabilidad, pues «al fin y al cabo, la aceptación o no aceptación de un resultado posible se hace normalmente a través de un cálculo de probabilidades, que es el que presta vigor objetivo al juicio racional subjetivo».

52 Roxin, 1997c: 430.

53 1994: 169.

54 Sostienen una interpretación similar Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 1995: 142: concurre dolo eventual «cuando el sujeto representa la posibilidad del resultado concomitante y la incluye dentro de la voluntad realizadora de la conducta elegida (por ejemplo, el caso del ladrón que al ser sorprendido en el momento de la sustracción de las cosas, mata al guardián, *muerte que no había sido querida*, *pero sí representada su posibilidad*)».

55 1985: 963 ss.

56 Comenta también críticamente la posición del TS en relación al dolo eventual Zugaldía Espinar, 1986: 407 ss.

esta versión apuntan a la configuración del elemento volitivo que realiza, en la medida en que al exigir que el sujeto «acepte» o «apruebe» el resultado se está enjuiciando su «actitud emocional»[57] antes que su «voluntad» con respecto a la afección del bien jurídico o, dicho con otras palabras, se confunde lo «consentido en sentido jurídico» con lo «deseado internamente» por el individuo[58]. En la práctica, son perfectamente imaginables supuestos en los que el autor tiene en cuenta la producción de una hipotética consecuencia que considera altamente indeseable porque su producción, de hecho, le impediría alcanzar la meta que sin duda persigue y prefiere, pero asume dicha circunstancia en sí misma no deseada, en la medida en que de otra manera no puede lograr su objetivo principal[59]. La aplicación estricta de la teoría del consentimiento llevaría, en estos casos, a negar la responsabilidad dolosa del sujeto por la producción de esos resultados concomitantes, en tanto que no los aprobó o aceptó[60].

Por su parte, las fórmulas de Frank constituyen no ya una caracterización directa del dolo eventual, sino un «medio de conocimiento» para su constatación. La primera de ellas deduce ese conocimiento de la respuesta que se le dé a la cuestión de cómo habría actuado el sujeto si hubiera estado seguro desde el comienzo de la producción del resultado típico: si se llega a la conclusión de que el mismo habría actuado también en caso de poseer conocimiento preciso, habrá que afirmar el dolo; en cambio, si se concluye que habría omitido el comportamiento de conocer su exacto alcance, entonces habrá que negar el dolo.

Como puede apreciarse, esta primera fórmula no solventa los problemas que surgen a la hora de resolver supuestos como los mencionados anteriormente. Por ejemplo, en el caso Lacman, es seguro que el sujeto no habría actuado si hubiera tenido la certeza de que erraría el disparo, dado que entonces la apuesta se habría perdido de antemano y por tanto el autor no la habría aceptado[61]; no obstante, «hay que apreciar dolo eventual: el sujeto había incluido el fracaso en los cálculos de su plan, porque las perspectivas de éxito tenían para él más valor que el riesgo de fallar»[62].

57 Roxin, 1997c: 430 s.

58 Stratenwerth, 1982: 110 s.

59 Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el conocido como «caso *Lacman*»: en una barraca de feria, un tirador inexperto apuesta veinte marcos a que podrá alcanzar con un disparo a la bola de cristal que sostiene en la mano una joven, pero con su disparo lesiona a esta, Jescheck, 1993: 272.

60 Welzel, 1976: 102.

61 Jescheck, 1993: 272.

62 Roxin, 1997c: 438.

A otro tipo de objeciones está expuesta la segunda fórmula de Frank, a tenor de la cual si el sujeto se dice «pase esto o lo otro, yo actúo en cualquier caso», entonces su comportamiento es doloso. En concreto, para que tal fórmula tuviera virtualidad efectiva, sería necesario que el autor se hubiera planteado conscientemente todas y cada una de las circunstancias que constituyen la base de su culpabilidad, y ello no sucede de este modo con frecuencia; así, por ejemplo, en los delitos violentos o pasionales, en los que resulta previsible la posible muerte o lesiones de la víctima, el autor no suele realizar una reflexión consciente acerca de la propia realidad de su acción[63].

Pero son probablemente los problemas que plantea en la práctica la constatación de esa hipotética decisión los que provocan la mayoría de las críticas doctrinales a la versión de la teoría del consentimiento aportada por Frank. En concreto, la mayor dificultad deriva de la exigencia de que se pruebe un hecho que no se ha dado en la realidad, ya que obliga a que:

> [...] el juez se plantee por el sujeto activo lo que este nunca se planteó (considerar como cierto lo que solo le pareció probable) y que conteste por este sujeto lo que este nunca se contestó a la cuestión por él nunca planteada (si imaginado el resultado como seguro, habría o no actuado) [...]. Cierto que el juez, examinando la personalidad del sujeto, puede llegar a una conclusión sobre cuál habría sido la actitud del autor, si en vez de imaginar el resultado como probable lo hubiese imaginado —lo que en el momento del hecho no hizo— como seguro. Pero no nos engañemos: si la conclusión del juez es que el sujeto habría actuado también como lo hizo aunque hubiese tenido la certeza de lo que solo le parecía probable, entonces se le hace responder por una aceptación del resultado que en realidad no prestó, por una voluntad que no tuvo, por algo, en definitiva, que no ha hecho[64].

63 Desde un punto de vista sistemático, también se le ha criticado a Frank su consideración del dolo como forma de culpabilidad y no como elemento subjetivo del tipo. Al respecto véase Díaz Pita, 1994: 172 s.

64 Gimbernat Ordeig, 1990: 253: «lo que en verdad decide en la teoría del consentimiento es si el agente tiene aspecto de facineroso o de buena persona. En el primer caso, se llegará a la conclusión de que habría dicho que sí a la causación del resultado antijurídico antes que renunciar al propósito que directamente perseguía. Y en el segundo caso, su aspecto bonachón inclinará a pensar que si el resultado se lo hubiera imaginado como cierto no habría actuado como lo hizo, con la consecuencia de que solo podrá ser castigado por imprudencia.[...] Todo ello es (autoritario) Derecho penal de autor y no (democrático) Derecho penal de hecho, es culpabilidad por el carácter y no culpabilidad por el hecho». En sentido similar, Bustos Ramírez, 1984: 33 s.; Canestrari, 1999: 48, y Feijoo Sánchez, 1998: 294 s.

2. Teoría de la indiferencia o del sentimiento

Desarrollada por Engisch[65] a comienzos de los años treinta, la teoría de la indiferencia o del sentimiento[66] aprecia dolo eventual cuando el individuo da por buenas, o recibe con indiferencia, las posibles consecuencias accesorias negativas derivadas de su acción, y, sin embargo, no cuando considera indeseables esas consecuencias y tiene por ello la esperanza de que no se producirán. Se trata así de matizar el alcance de la primera fórmula de Frank, sustituyendo la exigencia de la «hipotética aceptación del resultado» por la constatación de una «disposición subjetiva» del autor, de la cual se pueda deducir su indiferencia absoluta con respecto a los bienes jurídicos protegidos en el tipo penal.

Por ello, no parecen totalmente justificadas algunas de las críticas que se le realizan a esta versión de la teoría del consentimiento, cuando apuntan el hecho de que muchos de los casos de imprudencia inconsciente o sin representación pueden deberse asimismo a un grado elevado de indiferencia por parte del autor[67]; pues el recurso a este dato no se realiza como criterio determinante de distinción, sino más bien como medio auxiliar de indagación; de este modo, un individuo será indiferente frente a los bienes jurídicos, en el sentido propuesto por Engisch, «cuando el aplicador del derecho pueda categóricamente afirmar que dicho sujeto habría actuado de todas maneras, aun sabiendo con certeza que el resultado lesivo se iba a producir. Se trata, entonces, de un sujeto que no está dispuesto en absoluto a aceptar, en el momento de su acción, cualquier motivación que lo llevara a abstenerse de seguir adelante»[68].

Sin embargo, aun cuando se realicen las matizaciones anteriores, la teoría de la indiferencia o del sentimiento no puede responder satisfactoriamente a dos graves inconvenientes que sigue presentado: señalar a la indiferencia como paradigma delimitador entre el dolo eventual y la imprudencia consciente implica, en primer lugar, que persista el riesgo de que resulte enjuiciada la personalidad del autor, en lugar de su acción[69]; y supone, en segundo lugar, desconocer que lo decisivo es a

65 1930: 95 ss.

66 Dicha teoría no ha encontrado eco en la doctrina penal española, Zugaldía Espinar, 1986: 398.

67 Welzel, 1976: 102.

68 Díaz Pita, 1994: 180.

69 Es por ello que, en opinión de Bustos Ramírez, 1984: 34, la tesis de Engisch en relación al dolo eventual «no significa un avance respecto de la teoría de la culpabilidad de voluntad, salvo sí dejar las cosas en claro. Esto es, que en último término el criterio definitivo de resolución del dolo eventual es de culpabilidad de carácter. Lo decisivo es la característica de indiferencia del sujeto, con lo cual también se deja el camino libre a la práctica judicial para partir de la premisa

favor o en contra de qué se decida el autor, y no con qué sentimientos, deseos o esperanzas lo haga[70].

3. La decisión en contra del bien jurídico

Dados los inconvenientes que presentan las teorías anteriores, ha surgido en la doctrina alemana una nueva tendencia, con cierto refrendo en España[71] y Perú[72], que se caracteriza sobre todo por el rechazo de las posiciones que identifican, de forma más o menos explícita, el elemento volitivo con las actitudes emocionales del sujeto con respecto al objeto penalmente protegido, sin que ello suponga renunciar a la constatación de dicho elemento para afirmar la existencia de dolo eventual. De las diferentes versiones que se han esbozado para definir el factor volitivo del dolo («conformarse con», «asumir» el resultado)[73], ha gozado de mayor acogida la que describe el factor volitivo propio del dolo como una «decisión» del autor en contra del bien jurídico[74] o a favor del injusto[75]; decisión cuya constatación ya no requiere prestar atención a una hipotética valoración adicional por parte del autor del contenido de su acción, pues el hecho de que este la califique como buena o deplorable, o que apruebe o rechace las consecuencias que puede conllevar, es, a tenor de esta teoría, irrelevante a la hora de determinar si optó o no por actuar en contra del bien jurídico[76].

Las ventajas que presenta esta nueva tendencia pueden sintetizarse del siguiente modo: en primer lugar, se renuncia a la disyuntiva entre características cognitivas y volitivas a la hora de determinar el dolo; en segundo lugar, se reunifican voluntad y representación bajo un nuevo marco conceptual («decisión»); finalmente, se

de que el indiferente es el *mal ciudadano* y no el *buen ciudadano*. En definitiva se entra en un círculo vicioso al igual que en el caso de la teoría dominante».

70 Roxin, 1997c: 433.

71 Cfr. Díaz Pita, 1994: 193. La propia autora mencionada se encuentra entre los seguidores en España de esta tendencia. En Italia, también se adhiere a esta concepción Canestrari, 1999: 320 s.

72 Peña Cabrera, 1995: 332: «Querer no es lo mismo que desear, quiere decir que la voluntad consiste en la decisión de ejecutar la conducta prohibida».

73 Cfr. Hurtado Pozo, 1987: 435 s.; Villa Stein, 1998: 239; Villavicencio, 1990: 150.

74 Roxin, 1997c: 425.

75 Hassemer, 1990: 918.

76 Así lo ha entendido también en ocasiones la jurisprudencia peruana, por ejemplo en el Exp. Nº 589-94-Ancash: «La conducta del agente es imputable a título de dolo eventual, puesto que aunque el querer de este no estuvo referido directamente a producir la muerte de la agraviada, es evidente que pudo prever su producción y sobre esa base decidió efectuar el disparo», cfr. Villavicencio, 2000: 72.

asume ese concepto básico abstracto como descripción unitaria de qué es lo que se entiende por dolo, en sus diferentes grados[77].

Partiendo de las anteriores premisas, Roxin integra el contenido del elemento decisión mediante el análisis conjunto de dos factores (conocimiento de la posibilidad de producción del resultado típico y ejecución del plan que guía la actuación del individuo); factores que, además, le permiten distinguir el dolo eventual de la imprudencia consciente:

> Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente —aunque solo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo— en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta «decisión por la posible lesión de bienes jurídicos» es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición[78].

Hassemer[79] llega a conclusiones similares, pero matizando, sobre todo, el fundamento de la mayor penalidad del dolo frente a la imprudencia conforme a criterios normativos. De este modo, entiende que la más grave incriminación de la conducta dolosa viene motivada porque con ella se lesiona no solo el bien jurídico, sino también la norma que obliga a respetarlo. Por esta razón, considera insuficiente la constatación de un cierto grado de conocimiento como paradigma delimitador entre el dolo y la culpa —criterio diferenciador utilizado por las teorías cognitivas—, poniendo de manifiesto la relevancia del factor volitivo a la hora de realizar dicha distinción:

> [...] para el dolo, los elementos que caracterizan esta especial relación del delincuente doloso con la norma son irrenunciables (dada la mayor gravedad de su incriminación): el sujeto debe no solo «poseer» la información sobre el peligro para el bien jurídico, sino «aceptarla», «admitirla», hacerla el fundamento de «su» acción y esto significa «quererla». Una «decisión» a favor del hecho injusto, su «asunción personal» no es meramente un suceso calculable sino algo existencial, un acto de autoafirmación frente al mundo.

No obstante, Hassemer reconoce las dificultades que plantea la constatación de un hecho interno que, por definición, se sustrae a la contemplación directa del observador; problemas que pretende solventar propugnando una investigación

77 Hassemer, 1990: 916.
78 Roxin, 1997c: 425 ss.
79 1990: 917.

del dolo apoyada en el análisis de los «elementos externos de caracterización» (indicadores), ordenados en tres secuencias:

> [...] peligro (externo), representación (interna) del peligro y decisión (interna) a favor de la realización del peligro reconocido [...]. Así, en el que hay que tratar la peligrosidad objetiva para el bien jurídico típicamente protegido, se determina por ejemplo la fuerza destructiva de una bomba y su distancia del objeto amenazado, las posibilidades de que un arma exhibida sea utilizada, el lapso de tiempo que dura un suceso lesivo (p. ej. el estrangulamiento de una persona), la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque, existencia o proximidad de una acción de salvamento o excluyente del peligro, etc. En el nivel cognitivo (de la representación del peligro), se determina por ejemplo la visibilidad del suceso por el agente (su presencia en el lugar del hecho, proximidad espacial del objeto, su capacidad de percepción (perturbación pasional o por drogas de esa capacidad, aumento de la misma por cualidades innatas o adquiridas profesionalmente), complejidad versus simplicidad de la situación, tiempo necesario para realizar observaciones relevantes, etc. Y se determinarían, en el nivel de la decisión, la confirmación de conductas activas de evitación, la probabilidad de una autolesión en relación con los motivos del agente, indicadores de especial relevancia como juventud, incapacidad física, peculiaridades profesionales, comportamientos anteriores del delincuente en situaciones similares que puedan tener relación, de una forma relevante para el dolo, con la situación actual, indicios de vínculos afectivos entre delincuente y víctima, etc.[80]

Una posición peculiar adoptan Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée[81] en torno a la conceptuación del dolo eventual. En efecto, dichos autores suscriben la teoría de la «decisión en contra del bien jurídico» para diferenciarlo de la imprudencia, pero lo conciben no ya como un grado de dolo, sino como una forma agravada de culpa:

> Si partimos de la base de que el dolo es conocer y querer la realización típica, en el llamado dolo eventual no solo falta el elemento volitivo que la doctrina pretende suplir, bien sea con el consentimiento o bien la probabilidad, sino que también falta el conocimiento de la realización. Simplemente hay

80 Hassemer, 1990: 929 s.: «Esta diferenciación debe tener como consecuencia —lo cual ya se vislumbra en la Jurisprudencia sobre el dolo— un enriquecimiento creciente de la investigación judicial de los elementos externos de caracterización del dolo. Solo así avanzaremos hacia una comprensión correcta del mismo».

81 1999: 183 ss.

> una representación del resultado probable y de no haberse tomado las debidas precauciones. Esta representación no puede asimilarse al conocimiento de la realización típica como requiere el dolo, por ejemplo, saber que se está matando en el caso del homicidio. La mera probabilidad no puede identificarse con el conocer y el querer del dolo. La estructura del dolo eventual es la del delito culposo, precisamente porque su fundamento político-criminal es totalmente diferente al de los delitos dolosos. En los delitos dolosos, el legislador castiga procesos dirigidos a afectar bienes jurídicos. En cambio, en los delitos culposos castiga procesos de alto riesgo donde no se han ejercido los cuidados requeridos. Y en el dolo eventual, lo que hay precisamente es un proceso de alto riesgo para un bien jurídico en que no se ejercieron conscientemente los cuidados requeridos [...]. Ahora, es cierto que de lo que no hay duda es que en el llamado dolo eventual existe una mayor gravedad que permite su asimilación en pena al hecho doloso propiamente tal, porque el sujeto tiene la actitud de contar con el riesgo o decidirse por ese curso de acción que implica ese riesgo para los bienes jurídicos [...]. En otras palabras, el llamado dolo eventual es un caso especial de delito imprudente con representación en el que el predominio de los elementos subjetivos es manifiesto[82].

Sin embargo, parecen ciertas las críticas que se realizan en contra de la posición anterior, en el sentido de destacar que la «decisión en contra del bien jurídico», lejos de constituir una simple agravante de la culpa consciente, constituye el verdadero núcleo del dolo y lo que fundamenta su mayor punición, en la medida en que, como mantiene Zugaldía Espinar[83], «indica una forma de querer la realización del tipo que transforma a la imprudencia en algo sustancialmente distinto —a saber—: en dolo. De otra parte, los datos comunes que unen al dolo eventual y a la culpa con representación no permiten afirmar que aquel participe de la naturaleza de esta: si la culpa desaparece, tampoco puede haber dolo directo».

IV. Distinción a partir de elementos específicos de la imprudencia

También se han producido En la doctrina, se han efectuado también algunos intentos para delimitar el ámbito propio de la imprudencia a partir de la constatación de algunas diferencias estructurales que presentaría esta frente al dolo. Es este el objetivo perseguido tanto por la teoría de la «voluntad activa de evitación» de

82 En sentido similar se pronuncia Peña Cabrera, 1995: 336.
83 1986: 403.

Kaufmann[84] como por la tesis del «error sobre la capacidad preventiva del sujeto» de Kindhäuser[85]. Ambas giran en torno a la noción de «evitación del resultado lesivo para el bien jurídico», idea de la que deducen los parámetros cuya concurrencia permitirá afirmar la existencia no ya de dolo, sino de imprudencia.

1. La imprudencia como voluntad activa de evitación

Kaufmann[86] parte de la constatación de que «la voluntad de realización se puede extender a todas las consecuencias y modalidades del obrar, si el autor cuenta con la posibilidad de su existencia o de su producción. Preguntar aquí por lo que el autor "no quiere", aunque obra y toma en cuenta la posibilidad de la existencia o de la producción de las circunstancias, conduciría a la equiparación entre "querer" y "desear"», equiparación que rechaza. No obstante, entiende posible invertir el planteamiento, es decir, preguntarse «si acaso la voluntad de realización del autor fue dirigida precisamente a no dejar producir la consecuencia accesoria tenida en cuenta como posible, esto es, dirigida más bien a impedirla. Pues la voluntad de realización no puede estar dirigida, por una parte, a dejar producir el resultado reconocido como posible, y por otra, sin embargo, tender también, mediante la forma de obrar, a evitar precisamente ese resultado».

De este modo, en aquellos casos en que el autor toma conciencia de que el empleo de los medios inicialmente seleccionados para alcanzar el objetivo perseguido puede conducir a una consecuencia accesoria indeseada, la acción dirigida a esa meta estará enderezada al mismo tiempo a la evitación del resultado accesorio indeseado, lo que ocurrirá según Kaufmann en dos clases de supuestos:

> aa) Si el autor cree erróneamente que la acción dirigida a la evitación del resultado accesorio alcanzará con seguridad ese objetivo, entonces la voluntad de realización ya no puede comprender la producción de la consecuencia accesoria, porque faltan componentes intelectuales de la voluntad de realización.
>
> bb) Pero también cuando el autor permanezca en duda sobre si sus precauciones bastarán para la evitación del resultado accesorio, es decir, si él, lo mismo antes que después, sigue contando con la posibilidad de producción del resultado, tampoco esto modifica en nada el que su voluntad final de realización sea dirigida a la evitación de la consecuencia accesoria y se hayan puesto medios para el logro de ese objetivo.

84 1960: 185 ss.
85 1984: 1 ss.
86 1960: 194 ss.

Frente a los supuestos anteriores, en los que debe negarse la existencia de un dolo eventual, Kaufmann plantea una tercera hipótesis, que de ha de recibir un tratamiento completamente distinto:

> Aunque el autor reconoce la posibilidad de la producción de un resultado accesorio, no corrige su elección de los medios, no dirige, por tanto, el curso de la acción hacia la evitación de la consecuencia accesoria. Esta no realización de un cambio para la evitación de la consecuencia puede tener tres motivos: o no es en absoluto posible una configuración distinta de la acción (pero el objetivo de la acción es al autor demasiado importante para abandonarlo a fin de evitar la consecuencia accesoria); o el empleo necesario para la modificación de la elección de los medios resulta al autor demasiado costoso; o es indiferente al autor la producción de la posible consecuencia accesoria[87].

De este modo, pretende alcanzar el autor mencionado una objetivación del límite del dolo, coherente con los presupuestos de la teoría de la acción final:

> [...] pues el «confiar» en poder evitar un resultado solo es voluntad de realización, y excluye, por tanto, el dolo, si, por la forma de elección de los medios y de la dirección, se hace patente en el curso de la acción misma [...]. Si el curso de la acción no es dirigido a la evitación del resultado accesorio tenido en cuenta como de posible producción, la voluntad de realización abarca la realización del resultado total, tanto del objetivo principal como del efecto accesorio. Aquí falta una voluntad de evitación final[88].

La doctrina no ha escatimado críticas contra esta teoría; críticas que, si bien son de diversa índole, comparten un mismo punto de partida: se rechaza la

87 Kaufmann, 1960: 195 s. Para ilustrar su tesis y al mismo tiempo dejar claras sus diferencias frente a las teorías de la aceptación o de la indiferencia, el autor propone el siguiente ejemplo: «El dueño de un jardín quiere extirpar las malas hierbas de un vivero de flores. Porque su azada es ancha y la distancia entre los macizos de flores pequeña, reconoce el peligro de lesionar los delicados tallos. Si cava con entera despreocupación, entonces acoge en su voluntad de realización el daño de los tallos. Distinto, en cambio, si se preocupa de conducir su instrumento de tal forma que sea evitada una lesión. Entonces su voluntad de realización está dirigida precisamente a proteger las flores, y no comprende, en cambio, lo contrario, esto es, la posible lesión. En *ambos casos no* depende ello de que el jardinero se haya dicho: "Sería lástima que dañase las bonitas flores", o "los viejos tallos deben arrancarse pronto, en todo caso; si arranco alguno, no importa". Hasta qué punto alcanza aquí la voluntad de realización, si por encima del objetivo apetecido —eliminación de las malas hierbas— comprende también el daño de los tallos, previsto como posible, depende tan solo de lo que el jardinero se propone y realiza: si pone atención y "dirige" su instrumento para evitar el resultado accesorio, o no».

88 Kaufmann, 1960: 198 s.

consideración de la voluntad activa de evitación como elemento esencial de la imprudencia (o como causa indubitada de exclusión del dolo), y se le adjudica, a lo sumo, el valor de mero indicador externo[89]. Y ello, porque, tal y como mantiene Hassemer[90],

> [...] no parece evidente que quien reduce la peligrosidad de su acción ya por ello merezca un tratamiento menos severo, dado que, en todo caso, desde su punto de vista, actúa de modo peligroso, o sea, que —a pesar de la conducta evitadora— actúa con «mala voluntad». Para justificar una exclusión del dolo habría que saber más sobre la persona del sujeto agente, su representación del transcurrir de los hechos y sobre todo su objetivo. La acción de evitación no tiene por qué ser expresión de una actitud interna ajustada a derecho, sino que puede ser el resultado de un cálculo estratégico-criminal.

Zielinski[91] ilustra tal posibilidad con un conocido ejemplo:

> «A» incendia su casa para cobrar la suma del seguro, consciente de que, bajo el mismo techo, vive su suegra paralítica y posiblemente no pueda ser retirada a tiempo de la casa. Con la ejecución del incendio habría que admitir una tentativa de asesinato ciertamente contraria al deber. ¿Debe ser diferente solo porque «A» planee llamar a los bomberos tan pronto como la planta arda bien y calcule por eso tener una «chance real» de poder salvar a la mujer? ¿O debe eliminarse posteriormente la tentativa de homicidio si «A» llama por teléfono? ¿O bien la fundamentación de la tentativa debe estar postergada hasta la omisión del llamado telefónico planeado? y ¿en qué residiría, entonces, la acción que contiene la tentativa de asesinato? La cuestión del ilícito de la tentativa no se puede responder con ayuda de la voluntad de evitación.

Por lo demás, Bustos Ramírez[92] destaca las dificultades que surgen a la hora de distinguir esa «voluntad de evitación» de la «voluntad de tomar los cuidados exigidos», pues «quien toma los cuidados correspondientes parece evidente que tiene voluntad de evitación y tal persona entonces no actuará con culpa y lógicamente tampoco con dolo eventual». De este modo, en definitiva, «nuevamente se llega a una confusión entre dolo eventual y culpa, pero se está cada vez más cerca de la estructura de la culpa y más lejos de la estructura del dolo».

89 Roxin, 1997c: 437.
90 1990: 912 ss.
91 1990: 149.
92 1984: 41.

2. La imprudencia como error sobre la evitabilidad del resultado

Kindhäuser[93] no desecha totalmente la tesis de Kaufmann, pero solo admite una de sus conclusiones: en efecto, según este autor, la voluntad de realización es neutralizada con la voluntad de evitación, pero ello no significa que la ausencia de tal voluntad de evitación equivalga sin más a la concurrencia de voluntad de realización. Por ello, los intentos de impedir la producción del resultado por parte del autor constituirán tan solo un indicador de la concurrencia de imprudencia; el elemento esencial de esta, frente al dolo, habrá que buscarlo en otra parte.

Para llevar a cabo dicha tarea, Kindhäuser prescinde de la consideración del elemento volitivo como paradigma diferenciador entre dolo eventual e imprudencia, entendiendo que la intencionalidad, en la medida en que no forma parte de la estructura de la acción (sino que, a lo sumo, sirve para explicar por qué el sujeto actúa), carece de virtualidad a la hora de determinar si el comportamiento fue doloso; en opinión del autor, las expresiones tradicionalmente esbozadas por los seguidores de la concepción volitiva para hacer referencia a la voluntad («consentir», «estar de acuerdo», «conformarse con», etc.) no son sino otras formas de referirse a la «intención», tratando de evitar sus inconvenientes, sin conseguirlo.

La distinción, por tanto, habrá de buscarse en el elemento cognitivo, pero no ya en la consciencia del riesgo o de la probabilidad de realización típica[94], sino en el grado de conocimiento que tenga el sujeto sobre otra circunstancia determinada: su capacidad objetiva de producir, o evitar, el resultado (conocimiento de la capacidad productiva o preventiva). Con este cambio de enfoque, Kindhäuser no solo encuentra un novedoso criterio para distinguir el dolo eventual de la imprudencia, sino que además consigue eludir una de las indeseables consecuencias político-criminales a las que inevitablemente conducen otras teorías cognitivas: la inclusión de la imprudencia consciente dentro del ámbito del dolo, y la afirmación de la inconsciente como única forma culposa.

De este modo, en aquellos casos en que el sujeto está en situación de producir un resultado, pero no parte de esa posibilidad (falta de conocimiento sobre la capacidad productiva), actuará con imprudencia inconsciente. En cambio, si el individuo sabe que está en situación de producir un resultado (conocimiento de la capacidad productiva), pero cree incorrectamente que posee suficiente aptitud para evitarlo (error sobre la capacidad preventiva), habrá actuado con imprudencia consciente; en esta segunda modalidad culposa, el adjetivo «consciente» hace

93 1984: 16 ss.

94 En opinión de Kindhäuser, 1984: 27, el autor imprudente puede, al igual que el doloso, reconocer la peligrosidad de su acción.

referencia al conocimiento de la posibilidad objetiva de producción del resultado, mientras que el sustantivo «imprudencia» se identificaría con el error (vencible) en que incurre el individuo al valorar su capacidad para impedirlo[95].

Por lo tanto, la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente radicaría en la constatación de un elemento presente en la segunda y ausente en el primero, el error sobre la evitabilidad del resultado: el individuo que valora erróneamente su capacidad para impedir el resultado típico no tomará las precauciones requeridas para evitarlo sencillamente porque no las considerará necesarias (culpa consciente); por contra, el sujeto que conoce su falta de capacidad para evitar el resultado y, a pesar de ello, sigue actuando, cometerá el hecho dolosamente, aunque no desee su producción (dolo eventual)[96].

La sugestiva tesis de Kindhäuser, aunque explica de modo satisfactorio la mayoría de los supuestos de imprudencia, no está tampoco completamente exenta de objeciones. En efecto, los comportamientos culposos parecen responder al doble esquema propuesto por el autor: el que actúa con imprudencia inconsciente ignora que de su acción puede seguirse un resultado típico (no conoce su capacidad productiva), en tanto que quien comete el hecho con imprudencia consciente cree que podrá evitar la materialización del peligro que origina con su conducta (error sobre la capacidad preventiva). Sin embargo, son imaginables otros supuestos que, a pesar de responder a esta segunda estructura, parecen corresponderse más bien con la calificación de dolo eventual.

Para ilustrar dicha problemática puede resultar útil acudir a un ejemplo extremo: un terrorista coloca una bomba de relojería en unos grandes almacenes, y avisa de este hecho a la policía, confiando en que esta se encargará de desactivarla; pero a consecuencia de la densidad del tráfico, el grupo de operaciones especiales no llega a tiempo de evitar que la bomba estalle, y ello causa varios muertos. Este ejemplo incluye todas las características señaladas por Kindhäuser para afirmar la existencia de imprudencia consciente por error sobre la capacidad preventiva: el sujeto parte de que de A (colocación de la bomba) se sigue B (muerte de varias

95 Rodríguez Montañés, 1994: 109 s., caracteriza de un modo similar las diferentes modalidades culposas: «La imprudencia consciente supone, por tanto, un conocimiento «correcto» del peligro concreto (valoración *ex ante* del mismo correspondiente a la que realizaría el hombre medio ideal en la situación del autor), y la actuación pese a esa representación, confiando en la no producción del resultado lesivo, al creer que se tiene bajo control el curso de los acontecimientos. Y es precisamente ahí donde radica lo imprudente, donde se infringe el cuidado debido: en la errónea confianza en sus capacidades y posibilidades de dominar el peligro y evitar el resultado. En la imprudencia inconsciente, por el contrario, se infringiría la norma de cuidado ya en el momento del reconocimiento del riesgo (no apreciación en absoluto o evaluación errónea, pudiendo y debiendo conocerlo correctamente)». Kindhäuser, 1984: 28.

96 Se adhiere a esta tesis Corcoy Bidasolo, 1989: 282.

personas) y de que él está en situación de evitar B aún realizando A (avisando a la policía a tiempo); lleva a cabo A y B finalmente se produce[97]. Pero quizá en este caso la concurrencia de tal error no sea criterio suficiente para excluir el dolo eventual; la constatación del plan del autor, y de la decisión de seguir actuando conforme a este y en contra del bien jurídico podrían llevar a otra solución. Por ello, la teoría del «error sobre la capacidad preventiva» aparece, nuevamente, como un mero indicador (aunque especialmente cualificado), de la inexistencia de dolo.

Corcoy Bidasolo pretende salvar estos inconvenientes manteniendo que no podrá apreciarse error sobre la capacidad de evitación «cuando el autor no tiene ninguna clase de control sobre las posibles consecuencias de su comportamiento. Esto sucede en aquellos casos en los que el autor, una vez creado el riesgo —y conociendo su efectiva virtualidad—, deja de controlarlo, por lo que no puede tener una confianza racional en la ausencia del resultado»[98]. Sin embargo, tal matización no da respuesta a aquellos supuestos en los que el sujeto cree que controla la situación, pero de facto no sucede así; para ser coherentes con las premisas de las que se parte, habría que calificar también a estos supuestos como imprudencias, en la medida en que quien cree poder controlar un riesgo, cree que puede evitar que este se materialice en un resultado. Por lo demás, parece evidente que con tal criterio corrector (afirmar la existencia de dolo en caso de ausencia de control del riesgo) lo que realmente se hace es proponer una fórmula para presumir el elemento volitivo (porque tal autor no puede ya confiar racionalmente en que el resultado no se producirá), con lo que, a la postre, se cae en las mismas contradicciones de las otras teorías cognitivas.

V. La unión del dolo eventual y la culpa consciente en una nueva categoría

Habida cuenta de las dificultades que se plantean a la hora de delimitar el ámbito propio del dolo eventual frente al de la imprudencia consciente, cierto sector de la

97 Lo mismo puede decirse del «caso *Lacman*»: quien dispara la escopeta en la barraca de feria confía en su capacidad para conseguir el objetivo perseguido (acertar a la bola de cristal y ganar la apuesta) y evitar al mismo tiempo el resultado lesivo (herir la mano de la joven que la sostiene). El tirador inexperto valora erróneamente su capacidad preventiva, pues de saber que no podría evitar el resultado final, ni siquiera habría aceptado la apuesta.

98 Corcoy Bidasolo, 1989: 283 s. La autora propugna seguir en estos casos la teoría de la probabilidad: «siempre que se conozca el concreto riesgo que entraña la conducta, al no poder controlarlo, la conducta será dolosa. Sin embargo, para evitar la posible ampliación del ámbito del dolo eventual, y las consecuentes críticas, es posible, también, calificar como imprudentes, los supuestos en los que, pese a que el sujeto pierde el control del riesgo, se aprecia la existencia de un error sobre la efectiva peligrosidad de la conducta».

doctrina ha propuesto su tratamiento conjunto mediante la creación de una categoría intermedia, a caballo entre el dolo y la culpa[99]. Esta idea ha sido desarrollada en Alemania sobre todo por Weigend[100], quien elabora su propuesta tomando como modelo la *recklessness* anglosajona.

La esencia de tal figura, desconocida en nuestro sistema jurídico-penal, radica en el conocimiento por parte del sujeto que actúa del riesgo para el bien jurídico que genera con su acción. De este modo, se configura como un grado del tipo subjetivo más débil que el dolo, pero también más grave que la imprudencia: «Quien conoce la peligrosidad de su comportamiento y, a pesar de ello sigue en sus trece, actúa con *recklessness* o desconsideración. El concreto reproche que se le puede hacer a quien de este modo actúa no es que ha sido descuidado (reproche dirigido al sujeto que actúa imprudentemente), tampoco que se ha decidido conscientemente por la lesión del objeto protegido (reproche que merece el sujeto que actúa dolosamente). Lo que al sujeto que actúa con *recklessness* se le reprocha es que se ha comportado de forma conscientemente arriesgada»[101]. No obstante, no existe consenso a la hora de determinar la exacta naturaleza de esta figura intermedia: si se trata de una agravación de la imprudencia (*négligence*) o si constituye una subespecie de la *intention* (figura equivalente al dolo directo); de este modo, la polémica en torno al dolo eventual, latente aún en los sistemas alemán y español, se reproduce en cierta medida en el seno de la doctrina anglosajona.

En cualquier caso, la hipotética introducción de esta novedosa figura en nuestro ordenamiento conllevaría la desaparición de la culpa con previsión como forma de imputación subjetiva independiente, pues la *recklessness* y la imprudencia inconsciente se excluyen entre sí y no dejan espacio intermedio:

> [...] cuando el sujeto cree que con su acción no será puesto en peligro el objeto de la misma, actúa en todo caso con imprudencia inconsciente y no con *recklessness*. Se da *recklessness* cuando el sujeto reconoce el concreto peligro para el objeto de la acción y no por ello abandona su comportamiento planeado previamente. Se excluye la existencia de recklessness cuando, a pesar de que el sujeto reconoce el peligro para el objeto de la acción, está seguro de que el resultado lesivo no se producirá. Y en estos grupos de casos, el sujeto reconoce

99 Aboga por el tratamiento conjunto del dolo y la imprudencia como una tercera forma de culpabilidad Eser, 1980: 53. Críticamente se pronuncia sobre el tema Corcoy Bidasolo, 1985: 972, en cuya opinión tal posibilidad «no pasa de ser un *desideratum* de «lege ferenda». En España, han realizado propuestas similares a partir de los art. 8.8 y 9.4 del CP 1973, Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo, 1972: 21 s., y Bustos Ramírez, 1984: 46 s.

100 1981: 657 ss.

101 Díaz Pita, 1994: 35 s.

en última instancia solo el peligro abstracto pero no el peligro concreto que su acción conlleva[102].

Habida cuenta de lo anterior, parece claro que el contenido de la *recklessness* se corresponde con el que los precursores de las teorías cognitivas adjudican al dolo eventual[103]; en ambos casos, bastará con que el sujeto que actúa conozca la peligrosidad específica de su acción. Las diferencias, sin embargo, no se limitan al cambio de etiquetas, y se materializan en el ámbito de la penalidad. Como se vio, la interpretación de las figuras delictivas conforme a las tesis cognitivas supone en todo caso una agravación penológica, en la medida en que determinados comportamientos, considerados imprudentes por la concepción volitiva, deberían ser sancionados como dolosos. Frente a ello, la introducción de una figura intermedia entre el dolo directo y la culpa (inconsciente) conllevaría, de seguirse el modelo anglosajón, la imposición de una pena más leve que la correspondiente al dolo, pero más grave que la prevista para la imprudencia[104].

De este modo, en definitiva, se concedería un tratamiento unitario a modalidades de conducta que, en términos valorativos, quizá merezcan distinta respuesta penal, en tanto que poseen contenidos cualitativamente diversos: el dolo eventual implica un mayor desvalor de acción (decisión de actuar en contra del bien jurídico) que la imprudencia (inobservancia del cuidado requerido); de forma paralela, ciertos comportamientos calificables como culpa consciente pueden conllevar un contenido de injusto menor que la inconsciente, en la medida en que es posible que el agente conozca el riesgo que genera con su comportamiento descuidado, pero que tal infracción de la norma de cuidado sea de carácter leve (menor desvalor de acción).

VI. Conclusiones

A la vista de los argumentos avanzados, no parece descabellado mantener, como lo hace Roxin[105], que los diversos empeños por suprimir totalmente el elemento volitivo del dolo están condenados al fracaso. Ciertamente, en la conceptuación de tal elemento se debe prescindir de ciertos componentes «emotivos» de la conducta (cuya consideración da lugar a las concepciones volitivas más tradicionales, como las de la «aceptación» o de la «indiferencia»); pero esto no significa que se pueda obviar también el análisis de un factor que aparece, exclusivamente, en

102 Díaz Pita, 1994: 259; Weigend, 1981: 693.
103 Y en especial, con la tesis de Frisch, 1983: 70 ss.
104 Cfr. Weigend, 1981: 698.
105 1997: 446.

cualquier modalidad de comportamiento doloso: la decisión en contra del bien jurídico. Buena prueba de ello es que la mayoría de las teorías del conocimiento acaban admitiendo, aunque sea de modo implícito, la existencia de ese factor. Así, por ejemplo, Jakobs requiere la concurrencia de un «juicio válido» para afirmar la presencia de dolo (siquiera eventual), en tanto que Frisch exige la constatación de una «toma de posición del autor ante el riesgo».

Además, las teorías puras del conocimiento no explican satisfactoriamente la existencia de algunas figuras delictivas dependientes de ciertos elementos subjetivos del tipo (ánimo de lucro) y, sobre todo, la punición de determinados supuestos como tentativa dolosa, y no como imprudencia. La teoría de la posibilidad opera como una presunción en todo caso contra reo, y la de la probabilidad, si bien palia en cierta medida los resultados punitivos exacerbados a los que llega la anterior, tampoco llega a explicar qué grado concreto de probabilidad sería necesario constatar para afirmar la existencia de dolo. Finalmente, al poner el acento en el conocimiento, se amplía en exceso el ámbito del dolo eventual a expensas de la imprudencia consciente, figura que, en la práctica, desaparecería al quedar absorbida por este.

El análisis del comportamiento doloso pone de manifiesto que este se compone de dos elementos (el cognitivo y el volitivo), y que es de hecho en la concurrencia del segundo en lo que se traduce el mayor desvalor de acción que presenta el dolo frente a la imprudencia (con o sin previsión). En efecto, solo la constatación de una decisión en contra del bien jurídico puede justificar de un modo razonable por qué se sanciona penalmente la tentativa dolosa (aun cuando esta no cause resultado material alguno) y no la culposa, al tiempo que sirve para fundamentar la menor penalidad que debe merecer, en cualquier caso, la imprudencia consciente frente al dolo eventual.

En definitiva, ninguna de las teorías enunciadas hasta ahora por la doctrina es suficientemente satisfactoria, aisladamente consideradas, para determinar la concurrencia del elemento volitivo en cada supuesto de hecho. Por ello, y partiendo de la premisa de que todas ellas, por separado, pueden convertirse en poco más que meras presunciones si se intenta aplicarlas en términos absolutos, parece más razonable utilizarlas todas, de forma escalonada, con el objeto de averiguar, mediante la técnica de indicios, si la conducta objeto de enjuiciamiento se realizó dolosamente. Desde este punto de vista, las diferentes tesis esbozadas adquirirían un papel instrumental en el proceso, a fin de dirimir el concreto supuesto enjuiciado. Así, por ejemplo, en algunas ocasiones, la ausencia de voluntad podrá deducirse claramente de la escasa previsibilidad del resultado (teorías de la probabilidad o del riesgo) o de las medidas tomadas por el autor para tratar de impedirlo (teoría de la voluntad activa de evitación); en otras, en cambio, el manifiesto desprecio

por el bien jurídico que evidenció el sujeto con su actuación pondrá sobre la pista del dolo eventual (teoría de la indiferencia). Quizá el empleo de este método no evite la existencia de un resto de inseguridad jurídica, pero al menos puede ayudar a impedir los resultados materialmente injustos a los que conduciría la aplicación de una determinada concepción conforme a un esquematismo rígido. De este modo, como señalan Muñoz Conde/García Arán[106], el verdadero problema del dolo eventual desemboca, a la larga, en la identificación de los indicadores externos idóneos para demostrar, en sede judicial, la existencia o no del necesario elemento volitivo respecto al concreto resultado producido, en la medida en que la constatación de la representación de su probable producción (esto es, el elemento cognitivo) deviene insuficiente a la hora de afirmar o negar que el comportamiento fue doloso; y ello con independencia de la naturaleza del delito cometido: ya sea este de lesión o de peligro (concreto o abstracto).

En efecto, aunque determinadas modalidades de dolo de peligro pueden coincidir (sobre todo, cuando afectan a bienes jurídicos individuales) con la estructura de la imprudencia consciente de lesión (sin resultado), ello no debe llevar a identificar ambas formas de imputación subjetiva, a no ser que se prescinda de la consideración del elemento volitivo en el delito de peligro. Pero no existen en la estructura de tal ilícito razones que obliguen a tal conclusión; como acertadamente destacan Bustos Ramírez/Hormazábal Malaree[107], el hecho de que en estos supuestos se requiera no ya el efectivo menoscabo del bien jurídico, sino solo la constatación de su puesta en peligro, no posee especial trascendencia a estos efectos, «pues no implica una mayor diferenciación con el contenido del dolo, que sigue siendo en ambos casos conocimiento y voluntad de la realización típica. El problema no está en el dolo, sino en la estructura del tipo legal».

La distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente es, por tanto, también posible en los delitos de peligro, tanto concreto como abstracto, dado que ambos contienen un desvalor de resultado que el sujeto puede aceptar o no. De este modo, al igual que el dolo de peligro no conlleva, necesariamente, la existencia de un dolo eventual de lesión (porque el individuo puede no resignarse a la producción del resultado), tampoco es posible identificar sin más dolo de peligro e imprudencia consciente. Así, por ejemplo, el sujeto activo puede ser consciente de que no facilita los medios de seguridad necesarios para prevenir riesgos laborales, pero confiar al mismo tiempo en la capacidad de sus trabajadores para neutralizar el riesgo, lo que daría lugar a un delito imprudente de peligro (art. 317 CP español) cometido con consciencia de la posibilidad del resultado típico.

106 2000: 310.
107 1999: 71.

El delito imprudente en el Código Penal peruano
La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual

Julio F. Mazuelos Coello

I. Introducción. **II.** Concepto. **1.** La noción de imprudencia en la doctrina. **2.** La noción de imprudencia en la jurisprudencia. **III.** Clases. **IV.** La estructura del tipo penal del delito imprudente. **1.** La infracción del deber de cuidado: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. **A**. La infracción de la norma de cuidado. **B.** La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como elemento común del tipo objetivo de los delitos doloso y culposo. **2.** Previsibilidad objetiva o previsibilidad individual. Las capacidades especiales individuales y los conocimientos especiales del autor. **V.** Art. 25 CP: ¿Participación dolosa en un delito imprudente? **VI**. Conclusiones.

I. Introducción

Tradicionalmente, el dolo y la culpa fueron concebidos como formas de culpabilidad (teoría psicológica de la culpabilidad) y no se les reconocía mayor incidencia en el plano de la tipicidad debido a que la culpabilidad era entendida como mera conexión psicológica del hecho objetivo con el autor[1]. Esta concepción no podía

1 Tanto el causalismo naturalista como el causalismo valorativo no distinguieron un modelo de análisis para el delito doloso y otro para el culposo, ambos observaban la misma estructura y elementos, poniendo el acento solo en la comprobación de la relación causal. Un recepción de

explicar la culpa inconsciente, pues esta supone la ausencia de toda vinculación psicológica con el resultado producido y, por otra parte, no lograba explicar satisfactoriamente la culpa consciente, en cuanto esta no radica en la previsión del peligro, sino en el actuar contra la norma de cuidado[2]. La teoría normativa de la culpabilidad, que concebía a esta como juicio de reproche por la infracción de una norma, permitió otorgar un mejor lugar a la imprudencia, elemento eminentemente normativo, en el nivel de la culpabilidad. La doctrina se orientó hacia la subjetivización o individualización del deber de cuidado y de su presupuesto, la previsibilidad. Así, configuró una previsibilidad subjetiva al alcance del concreto individuo y la idea de infracción del deber subjetivo de cuidado, esto es, del deber que el sujeto concreto es capaz de comprender y cumplir[3]. Sin embargo, quedaba aún pendiente de resolver el por qué la imprudencia debía incluirse en la culpabilidad y no en el injusto, que también era comprendido como contrariedad a la norma[4].

La doctrina es unánime en reconocer que fue Engisch[5], a partir de su escrito de habilitación *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* de 1930

esta corriente doctrinal puede verse en el trabajo de Bramont, 1978: 285, posteriormente el autor adopta la posición que ubica el dolo y la culpa en la tipicidad, Cfr. Bramont/Bramont-Arias, 1995: 43 y Bramont/Bramont-Arias, 2002: 162. Asimismo, el Manual de Hurtado Pozo, 1987: 450 detalla con precisión la incidencia de esta corriente en nuestra doctrina. Véase también Hurtado Pozo, 2005: 448, asume la ubicación del dolo en el tipo penal como parte integrante del denominado «tipo penal ampliado» y elemento determinante de la tipicidad. También, Castillo Alva, 2004: 384, ligado a una base subjetivo – psicológica como intencionalidad o no de causar el resultado. Diversos autores no pertenecientes al finalismo también ubican, desde distintas fundamentaciones, el dolo y la imprudencia en la tipicidad, como, por ejemplo: BLEI, 1983: 74 y 111 ss.; Bockelmann, 1979: 50 s.; Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, 1999: 61 s.: a partir del sentido de la conducta típica como lesión de un bien jurídico; Kühl, 2002, 2, N. 2, 3, N. 7 ss.; Otto, 2000, 5, N. 1 ss., 7, N. 1 ss.; Roxin, 2006, 10, N. 61 ss.: dentro de la comprensión teleológica de los tipos penales; Wessels/Beulke, 2003, 7, N. 202.

2 Cfr. Mir Puig, 1998: 272.

3 En este sentido, Luzón Peña, 1996: 494, quien pone también de manifiesto que, entre los partidarios de la ubicación de la culpa en la culpabilidad, hubo quienes optaban por la previsibilidad objetiva y la infracción del deber objetivo de cuidado, posición que posteriormente ha sido asumida por la doctrina mayoritaria.

4 Roxin explica las objeciones que originó la teoría psicológica de la culpabilidad con un ejemplo clásico: un joven cita a su amiga en un sitio en el cual ella cae muerta ocasionalmente por un meteoro, conforme a la teoría psicológica había un homicidio típico y antijurídico, que solo no era castigado por falta de culpabilidad culposa. Según la concepción más moderna, por el contrario, en el caso de un comportamiento «totalmente inobjetable del causante» no se cumple el tipo del homicidio culposo; en el ejemplo: el autor no ha producido desde el principio ningún peligro relevante jurídicamente. Cfr. Roxin, 1992: 89, 91. «Al joven que cita a su amiga en un sitio en la cual ella muere por un meteoro, por cierto no hay que reprocharle contravención al cuidado».

5 Cfr. Engisch, 1930.

(*Investigaciones sobre el dolo y la imprudencia en el derecho penal*), quien propuso por primera vez la necesidad de ubicar la imprudencia en el injusto y, más allá de la pura conexión causal de la acción imprudente con el resultado, exigió la presencia del deber objetivo de cuidado en el injusto del delito imprudente. Posteriormente, ha sido[6] quien desarrolló tal concepción en su sistema finalista del delito. Se concibe como principal función del derecho penal la prohibición de comportamientos orientados a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, esto es, la evitación de la realización de conductas dirigidas (finalmente) hacia la producción de un resultado no deseado por el ordenamiento jurídico ni la sociedad. Sin embargo, se evidencia la concurrencia de comportamientos que si bien no se orientan a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sí representan un alto riesgo para los mismos; de tal forma que junto a la actuación orientada por el sujeto a la afectación del bien jurídico concebida como delito doloso, la actuación no dirigida a su lesión es comprendida dentro de los alcances del delito culposo. Por ello, la incriminación culposa aparece como una extensión de la forma básica (dolosa) de protección de los bienes jurídicos y muestra un carácter excepcional[7]. Esta marcada subjetivización del delito imprudente ha tenido incidencia en la distinción entre culpa consciente y culpa inconsciente. Sobre el particular volveremos más adelante, aquí queremos resaltar su incidencia en la construcción de la estructura típica del delito imprudente a partir de las bases sentadas por el finalismo.

En su desarrollo más avanzado, la teoría final de la acción concibió la distinción sistemática entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, a partir de la idea de que la base del injusto doloso y culposo era la acción final. Por esto, en el delito culposo, se puso el acento en la acción final que el sujeto quería realizar y en la falta del cuidado exigido para lograr dicho fin que no es ilícito en sí mismo, sino en cuanto a una defectuosa realización de la conducta para alcanzarlo. De donde se deducía que el desvalor de acción en el delito culposo radicaba en la falta de la dirección final exigida por el derecho[8]. Se parte de la idea de que el derecho impone al ciudadano en toda participación en la vida social un deber objetivo en orden a una determinada prestación

6 Cfr. Welzel, 1964: 75 y 103. Si bien en un primer momento, Welzel tuvo que afirmar la inseparabilidad de la antijuridicidad y la culpabilidad respecto del delito culposo.

7 Cfr. Bustos/Hormazábal, 1999: 165 y 167; Choclan, 1998: 13; Hurtado Pozo, 2005: 710; Jescheck/Weigend, 1996: 291; Muñoz Conde/García Aran, 2007: 282; Peña Cabrera, 1997: 510; Villavicencio, 1995: 447.

8 Cfr. Welzel, 1997: 155 s. Inicialmente, Welzel había concebido para la acción dolosa la idea de *finalidad actual* en el sentido de una actividad finalista real, mientras que respecto de la acción culposa concibió la idea de *finalidad potencial* entendida como actividad finalista posible, en tal virtud la imprudencia consistía en la posibilidad de evitación del resultado por medio de una acción final; sobre esta primera concepción del autor véase: Welzel, 1949: 23. En nuestra doctrina, sigue esta concepción acerca de la culpa: Bramont-Arias, 2002: 232.

finalista. Así, para explicar el delito imprudente, se recurre a criterios valorativos y en poca medida a la teoría final de la acción en sí[9]. Con todo ello, el juicio acerca de la realización de una conducta imprudente era concebido en el ámbito de la tipicidad y no más en la culpabilidad. Sin embargo, continuaron las observaciones críticas de la doctrina sobre la pretendida acción final en el delito imprudente que resultaba penalmente irrelevante, ya que la finalidad se dirige a un fin que no es el resultado típico[10]. Este anclaje teórico de la doctrina final de la acción se mantuvo en toda la obra de Welzel debido a su fijación en los conceptos ontológicos y prenormativos. Posteriormente, en la doctrina se acentuaron los criterios valorativos y se dejó de lado la teoría de la acción final[11]; así, las ponderaciones normativas y sociales superaron al final a los principios ontológicos[12]. La doctrina mayoritaria abandona la teoría final de la acción como teoría de la acción, pero conserva una de sus principales consecuencias sistemáticas: la ubicación del dolo y la culpa en el tipo subjetivo[13].

A lo largo de la evolución de la dogmática del delito imprudente se ha evidenciado su progresiva normativización, y ha alcanzado hoy en día su máxima expresión en el marco de la moderna teoría de la imputación objetiva en la que muchos aspectos de la estructura del delito imprudente han servido de base para el desarrollo de sus postulados[14]. Así, se ha llegado a la equiparación o sustitución, en algunos casos, de la norma de cuidado por la idea de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, no permitido, típicamente relevante o socialmente inadecuado[15]. En efecto, actualmente se sostiene que tanto para el delito doloso como

9 Cfr. Welzel, 1964: 74. En opinión de Welzel, el cuidado exigido en el tráfico es un concepto objetivo en el que ha de primar la norma de cuidado, luego la observancia del cuidado necesario en el tráfico o de lo «socialmente adecuado» hace desaparecer el desvalor de la acción.

10 Cfr. Suárez Montes, 1963: 63: por lo que en lo que respecta al delito imprudente la teoría finalista coincide exactamente con el concepto de acción causal, la lesión del bien jurídico es producida de forma causal ciega.

11 Cfr. Choclan, 1998: 31 con referencias bibliográficas en nota 17. Véase, no obstante el trabajo de Rueda, 2001: 432 s., quien ejerce una defensa de la concepción finalista del delito imprudente, en su opinión la acción imprudente es también expresión de sentido en cuanto fenómeno social, lo cual nunca fue negado por Welzel.

12 Cfr. Feijoo, 2001: 81. Crítico hacia la construcción finalista del delito imprudente en la doctrina nacional: Peña-Cabrera, 2007: 680.

13 No obstante, el finalismo tuvo una marcada incidencia en la elaboración del Código penal de 1991 y en la doctrina peruana sobre el delito culposo, así se observa los trabajos de Bramont, Bramont-Arias, Briceño, Cuba, Peña Cabrera, Villa Stein, Villavicencio.

14 Cfr. García Cavero, 2000: 191, sobre la exigencia de la contrariedad a deber de la conducta en la imputación objetiva.

15 Sobre este giro en la doctrina véase con mayores referencias bibliográficas: Feijóo, 2001: 243. En nuestra doctrina asume esta posición García Cavero, 2000: 196; Hurtado Pozo, 2005:718: «peligro no permitido».

para el culposo se requiere de una acción que realice un peligro jurídicamente desaprobado para la imputación objetiva del resultado lesivo. El presente trabajo se desarrolla a partir de una revisión del tratamiento del delito imprudente en nuestra doctrina[16], legislación y jurisprudencia. Se toma como punto de partida el proceso creciente de normativización de la tipicidad, el mismo que obedece a la extendida aceptación de la teoría de la imputación objetiva, a la importancia que en los tipos doloso e imprudente han cobrado una serie de criterios objetivos y los aportes de la concepción sentada por Jakobs sobre la distinción entre imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado[17]. En resumen, a partir de una visión funcional-normativa de la teoría del delito.

Uno de los principales temas que surge a manera de introducción a la problemática del delito imprudente es la adopción de la incriminación cerrada de la imprudencia (crimina culposa) arraigada en nuestro derecho penal y constituye uno de los principales logros alcanzados por el legislador, y se elimina la posibilidad de una aplicación extensiva de los tipos dolosos[18]. El sistema de incriminación cerrada o específica de la imprudencia es de larga data en la legislación penal peruana; así, el Código Penal de 1924, en su art. 82, primer párrafo[19], preveía dicho modelo denominado también sistema de *numerus clausus* de los delitos imprudentes. Actualmente, el Código penal de 1991 lo recoge en el art. 12, segundo párrafo: «El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la Ley». El sistema de *numerus clausus* es preferible con

16 En este trabajo se recurre a la doctrina comparada solo en los casos en que sea necesario para una mejor comprensión de la evolución y conceptualización de los temas dogmáticos tratados, así como de las corrientes que son seguidas por la doctrina nacional.

17 Jakobs, 1998b: 14. Distinción asumida por un sector de nuestra doctrina: García , 2007: 339; Peña Cabrera, 1997: 306 ss.; Villa Stein, 1998: 230.

18 Dentro del Código penal y las leyes especiales se puede observar los siguientes delitos imprudentes: homicidio culposo (art. 111 CP), lesiones culposas (art. 124 CP), atentado contra el patrimonio cultural (Art. 129, segundo párrafo CP), fraude contra el sistema crediticio (art. 210 CP), peligro por medio de incendio o explosión (arts. 273 y 275 en concordancia con el art. 278 CP), causación de estragos por medio de inundación, desmoronamiento o derrumbe (Art. 276 en concordancia con el Art. 278 CP), atentado contra los medios de transporte público o de comunicación (art. 280 en concordancia con el art. 282 CP), atentado contra la seguridad común (art. 281 en concordancia con el art. 282 CP), contaminación de aguas yo sustancias destinadas al consumo (arts. 286 a 289 en concordancia con el Art. 295 CP), delito contra el medio ambiente bajo la modalidad de verter deshechos industriales o domésticos (art. 307 segundo párrafo CP), revelación de secretos nacionales (art. 330 CP), espionaje (art. 331 CP), destrucción o inutilización de documentos probatorios en proceso (art. 372 CP), peculado (art. 387 CP) y, finalmente, el delito de favorecer la fuga (art. 414 CP)

19 «Art. 82.— El agente de infracción no intencional es punible en los casos taxativamente establecidos por la ley, cuando el daño el peligro es ocasionado por negligencia. [...]»

relación al sistema *numerus apertus*[20], en cuanto observa, de una parte, con mayor precisión, el principio de taxatividad al extender el mandato de determinación al tipo subjetivo y no solo a la realización objetiva, y, de otra, recoge expresamente el carácter excepcional de la incriminación culposa, vinculado al menor desvalor de los hechos imprudentes[21]. En definitiva, es el legislador quien determina qué tipos en particular son susceptibles de realización culposa. No obstante, lo que ha de entenderse por actuar culposo no lo define la ley. Al respecto, la doctrina ha considerado reiteradamente que el tipo imprudente constituye un tipo abierto[22] que requiere de la consecuente concreción por parte del juez a partir de la adopción del criterio general del deber de cuidado en el caso concreto, ya que los deberes de cuidado no serán los mismos según las profesiones, actividades sociales y situaciones concretas.

La consideración del delito imprudente como tipo abierto debe ser matizada, ya que tanto en el delito doloso como en el culposo el autor debe de deducir la prohibición del comportamiento causante en concreto a partir de la prohibición de causar. Hay pues tantas modalidades de actuar imprudente como de actuar doloso, por lo que la referencia en el delito imprudente a la falta de cuidado no aporta nada a la precisión de lo prohibido más allá de la cognoscibilidad de un riesgo ya no permitido[23].

Algunos de los problemas de los delitos imprudentes tienen que ver, precisamente, con su tipificación expresa. El Código penal no ha mantenido coherentemente la adopción del sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia, toda vez que diversos preceptos de la parte especial contienen una cláusula general de tipificación imprudente de los delitos dolosos recogidos en distintos preceptos. Por lo que se hace imprescindible interpretar los correspondientes tipos penales a efectos de determinar la posibilidad de su comisión culposa; este es el caso de los arts. 278, 282 y 295 del CP. En efecto, en los arts. 273, 278 y 282 CP, por ejemplo, se hace alusión a delitos de peligro común, lo cual presenta ciertos reparos en la medida en que tendría que verificarse un doble peligro, por una parte la infracción del deber de cuidado requiere que la acción haya supuesto un peligro

20 El sistema de *numerus apertus* se caracteriza porque cualquier delito previsto como doloso en la norma, cometido en forma negligente merece una pena, así el antiguo Art. 565 del Código Penal español. Sobre esta discusión en la legislación española, véase: Silva Sánchez, 1997a: 86 ss.

21 Cfr. Silva Sánchez, 1997a: 86 s., con referencias a la doctrina alemana e italiana. En nuestra doctrina reafirman el carácter excepcional de la culpa García, 2004: 423; Peña-Cabrera, 2007: 674.

22 Así en nuestra doctrina: Bramont-Arias, 2002: 225; Briceño, 2000: 18; Villa Stein, 1998: 246; Villavicencio, 2006: 383.

23 En este sentido, Jakobs, 1997b: 388.

para el bien jurídico y, de otra parte, el resultado consiste precisamente en que un determinado objeto de la acción fue puesto en peligro por la inobservancia del cuidado; luego, no es posible diferenciar cuándo se trata de una puesta en peligro concreto y cuándo de un peligro abstracto, ya que sería suficiente la sola peligrosidad de la acción. Ello sucede, por ejemplo, en el caso de la creación de un peligro para las personas o bienes mediante incendio o explosión (art. 273 en relación con el art. 278)[24]. En estos casos, es evidente que la realización típica imprudente solo será posible en aquellos supuestos en que el tipo no presuponga el conocimiento actual del tipo objetivo.

Relacionado con esto último, se advierte que, en algunos casos, el Código Penal vincula, a través de una cláusula general, la tipificación imprudente a un tipo penal doloso que contiene elementos subjetivos del injusto, como es el caso del art. 295 en relación con los arts. 289 y 282 respecto del art. 280, en los que se emplea el término «a sabiendas». Sin embargo, ello no debe conducir a la exclusión de la modalidad culposa en estos casos, ya que la expresión «a sabiendas» reafirma el aspecto cognoscitivo del dolo, pero no condiciona la posibilidad de la realización culposa, pues desde una distinción tradicional entre dolo y culpa, se trataría de supuestos de culpa consciente[25].

Además, la adopción del sistema *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia guarda una estrecha relación con el principio de mínima intervención del derecho penal, en cuanto ejerce una doble restricción: por un lado, determina la selección de aquellos comportamientos imprudentes que afectan a bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, salud) y, por otro, de tales comportamientos imprudentes solo se castigan los que llegan a producir efectivamente un resultado lesivo para dichos bienes jurídicos[26].

---

24 De ahí que en virtud del principio de fragmentariedad del derecho penal, debiera de reducirse el límite de la incriminación de la imprudencia a los casos de acciones contrarias al cuidado que produzcan un resultado de lesión o un resultado de puesta en peligro concreto, desechándose la tipicidad imprudente de la puesta en peligro abstracto. Cfr. Choclan, 1998: 21.

25 De esta manera, por ejemplo, en el tipo del Art. 289 CP es posible propagar una enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de las personas por error evitable, aunque el tipo doloso exija que el autor actúe a sabiendas; asimismo, en el tipo penal del Art. 280 CP la exigencia de que el autor ejecute cualquier acto *a sabiendas* que pone en peligro la seguridad de naves, aeronaves, construcciones flotantes o cualquier otro medio de transporte de uso público, no impide que dicho acto se verifique por no haber previsto el sujeto el peligro de su acción a pesar de ser fácilmente cognoscible.

26 Como se ha mencionado anteriormente, desde este orden de ideas deviene la excepcionalidad de la incriminación imprudente respecto de la dolosa, por lo general los delitos culposos se castigan cuando se produce un resultado lesivo y con una pena inferior a la prevista para la realización dolosa de la conducta, sin embargo, muchas veces el legislador dada la gravedad de

Asimismo, en determinados supuestos el legislador ha optado por la elevación de la pena del delito culposo a niveles que colisionan con el principio de proporcionalidad. Es el caso, por ejemplo, del art. 111 CP, modificado por el art. 1 de la Ley 27753, que sanciona el homicidio culposo simple con pena de privación de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de 52 a 104 jornadas, mientras que para los casos en que el agente haya estado conduciendo un vehículo motorizado bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad (más de 0,5 gramos por litro en la sangre) o cuando sean varias las víctimas del mismo hecho o el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito, la pena es de privación de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años más la pena de inhabilitación. En este precepto se equipara, a efectos de la aplicación de la pena, la conducción en estado etílico con cualquier inobservancia del reglamento de tránsito, sobrecriminalizándose la infracción administrativa, ya que la conducta de conducir en estado etílico sí se encuentra tipificada como delito (art. 274 CP), mas no cualquier otra infracción de tránsito. De esta forma, por el resultado producido, se sanciona penalmente una conducta que en sí (aisladamente) no representaría mayor riesgo o, en todo caso, no alcanza los niveles del riesgo que encierra la conducción en estado etílico. Lo mismo sucede con la equiparación que se hace entre la producción de varias muertes y la producción de la muerte de una sola persona cuando el agente haya obrado en estado de ebriedad, pues puede tratarse de una o varias muertes y la pena será la misma[27].

II. Concepto

De acuerdo con lo estipulado en los arts. 11 y 12 CP no solo las acciones u omisiones dolosas son penadas por la ley, sino también las culposas en los casos en que esta lo establece expresamente. Se determina así el principio de responsabilidad subjetiva, como garantía de la actuación del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*[28]. El legislador utiliza la denominación de «culposa» y no el término «imprudente» empleado por la legislación y doctrina comparadas como la española y la

la conducta opta por la configuración de un delito de peligro autónomo o por el castigo del delito de peligro en su forma de comisión imprudente como sucede en los arts. 273, 275 y 276 en concordancia con el art. 278 CP.

27 Dicha falta de proporcionalidad en las penas cabe apreciarse también en el delito de lesiones culposas previsto en el Art. 124 CP a raíz de la modificación de la Ley 27753, ya que se equipara, a afectos de la pena, la mera infracción de tránsito con la conducción en estado etílico y, a su vez, ambas con la producción de varias lesiones en el mismo hecho.

28 Derivado de una interpretación sistemática del Código penal, con mayores detalles en la doctrina nacional: Castillo Alva, 2004: 377 ss.

alemana, pero ello no tiene mayor trascendencia, ya que de manera homogénea se identifica «culpa» con «imprudencia» y «culposa» con «imprudente», con la salvedad de que el término imprudencia facilita la distinción respecto de la idea de «culpabilidad» de contenido distinto[29]. El Código Penal no define lo que es la culpa o la imprudencia, por lo que para su entendimiento se ha de acudir a los aportes elaborados por la doctrina y la jurisprudencia.

1. La noción de imprudencia en la doctrina

La imprudencia se configuró, inicialmente, como una forma de culpabilidad (teoría psicológica de la culpabilidad) y era entendida como una relación psíquica entre el autor y el hecho dañoso[30]. Con la finalidad de poder comprender dentro del concepto de culpa a la llamada culpa inconsciente, dicho concepto fue reelaborado sobre la base de la infracción de un deber de cuidado. De esta forma, se apartó la doctrina de la mera vinculación psicológica del autor con el hecho dañoso y pasó a configurar la imprudencia desde una perspectiva normativa. La doctrina de la acción finalista fue la encargada, en última instancia, de trasladar el elemento de la infracción del deber objetivo de cuidado a la tipicidad, dejando en la culpabilidad el análisis de si el autor ha conocido o podido conocer la violación del deber[31]. De tal manera que la imprudencia fue concebida como una forma de realización del tipo y ya no como una especie de la culpabilidad[32].

En la doctrina se presentan diversas maneras de conceptuar la culpa o imprudencia, pero todas estas tienen en común su naturaleza normativa. Así, un sector de la doctrina define la culpa como la «falta de cuidado objetivo en el ámbito de relación». Partiendo del criterio que los tipos penales expresan formas de comunicación (relaciones sociales) entre los miembros de la sociedad, se afirma que la culpa no podría ser concebida como una mera contravención del deber de cuidado, ya que lo importante es la exigencia del ordenamiento jurídico en un ámbito social concreto[33]. Otro sector de la doctrina, inspirado en los lineamientos

29 En este sentido, Mir Puig, 1998: 269. En el mismo orden de ideas, Peña Cabrera, 1999: 510, se muestra favorable al uso del término imprudencia en lugar de culpa, dada su mayor transparencia y facilidad de comprensión por parte del intérprete no jurista.

30 Como hemos anota al inicio del trabajo, la teoría psicológica de la culpabilidad permitía sancionar únicamente como imprudencia la culpa consciente, ya que en la culpa inconsciente no era posible afirmar la concurrencia de una relación psíquica entre el sujeto y el resultado que no había sido representado.

31 En nuestra doctrina, así: Villavicencio, 1995: 466 s.

32 Cfr. Welzel, 1997: 155 y 156.

33 Cfr. Bustos/Hormazábal, 1999: 168, 171 s.; posteriormente ambos autores inciden en la idea de cuidado exigido en un ámbito de relación determinado, véase Bustos/Hormazabal, 2004: 98.

del causalismo valorativo, concibe la culpa como forma de la culpabilidad (nexo psiconormativo entre el autor y su conducta) y la define como «la producción de un resultado típico previsible y evitable, por medio de una acción violatoria del cuidado requerido en el ámbito social correspondiente»[34]. En virtud de su naturaleza normativa y su ubicación sistemática en el tipo de injusto, la culpa es definida, por la mayor parte de la doctrina, como la infracción del deber objetivo de cuidado o diligencia que tiene como presupuesto la previsibilidad objetiva[35]. Esta afirmación, sin embargo, no debe conducir a sostener que como el delito culposo requiere de la infracción de un deber de cuidado se trata de un delito de infracción de deber[36], ya que todos los delitos (dolosos y culposos) requieren de la infracción de un deber general de no causar daño a otro[37].

Debe observarse que todas estas posiciones acerca del concepto de culpa ponen el acento en la infracción del deber de cuidado como elemento del delito culposo, a partir de la idea de que el desvalor de la acción en los delitos culposos está constituido por la afectación al deber cuidado.

A partir de la extensión de la teoría de la imputación objetiva en la evolución de la teoría del delito y su creciente normativización, un sector de la doctrina, cuyo máximo representante es Jakobs, sostiene que la imprudencia es básicamente un supuesto de error de tipo[38] y, desde esta perspectiva, la caracteriza como una «forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse»[39]. En otras palabras, habrá imprudencia cuando el resultado típico es objetivamente imputable y el autor ha obrado con una apreciación errónea acerca del riesgo de su producción, a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo[40].

34 Cfr. Fernández Carrasquilla, 1998: 266. Hace alusión también al contexto social Hurtado Pozo, 2005: 720.

35 Así, Peña Cabrera, 1999: 511; poniendo énfasis en la necesidad de la previsibilidad de la realización del resultado típico: Bramont-Arias, 2002: 231; Hurtado Pozo, 2005: 726; Muñoz Conde/García Arán, 2007: 285, con reparos acerca de su suficiencia como único criterio.

36 Posición mostrada por Roxin en su Täterschaft und Tatherrschaft 1a ed. 1963, que luego varía en la 4a ed. de 1984.

37 En este sentido, Choclan, 1998, p 27. También Puppe, 2001: 57: para imputar un resultado no basta que el autor lo haya causado por una acción cualquiera, ha de ser una acción contraria a deber, regla que rige también para los delitos dolosos. Ello fue destacado ya en 1966 por Gimbernat, 1990: 155 y ss: la inobservancia de la diligencia debida es un elemento del injusto típico del delito imprudente y del doloso.

38 Cfr. Jakobs, 1997b: 381; Bacigalupo, 1998a: p. 243: Kindhäuser, 2006a, § 33, nm 6. Así, también Luzon Peña Cabrera, 1996: 496, solo respecto de la imprudencia inconsciente, la que concibe como un error de tipo vencible. En la doctrina nacional: García Alva, 2007: 562; Villavicencio, 2006: 385.

39 Cfr. Jakobs, 1997b: 382.

40 En este sentido, Bacigalupo, 1998a: 247, quien se adhiere a la tesis de Jakobs.

Luego, si la culpa es concebida como error de tipo evitable, la cognoscibilidad del peligro por parte del sujeto equivale a la vencibilidad del error[41]. Para esta doctrina no hay diferencias entre el tipo objetivo del delito doloso y del delito culposo, la distinción en cuanto a su aspecto subjetivo aparece determinada por la cognoscibilidad de la realización del tipo[42]: en el dolo la cognoscibilidad evoluciona a conocimiento, en la culpa no. Ahora bien, la creciente normativización de las categorías dogmáticas en la tipicidad se orienta sustancialmente hacia la superación de la concepción psicologicista del dolo y la culpa. El dolo es concebido como conocimiento de la probable realización concreta de un resultado prohibido mediante la ejecución de una acción prohibida; mientras que la culpa es comprendida como cognoscibilidad del riesgo, esto es, el autor, de acuerdo a su capacidad individual, pudo y debió conocer del riesgo que no fue consciente en el momento de la acción[43]. Así, la culpa es entendida normativamente como la evitabilidad (o previsibilidad) individual en contraposición a la previsibilidad objetiva defendida mayoritariamente por la doctrina; la función de esta última, en opinión de Jakobs[44], es desempeñada por la idea de riesgo permitido.

En sede normativa, la diferenciación entre dolo e imprudencia ha de operar a partir del rol que desempeña la persona y del contexto en que se lleva a cabo el suceso, luego lo importante es el conocimiento que puede imputarse al titular de un rol en un contexto determinado. En tal sentido: el dolo ha de ser comprendido como la atribución (no la constatación) del conocimiento de la realización del tipo al rol del autor, mientras, por el contrario, la imprudencia significa la atribución al rol del autor del hecho que él hubiera debido lograr el conocimiento de la realización del tipo[45]. Se ha de advertir que no se trata de una imputación subjetiva al rol en sí, sino que el rol, aunado al contexto del suceso, sirve de criterio normativo para imputar subjetivamente a su titular la realización dolosa o imprudente del tipo. De tal forma que el fundamento de la imputación jurídico-penal no es dejado en las manos del individuo aislado, sino que ha de ser procurado socialmente[46].

41 Véase, Corcoy, 1989: 259.

42 Cfr. Jakobs, 1997b: 382. En la doctrina nacional asume la homogenización del tipo objetivo de los delitos culposo y doloso: Recientemente, Villavicencio, 2006: 386.

43 Véase al respecto: Choclan, 1998: 56 y 57. En nuestra doctrina asume esta posición García, 2000: 197 y 198, también en García, 2004b: 423; Reátegui, 2002: 103 s., específicamente en relación con el dolo en el delito de omisión.

44 Cfr. Jakobs, 1997b: 388.

45 Sobre la relación del dolo y la imprudencia con el rol del autor y el contexto, así como su normativización en detalle: González-Rivero, 2001: 173.

46 En este sentido, Vossgätter, 2004: 186.

En este sentido, si bien el autor doloso y el autor imprudente en el plano de la comunicación transmiten objetivamente el sentido de que la norma no es obstáculo para la realización del tipo, en el autor doloso (y con conciencia del injusto) el sentido objetivo y el subjetivo coinciden, por lo que no es posible distanciar al autor del significado objetivo de su conducta. En el autor imprudente (quien actúa bajo un error sobre el injusto) concurre una disparidad entre el sentido objetivo y el subjetivo; subjetivamente el autor no pretende transmitir objetivamente el mensaje de que la norma no es obstáculo para la realización del tipo[47].

La cognoscibilidad no se refiere a un conocimiento causal perfecto y técnico, vinculado al modo de producirse el resultado lesivo, basta que sea cognoscible el riesgo que se realiza; por lo que el conocimiento de los factores del riesgo que no alcance todavía a la representación (en el momento de la acción y en la situación concreta) de la realización probable del tipo ha de quedar comprendido dentro del tipo subjetivo del delito imprudente[48]. En la imprudencia se trata, como lo sostiene con claridad García Cavero[49], de un deber de evitar acciones típicas cognoscibles, a diferencia de la imputación dolosa en la que se trata de un deber de conocer.

En definitiva, no hay diferencia entre el tipo objetivo del delito doloso y del culposo. La culpa es una forma de realización del tipo que consiste en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que es previsible, pero no previsto, por el autor.

2. La noción de imprudencia en la jurisprudencia

La jurisprudencia no ha procedido a definir la culpa en contraposición con el dolo, en la medida en que lo hace sin referirse al aspecto volitivo propio a este último. Respecto de. dolo se orienta mayormente por el tratamiento del aspecto objetivo de la tipicidad y, una vez comprobada su concurrencia en el caso concreto, procede a afirmar la presencia del aspecto subjetivo sin mayor fundamentación[50]. En algunos casos, la jurisprudencia ha intentado conceptuar la culpa desde la

47 Cfr. Jakobs, 2003: 93.

48 En este sentido, Choclan, 1998: 65.

49 Cfr. García, 2007: 561.

50 Así, por ejemplo, la Ejecutoria Suprema R.N. 435-92-A Piura de 17/06/1992 señala que el delito de homicidio culposo presupone la acción u omisión directa del responsable que desencadena en la muerte de una persona por descuido, impericia o imprudencia, esto es, se pone el acento en la forma de realización objetiva de la conducta, también expresamente la Ejecutoria Suprema Exp. 6095-97 de 07/01/1998 Lima: «[...] lo esencial del tipo de injusto del delito imprudente no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción [...]». A diferencia del delito culposos, la jurisprudencia sí ha definido el delito doloso, en la Ejecutoria Suprema R.N. 132-98-Lima de 20/05/1998: «[...] Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción

previsibilidad objetiva. Así, la Ejecutoria Suprema Exp. 8653-97 de 06/08/1998 Lima: «[...] Los delitos culposos pueden ser definidos como aquellos ilícitos producidos por el agente al no haber previsto el resultado antijurídico; siempre que debiera haberlo previsto y dicha previsión fuera posible [...]».

A nivel de la jurisprudencia, se ha recogido también el concepto de *numerus clausus* en el delito imprudente, en el sentido de que el tipo penal prevea la realización del delito en forma imprudente[51].

Nuestra jurisprudencia sigue a la doctrina mayoritaria en cuanto coincide sobre la exigencia de la infracción del deber objetivo de cuidado para afirmar la tipicidad del delito culposo (Ejecutoria Suprema R.N. 4288-97 Ancash de 13/04/1998; Ejecutoria Superior Exp. 3762-97 de 17/09/97 Sala Penal de Apelaciones - Lima). Define al deber objetivo de cuidado como el conjunto de reglas que debe observar toda persona al realizar una actividad concreta a título de profesión, ocupación o industria, por ser elemental y ostensible en cada caso como indicadores de pericia, destreza o prudencia (Ejecutoria Suprema R.N. 2007-97 de 02/04/199). Sin embargo, podemos encontrar jurisprudencia aislada en la que, en cuanto a la infracción del deber objetivo de cuidado, acude a la experiencia[52]. Debemos advertir el peligro que encierra esta argumentación en la medida en que se admite que una regla de la experiencia sea la que excluya la infracción del deber de cuidado, pues la experiencia podría, *contrario sensu*, fundamentar la responsabilidad penal[53].

Asimismo, podemos advertir que la jurisprudencia hace alusión a la aplicación de la teoría de la imputación objetiva[54] en el delito imprudente (Ejecutoria

como típica, asimismo no basta con tener mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario además querer realizarlos [...]».

51 En este sentido, Sentencia del Exp. 6095-97 Lima, 07/01/1998, en Caro John, 2007: 166.

52 Así, por ejemplo, la Ejecutoria Suprema R.N. 4288-97 Ancash de 13/04/1998, excluye dicho deber en una «regla de la experiencia» que «[...] enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión [...]; en la misma línea argumental la Ejecutoria Suprema Exp. 3475-97 de 07/09/1998: «[...] Actúa culposa o imprudentemente el que omite la diligencia debida. Se trata por lo tanto de la infracción del deber de cuidado, o sea, de las normas de conducta exigibles para el caso, las cuales se extraen de la experiencia común y no dependen necesariamente de la trasgresión de leyes o reglamentos. [...]».

53 Críticamente sobre este aspecto de la Ejecutoria Suprema R.N. 4288-97 Ancash de 13/04/1998, García, 2000: 200.

54 En efecto, la jurisprudencia ha incidido en la aplicación de criterios de imputación objetiva, determinando uniformemente, por ejemplo, situaciones de autopuesta en peligro de la víctima en casos de «imprudencia temeraria del propio agraviado», así cuando el occiso en estado etílico pretendió cruzar la vía por delante de una camioneta rural en circulación (Ejecutoria Superior Exp. 4632-97 de 7/10/97 Sala Penal de Apelaciones - Lima).

Suprema R.N. 4288-97 Ancash de 13/04/1998; Ejecutoria Superior Exp. 5615-97 de 09/12/97 Sala Penal de Apelaciones - Lima; entre otras) y, en tal sentido, la Ejecutoria Superior citada señala que para la imputación objetiva del resultado en el delito imprudente se requiere «a) el incremento del riesgo permitido [...]; b) la realización del riesgo implícito en la acción imprudente en el resultado [...]; y c) el resultado debe producirse dentro del ámbito de protección de la norma [...]».

Sin embargo, la jurisprudencia no es unánime en afirmar que la infracción del deber de cuidado fundamenta el aspecto objetivo de la tipicidad del delito imprudente, pues en algunas sentencias se alude a la creación de un riesgo no permitido y no a la infracción del deber de cuidado; así, por ejemplo, la Ejecutoria Suprema R.N. 6239-97 Ancash de 03/06/98 señala que si el resultado lesivo de un bien jurídico no ha sido producido por la intervención de una persona, dicho resultado no puede ser imputado objetivamente a un autor que no ha creado ningún peligro relevante para el bien jurídico. Esto nos permite afirmar que la jurisprudencia nacional se inclinaría por no distinguir el tipo objetivo entre los delitos doloso y culposo, en la medida en que para la afirmación de la tipicidad objetiva culposa se ha de requerir la creación o incremento de un riesgo desaprobado o no permitido. Hay que señalar que en este aspecto la jurisprudencia no es pacífica, utiliza simultáneamente los conceptos de infracción del deber de cuidado y creación o incremento de un riesgo no permitido ya sea para afirmar o rechazar la imputación objetiva del resultado; de manera que, por ejemplo, la Ejecutoria Suprema R.N. 4288-97 Ancash de 13/04/1998 indica que para la determinación del tipo objetivo de los delitos culposos se requiere la presencia de la infracción de un deber objetivo de cuidado y la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor «por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante». Esta jurisprudencia ha generado un debate en nuestra doctrina acerca de la aplicación del principio de confianza en lugar de las reglas de la experiencia como fundamentación de la exclusión de la infracción del deber de cuidado, y la participación de la víctima en la conducta riesgosa.[55] Ello se evidencia aún más cuando para casos similares la jurisprudencia aplica indistintamente los criterios de infracción del deber de cuidado y creación de un riesgo penalmente relevante. Por ejemplo, se hace alusión al incremento del riesgo por la víctima que cruza la vía por delante de un vehículo en marcha: la Sala Penal resuelve que «fue el agraviado quien

55 Sobre esta discusión, véase García, 2000. En el mismo sentido la Ejecutoria Suprema Exp. 5032-97 Lima (JurPeGaceta, III, 112) señala que la excesiva velocidad con que conduce el autor su vehículo y que le impide detenerse y ceder el paso a la víctima, configura la infracción del deber de cuidado, «lo que finalmente significó en un incremento del riesgo permitido materializado en el resultado».

incrementó el riesgo al cruzar por una vía rápida [...] lo que resultó imprudente para su integridad personal» (Ejecutoria Superior de 26/09/97 Exp. 3417-97 Sala Penal de Apelaciones - Lima). La misma Sala Penal resuelve atribuyendo el resultado a una «conducta imprudente del agraviado» en el caso en que este introduce imprudentemente su brazo en una compactadora de basura, «sin que haya mediado infracción del deber de cuidado por parte del imputado» (Ejecutoria Superior de 09/12/97 Exp. 5615-97 Sala Penal de Apelaciones - Lima).

En lo que respecta al aspecto subjetivo del tipo penal culposo, la jurisprudencia ha optado mayoritariamente por el criterio de la previsibilidad objetiva propio del finalismo (momento intelectual del cuidado objetivo), en la medida en que el resultado tiene que ser previsible *ex ante* para una persona colocada en la situación y posición que el autor[56]. En relación con la distinción entre, primero, dolo eventual y culpa consciente y, segundo, entre la culpa consciente e inconsciente, la jurisprudencia observa algunas confusiones. Por ejemplo, la Ejecutoria Suprema 3365-97 Piura de 03/10/1997 señala que en el dolo eventual el autor, al llevar a cabo la conducta, asume la posibilidad de producción del resultado y en la culpa consciente «no conoce el resultado ni se lo representa [...]», pareciera que no se tiene muy en claro la diferencia entre culpa consciente y culpa inconsciente. Con mayor claridad la Ejecutoria Suprema 035-98 Camaná de 10/02/1998 conceptúa el dolo eventual en el sentido que el agente «se haya representado seriamente la posibilidad del daño [...], y que, a pesar de ello, se conforme con el resultado voluntario [...], aun cuando no quiera el mismo. La culpa consciente, por el contrario, exige en el sujeto la confianza que el resultado, a pesar de su posibilidad, no se producirá [...]».

Así mismo, se advierte que la jurisprudencia no es consecuente en tomar en cuenta las capacidades especiales del autor para la determinación del deber de cuidado y, en consecuencia, el carácter prohibido del riesgo creado. Por ejemplo, la Ejecutoria Suprema R.N. 4288-97 Ancash de 13/04/1998 utiliza un baremo objetivo para determinar el deber de cuidado, siguiendo a la doctrina que deja el análisis de las capacidades individuales del autor para la culpabilidad[57]. En un sentido contrario, la Ejecutoria Superior Exp. 3762-97 de fecha 17/09/1997, Sala Penal de Apelaciones - Lima, afirma la infracción del deber de cuidado en las capacidades especiales del autor, así señala que del «informe técnico [...] se

56 Así, por ejemplo, la Ejecutoria Superior Exp. 253-97 de 27/08/1997 Sala Penal de Apelaciones — Lima señala que para la configuración del delito de homicidio culposo se «requiere que la posibilidad y muerte del agraviado haya sido advertida y prevista por los procesados de acuerdo a sus conocimientos como profesionales médicos [...]»; así también la Ejecutoria Suprema Exp. 8653-97 de 06/08/1998 anteriormente citada.

57 Críticamente sobre este pronunciamiento en la sentencia citada, García, 2000: 199.

desprende que el vehículo registraba un sistema de dirección en mal estado, evidenciándose consecuentemente inobservancia de reglas de cuidado aunándose a ello su condición de chofer profesional». Sobre la incidencia de los conocimientos especiales del autor sobre la determinación del deber objetivo de cuidado, véase la Ejecutoria Suprema Exp. 3475-98 de 07/09/1998 que señala en relación con el deber de cuidado que «[...] Se trata de un deber objetivo en cuanto que es el que hubiera observado un ciudadano medio en tales condiciones y con los conocimientos especiales del agente [...]».

En definitiva, si bien la jurisprudencia no define lo que ha de entenderse por culpa, toma como elemento propio del delito imprudente la infracción del deber de cuidado; de esta manera se advierte que coincide con la doctrina mayoritaria. La moderna teoría de la imputación objetiva ha sido recogida por nuestra jurisprudencia para el tratamiento del delito culposo entendiendo que se ha de verificar la creación o incremento de un riesgo penalmente relevante, que dicho riesgo se haya materializado en el resultado y que el resultado se haya producido dentro del ámbito de protección de la norma. Principalmente, la jurisprudencia ha puesto el acento en la creación de un riesgo penalmente relevante (principio del riesgo permitido) y en los casos de atribución del resultado a la conducta de la víctima (autopuesta en peligro de la víctima).

Se advierte, no obstante, que la jurisprudencia no es uniforme en cuanto al empleo del criterio de la infracción del deber de cuidado, pues acude simultáneamente a dicho criterio y a la creación de un riesgo penalmente relevante, o, en algunos casos, para supuestos similares aplica indistintamente alguno de los dos criterios. Esta disparidad de opiniones genera una enorme confusión en la línea jurisprudencial a seguir por los magistrados. Creemos que esto es consecuencia de la tendencia doctrinal actual de sustituir la infracción del deber de cuidado por la idea de creación o incremento de un riesgo jurídicamente relevante. Se ha de tener en cuenta que en una acción mantenida dentro del riesgo permitido queda excluida la imputación objetiva del resultado y, consecuentemente, tampoco se puede hablar de que haya habido una infracción de deber de cuidado; pues los deberes de cuidado han de estar armonizados con los riesgos permitidos. Sobre la base del riesgo permitido es que se construyen los deberes de cuidado para cada situación concreta, no puede existir una disparidad entre ambos, por lo que difícilmente podrá establecerse una diferenciación. Sobre este punto volveremos más adelante. Las reglas de la experiencia no pueden fundamentar la exclusión de una infracción del deber de cuidado, pues su admisión significa la aceptación tácita de que la responsabilidad penal puede fundarse en reglas de la experiencia, lo cual es inaceptable. De otro lado, la previsibilidad objetiva y el recurso al hombre medio sigue siendo el baremo dominante en la jurisprudencia para la determinación del

llamado aspecto intelectual del cuidado objetivo. Aunado a ello se toma en cuenta solo los conocimientos especiales del autor para la determinación del carácter prohibido del riesgo creado, y se deja, inexplicablemente, para el ámbito de la culpabilidad, las capacidades especiales del autor.

Una discusión doctrinal ha originado la imputación jurídico penal a título de dolo en el conocido caso «Utopía», en la cual, a partir de la representación en el autor de los riesgos y la posible producción de los resultados de homicidio y de lesiones, se pasa de una imputación imprudente a una imputación dolosa sobre la base de la teoría cognitiva del dolo (dolo = conocimiento). Afirmándose la concurrencia de un dolo eventual en la persona del empresario responsable de la celebración de la fiesta «Zoo», lo cual tendría, de cara a las consecuencias jurídicas del hecho, una gran trascendencia: 15 años de pena privativa de la libertad[58].

Más allá de las contradicciones sistemáticas y dogmáticas de la sentencia, lo que aquí interesa poner de relieve es la confusión de una perspectiva psicológica con una normativa, pues el recurso a la tesis de la representación en el autor de la probabilidad de producción del resultado desconoce que tanto la culpa consciente como el dolo eventual poseen el elemento de la representación del resultado. Pero no toda representación psíquica alcanza el nivel de dolo[59]. No se trata de la descripción de las ideas que pasen o puedan pasar por la cabeza del autor, sino de la atribución de conocimiento desde lo social, de acuerdo al contexto social en el que se desarrolla la conducta. Esto es, la atribución de conocimientos por parte del ordenamiento jurídico a partir de las expectativas sociales que se tiene de un determinado comportamiento[60].

III. Clases

Tradicionalmente, en la culpa se ha distinguido, según el contenido psicológico de la acción imprudente, entre culpa consciente o con representación y culpa inconsciente o sin representación[61]. Distinción proveniente de la teoría psicológica

58 Sentencia del 49 Juzgado Penal de Lima, Expediente 23231-2004, de 27/04/2006.

59 En el mismo sentido, Caro John, 2006: 244.

60 Así, Sánchez-Vera, 2004: 52.

61 Cfr. Con claridad expositiva Kindhäuser, 2006a, § 33, N. 59 s., igual en Kindhäuser, 2006b, 15, N. 86 ss., aunque admite su escaso significado de esta distinción para el ámbito de la imputación, aunque si para la medición de la pena; Bustos/Hormazábal, 2004: 100; Stratenwerth/Kuhlen, 2004, § 15, N. 33; Tröndle/Fischer, 2004, § 15, N. 13 ss. En la doctrina peruana Bramont Arias, 2002: 229; Briceño, 2000: 35 ss.; Hurtado Pozo, 2005: 729; Peña Cabrera, 1999: 523; Villavicencio, 2002: 71, posteriormente más allá de la introducción de criterios normativos como la cognoscibilidad en la imprudencia, mantiene la distinción psicologicista entre culpa consciente y culpa inconsciente: Villavicencio, 2006: 402 ss.; Villa

de la culpabilidad a la que se le ha introducido, como veremos, ciertos parámetros objetivos. La culpa consciente o con representación se refiere a aquellos casos en que el sujeto reconoce el peligro de su acción, pero confía en que no dará lugar el resultado lesivo. El sujeto que no quiere causar la lesión, pero advierte esta posibilidad y, a pesar de ello, lleva a cabo la conducta. Así, por ejemplo, el cirujano que observa que los instrumentos empleados para la operación no se encuentran debidamente esterilizados, pero procede a continuar con la intervención quirúrgica confiado en que la infección que se genere en el paciente no será grave más allá de las infecciones que normalmente se producen en toda operación quirúrgica. En la culpa inconsciente el sujeto no advierte el peligro de su acción, menos aún quiere el resultado lesivo, ya que ni siquiera prevé su posibilidad. Así, por ejemplo, en el caso de los instrumentos no esterilizados debidamente, el médico cirujano no observa su estado y lleva a cabo la intervención quirúrgica sin conocer el riesgo que conlleva su acción.

No se debe pensar que, desde esta clasificación, la culpa consciente representa una mayor gravedad debido a que el sujeto advierte la posibilidad de peligro de su acción; la culpa inconsciente podrá ser tan grave o más que la consciente si la infracción del deber objetivo de cuidado así lo denota[62]. Por otra parte, el Código Penal no establece una distinción a efectos de la determinación del quantum de la pena entre las dos formas de culpa, por lo que desde esta perspectiva tampoco podría afirmarse que una forma de culpa es más grave que la otra[63].

Esta concepción viene siendo superada en la actualidad, y tiene utilidad solo para la distinción entre dolo eventual e imprudencia[64]. Para la diferenciación entre culpa consciente y dolo eventual, los esfuerzos de la doctrina se han orientado

Stein, 1998: 247. En contra de una distinción subjetiva psicologicista, desde bases normativas vinculadas únicamente al conocimiento: Caro John, 2006: 247; García, 2004: 406.

62 Cfr. Mir Puig, 1998: 270; respecto del Código Penal peruano, advierte este hecho Villavicencio, 1995: 454.

63 En este sentido, en nuestra doctrina con relación al Código Penal de 1924, Hurtado Pozo, 1987: 455: «Estas dos clases de culpa no constituyen grados diferentes de culpabilidad», actualmente desde la perspectiva del tipo subjetivo culposo: Hurtado Pozo, 2005: 730; Villavicencio, 1995: 454, también Villavicencio, 2006: 403.

64 Una distinción entre clases culpa ajena a la actitud psicológica del agente y al conocimiento de la situación de peligro de la acción a ser realizada, es aquella que se ha instaurado a partir de la vigencia del Código Penal español de 1995. La distinción entre imprudencia grave e imprudencia leve opera atendiendo a una mayor o menor infracción del deber de cuidado, lo cual posibilita la vigencia del principio de proporcionalidad de las penas, acorde con el carácter excepcional del delito imprudente. Se trata de una medida objetiva no vinculada a lo que el sujeto pueda estar pensando o creyendo al momento de actuar, sino a la mayor o menor observancia del cuidado exigido en el caso concreto atendiendo a las propias circunstancias presentes en el hecho.

por un criterio vinculado a la actitud subjetiva del autor, y se tiene en cuenta que en ambos casos el autor conoce el peligro de su acción y la posibilidad de lesión del bien jurídico. Se trata de observar la actitud subjetiva del autor respecto de la afectación del bien jurídico, de tal forma que si la actitud del sujeto es la de persistir en la acción contando con la lesión del bien jurídico, se estará frente a un supuesto de dolo eventual; mientras que si la actitud del sujeto es la de persistir en la acción confiando en que el resultado no se producirá, estaremos ante un supuesto de culpa consciente[65]. Esta distinción sí tiene incidencia en la determinación de la aplicación de la pena, toda vez que la actuación con dolo eventual conduce a la aplicación del tipo penal doloso previsto para la conducta realizada en concreto, aunque de manera atenuada en relación con las formas más graves de dolo, mientras que la realización culposa solo sería punible en el caso en que la conducta esté expresamente recogida en la ley como delito[66].

La moderna dogmática entiende que la imprudencia constituye una forma de evitabilidad en la que el autor carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar, se prescinde de la distinción entre culpa consciente y culpa inconsciente, solo habrá la denominada culpa inconsciente, ya que todos aquellos supuestos en los que el autor se haya representado la realización del tipo como no improbable se estará ante casos de dolo eventual[67]. Resulta así que habrá imprudencia en los casos en que el autor no conoció el peligro no permitido generado por su conducta, cuando hubiera podido conocer dicho peligro. Expresado de otro modo, la denominada culpa con representación se equipara al dolo eventual, mientras que solo se concibe como imprudencia la denominada culpa sin representación.

Esta opción se aparta radicalmente de la visión subjetivista psicologizante de la distinción entre clases de culpa, apoyada en la idea de si el sujeto conocía o se había representado la lesión del bien jurídico, y pone el acento en el carácter eminentemente normativo de la imprudencia. De esta forma, carece de sentido la

65 En este sentido, Bustos/Hormazábal, 1999: 171.

66 Desde este orden de ideas, podemos advertir que la distinción entre culpa con representación y dolo eventual trazada a partir de la actitud del sujeto respecto de la producción del resultado con su accionar peligroso, está orientada, desde una óptica político criminal, a la determinación de la pena, pues, como lo afirma un sector de la doctrina, la estructura del dolo eventual es similar a la de la culpa con representación, Cfr. Bustos/Hormazábal, 1999: 183; entienden que el dolo eventual se trata de una culpa más grave que, bajo dicha denominación, se asimila al dolo a efectos de la determinación de la pena a partir de una decisión político criminal se prevé una pena más grave para aquellos casos en que el sujeto obra con culpa conciente con una mayor indiferencia hacia los bienes jurídicos que hace que el marco punitivo del delito culposo resulte desproporcionado frente a la gravedad del comportamiento. Mantienen el mismo criterio en Bustos/Hormazábal, 2004: 101.

67 Cfr. Jakobs, 1997b: 327.

discusión entre culpa con representación y dolo eventual, ya que es suficiente que el sujeto conozca de la creación del peligro no permitido de su acción, y es irrelevante la actitud interna del sujeto en cuanto a si confiaba en que el resultado no se produciría o si contaba con dicha posibilidad[68]. Desde una perspectiva político criminal, esta opción muestra mejores resultados que la tradicional distinción, pues difícilmente podía determinarse cuándo el autor confiaba en que el resultado no se produciría y cuándo contaba con ello, lo que en la práctica generaba ciertas arbitrariedades; en el fondo, como lo han reconocido algunos partidarios de la distinción subjetivista, dolo eventual y culpa con representación tienen la misma estructura típica[69], por lo que a efectos de determinar la imputación del comportamiento solo sería suficiente la comprobación en ambos casos del conocimiento del sujeto acerca de la probabilidad de afectación del bien jurídico.

Ahora bien, esta postura no solo revoluciona la culpa con representación asimilándola con el dolo eventual, sino que respecto del propio concepto de dolo pone el acento en su aspecto cognoscitivo dejando fuera de análisis el lado volitivo. El dolo es concebido como el conocimiento por parte del autor de la acción que realiza y sus consecuencias, por lo que el dolo solo depende del conocimiento del autor de la peligrosidad concreta de la realización del tipo[70], desarrollo que ha sido ya puesto de relieve en el caso del delito de omisión. En definitiva, se afirma que quien conoce el peligro concreto generado por su acción y lleva a cabo la conducta es porque, al menos, tiene una actitud de menosprecio por la seguridad del bien amenazado[71].

De esta forma, como sostiene Bacigalupo[72], se ha superado la distinción entre culpa consciente y culpa inconsciente: solo habrá culpa inconsciente. Y en cuanto a la distinción entre dolo y culpa, la moderna dogmática deja de lado el criterio volitivo, esto es, la confrontación entre lo voluntario versus lo involuntario, y asume un criterio eminentemente cognitivo: conocimiento versus desconocimiento. En definitiva, la creación de un riesgo no permitido y la evitabilidad de la realización

68 Se critica esta distinción entre culpa consciente y dolo eventual, precisamente, por tomar como elemento determinante la actitud del sujeto respecto de la posibilidad, conocida, de que se produzca el resultado; en opinión de Jakobs, esta posición, vinculada al componente «emocional» o «voluntativo», deja sin contestar la cuestión de que por qué ha de tener efecto exonerador un proceso que no modifica los conocimientos y no aporta nada al cumplimiento de la norma. Cfr. Jakobs, 1997a: 170.

69 Así, Bustos/Hormazábal, 1999: 182 y 183, con la salvedad que acercan el dolo eventual a la culpa, como una forma de culpa más grave. Mantienen este criterio en Bustos/Hormazábal, 2004: 101 s.

70 Cfr. Bacigalupo, 1998a: 228.

71 En este sentido, Bacigalupo, 1998a: 228.

72 Cfr. Bacigalupo, 1998a: 232.

del tipo en concreto son presupuestos de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso y en el culposo. En este se ha de advertir, además, que el riesgo no sea conocido por el sujeto, pero que sea cognoscible, esto es, desde una perspectiva normativa, que al sujeto le sea exigible conocer.

La discusión acerca de la mayor incidencia del aspecto cognitivo sobre el volitivo en la conceptualización del dolo no puede ser tratada en este trabajo, basta solo poner de relieve que la identificación de la culpa consciente con el dolo eventual no es un cometido aislado de un sector de la doctrina, sino que obedece a un replanteamiento que desde el normativismo se lleva a cabo sobre cada uno de los elementos del delito. Así, el dolo y la culpa ya no son apreciados como fenómenos ontológicos, sino eminentemente normativos. En la culpa no se valora lo que el sujeto individualmente esté considerando al momento de llevar a cabo la conducta, sino que la infracción del deber de cuidado viene determinada por lo que social y normativamente está definido en la norma como contrario al deber objetivo de cuidado, y que por ello le es exigible al sujeto conocer en el caso concreto.

IV. La estructura del tipo penal del delito imprudente

La doctrina mayoritaria estructura la tipicidad del delito culposo con dos elementos: la infracción del deber objetivo de cuidado y la previsibilidad objetiva como su presupuesto[73]. El primero está vinculado con el cumplimiento de los deberes contenidos en la norma de cuidado o diligencia referidos en los tipos penales de los delitos imprudentes y que, a su vez, conlleva una remisión a las normas de diligencia y prudencia extrapenales; el segundo elemento se refiere a la conciencia o previsión (posibilidad de previsión en la culpa inconsciente) en el sujeto de realizar la parte objetiva del tipo, se refiere a una previsibilidad objetiva, esto es, para cualquier ciudadano[74].

A diferencia de lo que ocurre en el tipo doloso en que se requiere una coincidencia entre el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo del hecho, en el sentido de que el autor tiene que haber conocido lo ocurrido, en el tipo imprudente esta coincidencia entre lo ocurrido y lo conocido no se da: la distinción entre un

73 Véase: Hurtado Pozo, 1987: 451: a partir de la definición legal del Código Penal de 1924, concibe la culpa como violación de un deber de cuidado y previsibilidad del resultado; posteriormente sobre la necesidad de exigir la previsibilidad del riesgo Hurtado Pozo, 2005: 726; Bramont/Arias, 2002: 231; Luzón Peña Cabrera, 1996: 494; Villavicencio, 2002: 71; también con una mayor fundamentación en Villavicencio, 2006: 387 ss.

74 Cfr. Luzón Peña Cabrera, 1996: 498 s., 503.

tipo objetivo y un tipo subjetivo no tiene mayor trascendencia[75]. Un sector de la doctrina destaca un tipo subjetivo en el delito imprudente a partir de reconocer un elemento negativo: la ausencia de dolo respecto del hecho típico, y admite un aspecto positivo para el caso de la culpa consciente que consiste en la conciencia o previsión de la posibilidad de realizar la parte objetiva del tipo, pero sin aceptarla; para el caso de la culpa inconsciente se sostiene la posibilidad objetiva de conocer o prever que se puede realizar la parte objetiva de un tipo[76]. Sin embargo, el criterio de la previsibilidad objetiva resulta insuficiente, pues no toda acción que objetivamente puede producir resultados lesivos es de por sí imprudente[77]. El tipo subjetivo en el delito imprudente también ha sido destacado por la doctrina en el sentido de «conjunto de elementos individuales del tipo imprudente»[78]. Así también, un sector de la doctrina admite un elemento subjetivo común de todo delito imprudente basado en la relación subjetiva del sujeto con el hecho riesgoso y en la que ha de comprenderse también las características específicas del autor[79]. Entiendo que si bien la distinción entre lo subjetivo y lo objetivo no tiene mayor significación en el delito imprudente, sí es posible hablar de un tipo subjetivo del delito imprudente en la medida en que la imprudencia tiene un carácter individual[80]. El autor ignora negligentemente que realiza el tipo.

Ahora bien, una cuestión a revisar vinculada a lo anterior es aquella referida a si el tipo objetivo ha de ser el mismo para los delitos dolosos y los delitos imprudentes, y se diferencia solo en cuanto al tipo subjetivo[81]. Considero que el tipo objetivo de los delitos dolosos y los delitos imprudentes ha de ser determinado a partir de un elemento común: la creación o aumento de un riesgo penalmente relevante y su realización en el resultado, esto es, a partir de la teoría de la imputación objetiva[82].

---

75 Cfr. Bacigalupo, 1998a: 149; también desde posiciones post-finalistas: Stratenwerth/Kuhlen, 2004, 15, N. 3 y 29, sin embargo no niega la posibilidad de diferenciar en el delito imprudente un tipo objetivo de un tipo subjetivo, véase n. 32.

76 Cfr. Luzón Peña Cabrera, 1996: 496 ss.

77 Así, Muñoz Conde/García Aran, 2007: 285. En nuestra doctrina, Bramont-Arias, 2002: 231. Advierte, acertadamente Mir Puig, 1998: 277, que la imprudencia es un concepto eminentemente normativo, donde lo trascendente no es solo la posibilidad de previsión, sino el deber.

78 Así, Jakobs, 1997b: 382.

79 Así, Bustos/Hormazábal, 1999: 172.

80 Cfr. Bacigalupo, 1998a: 242.; matizadamente Choclán, 1998: 60; recientemente Kindhäuser, 2007: 46: la imprudencia es un uso defectuoso de la capacidad de evitación del autor individual. En la doctrina nacional: Villavicencio, 2006: 402 s.

81 Discusión planteada en nuestra doctrina por García, 2000: 193.

82 Inclusive desde posiciones post-finalistas: Stratenwerth/Kuhlen, 2004, § 15, N. 32. Sobre la uniformidad del tipo objetivo en los delitos dolosos e imprudentes desde la imputación

En el tipo objetivo habrá de determinarse, entonces, la creación o aumento de un riesgo penalmente relevante y su realización en el resultado; dicho riesgo debe encontrarse dentro del ámbito de protección de la norma penal[83]. El tipo subjetivo del delito imprudente sí muestra diferencias estructurales respecto del delito doloso. La obligación de advertir la presencia del peligro es inherente a la culpa (culpa inconsciente en la distinción tradicional), pues esta se caracteriza en la moderna teoría por la cognoscibilidad del riesgo. Al autor imprudente se le reprocha no haber conocido que creaba un riesgo jurídicamente desaprobado; ahora bien, si el autor advierte el riesgo y, no obstante, continúa en el ejercicio de su acción, su comportamiento será, entonces, doloso. Desde este orden de ideas, la llamada culpa consciente no tiene cabida como tal, ya que configura un supuesto de dolo eventual.

1. La infracción del deber de cuidado: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado

a. La infracción de la norma de cuidado

Acreditada la insuficiencia de la causalidad y la sola previsibilidad para la configuración del tipo culposo, fue necesaria la introducción de criterios valorativos normativos que restrinjan la responsabilidad penal. Se tomó como baremo la idea del cuidado exigido en el tráfico, de tal forma que la adecuación de la acción al tipo objetivo imprudente quedaba afirmada con la comprobación del incumplimiento con la medida objetiva de cuidado exigido. Así, Welzel[84] caracterizó el hecho imprudente negativamente como la no coincidencia de la acción punible con la conducta que hubiera llevado a cabo una persona prudente y cuidadosa en la posición del autor; de tal forma que, en los casos en que el sujeto hubiera observado el cuidado necesario en el tráfico, no concurrirá el desvalor de acción. Actualmente, la doctrina mayoritaria afirma que la imprudencia consiste en la infracción de un deber objetivo general de cuidado. Se trata de un deber dirigido a todos los ciudadanos en la situación concreta y que sea posible de llevar a cabo en relación con el baremo del hombre medio cuidadoso. En el caso de una actuación profesional, el baremo será

objetiva, en nuestra doctrina: García, 2000: 196, siguiendo la concepción de Jakobs sobre la imputación objetiva; con ciertos matices desde posiciones finalistas: Briceño, 2000: 30; Peña Cabrera, 1999: 512; Villavicencio, 2006: 386.

83 En el mismo sentido, García, 2000: 197.

84 Cfr. Welzel, 1964: 71 y 74. En nuestra doctrina, Bramont/Arias, 2002: 234, admite dentro del deber objetivo de cuidado, un cuidado normativo o valorativo referido a la confrontación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y cuidadoso y la efectivamente realizada por el autor.

el cuidado que debe imprimir a sus actos el buen profesional, cuyo presupuesto es la previsibilidad objetiva, dicho sujeto ideal ha de ser colocado en la situación del autor real y se le añaden los conocimientos de ese autor concreto[85].

El deber de cuidado exigido en el tráfico alcanza su desarrollo doctrinal con las aportaciones de Jescheck a la distinción entre un deber de cuidado interno y un deber de cuidado externo, inicialmente elaborada por Engisch. El deber de cuidado interno se configura a partir del mandato general de cuidado de advertir el peligro. Toda persona ha de advertir el peligro para el bien jurídico que encierra la ejecución de su conducta y valorarlo correctamente, esto es, el deber de conocer el peligro y sus efectos en el marco de la esfera del tráfico a que la persona pertenece, debiendo tomarse en cuenta el especial conocimiento causal del autor[86]. En otras palabras, este elemento del deber de cuidado hace alusión a la previsibilidad individual del riesgo. Se le reprocha al sujeto no haberse percatado del riesgo, pudiendo haberlo hecho, y no haber adecuado su conducta a dicho peligro para evitar el resultado.

El deber de cuidado externo consiste en actuar de acuerdo con el peligro conocido, esto es, adecuar la conducta a la situación peligrosa advertida con el fin de evitar la producción del resultado típico[87]. Ello significa la abstención de la realización de la acción peligrosa en los casos en que no está permitida la creación de un riesgo o, en todo caso, la sujeción de la conducta dentro de los alcances permitidos.

Esta concepción mayoritaria en la doctrina viene siendo revisada desde la moderna teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que no expresa nada diferente al hecho de que la acción no debe superar el riesgo permitido y que el riesgo debe ser cognoscible por el autor para podérsele imputar el resultado[88]. En otras palabras, toda la problemática de la distinción del deber de cuidado entre un aspecto interno y un aspecto externo pierde relevancia a partir de la teoría de la imputación objetiva, ya que el primer elemento para la imputación objetiva de un resultado es la constatación de si la acción ha creado o aumentado un riesgo jurídicamente desaprobado (deber de cuidado externo) y a partir de la configuración del aspecto subjetivo de la tipicidad sobre la base de la cognoscibilidad, la obligación de advertir el peligro (deber de cuidado interno) es inherente a la culpa, identificada como cognoscibilidad del riesgo. Lo que identifica a la culpa, de acuerdo a la moderna teoría, es que el sujeto no advierta la presencia del peligro pudiendo hacerlo.

85 Así, Luzón Peña, 1996: 500.
86 Cfr. Jescheck, 1993: 526 ss.
87 Cfr. Jescheck, 1993: 526 ss.
88 En este sentido, Choclan, 1998: 35.

b. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como elemento común del tipo objetivo de los delitos doloso y culposo

De acuerdo a la extensión evidenciada actualmente de la teoría de la imputación objetiva, en la estructura del delito imprudente se ha de verificar que el comportamiento imprudente constituya un peligro jurídicamente desaprobado y que el resultado sea la realización de dicho peligro; solo así podrá afirmarse la imputación objetiva del resultado. Como se verá, la difusión doctrinal de la moderna teoría de la imputación objetiva ha calado considerablemente sobre la teoría finalista de la acción y su concepción del delito imprudente, a tal punto que se sostiene que debajo de la idea de infracción del deber de cuidado se hayan diversos elementos de la imputación que caracterizan con mayor precisión la imprudencia que dicha cláusula general[89]. Desde esta perspectiva, afirma Jakobs que el deber de cuidado es aquel emergente de la norma que prohíbe la conducta, y que no toda previsibilidad del resultado tiene relevancia jurídico penal a título de imprudencia, por lo que «solo es relevante la previsibilidad de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable»[90].

Como hemos sostenido anteriormente, la moderna teoría penal no concibe el elemento objetivo del delito doloso de manera diferente al delito culposo. Se exige en ambos que el sujeto lleve a cabo una acción que realice un riesgo jurídicamente desaprobado[91]. Luego, la idea de la infracción de un deber de cuidado no es exclusiva del delito culposo; en el delito doloso también cabe apreciar la infracción de un deber de cuidado si este es entendido como creación de un riesgo ya no permitido[92]. Esto es, en el sentido de que toda persona por el hecho de vivir en sociedad ha de obrar conforme al cuidado exigido en cada caso en concreto de acuerdo a la actividad que desarrolle.

Sin perjuicio de ello, se ha tener en cuenta que los conceptos de riesgo permitido y deber de cuidado responden a dos criterios diferentes de comprender el

89 En este sentido, Roxin, 1992: 91; igualmente: Jakobs, 1997b: 384: en el delito imprudente la supuesta infracción del deber de cuidado no es más que el deber que surge de la norma al igual que en el delito doloso; Bacigalupo, 1998a: 246. En nuestra doctrina ello era advertido por Hurtado Pozo, 1987: 452 s., en cuanto a que el deber de prudencia no es absoluto, haciendo alusión a la incidencia que tiene sobre dicho deber el «riesgo tolerado» y la expectativa en el ciudadano de que cada persona respete el deber de cuidado. En contra, Luzón Peña, 1996: 382, a partir de concebir el riesgo permitido como una causa de justificación.

90 Cfr. Jakobs, 1997b: 384 s. Críticamente sobre el concepto de creación o aumento de un peligro en la moderna teoría de la imputación objetiva, Rueda, 2001: 142 s., quien observa la amplitud con que se maneja el concepto de peligro y su indeterminación.

91 En nuestra doctrina, García, 2000: 196.

92 En este sentido, Choclan, 1998: 36.

fenómeno. Como acertadamente sostiene Choclán[93], el riesgo permitido, desde la óptica de la imputación objetiva, dice relación con lo efectivamente realizado por el sujeto en cuanto constituye la creación de un peligro jurídicamente desaprobado, mientras que el deber de cuidado se refiere a la acción esperada, a aquellos cuidados que el sujeto debió emplear en la realización de la conducta; en el primer caso, lo que interesa es lo que se hace; en el segundo, lo que se dejó de hacer[94]. Ahora bien, en una acción mantenida dentro del riesgo permitido queda excluida la imputación objetiva del resultado y, consecuentemente, tampoco se puede hablar de que haya habido una infracción de deber de cuidado. Es decir, los deberes de cuidado han de estar armonizados con los riesgos permitidos, sobre la base del riesgo permitido es que se construyen los deberes de cuidado para cada situación concreta; no puede existir una disparidad entre ambos, por lo que difícilmente podrá establecerse una diferenciación. Desde este orden de ideas cabe uniformizar el tipo objetivo de los delitos dolosos y los delitos culposos a partir de la teoría de la imputación objetiva en cuanto en ambos se requiere la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Ahora bien, en la determinación de la creación de un riesgo jurídicamente no permitido se ha de tomar en cuenta todo lo que la jurisprudencia y la doctrina han ido valorando para la verificación de la infracción del deber de cuidado[95]. Así, por ejemplo, se ha de tomar en cuenta las reglas de cuidado establecidas en regulaciones primarias penales y extrapenales que implican una prevaloración de las condiciones óptimas de la conducta para la evitación del resultado lesivo. Es el caso del tráfico vehicular en el que los riesgos están regulados jurídicamente (condiciones ideales concebidas de modo general), luego su contravención indicará la creación del riesgo que se quiere evitar; sin embargo, estas reglas concebidas para situaciones de normalidad pueden ceder ante la regla más general que obliga a adaptar el cuidado a las circunstancias especiales concomitantes en cada caso. Así, por ejemplo, los límites generales de velocidad se ven derogados en la práctica en casos en que por lluvia o nieve la vía se torna deslizante, ya que el conductor está sujeto a otra norma que le obliga a disminuir la velocidad.[96] Distinto es el

93 Cfr. Choclan, 1998: 36.

94 Puppe, 2001: 61 ss., ha puesto de relieve la manipulabilidad del requisito de la evitabilidad del resultado mediante un comportamiento alternativo diligente, en cuanto el espacio de decisión que deja abierta esta teoría es usado constantemente por la jurisprudencia para soslayar las dificultades de prueba.

95 Así, Roxin, 2006, 11, N. 39 ss.

96 Sobre ello, véase Choclan, 1998: 93: las reglas legales de cuidado como normas de comportamiento abstractas, solo desplegarán su verdadera eficacia en la medida en que el riesgo se presente en situaciones coincidentes con las condiciones ideales contempladas en las reglas (p. 94).

caso de las reglas del arte o reglas técnicas, normas no jurídicas, que solo ejercen una función indiciaria debido a que son producto de una previsión de posibles peligros apoyada en la experiencia y en el razonamiento; se trata de un sistema de regulación no formal y por ello no vinculante que solo representa un indicio de la naturaleza no permitida de un riesgo[97].

Por último, se ha de advertir que la imprudencia no dice relación con la voluntad individual de la persona, sino que, debido a que se trata de una valoración objetiva normativa, se trata de la voluntad general plasmada en normas; el dolo y la culpa no son conceptos ontológicos o psicológicos, sino conceptos normativos que están determinados por las normas penales[98]. Por lo que la norma de cuidado que contiene el correspondiente tipo penal no está configurada a partir de lo que el sujeto aisladamente pueda pensar o concebir sobre una situación concreta, sino sobre lo que la sociedad en su conjunto entiende que es la pauta de orientación del comportamiento en dicha situación. Así, la idea del riesgo permitido, al ser un concepto social amplio, comprende con mayor precisión los ámbitos de actuación de los sujetos en cuanto la creación o aumento de un riesgo permitido ha de contar con la valoración social correspondiente. Una conducta adecuada al riesgo permitido no puede ser considerada una conducta descuidada, ya que el riesgo permitido excluye la tipicidad de la conducta al eliminar el desvalor de acción.

2. Previsibilidad objetiva o previsibilidad individual. Las capacidades especiales individuales y los conocimientos especiales del autor

Junto a la discusión acerca de la sustitución de la infracción del deber de cuidado por la idea de creación o incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado, el debate doctrinal se centra en si los conocimientos especiales y las capacidades superiores determinan la existencia o no de la infracción del deber de cuidado o es un aspecto que debe ser tratado en la culpabilidad. Esto dependerá de la concepción que se asuma acerca de la pertenencia del llamado deber subjetivo de cuidado al tipo de injusto del delito culposo o al ámbito de la culpabilidad.

Para la doctrina mayoritaria, que distingue en el deber de cuidado un deber objetivo y un deber subjetivo, el riesgo de la acción y sus efectos han de ser previsibles para cualquier persona en general, para lo cual se acude a la idea del hombre

En nuestra doctrina, Hurtado Pozo, 1987: 452, sostiene que el «deber de prudencia» tiene su fundamento en una norma legal complementaria; más ampliamente con referencia al contenido social de las normas que regulan las diversas actividades de las personas: Hurtado Pozo, 2005: 721.

97 Cfr. Jakobs, 1997b: 249.

98 En este sentido, Feijóo, 2001: 242.

medio[99] cuidadoso, esto es, se adopta el criterio de la previsibilidad objetiva, anteriormente referido. Sin embargo, las personas no son todas iguales, hay personas que ostentan conocimientos especiales o capacidades superiores vinculados, principalmente, al ejercicio de una profesión o una técnica; así, por ejemplo, los conocimientos especiales con que cuenta un médico cirujano con relación a la atención a una persona que requiere auxilio en la vía pública, o la destreza que en la conducción de un vehículo puede ejercer un corredor profesional para evitar un accidente.

La doctrina mayoritaria afirma, a partir de la previsibilidad objetiva, que los conocimientos especiales deben recibir un tratamiento diferente de las capacidades especiales. Luzón Peña[100] sostiene que si debido al no empleo de los conocimientos especiales no se prevé la producción del tipo, habría infracción del deber de cuidado en virtud a que existiría una previsibilidad objetiva y, pese a ello, no se ha previsto la realización del tipo. Así, por ejemplo, el caso de un equipo médico que ha desarrollado una técnica de detección de anomalías en un determinado tipo de operaciones, que todavía no es conocida por los especialistas de esa rama, y que por no utilizar dicha técnica no prevé la producción del tipo: provocación de la muerte; en este caso se trataría de un supuesto de culpa inconsciente. Desde este orden de ideas, se afirma conceptualmente que los conocimientos especiales del autor son transmisibles al sujeto ideal (hombre o profesional cuidadoso). La fórmula de la previsibilidad objetiva permite añadir al hombre medio o ideal los conocimientos especiales del autor concreto, aumentando de esta forma la posibilidad objetiva de previsión, pero si son menores los conocimientos del autor que los del sujeto ideal, no le restan a este su conocimiento o capacidad de previsión normal[101].

Las capacidades especiales y superiores del autor, a diferencia de los conocimientos especiales, no son transferibles al sujeto ideal (hombre o profesional cuidadoso), pues la habilidad, pericia, destreza, etc. son personalísimas, por lo que no pueden ser añadidas hipotéticamente; luego, en el caso de que el sujeto no emplee una capacidad superior, como, por ejemplo, su habilidad como corredor de autos, y se limite a realizar una actividad arriesgada con la misma técnica o pericia que utilizaría un conductor cuidadoso, pero que carece de esa capacidad superior, no infringe deber objetivo de cuidado alguno[102]. En los casos en que las particulares características de la persona muestren una falta de capacidad de comprensión o

99 En este sentido en la doctrina nacional: Castillo Alva, 2004: 377; Peña-Cabrera, 2007: 689; Rodríguez, 2007: 160, con ciertos reparos.

100 Cfr. Luzón Peña, 1996: 502; en el mismo sentido, Muñoz Conde/García Arán, 2007: 286 s.

101 Cfr. Luzón Peña, 1996: 503.

102 En este sentido, Luzón Peña, 1996: 502.

de cumplir el deber objetivo de cuidado, un sector de la doctrina sostiene que se trata de un problema de culpabilidad[103]; luego, habrá una conducta imprudente, pero quedará excluida o atenuada la culpabilidad, según si se trate de una absoluta incapacidad o una inferior capacidad subjetiva para el cumplimiento del deber, esto es, la tipicidad quedará intacta.

Ahora bien, la inclusión en el juicio objetivo de los conocimientos especiales del autor en la situación concreta es asumida por la doctrina dominante, por lo que no se genera mayor discusión al respecto[104]. Se advierte, sin embargo, que los conocimientos especiales solo son relevantes para el tipo cuando van referidos a un hecho objetivamente desvalorado por la norma; asimismo, los desconocimientos especiales en el ámbito del delito imprudente son un problema vinculado al riesgo permitido y no a la intención del autor[105], ya que al sujeto especialmente dotado le está igualmente vedado crear un riesgo jurídicamente desaprobado de acuerdo con las pautas generales en el tráfico[106].

Se ha de tener presente, como lineamiento básico a seguir respecto del conocimiento, que en el ámbito de la imputación subjetiva el conocimiento del autor no se constata ni se verifica, sino que se imputa[107].

La discusión no es pacífica respecto de las capacidades especiales o superiores del autor. Un sector de la doctrina llega a uniformizar conocimientos especiales con capacidades especiales bajo el concepto general de capacidad[108]; como hemos visto, la doctrina mayoritaria trata la problemática de las capacidades individuales como un problema de culpabilidad.

El tratamiento de las capacidades superiores en la culpabilidad trae como consecuencia que si la conducta ha observado el cuidado adecuado en el tráfico, se excluye la tipicidad de dicha conducta, a pesar de que el sujeto, en virtud a sus capacidades especiales individuales, hubiere podido evitar la creación del riesgo de lesión[109]. Desde esta concepción doctrinal, en el caso de un médico con capacidades especiales superiores que utilizando todas sus capacidades hubiera podido

103 Cfr. Tröndle/Fischer, 2004, § 15, N. 17; Luzón Peña Cabrera, 1996: 501. En nuestra doctrina, Hurtado Pozo, 2005: 729.

104 Así, por ejemplo, Choclan, 1998: 44; Muñoz Conde/García Aran, 2007: 286; Luzón Peña, 1996: 501; Bramont/Arias, 2002: 231; Villavicencio, 2002: 70; Villa Stein, 1998: 250.

105 Cfr. Feijóo, 2002: 114, 117.

106 Así, Choclan, 1998: 54.

107 Con claridad en la doctrina nacional: García, 2004a:169.

108 Cfr. Corcoy, 1989: 132 ss. Esta parece ser también la opinión de Muñoz Conde/García Arán, 2007: 286 s., quienes bajo la denominación de «capacidad individual» engloban los conocimientos, capacidades y experiencia del sujeto.

109 Así, Jescheck, 1993: 540 y ss, lo cual, en opinión del autor, ha de comprender también las capacidades y circunstancias especiales estandarizadas (p. 513, nota 16).

evitar el fallecimiento del paciente y se limita, no obstante, a emplear la habilidad de un profesional médico medio, habría observado el cuidado objetivamente debido y, en consecuencia, no habría incurrido en el tipo de injusto culposo, a pesar de la muerte del paciente. Se generaría una laguna de punibilidad en estos casos.

Un sector minoritario de la doctrina, con la finalidad de superar esta laguna de punibilidad y proponer una solución más satisfactoria, condiciona la tipicidad a las capacidades individuales del autor. Para ello, a diferencia de la doctrina mayoritaria que parte de la capacidad de evitación general, sostiene ya en el injusto la capacidad de evitación individual y no en el ámbito de la culpabilidad. Esta posición, apoyada en la idea de cognoscibilidad del riesgo para el delito imprudente, anteriormente expuesta, afirma que en dicha cognoscibilidad han de influir los conocimientos especiales del autor y su capacidad individual[110]. Al concebirse la imprudencia como «forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse»[111], la valoración de las capacidades individuales del autor son examinadas en un momento anterior a la culpabilidad, se advierte que la previsibilidad objetiva no desempeña ninguna otra función que la que ya desempeña el riesgo permitido.[112] Luego, en virtud de la evitabilidad individual (cognoscibilidad individual no objetiva), los conocimientos especiales y capacidades superiores del autor son valoradas en atención a la cognoscibilidad del riesgo, de tal forma que si el riesgo no puede ser conocido por el hombre medio, puede ser, sin embargo, conocido por quien posee cualidades superiores, por lo que para él la realización del tipo es evitable[113]. En sentido inverso, la imposibilidad individual de conocer el riesgo conlleva la atipicidad y no la exclusión o disminución de la culpabilidad.

110 En este sentido, Corcoy, 1989: 127 y 145 ss.; García, 2000: 199, también en García, 2007: 563; Mir Puig, 1998: 279, reserva solo para el juicio de la tipicidad aquellos casos en que la capacidad superior del autor haya podido ser voluntariamente empleada y, a pesar de ello, no la utiliza. Bramont-Arias, 2002: 235, sin admitir la cognoscibilidad del riesgo como elemento del tipo culposo, incluye dentro del deber de cuidado las capacidades especiales del autor ante las posibles insuficiencias de las reglas jurídicas, aunque advierte que pueden darse colisiones con el principio de legalidad; Villavicencio, 2006: 402.

111 Cfr. Jakobs, 1997b: 382, lo cual está en relación con la función que le atribuye al derecho penal, que no es garantizar la expectativa de que todos los hombres estén capacitados por igual, sino la expectativa de motivación fiel al Derecho.

112 Cfr. Jakobs, 1997b: 387.

113 Véase al respecto, Choclan, 1998: 51. En la doctrina nacional: García, 2007: 563, los conocimientos y capacidades especiales forman parte del juicio de determinación de la cognoscibilidad (imputación subjetiva en el tipo); Rodríguez, 2007: 156: le brinda un tratamiento en el ámbito de la «imputación personal».

Ahora bien, se ha de advertir que los conocimientos, capacidades o experiencias del autor no determinan por sí solos la imputación: es la norma la que determina su trascendencia, es el tipo el que recoge la relevancia social del conocimiento en un contexto determinado[114]. El apoyo de Jakobs en la idea de rol social que ejerce la persona permite determinar la aplicación de los conocimientos especiales a través de una selección objetiva de los roles desde la delimitación de ámbitos de responsabilidad, para lo cual Jakobs utiliza un concepto sociológico: el rol social, y no un criterio recogido en la norma penal. La identificación del rol social y de sus competencias facilitaría, en el ámbito de la norma, la atribución del conocimiento en un contexto determinado, pero el rol *per se* no define aisladamente la atribución social de conocimiento[115]. De ahí que la doctrina se incline por el procesamiento del rol social junto con la idea de competencias[116], ambos conceptos definitivamente abarcarían de manera amplia la problemática de la imputación jurídico penal. En ello, el contexto social del comportamiento define la atribución de sentido normativo al conocimiento, de tal forma que lo que el autor debe saber o debe evitar aparece informado por el contexto social concreto[117].

La mayor trascendencia del rol social, coincidimos con el autor alemán, se adquiere a partir de reconocer que la imputación radica en la concurrencia de una posición de garante: creaciones especiales de riesgos (tráfico vehicular) y de deberes especiales (funcionarios públicos, relaciones paterno-filiales)[118]. Así, será imputable el resultado lesivo si la no aplicación del conocimiento especial se origina debido a una falta de atención, cuando al sujeto le compete el deber de

114 De igual manera, Feijoo, 2002: 144.

115 Crítico Feijoo, 2002: 144: advierte que el recurso al rol social no añade nada a los requisitos ya existentes de la teoría de la imputación objetiva. También críticos de la idea de rol social normativizado de Jakobs, se muestran Bustos/Hormazabal, 2004: 69 s., debido a que prevalece la sociedad sobre el individuo en cuanto el rol sería impuesto y no expresión de su libertad. Recientemente, Kindhäuser, 2007: 78 ss.: acusa la falta de necesidad de acudir al rol social en el derecho penal alemán vigente, pues no comprende aquellos tipos penales que se afirman desde la intención subjetiva del autor, como el caso de los delitos de preparación; por otro lado, en su opinión el derecho penal se dirige al autor como a un ciudadano fiel al Derecho y no como portadores de roles (carteros, estudiantes de biología, etc.). En la doctrina nacional, Mendoza, 2006: 49 s., siguiendo el criterio de Feijoo, sostiene la disparidad entre rol social y norma penal, y la imposibilidad de que de la mera defraudación de expectativas sociales pueda derivarse consecuencias de carácter jurídico penal.

116 Véase ampliamente: Piña, 2008: 421. Con claridad en la doctrina nacional: Caro John, 2003: 59, en su opinión de lo que se trata es de verificar es el comportamiento del autor en la administración de su rol (competencia).

117 Incide en nuestra doctrina sobre este tema, Caro John, 2006: 250 ss.

118 En el mismo sentido, Feijoo, 2002: 143.

aplicarlo[119]. En términos normativos, señala con claridad Piña[120], no se trata de verificar la existencia de un conocimiento especial, sino si existe el deber de saber o de indagar; luego, sin la existencia de un deber no adquiere relevancia jurídico-penal el conocimiento. Veámoslo con un ejemplo: el resultado lesivo es imputable a una acción imprudente cuando un cirujano, antes de llevar a cabo una intervención quirúrgica, es informado por el paciente de su alergia a determinado medicamento. Pero el cirujano olvida dicho conocimiento especial, por lo que el paciente fallece. El control del riesgo y la aplicación de su conocimiento especial competían normativamente al cirujano.

Concebida la imprudencia como cognoscibilidad individual, si el riesgo es conocido por el sujeto y este no emplea toda su capacidad para evitar el resultado, dicho resultado le será imputado a título de realización dolosa. De este modo, en el caso reseñado anteriormente, el médico con capacidades especiales superiores que de haber utilizado todas sus capacidades hubiera podido evitar el fallecimiento del paciente y que se limita a emplear la habilidad de un profesional médico medio, llevará a cabo una conducta dolosa.

En aquellos supuestos en que el sujeto presente capacidades inferiores no se infringirá el deber de cuidado que le compete al autor. Por tanto, debido a su capacidad disminuida de evitar el resultado lesivo no podrá hablarse de evitabilidad individual; salvo que la inferior capacidad del sujeto se encuentre por debajo del baremo objetivo medio y, a pesar de ello, realiza la actividad riesgosa. Aquí se da la denominada culpa por asunción o culpa por emprendimiento. Este tipo de culpa ha sido destacado por Roxin[121]. Si una persona se dispone a realizar una conducta cuyo riesgo para bienes jurídicos (penales) no puede valorar, le asiste el deber de informarse; si ello no es posible, debe abstenerse de realizar la conducta; del mismo modo, quien pretende emprender algo que probablemente ponga en peligro bienes jurídicos y que debido a sus insuficiencias físicas no es no es capaz de hacer frente a dicho peligro, debe omitir la realización de la conducta. En este caso, se trata de una provocación culpable por emprendimiento o asunción, pues

119 Así, también Choclan, 1998: 53.

120 Véase: Piña, 2008: 442. En nuestra doctrina, Caro John, 2003: 30, la identificación del rol es de orden social/normativo, en su estructura se sustrae a individualidades como los conocimientos especiales.

121 Cfr. Roxin, 2006, 24, N. 34. En nuestra doctrina admite supuestos de culpa por asunción o emprendimiento: Hurtado Pozo, 2005: 719 y 727, a pesar de tratar las capacidades individuales del sujeto como una cuestión de culpabilidad, sostiene que el «deber de prudencia» implica el deber de renunciar a la realización de una conducta riesgosa si el sujeto no está en capacidad de evitar el resultado. Bramont-Arias, 2002: 235, haciendo alusión al deber de cuidado externo, siguiendo la concepción ya expuesta anteriormente de Jescheck.

el sujeto sabe que carece de capacidad física y asume la actividad riesgosa. Entonces, la lesión debe derivar precisamente de dicha incapacidad.

V. Art. 25 Código Penal: ¿participación dolosa en un delito imprudente?

En relación con la imprudencia, las posibilidades de participación en general se pueden presentar de la siguiente manera: participación imprudente en un hecho doloso, participación imprudente en un hecho imprudente y participación dolosa en un hecho imprudente[122]. De acuerdo con el art. 25 del CP, la legislación penal solo admite la participación dolosa a un hecho punible, es decir, se exige dolo en el partícipe, pero no se dice nada respecto a si el hecho principal debe ser necesariamente doloso. De esta manera, queda legalmente excluida toda forma de participación imprudente en un hecho doloso o imprudente, pero sí se admitiría legalmente la participación dolosa en un hecho imprudente[123]. En igual sentido, para la instigación, el art. 24 del CP solo prevé que se reprima como punible la instigación cuando es realizada dolosamente, por lo que también cabe preguntarse acerca de si es posible la instigación a un delito imprudente.

122 En líneas generales, la doctrina mayoritaria sostiene que para el delito imprudente opera un concepto unitario de autor, con lo cual toda causación del hecho por imprudencia fundamenta la autoría, mientras que para el delito doloso rige un concepto restrictivo de autor elaborado sobre la base de la teoría del dominio del hecho. Esta concepción unitaria de la autoría en el delito imprudente es recogida también por Jakobs, quien sostiene la imposibilidad de distinguir entre autores y partícipes en esta clase de delito debido a que, desde la perspectiva de concebir como culpa solo a la denominada culpa inconsciente, solo interesa que el sujeto haya realizado un aporte al peligro, contrario al cuidado, sin que se represente el resultado. Cfr. Jakobs, 1997b: 789; aunque admite que las diferencias en el ámbito de la participación sí habrán de ser tomadas en cuenta a efectos de la medición de la pena, véase: Jakobs, 1998b: 88.

123 En igual sentido con relación al Código Penal de 1924, Hurtado Pozo, 1987: 524, quien exige que el autor imprudente incurra en una «imprevisión culpable». Posteriormente, niega esta posibilidad en Hurtado Pozo, 2005: 735, al sostener criterios psicológicos como el acuerdo previo como fundamento de la coautoría. La participación dolosa en un hecho imprudente no solo es aceptada por nuestro Derecho positivo, la doctrina ha venido aceptándola desde diversas perspectivas, así, por ejemplo, Cfr. Luzón Peña, 1996: 509, quien se muestra a favor de la participación dolosa en autoría imprudente en aquellos casos en que dicha participación no llegue a constituir una autoría mediata dolosa que maneje como instrumento al autor imprudente. Así, también, Mir Puig, 1998: 369, en cuanto a que el concepto restrictivo de autor puede ser no solo mantenido en los delitos dolosos, sino también en los culposos, con lo que cabrían actividades de inducción o cooperación respecto a un hecho imprudente. En la doctrina nacional: con reparos Hurtado Pozo, 2005: 735; Villavicencio, 2006: 408: deja abierta la posibilidad de la participación dolosa en un hecho imprudente.

La doctrina comparada ha avanzado en la dirección de nuestra legislación penal. Así, por ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, se sostiene la posibilidad de supuestos de participación en delitos imprudentes[124], a partir de un desarrollo de la tesis funcional-normativa de las posiciones de garantía formuladas por Jakobs. Otras aportaciones a la participación dolosa en un hecho imprudente se orientan por la tesis del concurso de delitos[125], a partir de la cual cabe apreciar dos delitos independientes.

Desde este orden de ideas, cuando el sujeto obra imprudentemente y el primer sujeto prevé la producción del resultado y contribuye dolosamente a que el segundo lo cause (intervención dolosa en un hecho imprudente), sería posible la consideración de partícipe del primer sujeto, pues de acuerdo a lo previsto en el art. 25 del CP el delito efectivamente producido puede ser indistintamente doloso o imprudente. En la participación dolosa en un hecho imprudente ha de darse un dolo de participar y un dolo de que el autor realice el hecho principal[126]. La participación será dolosa y quedará comprendida dentro del art. 25 del CP. Así, por ejemplo, el supuesto en que un sujeto A induce a un sujeto B a conducir a excesiva velocidad, y ello cause la muerte de un peatón, A organiza un sistema de apuestas para carreras por la ciudad y recluta pilotos para llevarlas a cabo, A induce a B a realizar una actividad peligrosa para terceros sin que B disponga de una capacidad suficiente. De esta forma podemos advertir en nuestra legislación penal, a diferencia de la mayoría de legislaciones comparadas, que la incriminación de la participación dolosa en un hecho imprudente es legalmente posible.

Un sector de la doctrina sostiene que, en estos casos, se debe acudir a la autoría mediata a partir de la imposibilidad legal expresa que existe en otras legislaciones en cuanto el delito efectivamente realizado debe ser doloso (por ejemplo, los §§ 26 y 27 del CP alemán). Sin embargo, la autoría mediata está pensada generalmente para los casos en que en el ejecutor concurre un defecto: error, engaño, inimputabilidad[127]. Este recurso a la autoría mediata presenta ciertos reparos, principalmente ha destacado ello Jakobs, en la medida en que contraviene los principios generales

124 En este sentido, Del Castillo Alva, 2007: 217 ss.

125 Así, Benítez, 2007: 181.

126 Cfr. Silva Sánchez, 1997a: 107. luego la única diferencia que habría entre la participación dolosa en un hecho principal doloso y en un hecho principal imprudente no radica en el dolo del partícipe, sino en el objeto de dicho dolo: delito imprudente. Crítico hacia esta tesis, Benítez, 2007: 89.

127 Así, por ejemplo, Hurtado Pozo, 1987: 523; Muñoz Conde/García Arán, 2007: 433 s. Bramont-Arias, 2002: 407.

de distribución de la responsabilidad[128]. Efectivamente, en la autoría mediata en el instrumento concurre una actuación defectuosa que es objetivamente imputable al primer sujeto (autor mediato); luego, si la conducta incorrecta del instrumento le es imputable a él debido a que a él le compete comportarse con el cuidado debido, el primer sujeto no puede convertirse en autor, sino que ha de ser considerado partícipe, si es que no se quiere dejar impune su conducta; de ser así, al exigirse que el hecho principal sea doloso, la conducta del primer sujeto queda impune[129]. No comparto la tesis que considera autoría mediata a la participación dolosa en un hecho imprudente, pues deja impune la conducta imprudente del instrumento. De otra parte, entiendo que la equiparación legal de los instigadores y cómplices con la categoría de autor, prevista en los arts. 24 y 25 del CP respecto a la determinación del quantum de la pena, no permite afirmar de por sí que los instigadores y cómplices necesarios en un delito imprudente cometen el delito, por lo que las conductas de estos pueden ser subsumidas en el correspondiente tipo penal, sin que sea necesario dilucidar distintas formas de intervención en el hecho[130].

La teoría de la participación ha venido siendo construida sobre intervenciones dolosas, lo cual es un error psicologicista. Lo importante es el ámbito de competencias que objetivamente hay en común respecto de las condiciones del resultado lesivo, de tal forma que el comportamiento ejecutivo se convierte en comportamiento propio de quien interviene en la fase previa[131].

La participación dolosa en un delito imprudente, según un sector de la doctrina[132], ha de ser abordada desde la lógica interna del injusto de la participación, pues solo es posible imputar al partícipe el tipo que otro realiza. Se trata de la imputación accesoria, la cual opera en los supuestos de participación dolosa en delitos dolosos; la

128 Véase Jakobs, 1997b: 767, críticamente respecto de los §§ 26 y 27 CP alemán, aboga por el reconocimiento de *lege ferenda* de la posibilidad de participación en un hecho no doloso. Aunque en otro trabajo, el propio Jakobs sostiene que es acertado el recurso a la autoría medita en cuanto el hombre de atrás sea competente por la carencia de conocimientos de quien ejecuta, siendo preferible la solución de la participación dolosa en un hecho imprudente cuando la falta de conocimientos por parte de quien lleva a cabo la ejecución está basada en su propio desinterés, Cfr. Jakobs, 1998b: 88.

129 Sobre esta problemática, puede verse: Robles, 2000: 307.

130 Esta posición de la doctrina pone de relieve, no obstante, la conveniencia político criminal de castigar la participación en los delitos imprudentes. En esta línea de ideas, Mir Puig, 2002: 266, señala que en casos de equiparación punitiva entre autores y partícipes, es preferible hacer alusión a una imputación de dos grados: al autor se le imputa el *ser* autor y al otro se le imputa el *tratamiento* del autor a quien no se le reconoce serlo.

131 En este sentido, Jakobs, 1998b: 87 s.

132 Cfr. Robles, 2000: 319 ss.

cuestión es si dicha accesoriedad[133] puede ser aplicada en los delitos culposos. En el plano objetivo nada impide que pueda hablarse de conductas de instigación o cooperación a un hecho culposo, sin embargo, un problema distinto es si tales conductas objetivamente posibles reúnen los requisitos suficientes para ser subjetivamente imputables[134]. La conducta del partícipe no debe tener otro sentido que cooperar con un delito, con independencia de su intención, dolo o falta de cuidado[135].

Ahora bien, en caso de la imputación accesoria debe superarse el principio de autorresponsabilidad, según el cual nadie puede ser responsabilizado por actos ajenos. Jakobs sostiene que la superación del obstáculo que conlleva el principio de autorresponsabilidad en la vinculación del partícipe con el hecho ajeno ha de operar a partir de que el aporte del partícipe manifieste una relación de sentido conjunta (normativa)[136], de tal manera que la conducta del partícipe resulte coconfigurando el hecho típico, esto es, formando parte del hecho delictivo. La apreciación de dicha relación de sentido de la conducta del partícipe ha de ser verificada desde una perspectiva objetiva, esto es, normativamente, sin tomar en consideración la subjetividad del sujeto[137]. Carece de importancia para la determinación objetiva de la participación que el partícipe obre dolosa o imprudentemente[138], pues desde su aporte no es posible verificar qué tipo de delito lleva a cabo objetivamente el partícipe, ello solo se logra con la realización del hecho principal (inicio de la tentativa); por otra parte, al no verificarse en la aportación la tipicidad objetiva de la conducta, no puede identificarse su aspecto subjetivo[139]. Desde este orden de ideas, considero de *lege ferenda* que es también posible la participación imprudente en un delito imprudente: el inductor cree de forma evitable que ha convencido al autor para que no haga caso de su inducción[140].

133 Cuyo sentido es «la retroacción de la tipicidad propia de la conducta de quien exterioriza un hecho con significado delictivo a quien no exterioriza aún nada típicamente relevante pero ha puesto una razón para que opere tal imputación retroactivamente». Cfr. Robles, 2000: 322.

134 Así, Robles, 2000: 322.

135 Así, Feijoo, 1999: 60.

136 Cfr. Jakobs, 1996a: 258.

137 Cfr. Jakobs, 1996a: 265 ss.

138 En este sentido, Robles, 2000: 325, siguiendo a Jakobs. Desde otro punto de vista a similar conclusión llega Silva Sánchez, 1997a: 107.

139 Cfr. Robles, 2000: 325 s. Este autor destaca como es irrelevante jurídico penalmente la mera participación, solo si el hecho principal alcanza la fase de ejecución o de consumación si es imprudente, podrá determinarse la relevancia jurídico penal de la aportación y el tipo objetivo aplicable al partícipe, luego como es abarcado subjetivamente dicho riesgo por el partícipe (p. 326).

140 Se trata de un caso de desistimiento descuidado de la inducción, véase al respecto: Feijoo, 1999: 66.

VI. Conclusiones

1. La tradicional distinción, anclada en una corriente psicologicista de la tipicidad, entre dolo eventual y culpa consciente y entre culpa consciente e inconsciente, pierde espacio cada vez más en la doctrina moderna a partir de la normativización de los conceptos de dolo y culpa. En virtud de la cognoscibilidad, solo deberá hablarse de culpa inconsciente; pierde sentido la distinción volitiva entre dolo y culpa (voluntario versus involuntario) y se asume un criterio cognitivo (conocimiento versus desconocimiento).
2. La infracción del deber de cuidado, como deber de cuidado externo y deber de cuidado interno, no expresa nada diferente al hecho de que la acción debe superar el riesgo permitido y que este debe ser cognoscible (previsibilidad individual no objetiva) por el autor para podérsele imputar el resultado. La creación o incremento de un riesgo jurídico penalmente relevante determina la uniformidad del tipo objetivo de los delitos dolosos y culposos, por lo que la distinción entre ambos delitos ha de darse en el tipo subjetivo, para lo cual resulta determinante la cognoscibilidad de la realización del tipo.
3. La culpa se caracteriza por la cognoscibilidad del riesgo: el sujeto no advierte la presencia del peligro pudiendo hacerlo.
4. Concebida la imprudencia como forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse, tienen cabida tanto los conocimientos especiales como las capacidades individuales del autor en la cognoscibilidad (individual) del riesgo; esto es, en un momento anterior a la culpabilidad. Ante capacidades inferiores no podrá hablarse de evitabilidad individual, salvo que se trate de supuestos de culpa por asunción o emprendimiento.
5. Es posible, de acuerdo a lo previsto en el art. 25 CP, la participación dolosa en un hecho imprudente, pues dicho precepto solo exige que el hecho principal se trate de un «hecho punible». Esto se logra mediante la aplicación del criterio de la imputación accesoria en los delitos culposos, según el cual la actuación del partícipe ha de co-configurar el hecho típico, desde una perspectiva normativo-objetiva, sin tomar en cuenta la subjetividad del sujeto. Si el hecho principal es consumado, en el caso de la imprudencia, podrá determinarse cómo ha sido abarcado subjetivamente el riesgo de realización del hecho principal por el partícipe. Nada obsta para proponer de *lege ferenda* que se admita la participación imprudente en un hecho imprudente.

El error de tipo en el Código Penal peruano

José Leandro Reaño Peschiera

I. Prolegómenos. **II.** Las «notables innovaciones» del CP en materia de error de tipo: la opción por un régimen de tratamiento diferenciado del error y la supresión de la referencia a la «competencia» sobre el error. **III.** La determinación del dolo y la exclusión del error de tipo. **IV.** La apreciación del error de tipo. Un ejemplo de la jurisprudencia peruana. **V.** Los objetos del error de tipo. **1.** El error sobre los elementos esenciales. **A.** Error sobre los elementos predominantemente normativos del injusto. **B.** Error sobre el curso causal. **a.** *Dolus generalis*. **b.** Aberratio ictus *o desviación del golpe*. **C.** Error in persona vel in obiecto (*error sobre el objeto o la persona*). **D.** Error sobre la concurrencia de presupuestos objetivos de una causa de justificación. **E.** El error sobre los elementos accidentales.

I. Prolegómenos

El art. 14 del CP estatuye:

> El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

Según esta disposición, existe un error de tipo cuando el autor no conoce un elemento del tipo penal, de modo que cree que su acción está permitida «porque él no sabe lo que hace»[1]. Ejemplo, alguien en el comedor de la universidad se guarda en el bolsillo el teléfono celular que otro compañero de estudios había dejado sobre la mesa, creyendo que se trata del suyo, pues no había notado que su compañero llevaba consigo uno del mismo modelo. Otro ejemplo, el profesor universitario entabla relación sentimental con una alumna a la que cree mayor de edad, cuando en realidad tiene tan solo 16 años, y llega a mantener relaciones sexuales con ella. Tanto la ajenidad de la cosa sustraída constituye un elemento constitutivo del tipo de hurto (art. 185 CP)[2], como la edad de la víctima un requisito del injusto objetivo del delito de violación sexual (arts. 170, 173 CP)[3]. De modo que el desconocimiento de tales circunstancias configuran un error de tipo, que conforme a la regulación contenida en el art. 14 CP excluye el dolo, sea que se trate de un error invencible, en cuyo caso el hecho deviene siempre atípico, sea que se trate de un error vencible, en cuyo caso el hecho es atribuido a título de culpa, siempre y cuando se contemple una tal modalidad en la parte especial del CP, algo que no sucede respecto de los delitos de hurto y de violación sexual.

El art. 14 CP ha pergeñado el tratamiento que los jueces deben dispensar a las «situaciones de defecto cognitivo» que pueden afectar al autor en el momento de la comisión del hecho, regulando el error de tipo y el error de prohibición con consecuencias eximentes y modificatorias de la responsabilidad penal. Así, por un lado, se exonera de imputación jurídico-penal a quien padece un error invencible sobre algún elemento del tipo penal —o no se aprecia la circunstancia agravante de responsabilidad si el error invencible recayera sobre esta—; mientras que si el defecto cognoscitivo que se proyecta sobre el elemento del tipo penal

1 Lesch, 1997: 140.

2 Art. 185.— «El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. […]»

3 Art. 170.— «El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años. […]». Art. 173.— «El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua. 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco. 3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. […]», según Ley 28704, de 5 de abril de 2006.

fuera vencible, la infracción se castiga a título de culpa, siempre y cuando ello fuera posible atendiendo al sistema cerrado de incriminación previsto en nuestro ordenamiento legal para los comportamientos imprudentes[4]. Por otro lado, el segundo párrafo del precepto comentado prevé la exclusión de responsabilidad cuando el error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal fuera invencible; decantándose por un régimen de atenuación obligatoria de la pena cuando el error que padezca el autor —respecto a la prohibición del comportamiento emprendido— fuera vencible.

De entrada, ambas clases de error se distinguen tanto por el ámbito sobre el que inciden —el error de tipo recae sobre los elementos objetivos del injusto y el de prohibición sobre el carácter antijurídico del comportamiento—, como por las consecuencias jurídicas que se derivan de su calificación como «error vencible» —la apreciación de un error de tipo vencible determina la aplicación del marco de incriminación culposo, mientras que el error de prohibición vencible se sanciona con la atenuación obligatoria de la pena dentro del marco de imputación doloso—, aunque en puridad ambos supuestos implican una sanción atenuada, dado el menor rigor punitivo que caracteriza a los injustos culposos frente a sus tipos homólogos dolosos.

El legislador del CP ha sido preciso al delimitar el ámbito sobre el que debe recaer el error, valiéndose de la expresión «error sobre un elemento del tipo penal». Con ello, se admite como error de tipo aquellas situaciones de desconocimientos que recaigan tanto sobre los elementos fácticos de la infracción como sobre los elementos de naturaleza normativa. En cambio, la referencia al error «sobre un hecho constitutivo de la infracción», contenida en el art. 14.1 CP95[5], ha sido duramente criticada por un sector de la doctrina española que considera que una interpretación literal del precepto podría dejar fuera de su ámbito de aplicación a los errores sobre elementos normativos del injusto, por entender que el error de tipo solo puede incidir sobre los elementos fácticos de la infracción[6]. Por el contrario, a la luz de la regulación nacional, el error de tipo puede recaer bien sobre

4 Art. 12.— «Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley».

5 Art. 14 CP español.— «1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. […]».

6 Especialmente críticos con la redacción del precepto español, Luzón Peña, 1996: 44; Cerezo Mir, 2000: 134; Mir Puig, 2002a: 265 s.; Bacigalupo Zapater, 1996: 1429. Este último autor pone de relieve que la redacción del art. 14.1 CP español ha agudizado el problema ya existente en el art. 6 bis a) del derogado CP83, pues los elementos normativos que contienen los tipos penales no pueden asimilarse a los elementos de hecho.

los elementos esenciales de la vertiente objetiva del injusto (tales como la calidad del sujeto activo, la calidad de la víctima, el comportamiento activo u omisivo, las formas y medios de la acción, el objeto material, el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado al comportamiento activo u omisivo[7]); o bien puede recaer sobre las circunstancias agravantes de la pena. Estas últimas, en tanto modifican la responsabilidad criminal, constituyen elementos accidentales del injusto, cuya ausencia no comporta la atipicidad del comportamiento[8].

Según se afirma en la «Exposición de Motivos» del Código vigente, la regulación y el tratamiento normativo del error de tipo tiene como fuente legislativa el § 20.2 del Proyecto de CP alemán de 1962, seguido posteriormente en el § 19.1 del Proyecto Alternativo del CP alemán, en el § 16.1 del CP alemán vigente (1975)[9], y en el art. 27 del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Por su parte, en materia de error de prohibición, la regulación nacional vigente se inspiró en la propuesta de Anteproyecto del CP español de 1983 [art. 17º. 3)], al optar por un régimen de atenuación obligatoria del error (de prohibición) vencible, a diferencia del tratamiento dispensado en la legislación alemana, cuyo § 17 CP alemán se decanta por un régimen de atenuación facultativo del error de prohibición vencible[10]. En el ámbito nacional, el antecedente legislativo inmediato del art. 14 CP es el art. 87 CP de 1924, el que —inspirado en los §§ 17 y 18 del Proyecto de CP suizo de 1918— estatuía que:

> En los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no proveniente de negligencia, o por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito, el Juez, podrá disminuir la pena hasta límites inferiores al minimum legal. La ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada una pena mayor que la de prisión.[11]

7 El error de tipo no puede recaer sobre los elementos de la vertiente subjetiva del injusto, pues la cognoscibilidad del injusto pertenece exclusivamente a la culpabilidad, véase Jakobs, 1997b: 311.

8 Mir Puig, 2002a: 268 s.

9 § 16.I.1 CP alemán, «Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente».

10 §17 CP alemán.— «Si le falta al autor en la comisión de un hecho la comprensión de lo injusto de su actuar entonces actúa sin culpa si el no pudo evitar ese error. Si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al § 49, inciso 1», López Díaz, 1998: 9.

11 Sobre la influencia de la legislación helvética en el CP de 1924, Véase Hurtado Pozo, 1979, particularmente el epígrafe «La recepción del Derecho penal foráneo en el Perú. Especialmente del Suizo» y el exhaustivo Anexo sobre fuentes legales del CP de 1924.

Como se ve, la reforma legislativa de 1991 introdujo modificaciones sustanciales respecto del tratamiento que el CP de 1924 le dispensaba al error de tipo y al error de prohibición, a las que la «Exposición de Motivos» del CP califica de «notable innovación», sin mayor explicación que el entusiasmo que entre nosotros suele generar el abandono de la tradición, *per se*. Veámoslas a continuación.

II. Las «notables innovaciones» del CP en materia de error de tipo: la opción por un régimen de tratamiento diferenciado del error y la supresión de la referencia a la «competencia» sobre el error

El legislador penal de 1991 realizó sustituciones terminológicas que a primera vista podrían parecer inocuas[12], pero que en verdad tienen gran relevancia en el plano metodológico. Se abandona el régimen de atenuación facultativa de la pena, previsto en el CP de 1924 tanto para el error de tipo como para el error de prohibición vencibles (evitables), y se opta por un régimen de tratamiento diferenciado para ambas situaciones de defecto cognitivo, según el cual corresponde imputar a título de culpa al autor afectado por un error vencible sobre algún elemento constitutivo del tipo penal, y atenuar obligatoriamente la pena —sin descender del mínimo legal— al agente que actúa bajo un error vencible respecto del carácter ilícito de su comportamiento.

En rigor, esta innovación está asociada al contexto teórico-sistemático en el que se gestó cada proceso codificador. Así, el tratamiento uniforme de los errores sobre los elementos constitutivos del tipo penal y de los errores sobre la ilicitud del comportamiento es propio de la dogmática causalista del delito (sistema Liszt-Beling-Radbruch), muy difundida entre los juristas impulsadores del CP de 1924, que concibe el injusto en términos puramente objetivos como lesión externa-causal de un objeto de bien jurídico, y ubica sistemáticamente el dolo en la categoría de la culpabilidad, definiéndolo como la relación psíquica del autor

12 La expresión «errónea apreciación de los hechos» contenida en el Código derogado fue reemplazada por la de «error sobre un elemento del tipo penal», y allí donde en el CP de 1924 se decía «error (ignorancia) sobre el carácter delictuoso del acto» pasó a leerse «error sobre el hecho constitutivo de la infracción penal». Antes de introducirse este giro terminológico, Hurtado Pozo, 1987: 436, se había pronunciado por la conveniencia de sustituir las expresiones «error de hecho» y «error de Derecho» por la nomenclatura «error de tipo (*Tatbestandsirrtum*)» y «error de prohibición (*Vebotsirrtum*)», Hurtado Pozo, 2005: 467 ss; 649 ss. Posteriormente, en el mismo sentido, Villavicencio Terreros, 1990: 145. Valorando positivamente el abandono de la tradicional distinción entre error de hecho (error facti) y de derecho (error iuris), Manso Porto, 2002: 70, 75; Villavicencio Terreros, 2006: 361 ss.

con el hecho antijurídico. Esta tajante separación entre injusto (lado externo u objetivo) y culpabilidad (lado interno o subjetivo) hace estéril cualquier intención de conferir distintos efectos a los errores (vencibles) sobre los hechos y sobre el derecho, pues en ambos casos se trata de la cuestión de cómo atribuir a la culpabilidad del autor un injusto típico ya configurado, aunque con ocasión de una situación de anomalía psico-cognoscitiva.

Por su parte, el tratamiento diferenciado que prevé el CP es propio de la dogmática finalista del delito, en auge durante el proceso codificador de 1991, que dividió el *dolus malus* causalista en dos subcategorías, definida la primera por el conocimiento de los elementos objetivos del injusto (dolo típico), y la segunda —perteneciente a la culpabilidad— como conocimiento del significado antijurídico del comportamiento. Acorde a este modelo teórico-sistemático, el tratamiento de la problemática del error debe atender al nivel en el que se produce el déficit cognitivo (vencible), pues de ello dependerá que se afecte la configuración del injusto típico doloso, dando lugar a un injusto imprudente (error de tipo) o que se altere la atribución personal del hecho, a lo que corresponde una disminución de la pena (error de prohibición)[13].

La sustitución del régimen de atenuación facultativa de la pena por el de atribución culposa del hecho, para el supuesto de error de tipo vencible, ha motivado que se califique a la regulación peruana de rígida o inflexible. Pues todo error (vencible) sobre algún elemento del tipo penal obligaría automáticamente al juez a renunciar al marco de incriminación doloso, y se debería así aplicar un —muchas veces inexistente— tipo culposo subyacente, con lo cual se privilegiaría de este modo a quienes por su propia indiferencia o falta de reparo no alcanzaron el conocimiento exigido por el tipo penal[14]. En cambio, se afirma que en un modelo de atenuación facultativa de la pena para el error de tipo (vencible), no toda falta de conocimiento privilegiaría automáticamente al sujeto, sino que el juez podría permanecer en el marco de incriminación doloso cuando el desconocimiento sea

13 Consideran que el tratamiento diferenciado del error expresa una concepción de dolo más restringida (*dolo típico*) que la pergeñada por el causalismo (*dolus malus*), Hurtado Pozo, 1987: 438; Hurtado Pozo, 2005: 467 ss; 649 ss; Manso Porto, 2002: 71; Bacigalupo Zapater, 1981: 919; Zulgadía Espinar, 1981: 511 ss.; Rodríguez Ramos, 1980: 1 ss. Otros autores sostienen que la opción por un régimen de tratamiento diferenciado del error no implica abrazar una determinada concepción dogmática del delito, de modo que dentro de este modelo tendría cabida tanto la concepción causal como la concepción final del delito, véase Huerta Tocildo, 1980: 34 ss.; Bajo Fernández/Bacigalupo Saguesse, 2001: 181 ss.; Martínez-Buján Pérez, 1998: 181.

14 Manso Porto, 2002: 74.

atribuible a la indiferencia del autor, pese a que desde una perspectiva individual su representación haya estado psicológicamente viciada[15].

A esta posición subyace como premisa que la falta de conocimiento provocada de modo imputable por el propio agente permite apreciar la configuración de un error de tipo. A favor de una tal interpretación podría invocarse la literalidad del art. 14 CP, en el que se suprime la referencia que el art. 87 CP de 1924 hacía respecto a la competencia (incumbencia) de la situación de defecto padecida. Allí donde la regulación del CP de 1924 negaba expresamente efectos atenuantes a las apreciaciones erróneas de los hechos atribuibles a la negligencia del autor, y al error sobre el carácter delictuoso del acto que sea imputable al propio autor, el CP guarda silencio. En apariencia, pues, se trata de una regulación que frente a la alegación de desconocimiento por parte del autor conduciría de modo automático a la eliminación del dolo, sin que sea necesario valorar las razones que llevaron al autor a la falta de conocimiento y, en particular, sin atender a si el autor pudo o no evitar el déficit cognoscitivo padecido, esto es, si él fue competente por dicha escasez de conocimiento.

Sin embargo, sobre la base de una tal omisión no puede construirse una teoría del error que valore del mismo modo las situaciones de defecto provocadas por el autor y las que no son atribuibles a su libertad de organización. En la medida en que el autor vive en sociedad, el derecho no puede dejar librada la obligación de alcanzar determinados conocimientos a la disposición subjetivo-individual del autor, sino que de modo objetivo-general le atribuye los conocimientos inherentes al rol que desempeña en el contexto de interacción en el que se produjeron los hechos[16]. De otro modo, el autor podría escudarse alegando el desconocimiento de determinados hechos o normas debido al desinterés que siente por ellas. Se trata de la incumbencia de alcanzar determinadas informaciones sobre los hechos y sobre el derecho, que como sujeto imputable destinatario de la norma debe atribuírsele al autor, cuya desatención evitable impide afirmar la configuración de un error de tipo o de prohibición. El carácter evitable o inevitable de un error no depende únicamente de los procesos mentales que se hayan producido en la cabeza del autor durante la comisión del hecho enjuiciado, sino de si el autor es competente por el déficit de información padecido. Dicho de forma breve, pero contundente: «no todo desconocimiento es un error»[17].

15 Manso Porto, 2002: 75.

16 Lesch, 1997: 168 s.; Gonzáles Rivero, 2004: 263-284.

17 La expresión es de Jakobs, 2004: 349.

En definitiva, la apreciación jurídica de un error de tipo depende de su evitabilidad (vencibilidad), que no es otra cosa que «competencia por el error»[18]. No se determina la configuración de un error de tipo con la mera constatación —por lo demás, improbable— del estado psicológico del autor al momento de cometer el hecho (vgr. el sujeto no sabía la edad de la víctima), sino que su apreciación se realiza aplicando criterios normativos[19]. Se trata de determinar cuáles de los factores psíquicos que llevaron al desconocimiento alegado por el autor deben ser reconocidos por el derecho a efecto de descargar responsabilidad penal, y cuáles no son atendibles a dicho fin, en función al criterio de la evitabilidad (competencia por el error). Así, existirá error de tipo cuando el desconocimiento alegado por el autor sobre determinado elemento del tipo penal haya sido normativamente inevitable, con independencia del proceso mental (o la ausencia del mismo) que llevó al autor a dicho desconocimiento.

Por su parte, si el desconocimiento alegado fuera normativamente evitable, esto es, si el autor resultara competente por el error, habrá que determinar: a) si los motivos que le impidieron adquirir la información exigida pueden ser asimilados a un comportamiento imprudente, en el sentido que acarree el peligro de una *poena naturalis*, en cuyo caso corresponderá aplicar el tipo culposo homólogo; o, b) si deben atribuirse a la indiferencia del autor, a su «ceguera ante los hechos», en cuyo caso no corresponderá apreciar error alguno, sino aplicar el tipo doloso pertinente ya que en estos supuestos el autor ignora la realización del tipo porque sencillamente no está interesado en esto[20]. Esta indiferencia no es un proceso psíquico, sino la ausencia de este. A diferencia de lo que sucedería respecto del autor de un hecho imprudente, quien si pudiera advertir su error antes del hecho

18 Lesch, 1997: 168 ss.; Gonzáles Rivero, 2004: 269, definiendo la «competencia por el error» como «el criterio según el cual la configuración especial psicológica del individuo será apreciada siempre que el ordenamiento normativo no se vea desestabilizado». Por su parte, la doctrina dominante define el error vencible como aquel que hubiese podido superarse observando la debida diligencia, y el error invencible como aquel que no se hubiese podido evitar con un comportamiento cuidadoso. Por todos, véase Luzón Peña, 1996: 444; Mir Puig, 2002a: 267.

19 No se trata de determinar el grado de desconocimiento que afectó al autor. En esa línea, véase Roxin, 1997: 458, afirmando que «el conocimiento solo falta por tanto cuando quien actúa no ha incluido en absoluto en su representación un elemento del tipo»; Maurach, 1994: 398 s., para quien se presenta un caso de error de tipo cuando el suceso objetivo no sea abarcado íntegramente por el conocimiento del autor. Conforme ha destacado Ragués i Vallès, 2002a: 517, «[…] la discusión sobre la intensidad del conocimiento necesario para el dolo, en los términos en que hasta la actualidad se ha desarrollado, es uno de los esfuerzos teóricos más baldíos de la histórica (*sic*) de la dogmática».

20 Felip i Saborit, 2000: 261 ss, reconociendo que entre la esfera del error (ausencia de dolo) y la del conocimiento actual (dolo directo) existe todavía un espacio: el del desconocimiento por indiferencia.

seguro que modificaría su comportamiento, el autor indiferente continuaría su camino. Por ello, cuando el déficit cognitivo tiene origen en un déficit volitivo, el comportamiento debe reputarse doloso.

En rigor, entonces, el genuino error de tipo es aquel respecto del que puede predicarse su inevitabilidad (invencibilidad), cuya consecuencia es la atipicidad del comportamiento por falta de dolo y, ciertamente, ausencia de imprudencia también. En puridad, según los postulados del principio de culpabilidad —positivizado en el art. VII del Título preliminar del CP—, una pena no puede imponerse por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto el suceso dañoso pueda atribuirse al autor como hecho suyo[21], de modo que quien actúa bajo el influjo de un error de tipo inevitable no realiza ni siquiera el tipo objetivo del injusto, ya que carece de imputabilidad[22]. Y es que el comportamiento realizado por un sujeto inmerso en una situación de defecto cognitivo absoluto e inevitable no puede interpretarse como defraudador de las expectativas garantizadas en las normas penales. Quien no sabe lo que hace no puede cuestionar la pretensión de vigencia normativa que posee el ordenamiento jurídico, a menos que el derecho le exija alcanzar el conocimiento ausente.

Por su parte, el denominado «error de tipo vencible (evitable)», o bien no es un error por ser imputable a un defecto volitivo del autor, o bien configura directamente un injusto culposo, cuando el desconocimiento de los elementos del tipo no sea atribuible a un defecto volitivo (indiferencia), sino a una desviación del estándar objetivo de conducta vigente en el ámbito de interacción del autor[23]. Al respecto, el peligro de que del propio comportamiento del autor se derive un riesgo de autolesión constituye un indicio relevante para distinguir entre indiferencia e imprudencia, pues esta última siempre entraña un peligro de *poena naturalis*[24].

En conclusión, afirmar la existencia de un error de tipo equivale a negar la concurrencia del dolo, y negar la configuración de un error de tipo es lo mismo que afirmar la presencia del dolo, por lo que la idea de prescindir de una regulación legislativa del error de tipo no debería repugnar[25]. En la medida en que

21 García Cavero, 2005: 81; sobre el principio de culpabilidad, véase Mir Puig, 2002a: 130 s.; Jescheck, 1993: 278.

22 Claro está, si se conviene en situar la imputabilidad en el primer nivel analítico de la teoría del delito. Referencias sobre este planteamiento en: Ragués i Vallès, 2002a: 396 ss.; 398; 400 s.

23 Conforme afirma Silva Sánchez, 1997: 101, «la punición del sujeto en casos de error de tipo solo podrá sostenerse en los casos en que tal error pueda verse como una imprudencia»

24 Jakobs, 2004: 348-349, señalando que: «[…] el desconocimiento muestra entonces un déficit de competencia e implica siempre el peligro de una *poena naturalis,* pues nadie puede estar seguro de las consecuencias de una decisión sin no conoce las circunstancias de la misma».

25 Frente a la pretensión de consolidar una exhaustiva regulación legislativa que traía consigo el proyecto oficial de CP alemán de 1962, *Armin Kaufmann* advirtió que el beneficio a obtener

constituye el reverso del dolo, la discusión sobre los fundamentos y límites del error de tipo no puede soslayar los criterios de determinación (atribución) judicial de conocimientos al autor del hecho.

III. La determinación del dolo y la exclusión del error de tipo

Empecemos por los fundamentos: ¿por qué una pena agravada para los delitos dolosos en comparación a los culposos? La doctrina que considera que el derecho penal tiene la función de proteger bienes jurídicos no ofrece una respuesta satisfactoria, pues un comportamiento culposo muchas veces representa mayores peligros que uno doloso. Piénsese en un conductor imprudente que causa varias muertes al infringir el deber de cuidado exigible en el tráfico rodado y el conductor que atropella dolosamente a su víctima. Sin duda, el comportamiento del autor culposo entraña mayor peligro para la integridad de los que participan en el tráfico rodado, pues —a diferencia del autor doloso— su conducta no está focalizada en una víctima concreta. En cambio, una comprensión comunicativa del injusto y de la pena sí proporciona una explicación satisfactoria de tal diferencia de agravación; a saber, de acuerdo a esta tesis, el fundamento de la pena de los delitos dolosos es garantizar la vigencia de una expectativa normativa que ha sido conscientemente desautorizada; mientras que en los delitos culposos el fundamento de la pena viene dado por la necesidad de asegurar estándares objetivos de peligro. La imposición de una pena por la comisión dolosa de un hecho expresa que la norma defraudada sigue siendo la pauta que rige la comunicación en el plano normativo, de modo que las personas en sociedad deben seguir orientando su comportamiento de acuerdo a dichas expectativas. Por su parte, la pena a imponerse por la comisión culposa de un hecho debe ser menos drástica que la prevista para el autor doloso, pues con ella se pretende asegurar estándares objetivos de peligro.

Pero, ¿qué debe entenderse por dolo? Esta categoría dogmática, heredada del derecho romano tardío[26], es mayoritariamente definida en función a la concurrencia de un momento intelectual —conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal— y de un momento de corte volitivo

con esta última debía ser sopesado *«con el menoscabo que trae consigo toda reducción del margen de movimiento para la ciencia y la jurisprudencia»,* decantándose por una regulación más bien parca, como la que caracterizó al Código Penal del Reich de 1871, véase Sancinetti, 2003: 135.

26 Jescheck, 1993: 263.

—voluntad incondicionada de realizar el tipo[27]—. De acuerdo a esta concepción, no se apreciará un comportamiento doloso cuando en el momento de su actuación el agente ignore absolutamente alguna circunstancia preexistente en la realidad, que precisamente configura determinada situación como típica, o no pueda prever ni siquiera de modo incierto el acaecimiento de del resultado típico de su comportamiento.

Recogiendo la definición al uso en la doctrina dominante, el art. 81 CP de 1924 prescribió el dolo como acción u omisión consciente y voluntaria[28]. A partir de la constatación de que el elemento volitivo no tiene autonomía conceptual dentro de la categoría del dolo, esta definición ha sido paulatinamente abandonada por la doctrina y los tribunales. En definitiva, a diferencia de los defectos cognoscitivos, los defectos volitivos *per se* no descargan de imputación; de ahí que lo relevante para la configuración del dolo sea únicamente el conocimiento de la realización de un comportamiento típico objetivo[29]. En verdad, es indiferente que se exija la presencia de un elemento volitivo dentro de la estructura del dolo, pues dicha voluntad concurre siempre que se afirme que el autor realizó el comportamiento siendo consciente que entrañaba un riesgo idóneo para producir el resultado antinormativo.

La exigencia de un elemento volitivo en el dolo es una reminiscencia de su definición como intención, que fuera asentada en la doctrina penalista por Feuerbach en su esfuerzo por rechazar las teorías objetivizantes del *dolus indirectus* y el *dolus ex re*, que tuvieron gran auge durante el siglo XVIII entre los penalistas hegelianos. Sintetizando al máximo, según la doctrina del *dolus indirectus*, el dolo comprende la realización de aquellos resultados que según la experiencia se asocian al

27 Welzel, 1993: 77. Desde hace ya algún tiempo, la adscripción de un elemento de corte volitivo a la noción de dolo viene siendo seriamente cuestionada. Al respecto, véase Silva Sánchez, 1992: 401 ss. También las críticas formuladas por Ragués i Vallès, 2002a: 157 ss., con múltiples referencias bibliográficas al estado actual del debate. Resulta interesante cómo algunos autores que incluyen a la «voluntariedad» como elemento del dolo, aceptan que esta voluntad consciente se deduce automáticamente en todos los casos en que se acomete un comportamiento humano (esto es, sin que concurran causas que neutralicen los efectos de la acción: fuerza irresistible, movimientos reflejos y estados de inconsciencia) conociendo los elementos objetivos que lo hacen típico. En esta línea, Mir Puig, 2002a: 256 s.. En la parte especial del CP se encuentran algunas referencias a la voluntad del agente, *Vgr*. «resultado grave que no quiso causar» (art. 123 CP), «sin haber tenido el propósito de causarlo» (art. 118 CP).

28 Actualmente, en el ámbito latinoamericano, el Código Penal colombiano de 2000, en su art. 22, señala que «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».

29 Ragués i Vallés, 2002b: 1 ss.

comportamiento del sujeto, sin importar que dichas consecuencias hayan sido concretamente abarcadas por la representación del sujeto al momento de actuar. Esta teoría empieza a caer en desgracia a finales del siglo XVIII, principalmente por acción de Feuerbach, quien —desde los postulados de su teoría de la coacción psicológica— la criticó severamente por atribuir a la voluntad del sujeto resultados que este realmente nunca quiso. Puede afirmarse que tras la aportación de Feuerbach, la discusión doctrinal plantea la imputación dolosa como algo fundamentalmente referido a la representación y voluntad del sujeto, entendidas como fenómenos de naturaleza psicológica.

Sin embargo, tal entendimiento del dolo devino prontamente inaplicable, debiendo recurrir la doctrina a sucedáneos de la voluntad o a elementos pseudos-volitivos para poder calificar un comportamiento de doloso sin renunciar a la definición psicologizante de conocimiento y voluntad. Así, se acaba afirmando que quien simplemente acepta, se conforma o se resigna con la realización del tipo, «jurídicamente quiere» dicha realización y, por tanto, actúa dolosamente. En la práctica, el razonamiento judicial para apreciar el elemento volitivo del dolo es el siguiente: si al momento de actuar el sujeto fue consciente del riesgo que encerraba su comportamiento, y pese a tal representación actuó, entonces lo hizo voluntariamente, aunque no desee —en términos afectivos— el resultado producido. Dicho en forma simple, si conoce y actúa, entonces quiere. ¿Acaso algún juez negaría el dolo del acusado de homicidio que afirmara haber presionado fuertemente el cuello de la víctima con un cinturón de cuero por un tiempo más o menos prolongado, con la intención de privarle del conocimiento, pero no de matarla?[30]

Por lo demás, la definición de dolo como conocimiento es compatible con la regulación positiva. *De lege lata*, el único precepto legal al que parece posible acudir para aproximarnos al concepto legislativo del dolo es el art. 14 CP. Según una interpretación *e contrario* de este precepto, el dolo implica la realización de los hechos constitutivos de la infracción penal con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción. Ciertamente, la ausencia de una norma que confiera efectos eximentes o atenuantes a una suerte de «error volitivo», constituye un argumento contundente para decantarse por una tesis cognitiva de dolo, pues —como afirma Jakobs— «los defectos cognitivos exoneran, los defectos volitivos gravan»[31].

30 Se trata del «caso de la correa de cuero» (*Lederriemenfall*), enjuiciado por el Tribunal Supremo Alemán en 1955, véase una magistral panorámica del mismo en Ragués i Vallès, 2002a: 83 ss., afirmando que marcó un punto de inflexión clave en la centenaria discusión sobre el concepto de dolo.

31 Jakobs, 2004: 349.

Ahora bien, la determinación del conocimiento típico del dolo constituye un proceso de adscripción o imputación judicial, pues no se trata de desentrañar la psique del autor para indagar lo que se representó en el momento en que realizó el hecho enjuiciado, algo que por lo demás no es posible hacer utilizando medios de prueba que gocen de confianza social y reconocimiento legal, sino que el conocimiento es predicable en función de determinados criterios de atribución. Sobre el particular, recojo la propuesta formulada por Ragués i Vallès, al postular que la atribución del conocimiento se realice a partir de las reglas de la experiencia sobre el conocimiento ajeno. La virtud de esta propuesta reside en la reducción del riesgo de errores judiciales a niveles que permiten considerar legítima su asunción, pues la atribución se realiza a partir de valoraciones sociales que atienden a aspectos objetivo-generales, específicamente vinculados al rol que desempeña el autor en el contexto en el que se produjo la interacción, y no a cuestiones subjetivo-individuales, imposibles de probar. A partir de las reglas de valoración social, se distingue entre conductas especialmente aptas para ocasionar ciertos resultados y conductas arriesgadas neutras.

Cuando se trate de una conducta especialmente apta no deberá prosperar ninguna alegación en el sentido de haber desconocido el concreto riesgo que estaba generando, y se le debe imputar al autor el hecho de causar el resultado a título de dolo, a menos que se trate de un sujeto de socialización exótica. El criterio para atribuir o imputar el conocimiento es el rol o posición jurídica que ocupa el agente en el concreto contexto de interacción en el que desarrolla su comportamiento. Se trata de los denominados conocimientos mínimos asociados al rol desempeñado.

Las denominadas «conductas arriesgadas neutras» son conductas objetivamente capaces de provocar determinadas consecuencias lesivas, pero que en la valoración social no están indefectiblemente vinculadas a su acaecimiento. En la clasificación de un comportamiento en estas categorías influyen determinadas variables, tales como la utilidad social de determinas actividades, la habituación que existe a ellas, y la frecuencia estadística con la que su ejecución lleva al acaecimiento del resultado. La alegación en el sentido de haber desconocido el concreto riesgo que estaba generando sí será creíble en el caso de conductas arriesgadas neutras, y se debe imputar solo a título de imprudencia la producción del resultado típico, a excepción de los siguientes supuestos ; a saber, a) cuando el sujeto exterioriza que sí es conocedor del riesgo creado ; b) cuando la proximidad del acaecimiento del resultado se perciba mediante signos externos durante la realización de la conducta típica ; y c) cuando la dinámica comisiva no haga creíble que el sujeto no haya recapacitado sobre los riesgos de su actuación, lo que sucede por ejemplo cuando ha precedido al hecho una minuciosa preparación.

IV. La apreciación del error de tipo Un ejemplo de la jurisprudencia peruana

En la práctica judicial, la apreciación de un error de tipo implica afirmar la ausencia de prueba suficiente sobre el conocimiento de alguno de los elementos constitutivos de la infracción por parte del autor, o bien directamente considerar que la evidencia aportada permite inferir que el autor desconocía la idoneidad de su comportamiento para producir el resultado lesivo. En buena cuenta, se trata de determinar si en el caso concreto concurren las condiciones que permiten imputar al autor el conocimiento de los elementos objetivos del injusto. Tal determinación debe hacerse en términos normativos, aplicando las reglas de atribución de conocimientos apuntadas líneas arriba, según se trate la conducta enjuiciada de una «especialmente apta para lesionar» o de una que pueda calificarse como «arriesgada neutra», y en caso se aprecie como plausible la existencia de algún defecto cognitivo en el autor, no deberá perderse de vista la pregunta sobre quién es el competente por el déficit cognitivo padecido, pues si este fuera atribuible a un defecto volitivo del propio autor, no será entonces válido apreciar un supuesto de error de tipo.

Veamos cómo un caso puede tener soluciones distintas en función de los criterios —psicologicistas o normativos— que se apliquen para determinar el conocimiento. Se trata de la ejecutoria suprema de 28 de mayo de 2004, recaída en el Exp. N. 472-2003-Arequipa, en la que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronuncia por la atipicidad subjetiva del comportamiento del profesor de colegio acusado por tentativa de violación de una de sus alumnas, por considerar que el procesado desconocía la edad de la agraviada, valorándose para ello : a) una carta en la que la alumna, luego de confesar su amor por el profesor, afirmó tener 15 años de edad; y b) el aspecto físico de la agraviada, señalándose que aparentaba una edad mayor de la que realmente tenía.

> Del análisis de autos se advierte que el Colegiado ha efectuado una debida compulsa de los medios de prueba actuados a lo largo del proceso, pues se colige de autos que el justiciable Richard T. entabló amistad con la menor perjudicada en razón a que venía realizando sus prácticas pre-profesionales en el Colegio «A», donde estudiaba la menor perjudicada, la misma que le enviaba cartas en las que le manifestaba estar enamorada de él, a lo que no daba importancia el justiciable en comentario, siendo el caso que con fecha 23 de enero del 2001, una amiga de la menor perjudicada, de nombre Fiorella, le comentó que la menor perjudicada quería hablar con él, citándolo en el parque «Mayta Cápac», donde fue a encontrarse con la menor, con la que conversó y paseó, cual fueran dos enamorados (siempre en la creencia de que la citada menor

> contaba con 14 años de edad), para luego citarse al día siguiente, 24 de enero, fecha en la que ocurrieron los hechos materia de juzgamiento. Ahora bien, de la revisión minuciosa de autos, nos detendremos en el certificado médico (Evaluación odonto-estomatológica) de fs. 401, por la cual se buscó determinar la edad cronológica de la menor perjudicada, de acuerdo al desarrollo dentario, la misma que determina como edad de la menor la de 14 años, ello aunado a lo vertido por la menor en la carta que en original corre a fs. 117, en la que manifiesta al justiciable Richard T. que, en realidad, con cuenta con 14, sino con 15 años, vale decir, indujo al mismo a creer en la veracidad de su edad, habida cuenta que por su tamaño y desarrollo no aparentaba una edad menor, conforme así se desprende la pericia antes anotada; en tal sentido, se colige que, en todo momento, el justiciable en comentario mantuvo la certeza de la edad que refería la menor perjudicada; Cuarto: Que, en el caso de autos se ha producido la figura del error de tipo, que se da de dos maneras, cuando el agente actuando con las previsiones del caso se hubiese dado cuenta de su error, aquí se elimina el dolo pero subsiste la culpa y será sancionado como un delito culposo si está contemplado en el Código Penal (error vencible) ; o cuando a pesar de ello, no se hubiese dado cuenta de su error, aquí el sujeto queda exento de responsabilidad, pues se elimina tanto el dolo como la culpa (error invencible); en el tipo instruido se hace referencia al error de tipo, que tiene lugar cuando el agente cree que el sujeto pasivo es mayor de 14 años; en este caso, tanto si el error es invencible o vencible no podrá castigarse al sujeto activo por el artículo ciento setentitrés del Código Penal, esto al no admitirse expresamente por Ley la tentativa de violación culposa[32].

La ejecutoria glosada relata un caso de los denominados de «imprudencia provocada» o «ceguera ante los hechos». Se habla de esta cuando el autor renuncia deliberadamente a acceder a determinada información, que debía haber tomado en cuenta en función al rol que desempeña, de tal modo que «no ha conocido porque no ha querido hacerlo». En palabras de Sánchez-Vera, «que en estos casos una condena por imprudencia no resulta satisfactoria, ha sido incluso evidenciado por el acervo popular en la conocida sentencia "no hay peor ciego que el que no quiere ver"»[33].

El carácter impreciso de los criterios que utiliza la Sala Suprema para apreciar la configuración de un error de tipo es incompatible con la pretensión de seguridad jurídica que persigue el pensamiento sistemático, pues *ex ante* no se aseguran

32 San Martín Castro, 2006: 270 ss.

33 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2004: 76.

soluciones previsiblemente uniformes para casos de estructura similar. La Sala Suprema echa mano de criterios psicologizantes que buscan determinar los procesos mentales acaecidos en la psique del autor al momento de la comisión del hecho enjuiciado, valiéndose —paradójica e inevitablemente— de pruebas producidas *ex post facto*, tales como la evaluación odonto-estomatológica, que no tuvo a la vista el profesor al momento de acometer sexualmente contra su alumna.

No toma en cuenta los conocimientos mínimos asociados al rol desempeñado por el procesado en el contexto en el que se produjeron los hechos enjuiciados. Bajo dicho prisma, es plausible afirmar o negar el dolo del profesor sin que la decisión se antoje arbitraria. Así, puede afirmarse que el profesor se representó la edad real de su alumna atendiendo al año escolar que esta cursaba. Por regla general, los alumnos que —por ejemplo— cursan el primer año de educación secundaria, son menores de 14 años. O bien, por su propia posición, el profesor pudo acceder al registro de datos de la alumna, y era probable que lo haya tenido a su disposición en alguna oportunidad. En todo caso, si se llega a establecer en el proceso que el profesor inició una relación sentimental con su alumna sin haber recapacitado en su edad, ni haberla indagado a pesar de tener acceso a dicha información, debe concluirse que decidió emprender un comportamiento riesgoso para la indemnidad sexual ajena, con absoluto desinterés sobre un aspecto que es trascendental para quien desempeña el rol de docente escolar. Su indiferencia lo hace competente por el déficit alegado e impide apreciar un error de tipo.

V. Los objetos del error de tipo

1. El error sobre los elementos esenciales

A. Error sobre los elementos predominantemente normativos del injusto

Aunque se viene cuestionando la existencia de elementos puramente descriptivos o normativos, su división terminológica ha sido importante para la delimitación entre las categorías de tipo y antijuricidad, y para el desarrollo de la concepción actualmente dominante del tipo como tipo de injusto[34]. Comúnmente, se califican como «descriptivos» aquellos elementos que expresan datos o procesos corporales o anímicos y que son susceptibles de verificación cognitiva por parte del juez; mientras que consideran «normativos» a aquellos elementos cuya concurrencia presupone una valoración. A su vez, según su naturaleza valorativa, se distingue entre elementos normativos con valoración jurídica («ajeno», art. 185 CP; «documento», art. 427 CP) y elementos con valoración cultural («acto

34 Roxin, 1997: 305 s.

contrario al pudor», art. 176 CP); y, según el margen de valoración judicial, se distingue entre elementos normativos necesitados de complementación valorativa («reputación», art. 132 CP) y elementos valorativamente plenos («información privilegiada», art. 251A CP; «tributos», art. 1 de la Ley Penal Tributaria - Decreto Legislativo N. 813).

La principal trascendencia de esta distinción terminológica se aprecia en el ámbito del error, pues el proceso de imputación de uno u otro elemento presenta algunas diferencias que pueden ser relevantes para afirmar o desvirtuar la presencia de un error[35]. Así, se afirma que para el conocimiento de los elementos descriptivos es suficiente tener en cuenta las posibilidades de percepción sensorial o de entendimiento lógico de las circunstancias[36], de modo que —como señala Volk— casi siempre resultan ser manifiestos, evidentes y, por así decirlo, pueden tocarse con las manos[37]. Por su parte, la apreciación de un elemento normativo exige, además de la percepción del sustrato fáctico, la comprensión de su sentido o significado social. Esta comprensión se sitúa a un nivel intermedio dentro de la escala de conocimientos, de modo que para afirmar el dolo no basta imputar el mero conocimiento del sustrato experimental de una realización de tipo, pero tampoco se exige que el autor subsuma el hecho de modo exacto en la ley penal[38].

La opinión dominante entiende que para afirmar el conocimiento de los elementos normativos no se necesita que el autor califique con exactitud jurídica las circunstancias del hecho, sino que es suficiente atribuirle una conciencia aproximativa sobre su significado, de modo que bastará con la imputación de una «valoración paralela en la esfera del profano»[39] o, si se prefiere, de un juicio paralelo en la conciencia del autor[40].

Se ha destacado que la teoría de la valoración paralela en la esfera del lego distorsiona las exigencias cognitivas del dolo, al requerir que el autor realice un acto de valoración sobre los elementos típicos que refieren a derechos o relaciones jurídicas, como si el autor fuese el legislador que tuviese que promulgar las normas extrapenales, cuando en puridad solo debe conocer los hechos jurídicos[41]. Independientemente de la simpleza o complejidad de los derechos y relaciones jurídicas contenidos en las normas penales, debe asumirse que el aspecto cognitivo

35 Roxin, 1997: 459 s.
36 Luzón Peña, 1996: 448.
37 Volk, 2002: 426.
38 Jakobs, 1997b: 347 s.
39 Expresión atribuida a Mezger. Sobre la recepción mayoritaria de este criterio en la doctrina, véase Cerezo Mir, 1998: 133, nota 52.
40 Welzel, 1993: 91.
41 Pupe, 1992: 363 ss.

del dolo incluye determinados conocimientos jurídicos porque estos son presupuestos de que el autor pueda reconocer el injusto específico del hecho por él realizado[42]. En definitiva, los denominados elementos normativos del tipo describen situaciones jurídicas que pueden enjuiciarse sin necesidad de una valoración del autor. Adicionalmente, se cuestiona la operatividad del criterio de valoración paralela en la esfera del profano oponiéndolo a un dato fáctico: «no siempre se trata de profanos en el mundo jurídico»[43]. Esta afirmación tiene especial vigencia en el ámbito de la criminalidad empresarial, donde los sujetos generalmente disponen —directa o indirectamente— de conocimientos especializados que permiten comprender las situaciones descritas por los elementos normativos.

En este punto, interesa advertir que el error sobre los elementos normativos del tipo no debe confundirse con el denominado «error de subsunción». Para ello, debe tenerse en cuenta que para afirmar el dolo se requiere que la «valoración paralela» se efectúe sobre las circunstancias del hecho, esto es, sobre los hechos externos con su significado social, no individual. De este modo, las creencias erróneas que tengan origen en la definición inexacta de un concepto jurídico son irrelevantes para excluir el dolo, pues en estos casos concurrirá un error sobre la subsunción del hecho en la norma jurídica, que a lo sumo podrá fundamentar un error de prohibición.

Como es evidente, el error de tipo que recaiga sobre un elemento normativo también viciará la conciencia de la concreta ilicitud del hecho. Pero ello no ocurrirá en la situación inversa. Así, por ejemplo, quien sustrae un abrigo del perchero de un restaurante en la creencia de que le pertenece, se equivoca sobre una circunstancia del hecho típico; a saber, la ajenidad de la prenda (error de tipo) y, debido a esta falsa creencia, no puede afirmarse que sea consciente de la ilicitud concreta de su comportamiento, aunque abstractamente tenga la certeza de que la sustracción de un bien ajeno constituye un hecho antijurídico. De modo inverso, quien envenena al perro de su vecino en la creencia errónea de que dicho animal no constituye un «bien mueble», desde la perspectiva del objeto de protección en el delito de daños, se equivoca sobre la definición del concepto jurídico de «bien mueble», mas no respecto de una circunstancia externa. Este último caso grafica un error de subsunción que, por más incidencia que tenga sobre la conciencia de la concreta ilicitud del hecho, nunca excluirá el dolo. Para la concurrencia del

42 Pupe, 1992: 364 s. Esta autora destaca que el criterio de «la valoración paralela en las esferas del autor tiene la función de eliminar o también ocultar esta dificultad de determinación conceptual en el ámbito de los elementos normativos del tipo, conformándose con una representación conceptual del autor que sea similar al sentido. Pero esta dificultad existe de modo general para todos los conceptos del lenguaje natural».

43 Jakobs, 1997b: 347, nota 108.

dolo típico basta que pueda afirmarse que el sujeto ha aprehendido en su «esfera de profano» todo lo que caracteriza el concepto legal de bien mueble en su significado social[44], esto es, su materialidad.

La delimitación entre error de tipo y error de prohibición también resulta difusa cuando la equivocación tiene lugar en el marco de las leyes penales en blanco. Para el tratamiento de estos casos debe aceptarse que la norma integradora de la ley penal constituye un componente del tipo, pues de otro modo la norma prohibitiva quedaría ininteligible. Naturalmente, al precepto penal completado le son aplicables las reglas habituales del error[45]. En términos generales, el dolo se excluirá cuando pueda predicarse que la ausencia de representación está vinculada a una circunstancia externa de la norma complementaria, mientras que se apreciará un error de prohibición en aquellos supuestos en los que la equivocación incida sobre la existencia de la norma complementaria. Así, suponiendo que el organismo regulador en materia medioambiental —Instituto Nacional de Recursos Naturales— disponga la prohibición absoluta de verter residuos industriales en los ríos de la sierra central del Perú durante los últimos 10 días de cada mes, a fin de que las corrientes reciclen sus efectos contaminantes, incurrirá en error de tipo quien —conociendo dicha medida de protección medioambiental— se equivoca sobre los límites temporales de su vigencia, e incurrirá en error de prohibición quien realiza vertidos de relaves durante los últimos días del mes porque desconoce tal prohibición.

B. Error sobre el curso causal

Bajo este epígrafe se aglutinan supuestos en los que el resultado típico acaece en virtud de un proceso causal distinto al que según las valoraciones sociales lleva aparejado el comportamiento del autor. Si como punto de partida se acepta que, junto a la acción y al resultado, la relación de causalidad constituye un elemento típico, y que es imposible la previsión de todos sus pormenores, entonces sus rasgos esenciales deben ser abarcados por el dolo[46]. Al hilo de esta afirmación, cabe preguntarse en qué casos la falsa representación sobre el proceso causal será tan esencial al punto de adquirir la relevancia de un error de tipo.

De entrada, se exceptúan del ámbito del error de tipo aquellos casos de desviación del curso causal en los que se excluye la posibilidad de la imputación

44 Roxin, 1997: 462.
45 Jescheck, 1994: 278.
46 Roxin, 1997: 487; Jescheck, 1993: 280.

objetiva del resultado[47]. Al no configurarse el tipo objetivo del delito consumado, puesto que el riesgo prohibido no se realizó en el resultado, solo cabe apreciar una tentativa (art. 16 CP). Ciertamente, en todos los casos de desviaciones del curso causal debe determinarse si la desviación es tal que excluye o no la imputación objetiva del resultado[48].

Ahora bien, una vez verificada la desviación objetivamente imputable del proceso causal, habrá que decantarse por la irrelevancia del error cuando el riesgo concretamente realizado sea de la misma clase que el abarcado por el dolo del sujeto, y cuando la desviación del acontecer típico no comporte un cambio de delito ni la concurrencia de circunstancias que afecten la gravedad del hecho[49].

a. *Dolus generalis*

Un caso especial de desviación del curso causal es el denominado *dolus generalis*, en el que el resultado es producto de una acción dolosa anterior o posterior a la que el sujeto atribuye eficacia consumativa[50]. Tradicionalmente, conforme a la doctrina del *dolus generalis*, se apreciaba un suceso unitario, en el que el dolo del primer acto se extendía al segundo, y se configuraba un solo delito consumado[51]. La posición contraria rompe con la visión unitaria del suceso, y aprecia en el primer acto —en caso la acción dolosa posterior produzca el resultado— un delito intentado, que entra en concurso con el delito imprudente que se configura con el segundo acto, excepto que el acaecimiento del resultado sea imprevisible[52].

En definitiva, será válida la apreciación de un delito consumado cuando el resultado se produzca por una desviación no esencial del curso causal; mientras que la solución deberá arbitrarse por las sendas del concurso siempre que el resultado sea solo objetivamente imputable al segundo acto, y este no haya sido abarcado por el dolo del autor.

47 Ejemplo, el sujeto activo dispara contra la víctima con dolo de matar, pero esta fallece producto de un virus que le fuera inoculado por negligencia de los médicos que la atendieron en el hospital.

48 Luzón Peña, 1996: 454.

49 Ejemplo, el sujeto activo arroja a la víctima desde un puente para que se ahogara, pero la muerte se produce por el golpe con el pilar del puente.

50 Ejemplo, el sujeto activo dispara contra la víctima quien cae inconsciente, y luego la arroja al mar en la creencia de que se trata de un cadáver. Finalmente, esta fallece a causa de la inmersión. En el caso inverso, el sujeto activo planea la muerte de la víctima por ahogamiento, pero esta fallece a causa de la herida que aquel le produjo para inmovilizarla.

51 En esta línea, Jescheck, 1993, 282.

52 Esta posición es defendida por Mir Puig, 2002a: 272, nota 104.

b. Aberratio ictus *o desviación del golpe*

En puridad, los casos comprendidos bajo la expresión *aberratio ictus* deben ser tratados mediante las reglas generales del error sobre el proceso causal, aunque su tratamiento diferenciado es justificado por la diversidad de resultados a los que se arriba. Así, mientras una desviación ordinaria del curso causal que se halle dentro de lo adecuado deja intacto el dolo, en la *aberratio ictus* generalmente se excluye la atribución del resultado al dolo del sujeto[53].

En esta modalidad especial de desviación del curso causal se incluyen los casos en los que el sujeto dirige efectivamente su conducta contra un determinado objeto que finalmente no consigue lesionar, sino que por un fallo en la ejecución el efecto lesivo termina produciéndose en otro objeto. De inicio, debe aclararse que el yerro no se basa en una confusión sobre la identidad o características de los objetos, sino en la ejecución del comportamiento[54].

Al respecto, son materia de polémica los casos en que la desviación es previsible según la experiencia general de vida, sin ser abarcada por el *dolus eventualis* del sujeto, y se alcanza a un objeto que goza de la misma protección jurídico penal[55]. Las soluciones a esta constelación de casos han sido acometidas fundamentalmente a través de dos teorías.

Según la teoría de la equivalencia, la *aberratio ictus* constituye una especie de error sobre cualidades extra típicas que no tiene influencia en el dolo, puesto que los tipos penales tutelan intereses concebidos como género. Se parte de la equivalencia del objeto finalmente afectado con el objeto sobre el que se dirigió la acción. Esta idea se ha graficado con la frase, «se quería matar a un hombre y a un hombre se ha matado»[56]. Según esta tesis, en el caso del jugador de fútbol, anteriormente descrito, debe apreciarse un delito de lesiones dolosas consumadas. A esta posición subyace una concepción de dolo genérico que se deriva de la redacción abstracta de los tipos legales[57].

Según la teoría de la concreción, el elemento intelectual del dolo debe estar circunscrito a un determinado objeto. De este modo, si producto de la desviación en

53 Roxin, 1997: 495.

54 Silva Sánchez, 1981: 347, 350, quien cita un caso de la jurisprudencia española, «Un jugador de fútbol, fuera de sí por la marcha del partido, se dirige al árbitro y lanza su puño contra el rostro de este, pero no resulta lesionado el juez de la contienda sino otro futbolista que se había interpuesto para tratar de impedir la agresión».

55 Roxin, 1997: 494.

56 Silva Sánchez, 1981: 352.

57 Silva Sánchez, 1981: 355, 366. Para este autor, no se ha dado una fundamentación convincente sobre la determinación del objeto de referencia del dolo, y a la precisión del grado de congruencia que debe existir entre ambos.

la ejecución del comportamiento se alcanza a un objeto distinto, entonces faltará el dolo en relación con este, por lo que debe apreciarse —en concurso ideal— un delito intentado respecto al objeto no alcanzado y un delito imprudente respecto al objeto lesionado. Esta es la posición mayoritaria en la doctrina alemana, y en lo esencial es seguida por Silva Sánchez, para quien «la responsabilidad por delito doloso consumado requiere que el dolo haya abarcado el riesgo que se ha realizado en el resultado y no otro»[58]. En este sentido, constituyen riesgos distintos no solo aquellos que amenazan a bienes jurídicos de distinta clase o naturaleza, sino también aquellos que amenazan a bienes jurídicos distintos aunque de la misma naturaleza. En suma, para esta posición «lo decisivo es, pues, la realidad existencial que constituye el soporte del bien jurídico»[59].

Frente a las tesis de la equivalencia y de la concreción, un sector de la doctrina alemana ha apoyado sus propuestas de solución, esencialmente coincidentes con las sustentadas por las teorías reseñadas, en diversos criterios diferenciadores. En esta línea, destaca la propuesta de Roxin, construida sobre la base de un criterio de corte subjetivista anclado en «el plan del hecho diseñado por el autor». Según este planteamiento, si el comportamiento del sujeto alcanza a un objeto distinto respecto al que dirigió originalmente su acción, ha de considerarse fracasado su plan[60], de modo que se llega a la misma solución que la propuesta por la teoría de la concreción.

C. Error in persona vel in obiecto (*error sobre el objeto o la persona*)

Con esta denominación se designan aquellos casos de confusión sobre la identidad o características del objeto de la acción. A diferencia de lo que sucede en la *aberratio ictus*, en estos casos el sujeto alcanza al objeto concreto sobre el que había dirigido su acción. Esta individualización de la representación del sujeto en un objeto concreto de la acción fundamenta una imputación dolosa[61], evidentemente en aquellos casos en los que el objeto alcanzado sea típicamente equivalente al objeto representado. Entendiendo que el concepto de bien jurídico refiere a un objeto empírico —y no un valor abstracto—dotado de ciertas características típicas que lo hacen valioso, será irrelevante el error sobre características extra típicas, tales como la identidad del objeto al que se dirige la acción, a sabiendas de que el mismo reúne las condiciones típicas[62].

58 Silva Sánchez, 1981: 370.
59 Silva Sánchez, 1981: 370 s.
60 Roxin, 1997: 494 ss.
61 Roxin, 1997: 504.
62 Mir Puig, 2002a: 271.

De otro modo, esta clase de error tendrá consecuencias jurídicas cuando los objetos confundidos no sean típicamente equivalentes[63], de modo que la confusión provoca un cambio de calificación típica. Se distingue dentro de este universo de casos los supuestos de error directo y de error inverso[64]. En el primero de estos, la falsa representación incide en los elementos del tipo más grave, de forma que el tipo cualificado no será dolosamente imputable al sujeto[65]. En el segundo supuesto, el autor se representa erróneamente una cualidad en el objeto cuya lesión motivaría un tipo más grave[66].

D. Error sobre la concurrencia de presupuestos objetivos de una causa de justificación

El tratamiento jurídico que debe dispensarse a la suposición errónea sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación constituye una de las materias más discutidas de la dogmática del error. La polémica gira en torno a su tratamiento como error de prohibición[67] o como error de tipo[68].

El hecho de que el CP no haya adoptado una posición expresa al respecto[69] permite que el debate sea trasladado a nuestro ámbito. En definitiva, en la Exposición de Motivos del CP se afirma que el ámbito del error de tipo está configurado por todos sus elementos integrantes, «ya sean valorativos, fácticos y normativos (circunstancias de hecho, justificantes o exculpantes)», pero el art. 21 CP establece un régimen *sui generis* de atenuación facultativa de la pena para los casos de inconcurrencia de algún requisito necesario para configurar las eximentes previstas en el art. 20 CP, entre las que se encuentran las causas de justificación.

63 Silva Sánchez, 1981: 348; Roxin, 1997: 508.

64 Luzón Peña, 1996: 455 ss.

65 Ejemplo, «A» mata a «B», ignorando que se trataba de su hijo. Si el error sobre la identidad de la víctima era vencible se apreciará un parricidio imprudente en concurso ideal con homicidio simple doloso consumado, mientras que si dicha confusión fue producto de un error invencible, solo se apreciará un homicidio simple doloso consumado. Luzón Peña, 1996: 456.

66 Jescheck, 1993: 280, citando el siguiente ejemplo: «un campesino abofetea en una tienda a una muñeca-maniquí que cree le mira fijamente, y esta se rompe: tentativa impune de lesiones y daños imprudentes impunes».

67 Posición defendida en España, entre otros, por Cerezo Mir, 1998:132.

68 Silva Sánchez, 1997: 103 ss.; el mismo, 1992: 396-398; Bustos Ramírez, 1985: 703 ss; Mir Puig, 2002a: 415 s., 538 s., entre otros.

69 A diferencia, por ejemplo, del Código Penal colombiano, cuyo art. 32.10 exime de responsabilidad penal cuando «se obre con error invencible [...] de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa».

El tratamiento legislativo previsto para las eximentes incompletas en el CP podría llevar a pensar que el supuesto de error sobre la concurrencia de presupuestos objetivos de una causa de justificación se encuentra más próximo a la regulación del error de prohibición que a la del error de tipo, pues el mencionado precepto opta por la atenuación —ciertamente facultativa, a diferencia del régimen legal del error de prohibición— de la responsabilidad penal. En efecto, conforme sostiene Bacigalupo Zapater al criticar esta misma situación en el CP español, una aminoración de la pena como la prevista en las eximentes incompletas «solo es razonable cuando el autor haya supuesto erróneamente y en forma evitable el elemento de la circunstancia eximente»[70], por lo que considera que la regulación de las denominadas «eximentes incompletas» es disfuncional a un sistema que otorga relevancia al error.

En la doctrina nacional, Bramont Arias, Bramont-Arias Torres y Villavicencio Terreros consideran que la falsa representación sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación debe ser tratada como un caso de error de prohibición[71]. En esta línea, en el fallo recaído en el expediente N. 498-98-P/Camaná se señala: «Tratándose de una creencia errónea sobre la autorización del acto, nos encontramos ante un error de prohibición indirecto (es decir, error sobre la concurrencia de una causa de justificación: consentimiento válido del titular)»[72].

Esta tesitura, propia de la teoría estricta de la culpabilidad, es criticada por quienes consideran que la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación configura el tipo negativo, necesario para la realización del tipo total de injusto[73], de modo que tal suposición errónea constituiría un error de tipo (negativo). Según este planteamiento, en el ámbito de las causas de justificación se debe distinguir entre el error de tipo negativo que incide sobre los presupuestos típicos de la situación justificativa, y el error de prohibición indirecto o de permisión que recae sobre la admisibilidad jurídica de determinada situación como justificante[74].

E. El error sobre los elementos accidentales

Además del supuesto genérico de error sobre un elemento del tipo penal, el art. 14 CP prevé específicamente el error respecto a una circunstancia que agrave la pena. Esta distinción puede parecer superflua si tenemos en cuenta que las circunstancias agravantes constituyen elementos accidentales del tipo penal, y que

70 Bacigalupo Zapater, 1996: 1429.

71 Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 1994: 148; Villavicencio Terreros, 2001: 83. Para este último autor se trata específicamente de un error de prohibición «indirecto».

72 Caro Coria, 2002: 145.

73 Mir Puig, 2002a: 538.

74 Mir Puig, 2002a: 539.

—aparentemente— se le confiere a este supuesto específico de error las mismas consecuencias jurídicas que corresponden al error de tipo. Consecuentemente, su tratamiento diferenciado ha sido atribuido al arraigo que tiene dicha distinción —entre elementos esenciales y accidentales— a nivel jurisprudencial y doctrinal[75].

Aunque precisamente la naturaleza accidental de las circunstancias agravantes podría explicar la razón de una regulación diferenciada, pues el error sobre ellas no produce efectos eximentes de responsabilidad penal —la cual subsiste con relación al tipo base— sino que impide apreciar la modalidad o tipo agravado. Con todo, su inclusión en el precepto nacional exige tomar postura frente a dos cuestiones de primer orden, a) la relevancia de la situación de error vencible; y b) el tratamiento del error sobre circunstancias atenuantes.

En primer lugar, pareciera que el art. 14 CP solo concede efectos eximentes de agravación al error invencible, pues —en lo que aquí interesa— se afirma que «el error [...] respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye [...] la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa [...]». Conforme destacaron en su día algunos autores españoles, comentando el art. 6 bis a), primer párrafo, del CP español de 1973, modificado en 1983 por la Ley de Reforma Urgente y Parcial[76], existen al respecto dos posibilidades interpretativas: i) entender que pese a todo se excluye también la responsabilidad por la cualificación, o ii) que se responde por imprudencia de la cualificación en concurso ideal con la comisión dolosa del tipo básico[77].

En efecto, a partir de una interpretación literal, podría sostenerse teóricamente la extensión de las reglas generales del error de tipo al desconocimiento vencible (evitable) de una circunstancia agravante, y apreciar en estos supuestos un concurso ideal entre el tipo básico consumado dolosamente y el tipo agravado cometido con imprudencia[78]. No obstante, a favor de la solución contraria de carácter restrictivo, se ha dicho que «si la cualificación no es abarcada por el dolo y se produce solo por imprudencia, no hay suficiente desvalor como para responder penalmente de la misma»[79]. De este modo, aceptar la posibilidad del concurso implicaría un doble castigo respecto a la porción esencial del acontecimiento, vulnerándose el principio del *ne bis in idem*[80].

75 Maqueda Abreu, 2002: 113.

76 Cuya redacción coincide con la del art. 14 CP.

77 Quintero Olivares, 2000: 432.

78 Esta solución fue propuesta por Gómez Benítez, 1984: 223 ss, en el marco del mencionado art. 6 bis a) del Código Penal español de 1973, modificado en 1983.

79 Luzón Peña, 1996: 451.

80 Peñaranda Ramos, 1991: 84 ss.

Así, la propia naturaleza de las circunstancias agravantes les impide fundamentar un injusto culposo adicional al doloso que sirve de base, por lo que debe entenderse que la exclusión de la agravación prevista en el art. 14 CP operará sin importar la vencibilidad o invencibilidad del error[81]. En todo caso, el error vencible sobre ellas podrá ser tomado en cuenta en sede de la individualización judicial de la pena, dentro del marco penal correspondiente al delito doloso básico[82].

En segundo lugar, el art. 14 CP guarda silencio respecto del error sobre circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, tanto las vinculadas al injusto objetivo como a las de carácter personal que inciden en la culpabilidad y en la punibilidad de quienes intervienen en el suceso. Proyectemos los siguientes casos: a) Un médico practica un aborto sin saber que el embarazo fue consecuencia de una violación sexual fuera del matrimonio: ¿debe aplicársele la atenuación del art. 120.1 CP?; b) un sujeto destruye un bien mueble ajeno, consciente de su valor económico, pero ignorando que pertenecía a su padre: ¿debe aplicársele la causa de exclusión de pena por parentesco prevista en el art. 208 CP? Estos supuestos hipotéticos carecen de una respuesta legal explícita en el ordenamiento jurídico peruano. Como es fácil advertir, la solución que se adopte en ambos casos sobre la relevancia de esta clase de error tendrá gran trascendencia en la práctica.

La aplicación coherente del principio del hecho y del principio de culpabilidad exige que la imputación jurídico-penal deba realizarse desde una perspectiva *ex ante*, por lo que no será válido apreciar una circunstancia atenuante que al momento de la realización del hecho no haya sido conocida por el autor[83]. Por una parte, el principio de culpabilidad «exige que el sujeto responda por el tipo que creía realizar y no por el que efectivamente llevó a cabo»[84]; y, por otra, el principio del hecho, expresado negativamente en la fórmula *cogitationis poenam nemo patitur*, determina que «sin una conducta que sea tanto externa, como perturbadora (esto es: una conducta que se arrogue una organización ajena), no existe razón alguna para efectuar una indagación vinculante del contexto interno del autor y, en particular, del aspecto subjetivo de su conducta»[85].

81 Sobre la impunidad del error vencible sobre los elementos accidentales, véase también Bacigalupo Zapater, 1981: 921, nota 10.

82 A favor de esta solución, Maqueda Abreu, 2002: 117.

83 A esta conclusión arriba Maqueda Abreu, 2002: 119 ss., aunque por fundamentos distintos a los aquí expuestos.

84 Cobo del Rosal/Vives Antón, 1999: 684, nota 85.

85 Jakobs, 1997b: 323, cursivas y texto entre paréntesis en el original.

¿Acordar o consentir la autolesión? Un estudio sobre el efecto de la aprobación en actividades de riesgo

Miguel Polaino-Orts

I. Introducción. **II.** La teoría dualista o delimitadora: acuerdo versus consentimiento. **1.** Los supuestos de acuerdo penalmente eficaz: características y constelaciones de casos. **2.** Los casos de consentimiento justificante *stricto sensu*: características y constelaciones de casos. **3.** Diferencias esenciales derivadas de la distinción sistemática entre acuerdo y consentimiento. **A.** Suficiencia de la voluntad interna en el acuerdo versus exteriorización de la voluntad en el consentimiento. **B.** Voluntad natural en el acuerdo versus capacidad de comprensión de voluntad en el consentimiento. **C.** Irrelevancia de los vicios de la voluntad en el acuerdo versus relevancia de los vicios de la voluntad en el consentimiento. **D.** Irrelevancia del atentado contra las buenas costumbres en el acuerdo versus relevancia del atentado contra las buenas costumbres en el consentimiento en las lesiones. **E.** Otras diferencias derivadas de la distinción entre acuerdo y consentimiento. **III.** Revisión crítica de la distinción entre acuerdo y consentimiento. **1.** Los casos de acuerdo. **2.** Los casos de consentimiento justificante. **3.** Las supuestas diferencias esenciales entre acuerdo y consentimiento. **A.** Irrelevancia de la aprobación interna: la «satisfacción interna» no es consentimiento. **B.** Exigencia de capacidad de comprensión para el acuerdo aprobatorio. **C.** La eficacia excluyente de los vicios de la voluntad que condicionan la libertad o autonomía del sujeto pasivo. **D.** La problemática del atentado contra las buenas costumbres. **E.** Otras diferencias derivadas de la distinción entre acuerdo

y consentimiento. **IV.** Consideraciones finales: el consentimiento como causa de atipicidad. **1.** La incorrección de la distinción entre acuerdo y consentimiento. **2.** El consentimiento como manifestación de la autodeterminación personal de los bienes disponibles afectante al tipo.

I. Introducción

Nulla iniuria est, quae in volentem fiat. La máxima del jurista romano Ulpiano, luego cristalizada en el devenir del pensamiento jurídico en la abreviada versión *volenti non fit iniuria* (Dig. 47, 10, 1 § 5), representa el más radical reconocimiento de la capacidad de disposición que el titular de un bien tiene sobre la sanción de la lesión o puesta en peligro de ese bien jurídico: lo querido (lo deseado, lo aprobado) no integra injusto alguno. Esta es la idea consagrada en las citadas máximas y en otras semejantes procedentes de épocas también remotas[1].

No obstante la aparente contundencia y unanimidad de criterio que resuman los aforismos mencionados, lo cierto es que de los mismos se extrae una consecuencia básica: la cuestión relativa a si una actitud aprobatoria por parte del titular de un bien jurídico sobre una conducta lesiva que a él le afecta directa o indirectamente puede tener algún efecto exonerador de la responsabilidad penal es, ciertamente, discutida desde antiguo.

Una aceptación ilimitada o incondicional del efecto liberatorio de la responsabilidad ha sido, en todo caso, materia sometida siempre a enconadas discusiones y agrias polémicas. Cuándo —en qué supuestos— y en qué medida —bajo qué presupuestos o limitaciones— pueda eximirse de la responsabilidad en caso de concurrir tal consentimiento constituye, pues, una problemática que no ha sido firmemente decidida jamás y sobre la que se discute, desde antiguo, en la doctrina penalista, incluida la peruana[2].

Las posiciones doctrinales en torno a esta cuestión pueden resumirse, esencialmente, en varias direcciones: a) aquella que distingue entre acuerdo y consentimiento, considerando al primero como causa de atipicidad y al segundo como

1 *Numquam volenti dolus infertu* (Diocleciano, Cod. Just. 2, 4, 34); *Scienti et consentienti non fit iniuria neque dolus* (Liber Sextus 5, 13, 27, Bonifacio VIII; Digesto 50, 17, 145 = 42, 8, 6 § 9: Ulpiano); *Non decipitur qui scit se decipi*: quien sabe que está siendo defraudado no está siendo defraudado.

2 Cfr., recientemente, entre la más reciente doctrina peruana la atinada exposición de Hurtado Pozo, 2005: 494 ss. (N. 1292 ss.). También, Villavicencio Terreros, 2006: 339 ss. (N. 735 ss.). Una concisa referencia a la doctrina jurisprudencial ofrece Caro John, 2007, voz consentimiento.

causa de justificación (doctrina dualista)[3]; b) la posición que considera superflua la distinción entre acuerdo y consentimiento, y considerar que todo consentimiento excluye el tipo (doctrina unitaria o de la atipicidad)[4]; y c) la corriente que distingue entre acuerdo (causa de atipicidad) y consentimiento excluyente del tipo y consentimiento excluyente de la antijuricidad (doctrina diferenciadora)[5].

De entre los amplios y variados problemas que genera el tema del consentimiento en derecho penal, nos ocupamos en este trabajo únicamente de algunas cuestiones fundamentales, centradas en la concepción dualista y en las consecuencias de su relevancia práctica. Así, expondremos en primer lugar la generalizadamente aceptada doctrina dualista o delimitadora entre acuerdo y consentimiento (II), analizando los supuestos de acuerdo (II, 1), de consentimiento *stricto sensu* (II, 2) y las diferencias fundamentales derivadas de tal distinción (II, 3). A continuación, someteremos a análisis crítico las conclusiones de esta doctrina bifurcadora (III), analizando con lente crítica las principales diferencias y consecuencias que la doctrina dualista extrae de su básica distinción. Finalmente, llegaremos a la conclusión de la necesidad de conceder un tratamiento penal unitario a todo acto aprobatorio (acuerdo o consentimiento), reputándolo en todo caso una causa de atipicidad (IV).

II. La teoría dualista o delimitadora: acuerdo versus consentimiento

Desde hace aproximadamente medio siglo es doctrina dominante en Alemania la distinción teórica y conceptual entre «acuerdo» (*Einverständnis*) y «consentimiento» (*Einwilligung*). Esta delimitación doctrinal procede de Geerds, quien —por primera vez en su tesis doctoral en 1953[6], y posteriormente en otros trabajos sobre el tema[7]— llamó la atención sobre la conveniencia de distinguir ambos institutos jurídicos: este autor reconoce que ambas figuras comparten la característica común de suponer que «el lesionado acepta un hecho que a él, de algún modo,

3 Doctrina mayoritaria, defendida por Geerds (fundador de esta teoría) y además por un importante sector de la jurisprudencia y de la doctrina. *Vid.*, por todos, Welzel, 1969: 95; Bockelmann, 1973: 102; Bockelmann/Volk, 1987: 102; Baumann/Weber/Mitsch, 1995: § 17, N. 93 ss.; Jescheck/Weigend, 1996: § 34, I, 1 ss. *Cfr.* Schmidhäuser, 1975: 269; en la doctrina española, por ej., Cerezo Mir, 1989: 201 ss.; en Portugal, de Costa Andrade, 1990: 42 ss.

4 Zipf, 1970: 28 ss.; Roxin, 1973: 25, nota 57; 1984: 404 ss. 1998: 133 ss.; también, 1997: § 13, N. 11 ss.; Rudolphi, 1974: 87; Armin Kaufmann, 1983: 282; Weigend, 1986: 47 ss. En España, por todos, de Vicente Remesal, 2001: 386 ss.; Mir Puig, 1998: 516 ss.

5 Mantenida esencialmente por Jakobs, 1991: § 7, N. 111 ss.

6 *Vid.* Geerds, 1953.

7 *Vid.* Geerds, 1954: 262-269; 1960: 42 ss.

le afecta; él permite, configura, acepta; no tiene nada en contra»[8], y, sin embargo, «jurídicamente esta voluntad aprobatoria del lesionado opera (en ambos casos) de manera muy diferente»[9], por lo que —según señala— ambas categorías requieren de una nítida delimitación y no deben —aunque ello suela ocurrir— ser confundidas.

Conforme a esta doctrina, suelen distinguirse dos constelaciones de casos: en primer lugar, aquellos supuestos cuya realización presuponen una ausencia expresa e inherente de la voluntad del sujeto pasivo y, en segundo término, los casos en los que la lesión típica subsiste a pesar del consentimiento válido y eficaz. En ambas constelaciones el asentimiento del titular del bien jurídico tiene, según la doctrina dualista, un tratamiento dogmático distinto: en los primeros supuestos, el acuerdo produce un efecto excluyente del tipo (causa de atipicidad), mientras que en los segundos el consentimiento es excluyente de la antijuricidad (causa de justificación). De esta distinción se extraen, además, importantes consecuencias dogmáticas en materias diversas (tentativa, error, etc.). Todo ello lo vemos ahora con cierto detenimiento.

1. Los supuestos de acuerdo penalmente eficaz: características y constelaciones de casos

Los casos en los que opera un acuerdo jurídico-penalmente válido y eficaz se caracterizan por que el actuar contra o sin la voluntad del sujeto pasivo es elemento del tipo, inherente a la realización delictiva, de manera que la presencia de ese acuerdo, asentimiento o voluntad aprobatoria del titular del bien jurídico (o de su representante legal o jurídico) determina la ausencia de un elemento esencialmente integrante del tipo y, por ende, la atipicidad de la conducta, a diferencia del consentimiento *stricto sensu*, que operaría como causa de justificación[10].

Este primer grupo de delitos encuentra como rasgo distintivo el mayor peso de la libertad de disposición por parte del sujeto pasivo en relación con el objeto de protección[11] y entre ellos pueden distinguirse varias constelaciones de casos: 1) en primer lugar, aquellos delitos cuya descripción típica exige expresamente, ya en

8 Geerds, 1954: 263.

9 Geerds, 1954: 263.

10 Así ya Geerds, 1954: 262, 264 ss. En el mismo sentido se manifiesta la doctrina mayoritaria. *Vid.*, entre otros, Bockelmann, 1973: 102; Bockelmann/Volk, 1987: 102; Baumann/Weber/Mitsch, 1995: § 17, N. 93 ss.; Jescheck/Weigend, 1996: § 34, I, 1 ss.; Otto, 2000: § 8, N. 127.

11 Casas Barquero distingue dos grupos de casos de acuerdo excluyente del tipo: aquellas «figuras delictivas en que junto a la existencia de un bien jurídico, se protege la libertad de disposición (por ejemplo, en el hurto, la violación o el allanamiento de morada)» y aquellos delitos donde «precisamente la libertad de disposición misma (es) la que constituye el bien jurídico, esto es, la libertad de la persona sin más (por ejemplo, detenciones ilegales, coacciones, delitos contra la libertad en general)». *Vid.* Casas Barquero, 1987: 31.

su propia redacción positiva, el actuar contra o sin la voluntad del sujeto pasivo; 2) en segundo término, los delitos que, sin exigir en su redacción típica tal voluntad contraria, la misma se desprende, se presupone o se infiere como inherente a la actuación delictiva; 3) por último, las figuras delictivas que protegen bienes de carácter individual o personalísimo, de manera que la libertad de disposición o disponibilidad de los mismos por parte de sus titulares sea de tal magnitud que una manifestación aprobatoria por parte de los mismos pueda considerarse por el ordenamiento jurídico como una causa suficiente para la exención de responsabilidad. A continuación, vemos algunos ejemplos.

En primer lugar, hay determinados tipos de delitos cuya descripción típica exige de manera expresa que el actuar se lleve a cabo contra o sin la voluntad del titular del bien jurídico. Así, pueden citarse a modo de ejemplo, en el CP español de 1995, el delito de hurto, que sanciona al que «con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño» (art. 234 CP español de 1995); el allanamiento de morada, cuya descripción típica sanciona al «particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador» (art. 202.1 CP español); el delito de abusos sexuales, que castiga al «que sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona» (art. 181.1 CP español), el delito de práctica de reproducción asistida a una mujer: «sin su consentimiento» (art. 162.1 CP español); el delito de descubrimiento o revelación de secretos del art. 197.1 CP español: «sin su consentimiento» o los delitos contra la propiedad intelectual de los arts. 274 y 275 CP español: «sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad», «sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas».

En estos supuestos, si la voluntad del dueño de la cosa o del morador es favorable a que se tome tal objeto o se entre en su morada es claro que no se dan todos los elementos del tipo y que la acción en cuestión ha de reputarse atípica; del mismo modo que lo serían los actos no violentos ni intimidatorios, pero consentidos, que afecten a la libertad e indemnidad de la persona, la reproducción asistida consentida, el descubrimiento o revelación de secretos aprobado o la aprobación por parte del titular de la patente o modelo de utilidad.

En segundo término, cabe incluir en esta clasificación de casos de acuerdo válido y eficaz aquellos supuestos que, sin exigir expresamente una actuación contraria o al margen de la voluntad del titular del bien jurídico, dicha oposición se desprende o se presupone de manera más o menos fehaciente en la propia dinámica del tipo en cuestión (exigencia tácita)[12], así como los delitos en los que la disponibilidad

12 *Vid.* Casas Barquero, 1987: 32.

del bien jurídico sea clara y evidente, debido a la propia característica, estructura o configuración individual del objeto de tutela en cuestión. Así, por ejemplo, se citan los delitos de coacciones, contra la libertad ambulatoria, contra el honor o contra la libertad sexual.

El tipo de coacciones castiga al «que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto», de modo que si el supuestamente coaccionado manifiesta su conformidad con tal pretensión (y, en tal sentido, de alguna forma sí quiere hacer lo que formalmente se le coacciona realizar), no podría hablarse de coacción, merced precisamente a la voluntad concordante entre el supuesto coaccionador y el posible coaccionado.

En los otros ejemplos la voluntad contraria del sujeto pasivo se presupone como inherente al tipo, al entrar en juego prioritariamente la libertad o autonomía de decisión del titular del bien jurídico, precisamente por la peculiar característica de disponibilidad del bien jurídico individual (libertad, libertad sexual, honor, etc.): así, si el detenido consiente la detención, manifestando su voluntad favorable a ser detenido, no puede hablarse de detención ilegal, del mismo modo que si la mujer consiente el acto sexual no existe violación, sino conducta atípica, y por ello adecuada a derecho.

En resumen: todos los supuestos aludidos tienen en común, según resalta la teoría dualista, la característica de que la lesión al bien jurídico no llega siquiera a producirse porque el acuerdo aprobatorio del titular del mismo determina que la conducta en cuestión no suponga una arrogación o invasión no permitida de la esfera de competencia ajena: la propiedad no se ve perturbada si el propietario consiente que un tercero tome, con voluntad aprobatoria del primero, cosas de su dominio; la intimidad no resulta perjudicada si el dueño de una vivienda consiente la entrada a un repartidor de propaganda (incluso con procederes embaucadores por parte de este); la libertad de obrar de la persona no se ve lesionada si el sujeto pasivo acepta la pretensión que se le exige; la libertad sexual no resulta vulnerada si se muestra aprobación respecto al acto sexual, etc. La capacidad de disposición del titular del bien —su autonomía o autodeterminación— determina que se irrogue plenamente la decisión sobre la suerte que haya de correr una determinada acción que afecta a sus intereses, de manera que la lesión no llega a producirse desde el punto de vista normativo.

2. Los casos de consentimiento justificante *stricto sensu*: características y constelaciones de casos

Junto a los supuestos de acuerdo recién aludidos, aparece —según el planteamiento doctrinal mencionado— otro grupo de casos que tienen en común la

incidencia lesiva sobre el bien jurídico y la subsistencia de tal lesión, aun a pesar de la concurrencia de un consentimiento por parte del titular del bien jurídico. El efecto jurídico que, en estos supuestos, tendría el consentimiento sería el de exclusión de la antijuricidad, mas no el de exclusión de la realización del tipo: la lesión existe y subsiste al consentimiento, solo que resulta en estos supuestos jurídico-penalmente justificado.

Como ejemplos paradigmáticos de esta constelación de casos suelen citarse los delitos de lesiones y los delitos de daños. Si un sujeto consiente la realización de una —incluso arriesgada— operación de cirugía estética y se produce un daño colateral sobrevenido, la imputación de tal lesión de la integridad física puede quedar desvirtuada por la existencia del consentimiento eficaz y válido, de manera que —al ser la conducta típicamente relevante— su potencial lesivo quedaría justificado para el derecho penal[13]. Del mismo modo, el sujeto que consiente que un

13 La regulación del consentimiento en las lesiones constituye, empero, una problemática muy concreta y cada Código penal concede al consentimiento del lesionado un valor diferente. A modo de ejemplo citaremos, someramente, la solución ofrecida en las legislaciones penales de Alemania y España.

— En Alemania el consentimiento en las lesiones tiene, por regla general, el efecto de causa de justificación. Solo en el supuesto de que la acción de lesión «atente contra las buenas costumbres» dicho efecto justificador queda desvirtuado (§ 228 CP alemán). De ello se extraen diversas consecuencias: 1) No puede ser justificada ninguna lesión corporal que contradiga las buenas costumbres; 2) Una opinión minoritaria (*v.gr.* Geerds, 1954: 268; Mayer, 1953: 167; Welzel, 1969: 97; En contra, por todos, Roxin, 1997a: § 13, N. 8 y 41; Baumann/Weber/Mitsch, 1995: § 17, N. 112: «una extensión de esta regla a otros tipos penales no es admisible»; *cfr.*, empero, 1995: § 10, N. 10, considera que la regla del actual § 228 CP alemán contiene un principio jurídico general aplicable, no solo a las lesiones, sino a todos las acciones que atenten contra las buenas costumbres: en todos esos supuestos el consentimiento sería ineficaz. *Vid.*, ampliamente, sobre el tema del consentimiento en las lesiones, entre la amplia bibliografía al respecto, Niedermaier, 1999, *passim*; Roxin: 373 ss.; Sternberg-Lieben, 1997, *passim*; Zipf, 1970, *passim*).

— En *España* también ha tenido el tema del consentimiento en las lesiones una evolución legislativa y doctrina particular. Hasta 1963 el CP español no contenía regla alguna sobre el valor del consentimiento en las lesiones, aunque su efecto justificante era defendido por un cualificado sector de la doctrina y la jurisprudencia (*v.gr.* Rodríguez Muñoz, 1955: 427; en contra, con diversos argumentos, Suárez Montes, 1959: 26 ss.). La reforma de 1963 introdujo un polémico precepto, el art. 428, que negaba eficacia liberadora al consentimiento en las lesiones y cuya constitucionalidad fue puesta en duda por la doctrina, en tanto impedía un libre desarrollo de la personalidad y cercenaba su autonomía y libertad de disposición (en contra de ese precepto, por ejemplo, Quintano Ripollés, 1962: 698 ss.; Gimbernat, 1972: 795 ss.; Berdugo, 1981: 206 ss.; sobre el alcance de la reforma, ampliamente, Cobo del Rosal, 1962: 303 ss.). Ciertas concepciones exoneradoras se introdujeron en sendas reformas de 1983 y 1989. Finalmente, el vigente CP de 1995 contiene la siguiente regulación: 1) Por regla general, el consentimiento en las lesiones no tiene un efecto justificante, sino únicamente un mucho más limitado efecto

tercero dañe un objeto de su propiedad, tal consentimiento no hace desaparecer la lesión realmente efectiva, si bien resultaría a la postre justificado *por mor* de la presencia del consentimiento del titular del bien jurídico protegido.

3. Diferencias esenciales derivadas de la distinción sistemática entre acuerdo y consentimiento

Como resumen de lo anterior puede afirmarse que, según la aludida posición doctrinal, mientras que el acuerdo es una causa de atipicidad, el consentimiento *stricto sensu* es cuestión que atañe a la antijuricidad, esto es, opera como causa de justificación. Además, de esta distinción entre acuerdo y consentimiento deducen Geerds y otros defensores, de esta doctrina delimitadora, una serie de diferencias esenciales que recomendaría un tratamiento dogmático diferente de los casos en cuestión. Las aludidas diferencias afectan, como sistematiza Roxin[14], bien al carácter predominantemente «fáctico» del acuerdo frente al carácter esencialmente «jurídico» del consentimiento, bien a la diversa clasificación sistemática de ambas figuras. Esquemáticamente, pueden resumirse las aludidas diferencias de la siguiente manera[15]:

A. Suficiencia de la voluntad interna en el acuerdo versus exteriorización de la voluntad en el consentimiento

La primera diferencia esencial entre acuerdo y consentimiento sería, según los partidarios de la teoría bifurcadora, que en el primero ya es relevante la actitud interna del titular del bien jurídico, sin necesidad de que manifieste al exterior su acuerdo aprobatorio; mientras que en el consentimiento se exige una manifestación exterior de la voluntad aprobatoria, perceptible en el mundo de los sentidos y expresada mediante acciones (gestos) o palabras[16].

---

atenuante de la responsabilidad (pena inferior en uno o dos grados: art. 155); 2) En cambio, en los supuestos de transplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual sí exime de responsabilidad, siempre que concurran en el consentimiento algunos requisitos positivos y negativos («válida, libre, consciente y expresamente emitido», «salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o que el otorgante sea menor de dad o incapaz»: art. 156).

14 *Vid.* Roxin, 1984: 398 ss.; 1998: 129 ss.); también, 1997: § 13, N. 4 ss.

15 Seguimos en este punto fundamentalmente la exposición sistemática ofrecida por Roxin (conforme nota precedente), aunque confrontando las fuentes originales que, en cada caso, proponen una tal diferencia.

16 Geerds, 1954: 266: «el consentimiento, para excluir el injusto del hecho, debe ser explicitado de manera expresa o concluyente, y debe llegar a ser conocido con la voluntad del lesionado por el autor antes del hecho, mientras que para el acuerdo es suficiente el mero presupuesto de una correspondiente dirección de voluntad»; también, Hirsch, 1985: Vor § 32, N. 102, 109: 56, 58

Por ello, un acuerdo interno (no manifestado al exterior) podría tener relevancia jurídica, a diferencia del consentimiento, que sería irrelevante mientras no se exteriorice. Los supuestos de «trampa al ladrón» son, a este respecto, harto discutidos. Así, los casos en los que el propietario está internamente de acuerdo con la substracción de una cosa de su propiedad para poder luego probar la culpabilidad del ladrón[17]:

Caso 1: el propietario muestra una satisfacción interna por la substracción de una cosa de su propiedad (v.gr. un vehículo viejo aparcado en su garaje), pues así le exime de la carga de llamar a la grúa y llevar el automóvil al desguace o, incluso, para poder denunciar el robo a la compañía de seguros y cobrar una indemnización: ¿relevancia del acuerdo (interno)? ¿delito de robo?

En este supuesto, la mera aprobación interna del titular del bien tendría validez, de forma que el acuerdo excluye el tipo y únicamente podría dar lugar, según esta doctrina dualista, a lo sumo, a una tentativa (inidónea) de delito[18], pues el acuerdo imposibilitaría la realización del resultado, y la imposibilidad de producción del resultado impediría, a su vez, la consumación delictiva.

En otros supuestos semejantes de «trampa al ladrón» se compagina la eventual voluntad interna aprobatoria del titular del bien con una cierta o parcial exteriorización de tal voluntad. En estos supuestos, lógicamente los defensores de la teoría de la teoría delimitadora defienden, con mayor razón, igualmente la exclusión del tipo o, en su caso, la imposibilidad de consumación delictiva, pudiendo calificar el acto únicamente como tentativa inidónea. Veamos un ejemplo.

Caso 2: un policía encubierto, haciéndose pasar por traficante de droga, corre la voz de que en un determinado domicilio (que se corresponde con el suyo particular) hay gran cantidad de cocaína pura abandonada. Varios narcotraficantes se dirigen a la vivienda, acceden a ella forzando la cerradura y substraen la mercancía. El policía encubierto les espera en su vivienda para detenerles: ¿puede apreciarse en este supuesto allanamiento de morada y hurto o robo?

La solución que propugnaría el parecer mayoritario en este supuesto tendría que afirmar, de conformidad con la relevancia del acuerdo interno, la imposibilidad de consumar estos delitos, porque el propietario de la casa (policía infiltrado)

---

s.: «por regla general *no* es necesaria una *declaración* del acuerdo, sino que ya es suficiente el mero e interno estar de acuerdo con la acción del autor» (32/102: 56); Wessels/Beulke, 2002: N. 368.

17 Así, el ejemplo traído por Jakobs, 1997b: § 7 N. 110, a colación (sujeto que cae en una trampa, haciéndose con el la posesión de un señuelo dispuesto para la detención del ladrón) y los varios casos de la jurisprudencia alemana citados por Roxin: BayObLG *NJW*, 1979: 729; OLG Düsseldorf NStZ, 1992: 237, que concluyen el valor del acuerdo interno del propietario, de modo que no puede apreciarse delito consumado sino solo tentativa de hurto.

18 Así, Jakobs, 1997b: § 7 N. 110.

estaba internamente de acuerdo con que los sujetos entraran en su vivienda (no se daría, pues, el elemento típico «contra la voluntad del morador») y se apoderaran de la mercancía (faltaría la exigencia de tomar las cosas muebles ajenas «sin la voluntad de su dueño»). Sobre la solución de estos ejemplos volveremos, críticamente, más adelante.

B. Voluntad natural en el acuerdo versus capacidad de comprensión de voluntad en el consentimiento

Una segunda diferencia entre el acuerdo y el consentimiento sería que en el primer supuesto la eficacia del acuerdo aprobatorio se satisfaría, *por mor* de su carácter puramente fáctico[19] (esto es, no lesiona bien jurídico alguno si hay acuerdo), con la mera capacidad de voluntad «natural» del que muestra la aprobación[20] (*invito laeso*), sin necesidad de una especial capacidad de comprensión, mientras que en el caso del consentimiento justificante el sujeto que da la aprobación habría de aceptar conscientemente lo que consiente, esto es, ha de conocer lo que aprueba y quererlo para sí, es decir, se exigiría para este segundo supuesto la capacidad de comprensión (entendimiento y voluntad) de lo que se hace. Como consecuencia de ello, válidamente pueden prestar un acuerdo aquellos sujetos que carezcan de capacidad de comprensión bien por su edad (menores de edad), bien por su especial estado (enfermos mentales, incapacitados, etc.), mientras que el consentimiento válido exigiría un plus de comprensión, lo cual excluiría a los mencionados sujetos.

Caso 3: un adulto substrae, con consentimiento del menor, la bicicleta de un niño de 10 años, para su uso propio o para destruirla: ¿delito de hurto o de daños o conducta impune?

Según la doctrina dualista, el acuerdo del niño sobre la substracción de la bicicleta es válido, con lo cual excluiría el delito de hurto, habida cuenta de que en este tipo de delito (en el que operaría eficazmente el acuerdo) protege prioritariamente la custodia (*Gewahrsam*) de la cosa, que no quedaría lesionada con la dación del acuerdo por parte del menor, y además solo se requeriría la voluntad natural del mismo para la eficacia de su aprobación. Sin embargo, el menor no podría en el mismo supuesto consentir que la bicicleta fuera dañada, toda vez que el delito de daños (supuesto típico de consentimiento) exige un plus de comprensión, que no podría apreciarse en la emisión de su consentimiento. En resumen: para esta teoría, el menor puede consentir (mediante su acuerdo)

19 Geerds, 1954: 264 ss.; Bockelmann, 1973: 102; Bockelmann/Volk, 1987: 102; Wessels/Beulke, 2002: N. 367; en contra, Jescheck/Weigend, 1996: § 34 I 2 a: 374: «en realidad el acuerdo *no* es en todos los casos de naturaleza puramente fáctica», remitiendo la resolución de los supuestos de engaño o fuerza a la interpretación de cada tipo penal, en función de su sentido y fin.

20 Wessels/Beulke, 2002: N. 367; *Cfr.*, empero, Geerds, 1954: 265.

que el tercero substraiga su bicicleta (no habría delito de hurto), pero no puede consentir válidamente que el tercero la dañe (delito de daños).

De las dos diferencias anteriores se deriva la siguiente consecuencia: el acuerdo es válido siempre (se haga o no conscientemente, tenga o no el sujeto capacidad de entendimiento, concurra dolo o imprudencia, sea o no voluntario, e —incluso— se manifieste o no al exterior), mientras que el consentimiento solo sería válido si el sujeto consiente conscientemente que un tercero disponga (y eventualmente lesione) un bien propiedad del que consiente, pero no sería válido, sino —incluso— delictivo, si el agente conscientemente dispone de un bien de su posesión, mas no de su propiedad.

Caso 4: un padre presta su bicicleta a su hijo menor, quien la usa como propia; un tercero solicita el objeto al niño y este se lo entrega. Un adulto presta su coche a un conocido para su uso durante un mes; un tercero le solicita el automóvil y el sujeto lo entrega: ¿acuerdo válido en uno y otro caso?

La solución según la doctrina dualista (compartida en este caso por la unanimidad de la doctrina y la jurisprudencia) rezaría como sigue: el acuerdo del niño es plenamente válido, por lo que excluye el hurto por parte del tercero (el niño no podría, en cambio, dar un consentimiento válido: por ejemplo, no podría consentir al tercero la destrucción de la bicicleta); en el supuesto del adulto, el acuerdo no solo no es válido (el tercero cometería, pues, hurto), sino incluso delictivo: el amigo que entrega el coche comete apropiación indebida. También sobre estos casos volveremos críticamente más adelante. Aquí solo adelanto que este tratamiento diferencial me parece altamente insatisfactorio.

C. Irrelevancia de los vicios de la voluntad en el acuerdo versus relevancia de los vicios de la voluntad en el consentimiento

Otro significativo rasgo distintivo estriba, según la doctrina dualista, en el tratamiento de los vicios de la voluntad (error, engaño, fuerza). Si concurre algún elemento que vicie la voluntad del que muestra su aprobación sobre la realización de una determinada acción, tal elemento no haría decaer la eficacia del acuerdo[21], toda vez que —como se expuso líneas atrás— es suficiente para la viabilidad de dicho acuerdo la voluntad natural del titular del bien jurídico.

Caso 5: A conmina por la fuerza a B para que manifieste su aprobación a mantener relaciones sexuales.

Caso 6: un curandero hace creer a un enfermo de cáncer haber encontrado la solución de sus males con una fórmula revolucionaria que le sanará de su enfermedad. El paciente, inducido a engaño, consiente la operación.

21 Geerds, 1954: 265; Bockelmann, 1973: 102; Bockelmann/Volk, 1987: 102.

Caso 7: un enfermo consiente someterse a una operación de cataratas en el hospital H. Por problemas de espacio, la operación se lleva a cabo en el hospital Y.

Caso 8: una prostituta consiente mantener relaciones sexuales con un cliente a cambio de 100 euros. El cliente no satisface el precio acordado.

Caso 9: una actriz se somete al tratamiento médico del famoso galeno G, que la someterá a una operación de cirugía estética. El día de la intervención, tal médico se halla ausente, y la operación la lleva a cabo un compañero, igualmente cualificado para desempeñar tal actividad.

Caso 10: en un mercado ambulante, un sujeto vende una imitación valiosa, de perfecta técnica pictórica, de un lienzo; un paseante, que aparenta ser experto en arte, se acerca lleno de curiosidad, afirma que es un «Dalí» y ofrece por él un alto precio. El vendedor, sabedor del error en que el comprador se hallaba, calla y entrega el cuadro por el precio ofrecido.

Caso 11: un sujeto hace creer a un convecino que se ha producido una grave accidente ferroviario y que necesitan urgentemente recolectar la mayor cantidad de dinero posible para ayudar a los damnificados. Conmovido por esta trágica situación, el convecino entrega una alta cantidad en efectivo.

Caso 12: un supuesto vendedor de coches o de electrodomésticos induce a engaño al propietario de una vivienda y, so pretexto de explicarles las características de los productos que supuestamente vende, se introduce en la vivienda con el consentimiento del morador, aprovechando la situación para inspeccionar de *visu* los objetos de valor con el fin de substraerlos: ¿allanamiento de morada?, ¿tentativa de hurto (o robo)?

Caso 13: un fanático coleccionista de lienzos de Dalí o de libros incunables, empleando técnicas embaucadoras, logra convencer al propietario de un valioso lienzo o de un incunable único de que se trata en realidad de una burda falsificación carente de valor o de un panfleto irrelevante, y consigue así que se lo entregue: ¿hurto (o estafa)?

Dejando al margen los tipos en los que se ejerce violencia, fuerza o intimidación para arrancar del sujeto pasivo una voluntad aprobatoria (a ellos nos referiremos más adelante), en los supuestos de insinuaciones fraudulentas o engañosas, según la doctrina dualista, sería indiferente la inducción a engaño por parte del tercero: en el Caso 12, del propietario de la vivienda que franquea su puerta al supuesto vendedor, concurriría la voluntad natural del sujeto pasivo, y —por ello— el acuerdo sería válido y no podría apreciarse delito de allanamiento de morada. Del mismo modo que no cabría apreciar hurto en la acción del fanático coleccionista de lienzos de Dalí (o de libros antiguos de gran valor) que consigue de ese modo embaucador que el propietario se los entregue (Caso 13), pues

faltaría el elemento típico de que el sujeto se apoderara de las cosas ajenas «sin la voluntad de su dueño».

Por el contrario, los vicios de la voluntad en el consentimiento tendrían el efecto de hacerlo inválido o ineficaz, y no se puede excluir la antijuricidad de la conducta en cuestión. Si un supuesto especialista en cirugía estética o plástica hace erróneamente creer a una paciente que, con el empleo de renovadoras técnicas, puede someterla a una operación que haga desaparecer sus incipientes arrugas, y es el remedio de funestos resultados, el consentimiento prestado bajo error hace decaer la eficacia de tal asentimiento, y se puede en consecuencia apreciar delito de lesiones.

D. Irrelevancia del atentado contra las buenas costumbres en el acuerdo versus relevancia del atentado contra las buenas costumbres en el consentimiento en las lesiones

El § 228 del CP alemán[22] (que reproduce, después de la modificación introducida por la sexta ley de reforma[23], el antiguo § 226a CP alemán) contiene un correctivo a la exoneración de la antijuricidad en las lesiones estableciendo que, aunque medie consentimiento, los hechos constitutivos de lesiones serán antijurídicos si el acto (¡no el consentimiento!) en cuestión «atenta contra las buenas costumbres». Según algunos partidarios de la doctrina dualista, este precepto contiene una regla o principio general aplicable no solo a los delitos de lesiones, sino a todos los supuestos de consentimiento, no así a los casos de acuerdo[24].

De este modo, toda conducta delictiva que suponga un atentado contra las buenas costumbres será antijurídica, pues en ella el consentimiento del titular del bien jurídico es irrelevante, y no puede tener el efecto de justificar la acción en cuestión. Por el contrario, en los supuestos de acuerdo, aunque el hecho atente contra las buenas costumbres, el acuerdo será válido y excluirá el tipo de delito de que se trate[25].

22 § 228 CP alemán: «Wer eine Körperveletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt» («Quien, con consentimiento de la persona lesionada, realiza una lesión corporal, actúa antijurídicamente cuando el hecho, a pesar del consentimiento, atenta contra las buenas costumbres»).

23 6. Strafrechtsreformgesetz de 26 de enero de 1998.

24 *Vid.*, por ejemplo, Geerds, 1954: 268; Mayer, 1953: 167; Welzel, 1969: 97; En contra, por todos, Roxin, 1997a: § 13, N. 8 y 41, Baumann/Weber/Mitsch, 1995: § 17, N. 112: «una extensión de esta regla a otros tipos penales no es admisible» (*cfr.*, empero, 1995 § 10, N. 10); 2003: § 17, N. 112.

25 Geerds, 1954: 268.

Caso 14: un fornido joven manifiesta a un anciano su deseo de ayudarle subiendo las bolsas de la compra por la escalera hasta la vivienda, y es su único propósito robarle su artístico reloj de pared: ¿allanamiento de morada?, ¿tentativa de hurto (o robo)?

Caso 15: un joven se somete voluntariamente (con consentimiento) a una operación de cirugía transexual: ¿es válido el consentimiento?, ¿atenta contra las buenas costumbres la operación de cambio de sexo? Si se produjeran lesiones sobrevenidas, ¿quedan amparadas bajo el consentimiento del sujeto?

Caso 16: un estudiante internado en un colegio de férrea disciplina y costumbres tradicionalistas consiente que el peluquero del colegio le haga un corte de cabello no conforme con las normas de la escuela y que le produce eventualmente unas lesiones: ¿delito de daños o de lesiones?

Caso 17: «El donante de sangre que, en aprovechamiento de una situación de necesidad, hace depender del pago de unos horrendos honorarios su consentimiento sobre una transfusión de sangre»[26].

La doctrina delimitadora tendría que resolver estos supuestos, en coherencia con sus planteamientos, de la siguiente manera:

En el Caso 14, el acuerdo aprobatorio del anciano excluye la tipicidad de la conducta (no hay allanamiento de morada), a pesar de que el acto suponga un atentado contra el respeto a la mayor edad: el § 228 del código alemán solo se refiere al consentimiento y a los delitos de lesiones.

En el Caso 15, el consentimiento del paciente que se somete a una operación de cirugía transexual habría de considerarse —según esta doctrina— irrelevante, y así subsistirían las lesiones, bajo el pretendido argumento de que la acción en cuestión «atenta contra las buenas costumbres».

El Caso 16 presenta un supuesto controvertido, aun en el seno de la doctrina delimitadora: mientras que para algunos las circunstancias del caso concreto (existencia de unas determinadas reglas disciplinarias de conducta, cívicas, etc. en el seno de una tal institución escolar) habrían de ser tenidas en cuenta (en cuyo caso, podría estimarse «atentado contra las buenas costumbres»), para otros autores la conducta de someterse a un «original» corte de cabello es socialmente adecuada y el consentimiento excluiría los probables riesgos lesivos producidos en tal situación.

26 Caso citado por Bockelmann, 1973: 104 (también en Bockelmann/Volk, 1987: 104). Caso semejante, pero referido al engaño, en Roxin, 1997a: § 13, N. 67: «A manifiesta a una organización de ayuda que está dispuesto a donar sangre por unos honorarios de 50 marcos. Sin embargo, el representante de la organización le ha engañado sobre su capacidad de pago, de modo que A se va con las manos vacías».

En el Caso 17 lo que atenta contra las buenas costumbres es el someter a condición el consentimiento, mas no el acto en cuestión (donación de sangre): por ello, el consentimiento sería válido y las eventuales lesiones producidas durante la extracción de la sangre quedarían amparadas en el consentimiento y, por tanto, justificadas[27].

Sobre estos problemáticos supuestos volveremos críticamente en la tercera parte de este trabajo, pues —de nuevo— la solución que ofrece la doctrina dualista, diversa según se trate de acuerdo o de consentimiento, no resulta plausible en absoluto.

E. Otras diferencias derivadas de la distinción entre acuerdo y consentimiento

La distinción doctrinal entre acuerdo y consentimiento, cuya doctrina venimos exponiendo, encuentra un reflejo claro en otros institutos dogmáticos, como el desconocimiento de la existencia de la aprobación, la tentativa o el error[28].

En el ámbito del desconocimiento de la existencia de acuerdo o de consentimiento propugnan algunos defensores de la doctrina dualista una solución diversa para cada supuesto[29]. Así, cuando el sujeto activo desconoce la existencia de un acuerdo por parte del titular del bien jurídico, no puede hablarse, según esta doctrina, de un delito consumado, pues el tipo objetivo queda incompleto, y porque el dolo del autor se refiere a un objeto inidóneo para la producción del resultado: en consecuencia, en los casos de desconocimiento de la existencia de un acuerdo, no puede apreciarse nunca delito consumado, sino únicamente tentativa inidónea. Por el contrario, en los supuestos de desconocimiento de la existencia de un consentimiento no se excluye la posibilidad teórica de consumación delictiva, en tanto que se da la producción de un resultado y el dolo se dirige a ese mismo resultado que, en efecto, llega a producirse[30].

Finalmente, otro de los ámbitos en los cuales se manifiesta una sensible diferencia entre el tratamiento dogmático del acuerdo y del consentimiento es el tema del error, esto es, la creencia errónea de la existencia de un acuerdo o de un consentimiento en realidad no existentes. Sostiene la teoría dualista o delimitadora

27 Expresamente en este sentido, Bockelmann, 1973: 104 (Bockelmann/Volk, 1987: 104), quien sostiene que en este caso el donante «actúa contra las buenas costumbres, pero queda justificada la lesión corporal a él producida por la extracción de sangre». También Artz, 1970: 17 ss. Roxin, 1997a: § 13, N. 67: «el error no afecta a la intensidad ni a la peligrosidad de la intervención corporal, sino a la contraprestación; por tanto, el consentimiento sería aquí válido y con ello excluiría un castigo por lesiones».

28 Sobre esto, ya Geerds, 1954: 266 ss.

29 Geerds, 1954: 266 s.; Welzel, 1969: 97.; Hirsch, Vor § 13, N. 59.

30 Geerds, 1954: 266 s.; Welzel, 1969: 97.; Hirsch, Vor § 13, N. 59.

que en el supuesto de acuerdo el error afecta a un elemento del tipo y, en todo caso, excluye el dolo, por lo que ha de seguir las reglas del error de tipo[31]. Por el contrario, el error en el supuesto de consentimiento es un error de prohibición, «porque no se refiere a un elemento del tipo, sino a la antijuricidad como elemento del delito»[32], y se distinguen dos posibles constelaciones de casos: por un lado, el error sobre elementos fácticos (p.ej. en la manifestación del consentimiento: malinterpretando un movimiento afirmativo de cabeza), que se resuelve —como la legítima defensa putativa— como error de tipo[33]; y, por otro, el error del autor, que equivocadamente cree que el lesionado puede consentir su muerte: error (ineficaz) de prohibición[34], o —a juicio de la doctrina mayoritaria— error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, que se discute si excluye, asimismo, el dolo, o si fundamenta un error de prohibición[35].

III. Revisión crítica de la distinción entre acuerdo y consentimiento

Siguiendo el esquema de la exposición anterior, a continuación someteremos a valoración crítica los postulados de la doctrina delimitadora. Dejando al margen lo escasamente común que resulta en los países de habla hispana la distinción lingüística entre acuerdo y consentimiento, analizaremos en este apartado si es acertado —y en qué medida— someter los supuestos de acuerdo y de consentimiento a un tratamiento dogmático diferenciado, así como revisaremos las diferencias esenciales derivadas de tal distinción.

1. Los casos de acuerdo

Nos referimos en este epígrafe al tratamiento dogmático concedido al llamado acuerdo penalmente eficaz, al que —como vimos líneas atrás— se anuda el efecto de exclusión del tipo. Por un lado, en aquellos supuestos cuya descripción típica exige, como elemento del tipo, que el actuar se lleve a cabo sin o contra la voluntad del titular del bien jurídico (como en el caso del allanamiento de morada o en el delito de hurto), es plenamente irreprochable que la ausencia de tal elemento, esto es, el acuerdo o asentimiento aprobatorio por parte del titular (que permite que un vecino acceda a su vivienda o tome alguna cosa de su propiedad), excluya

31 Geerds, 1953: 167 ss.; 1954: 267; Bockelmann, 1973: 102; Bockelmann/Volk, 1987: 102.
32 Geerds, 1953: 161 ss.; 1954: 267.
33 Geerds, 1953: 163 ss.; 1954: 268.
34 Geerds, 1953: 165 ss.; 1954: 268.
35 Por todos, Roxin, 1984: 404 s.; 1998: 133; 1997: § 13 N. 10: § 14 N. 51 ss.

la realización típica: si no se cumplen todos los elementos del tipo, no hay realización típica.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que no siempre la actitud aprobatoria del titular del bien en los delitos que exigen expresamente un actuar contra o sin la voluntad del mismo determina automáticamente la atipicidad de la conducta *in genere:*.

- Por un lado, nada se opone a que la conducta en cuestión pueda dar lugar a otra tipicidad diferente. Así, por ejemplo, en el caso de que una mujer consienta el acto sexual después de sufrir fuerza, violencia o intimidación por parte de su agresor, puede discutirse si nos hallamos ante un delito consumado de violación o no (en todo caso: ante una tentativa de violación[36]), pero el asentimiento sobre el yacimiento sexual probablemente no excluya los actos de coacción o de violencia ejercida (eventualmente se apreciará, pues, delito de coacciones[37], de amenazas, de lesiones, etc.).
- Por otro lado, es preciso tener en cuenta la regulación positiva sobre una determinada actividad, pues es posible que en determinados supuestos delictivos la atipicidad de la conducta no dependa de la aprobación del titular del bien jurídico, sino de la regulación penal de esa actividad. Por ejemplo, «el que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento» (art. 144 CP español de 1995) no quedará necesariamente eximido de pena (su conducta no es automáticamente atípica), sino solo en los casos expresamente previstos en la ley: el consentimiento en el aborto solo es eficaz en determinados supuestos taxativamente descritos en la ley, con lo cual, la presencia del consentimiento en ese tipo delictivo no convierte necesariamente en atípica la conducta, sino que precisamente será subsumible en el tipo del art. 145 CP español: «el que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley […]»[38].

---

36 Roxin opina que, en estos casos en los que el consentimiento se presta una vez iniciado el hecho, pero antes de su consumación, cabe apreciar tentativa (de violación), pero no es posible un desistimiento que exonere la pena, aunque reconoce que es raro que sobre estos supuestos llegue a interponerse una denuncia penal. *Vid.* Roxin, 1984: 432 s.;1998: 167; también, 1997: § 13 N. 50.

37 Este supuesto es especialmente problemático: la coacción consiste, en este supuesto, en «compelir a la mujer a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto» (art. 172 CP español de 1995). Pero resulta que, en este caso, después de iniciado el hecho, pero antes de ser consumado, se presta consentimiento sobre el acto sexual, de manera que al final «se quiere» lo que se le compele a realizar: ¿subsiste el delito de coacciones? ¿cómo afectaría el consentimiento dado en un momento ejecutivo posterior al comienzo pero anterior a la consumación?

38 El art. 145.2 añade: «La mujer que produjere su aborto o *consintiere* que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley [...]».

Más problemáticos se muestran, sin embargo, los supuestos cuya descripción típica no exige expresamente ese actuar contra o sin la voluntad del titular del bien jurídico, sobre todo a la hora de determinar qué tratamiento dogmático se le concede al asentimiento aprobatorio: causa de atipicidad o justificación. Este planteamiento teórico distintivo encuentra, a mi juicio, algunos reparos que se tornan incluso insalvables en varios frentes:.

- Por un lado, resulta incierta la cuestión relativa al ámbito de aplicación de este régimen distintivo a los tipos de delitos: determinar a qué supuestos de delitos puede aplicarse el régimen del acuerdo, de manera que si existe un actitud aprobatoria del titular del bien jurídico devendría la atipicidad de la conducta, es cuestión ardua e incierta, y no queda satisfactoriamente explicada por los defensores de la presente doctrina dicotómica. Suele decirse que, en principio, solo podría aplicarse a aquellos tipos de delitos que protegen bienes jurídicos individuales, con lo que cabría excluir *ab initio* las figuras que tutelan bienes comunitarios o colectivos. Y, a su vez, la cifra de delitos que protegen bienes individuales habría de sufrir también la limitación que supone introducir el criterio de la disponibilidad del bien jurídico en cuestión, esto es, aquellos en los que la capacidad de «autodeterminación» (*Selbstbestimmung*)[39] del sujeto, conforme a su identidad personal como ser social[40], hiciera viable un eventual efecto liberatorio.
- Por otro lado, también se plantean problemas en relación con la limitación del efecto liberatorio en el ámbito mismo de los delitos que tienen como base fundamental la propia la libertad o ámbito de autonomía o disponibilidad del sujeto en relación con un determinado bien jurídico. A modo de ejemplo: no puede entenderse por qué razón el acuerdo aprobatorio sobre la disposición del propio cuerpo en el ámbito sexual excluye el tipo de violación y no ocurre lo mismo con la disposición del derecho a la vida, incluso cuando se pena todavía en numerosos códigos penales la eutanasia; como tampoco puede verse claro por qué razón ha de considerarse atípica la acción de detener al que quiere ser detenido y castigar, sin embargo, a quien amenazare a otro con causarle un mal constitutivo de delito, por más que el amenazado estuviera dispuesto a aceptar el mal con que se le amenaza; ni tampoco puede entenderse que si alguien muestra su conformidad con la pretensión con que se le coacciona no se lesione su libertad de decisión, al ser la conducta coactiva inocua y atípica, y —por el contrario— si alguien consiente, en el

39 Sobre este punto, ampliamente, Göbel, 1992: 23 s., y *passim.*

40 Sobre el tema, puede verse el interesante ensayo de Kawaguchi, 2005: 140 ss.

curso de una relación sadomasoquista o deportiva de riesgo, las eventuales lesiones que pueda sufrir, tal aprobación no tenga el efecto de hacer atípica la conducta, ni siquiera justificada, sino únicamente un leve efecto de atenuar la pena[41]: en los primeros supuestos (violación, detención, coacción), el acuerdo haría atípica la conducta y, sin embargo, en los segundos (eutanasia, amenazas, lesiones) el asentimiento tiene un efecto sensiblemente diferente, y —en algún caso, como el de las lesiones— ni siquiera justificante, sino solo atenuante.

- Finalmente, en esta cuestión subyace, a mi juicio, el riesgo de la privatización que supone el conceder al sujeto una libertad ilimitada para decidir a su conveniencia si, en efecto, el acuerdo o asentimiento es eficaz y, por ello, la conducta perfectamente atípica. Si el legislador considera necesario proteger determinados bienes jurídicos que tienen una incidencia personal y, al tiempo, un aspecto social (de lo contrario, no serían considerados dignos de protección penal, sino solo de manera privada: civil, mercantil, etc.), no puede entenderse que solo en algunos delitos fundados en la libertad del sujeto se conceda a esta la libertad, esto es, el arbitrio de decisión sobre si el agente debe o no ser penado.

2. Los casos de consentimiento justificante

La consideración crítica fundamental en los supuestos de consentimiento justificante estriba en la dificultad de distinguir aquellos tipos de delitos que se fundamentan esencialmente en la libertad de individuo, en su disponibilidad o autonomía del bien jurídico, etc. (esto es, los casos en los que operaría un acuerdo jurídico penalmente válido y eficaz: causa de atipicidad), de aquellos otros en los cuales la lesión al bien jurídico llega efectivamente a producirse, y —por ello— una actuación aprobatoria del sujeto (consentimiento) tendría el valor de causa de justificación.

Drásticamente: que en la detención del particular querida o tolerada por él mismo no se lesione su libertad ambulatoria y, sin embargo, en las lesiones consentidas o toleradas o en los daños en un jarrón de porcelana aceptados o tolerados por el propietario sí se produzca una incidencia lesiva (aunque a la postre resulten justificadas por el consentimiento aprobatorio del titular del bien) es

41 El art. 155 del CP español de 1995 prevé lo siguiente: «En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz».

distinción, de corte naturalista, que no resulta dogmáticamente satisfactoria ni plausible en una concepción normativa del derecho penal.

3. Las supuestas diferencias esenciales entre acuerdo y consentimiento

Una vez analizados críticamente los reparos que se presentan en cada una de las categorías mencionadas (acuerdo y consentimiento), sometemos, en este apartado, a análisis crítico las supuestas diferencias esenciales existentes entre el acuerdo y el consentimiento, que aconsejaría —según los defensores de la teoría dualista— un tratamiento diferenciado.

A. Irrelevancia de la aprobación interna: la «satisfacción interna» no es consentimiento

La supuesta primera diferencia sería que el acuerdo se satisface con una disposición interna, que no exige su manifestación al exterior, sino solo su presunción, mientras que el consentimiento exigiría su exteriorización por medio de acciones o palabras. Esta distinción es, a mi juicio, insostenible dogmáticamente. Dos son las críticas esenciales que pueden dirigirse a un planteamiento como el presente: a) la no delimitación respecto al consentimiento presunto; y b) la cuestión inherente a la relevancia de los actos internos.

En primer lugar, es unánimemente aceptada la figura denominada «consentimiento presunto» (*mutmaßliche Einwilligung*), que consiste —según se afirma— en que el autor actúa tras efectuar un juicio de probabilidad *ex ante* en virtud del cual se constata que el titular del bien jurídico hubiera consentido, con alta probabilidad, la realización de la acción lesiva, de haber tenido cabal conocimiento de la misma[42].

Esta figura, de aplicación a supuestos excepcionales que se justifican por su especial urgencia o necesidad, reconoce en el fondo una aprobación interna del titular del bien jurídico protegido, que el sujeto agente presupone favorable con elevada probabilidad. Así, el sujeto que, durante el período vacacional de su vecino, accede violentamente a la vivienda ajena tras percibir un incendio o una inundación originada en ella. En este caso no podría apreciarse delito de daños si rompe violentamente la cerradura y la puerta ni allanamiento de morada al acceder precipitadamente con el loable fin de apagar el incendio o cerrar los grifos.

La fundamentación que se da a esta figura varía según los autores: a mi juicio, el sujeto que actúa invadiendo una esfera de organización ajena lo hace obligado por un deber genérico de salvamento, similar al deber de actuación en la omisión de socorro. Otras posiciones ponen el énfasis en la presunción de un consentimiento

42 Así ya, Mezger, 1949: 219 s.; Casas, 1987: 103 ss.

favorable o en la interna relevancia de la conciencia del individuo. Pues bien, la delimitación entre una eventual relevancia de la actitud aprobatoria interna del titular del bien jurídico con carácter general encuentra la dificultad de su distinción respecto de la figura del consentimiento presunto, con la salvedad de que en el primer caso se carece por lo general de fundamento exterior, mientras que en el segundo se trataría de un supuesto especial en el que, como he afirmado, el sujeto adquiere un deber de salvamento, y que puede compartir algunos rasgos comunes con el estado de necesidad.

Sobre la distinción del consentimiento presunto de otras figuras conexas (como el estado de necesidad justificante), así como sobre el tratamiento jurídico del consentimiento presunto, al que —según la doctrina mayoritaria— se anuda el efecto de exclusión de la antijuricidad (causa de justificación), no nos ocupamos en este lugar. Diremos únicamente que, a nuestro juicio, el consentimiento presunto constituye un supuesto especial de representación necesaria y ha de tener, como toda figura de consentimiento jurídico-penalmente válido y eficaz, el efecto de causa de atipicidad. Sobre este particular volveremos más adelante.

En segundo término se encuentra la ardua cuestión de la relevancia de los actos puramente internos con un carácter general, esto es, a excepción hecha de los casos de consentimiento presunto. En mi opinión, conceder un tratamiento diferencial al acuerdo y al consentimiento, y creer encontrar entrambos la diferencia de que el primero se satisface con una mera disposición aprobatoria interna, mientras que el segundo exigiría la manifestación del consentimiento aprobatorio, resulta plenamente rechazable: si los pensamientos no pueden ser fundamento de imputación penal, tampoco pueden ser causa de exoneración de responsabilidad. Por ello, no cabe reconocer en el supuesto de acuerdo una virtualidad exoneradora de la aprobación interna y, sin embargo, negar dicho efecto liberatorio en el caso del consentimiento. Ningún argumento dogmático sólido abona, según mi parecer, un tratamiento diferencial como el aludido.

Si rechazable resulta la no manifestación al exterior del asentimiento aprobatorio por parte del titular del bien jurídico, más rechazables aún resultan los supuestos en los cuales el titular del bien jurídico protegido experimente una satisfacción interna o una aprobación íntima *ex post facto*. En estos casos no puede considerarse que concurra un consentimiento excluyente del tipo ni tampoco excluyente de la antijuricidad, pues lo que acontezca en la conciencia pertenece al fuero interno y es irrelevante para fundamentar o exonerar la responsabilidad jurídico-penal: con el comentarista Groizard[43] podríamos repetir que «la conciencia es un libro cerrado,

43 Groizard, 1870: 74; 1923: 83.

donde ningún Juez de la tierra puede leer», y con el sociólogo Luhmann[44] afirmar que «la conciencia no comunica nunca»: porque no puede ser expresión de sentido comunicativamente relevante no es fundamento válido de ninguna imputación o exoneración de responsabilidad jurídico-penal. La conformación de la identidad personal se rige por un criterio de manifestación exterior.

Así, en el ejemplo mencionado *supra* como Caso 1 (del propietario de un viejo automóvil, convenientemente aparcado en su plaza de garaje, que resulta substraído), no puede, a mi juicio, decirse que concurra consentimiento aprobatorio por más que él mismo experimente un sentimiento interno de congratulación porque —¡no hay mal que por bien no venga!— le han eximido de tener que soportar la carga de llamar a una grúa para llevarse su inservible vehículo o, incluso, pueda con tal substracción denunciar ante el seguro el robo y poder de ese modo cobrar la indemnización correspondiente[45].

Drásticamente: lo que el propietario piense o deje de pensar no excluye la autonomía del acto de substracción realizado, que es imputable plenamente al sujeto activo. Y ello porque, a más de que la mera satisfacción interna no es comunicativamente relevante (¡ni siquiera se manifiesta al exterior!), con una tal «aprobación sui generis» no se produce una incidencia decisoria por parte del titular en la esfera de organización y de competencia ajenas: el sujeto que penetra en la morada ajena y substrae la cosa mueble de otro actúa por voluntad propia, no coaccionada ni condicionada por una hipotética aprobación del legítimo dueño, esto es, creando por sí solo un riesgo o peligro que se realiza en la comisión de tipos penales. Por ello, desde esta perspectiva, corresponde castigar estas acciones como hechos consumados (de hurto, de robo, de robo de vehículo de motor, etc.) y no como mera tentativa (inidónea), como estima la doctrina mayoritaria en Alemania.

Discutibles son, a este respecto, los supuestos de agentes infiltrados, agente encubierto o agente provocador[46], como el Caso 2 (agente encubierto de la policía que consiente internamente que los narcotraficantes accedan a su vivienda para apoderarse de la droga). En este ejemplo no puede concluirse, sin más, que tal acuerdo interno tenga el valor de exclusión del tipo ni que ese conocimiento y eventual aprobación determine la imposibilidad material de consumar el delito, y se puede apreciar por tanto únicamente tentativa delictiva. En primer lugar, no se podría explicar correctamente que, por el hecho de que el policía encubierto los esperara en su vivienda tras hacer correr la voz de la existencia de la mercancía en

44 Luhmann, 1987: 193 ss.

45 Este último ejemplo mencionado por Roxin, 1984: 432; 1998: 166); también, 1997: § 13 N. 48.

46 Ampliamente en la doctrina española, sobre esta problemática, Ruiz Antón, 1982, *passim*; Muñoz Sánchez, 1995, *passim*.

su propia vivienda, el hipotético acuerdo interno pueda excluir el tipo de allanamiento de morada, y —sin embargo— no pudiera tener el mismo valor excluyente del tipo el acuerdo interno de que los narcotraficantes se apoderaran de la cocaína, siendo así que ambos delitos (allanamiento de morada y hurto o robo) exigen en su descripción típica el actuar sin o contra el consentimiento del titular del bien jurídico, de manera que —según la doctrina bifurcadora— la presencia del acuerdo (interno relevante) excluiría el tipo: si el propietario internamente está de acuerdo con que accedan a su casa (y este acuerdo interno excluye el tipo de allanamiento), también ha de excluirse el tipo de hurto, pues de igual modo estaba (internamente) de acuerdo en que substrajeran la cocaína, y entonces habría de llegarse a la disparatada solución de que unos sujetos, a los que se les da la facilidad de dejarles expedito el camino para el apoderamiento de la mercancía, que acceden violentamente a una vivienda ajena y se apoderan de la preciada mercancía, realizarían acciones atípicas, y ello con el simple fundamento de que al titular del bien jurídico le dio por pensar en la posibilidad de que ello sucediera y consentirlo internamente.

Por otro lado, tampoco puede entenderse por qué razón habría de concederse eficacia al acuerdo interno, y habría de negarla en el caso del consentimiento, exigiendo solo en este caso que la aprobación se manifieste al exterior. Más lógico —más justo— se muestra, a mi juicio, no realizar esa discriminatoria e insostenible distinción, y afirmar, en consecuencia que, en ambos casos (y salvos casos excepcionales, como el del consentimiento presunto), la voluntad aprobatoria por parte del titular tiene que ser fehaciente, clara, inequívoca y externamente manifestada, y concluir —por ello— que fuera de los supuestos especiales toda voluntad aprobatoria (acuerdo o consentimiento) requiere de una manifestación exterior: el titular del bien jurídico ha de exteriorizar su voluntad acorde a la realización de la acción típica y todo sujeto activo ha de actuar sobre la base de existencia de dicha aprobación[47].

Tampoco la mera suposición, sin que concurran circunstancias de especial necesidad (salvamento del bien jurídico en representación presunta del titular del bien, ante el inminente riesgo o peligro que corre este, y ante la imposibilidad de que sea el propio titular el que lleve a cabo la actuación de salvamento), puede ser suficiente para la exclusión de la tipicidad y de la antijuricidad, pues en el aludido supuesto del agente encubierto provocador no se pretende llevar a cabo acción de

47 *Cfr.*, en este mismo sentido, Herrera Moreno, 2002: 2 ss., para quien la oposición a la fuerza o violencia puede predicarse incompatible —de suyo— con los requisitos que reclama toda manifestación exterior de voluntad aprobatoria. En general, acertadamente, sobre los requisitos del comportamiento Hurtado Pozo, 2005: 495 ss. (N. 1295 ss).

salvamento alguno, sino la comisión consciente y voluntad (plenamente imputable, pues) de una acción doblemente delictiva: el allanamiento de la morada ajena y la substracción de la mercancía en cuestión.

B. Exigencia de capacidad de comprensión para el acuerdo aprobatorio

La pretendida diferencia entre el acuerdo y el consentimiento basada en la supuesta exigencia de capacidad de comprensión solo en el caso del consentimiento justificante, al bastar la mera voluntad «natural» para la eficacia del acuerdo, resulta igualmente discriminatoria y rechazable, y no puede esgrimirse como argumento en pro de una pretendida distinción entre acuerdo y consentimiento.

En primer lugar, no hay, a mi juicio, razón dogmática de peso para conceder un tratamiento diferencial en ambos supuestos. Es verdad, por un lado, que la decisión del titular del bien jurídico de considerar aceptada una determinada acción que le afecta a él o alguno de sus bienes, esto es, que incide en su esfera de competencia, es cuestión estricta e íntimamente conectada a su autonomía, a su libertad y a su capacidad de autodeterminación. Pero, por otro lado, no es menos cierto que el procedimiento de que el ordenamiento jurídico reconozca al sujeto una capacidad dispositiva según la cual la manifestación de su voluntad consentidora pueda gozar de una eficacia exoneradora de libertad no es un principio general (en tal caso se dejaría a la libertad —esto es, al arbitrio— del particular el decidir qué supuestos lesivos son o jurídico-penalmente relevantes, esto es, cuándo —en qué supuestos— debe intervenir el derecho penal y cuándo —en qué supuestos— debe mantenerse al margen), sino criterio aplicado únicamente a aquellas figuras protectoras de bienes jurídicos disponibles y en los que la disponibilidad del bien jurídico es funcionalmente viable y dogmáticamente aconsejable. Pero no puede desconocerse que el hecho de considerar atípica una conducta porque concurra la voluntad acorde del titular del bien jurídico debe ir revestido de un arsenal de garantías formales (en la manifestación de la voluntad), así como materiales (en lo referente a la capacidad de comprensión del sujeto), que actúa como contrapartida exigida por el ordenamiento jurídico que, a cambio, concede el efecto liberador de la responsabilidad al sujeto que responsablemente (con capacidad de comprensión) dispone libremente de sus bienes jurídicos.

Sobre esta base, y presupuesto que el ordenamiento reconoce al sujeto capacidad de disposición de sus bienes jurídicos individuales, me parece exigible que dicho ejercicio de autonomía o autodeterminación del sujeto sea producto, para que el Estado le anude un efecto liberador, de un ejercicio racional de entendimiento y voluntad, porque de lo contrario se dejaría al arbitrio de los ciudadanos el castigar o no una determinada conducta, con el consiguiente riesgo de dejar sin protección

determinados bienes *por mor* de la prestación de una aprobación no razonada ni madura por parte de la persona. Por ello, la mera capacidad de obrar no es suficiente para emitir un acuerdo jurídico-penalmente válido que afecta a un bien de la persona, y que sería perfectamente punible si no concurriera tal voluntad acorde. Se exige, pues, una capacidad jurídica superior, que se ha de concretar en una capacidad de comprensión de la magnitud del acuerdo. La capacidad de entendimiento y voluntad es, pues, presupuesto imprescindible —*condicio sine qua non*— para la eficacia del acuerdo o consentimiento. Crítica y drásticamente: si no se tiene capacidad de comprensión en el acuerdo difícilmente puede acordarse algo.

Por ello, ante ejemplos como el mencionado en el Caso 3, creo que debiera concluirse que tales sujetos carentes de capacidad de comprensión (menores, enfermos mentales, etc.) no pueden emitir un consentimiento válido, aunque pueden hacerlo por ellos sus representantes legales, dentro de los límites permitidos. Por ello, en este sentido, no llega a entenderse bien el parecer mayoritario en Alemania que propugna la teoría dualista: según esta, el acuerdo (¡incluso interno!) de un niño en relación con que un tercero substraiga su hucha es válido y excluiría el delito de hurto (a lo sumo, sería sancionable como tentativa inidónea, en España no punible), y —sin embargo— el consentimiento de un mayor de edad que, al fragor de unas copas y en el devenir de una riña tumultuaria, inicia una pelea no sería válido, porque el sujeto no puede llegar a comprender, debido a su estado de embriaguez, la magnitud del consentimiento y de la disposición del bien. El reconocer eficacia al acuerdo del menor y negarla al consentimiento del ebrio es, a mi juicio, lógicamente incoherente y dogmáticamente rechazable.

Por otra parte, tampoco pueden convencer los argumentos esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia unánimes en Alemania ante supuestos como el narrado en el Caso 4: sostener que la aprobación del menor es válida en los supuestos de especial disponibilidad (el niño puede aprobar que un tercero substraiga su bicicleta para uso propio o para enajenarla) y negarla en los casos en los que esa disponibilidad no es preponderante (el mismo menor no podría consentir que el tercero substrajera la bicicleta para dañarla) es, a mi juicio, harto discriminatorio, discutible e insatisfactorio. A más de ello, el tratamiento diferencial, potenciador de una fundamentación insostenible, se muestra a todas luces cuando no es un menor, sino un adulto plenamente consciente, el que da la aprobación sobre la substracción por un tercero de una cosa ajena (2º inciso del Caso 4). En este supuesto, el amigo que entrega el coche ajeno no solo no manifiesta un acuerdo válido, sino que comete un injusto típico y punible (apropiación indebida). La razón de que el acuerdo del menor en casos de disponibilidad sea válido no puede satisfactoriamente hallarse, a mi juicio, en la utilización del menor como instrumento mediato, que no respondería por su propia minoridad. Porque este mismo

enrevesamiento argumental sería más una razón para negar eficacia dispositiva y liberadora al acuerdo del menor, y exigir en consecuencia, un plus de racionalidad en su actuación dispositiva.

C. La eficacia excluyente de los vicios de la voluntad que condicionan la libertad o autonomía del sujeto pasivo

Los partidarios de la teoría dualista creen hallar otro rasgo distintivo en el tratamiento de los genéricamente denominados vicios de la voluntad: mientras que la concurrencia de alguno de estos vicios (error, engaño, fuerza, violencia) es indiferente para la existencia y la validez del acuerdo, los mismos excluirían, sin embargo, el consentimiento, y devendría este ineficaz. Este argumento, en parte basado en la aplicación al derecho penal de la doctrina civilista de los vicios de la voluntad, no me parece plausible ni convincente.

Como es sabido, si un sujeto acuerda con otro la venta de un determinado objeto de su propiedad, bajo engaño, error, fuerza o violencia, el contrato es civilmente válido, aunque impugnable. En este sentido, se habla en derecho civil de una «eficacia claudicante», que hace al contrato válido y eficaz, pero anulable. El vicio de la voluntad sería causa de anulabilidad, pero no de nulidad (invalidación *ex radice*) del consentimiento.

La aplicación de este esquema civilista al derecho penal es insostenible[48]. Primero, porque los intereses en juego en el ámbito jurídico-penal no pueden regirse por el mismo sistema jurídico-privado, ni siquiera en este ámbito del acuerdo o del consentimiento, en el que entran en juego exclusivamente bienes individuales y disponibles por su titular. Segundo, porque la no prestación del consentimiento en el ámbito privado determinaría, únicamente, la omisión de realizar un negocio jurídico al que los sujetos no están obligados, y —sin embargo— en derecho penal la no prestación de un consentimiento en relación con una conducta lesiva tiene como efecto la consideración de esa conducta como típicamente antijurídica, merecedora por regla general de una sanción jurídico-penal. Por ello, en tercer lugar, la libertad de los sujetos en el ámbito privado no puede igualarse a la libertad de los sujetos en el ámbito penal: la primera es autonomía de la voluntad para contratar o no, para obligarse o no; la segunda es autonomía de la voluntad para considerar aceptada una lesión a su esfera de competencia que, de no producirse, sería objeto de una responsabilidad jurídico-penal.

Sobre esta base, se reconoce unánimemente que el derecho penal ha de aplicar criterios propios en la determinación de los vicios de la voluntad. Otra cuestión,

48 Por todos, Mir Puig, 1998, Lecc. 19, N. 35: 527: «*no* es aplicable la teoría jurídico-civil de los vicios de la voluntad»; Roxin, 1997a: § 13, N. 66.

ardua y harto discutida, es si todos los vicios en la formación y en la manifestación de la voluntad han de tener el mismo tratamiento jurídico-penal. Existe consenso en la doctrina en afirmar que la violencia o fuerza empleada para conseguir el consentimiento hace ineficaz a este, en tanto que el medio determina la eliminación de la libertad de decisión y la imposición de una voluntad diferente a aquella del que presta el consentimiento. Así, en el Caso 5, el ejercicio de la fuerza para conseguir el consentimiento sobre el mantenimiento de relaciones sexuales eliminaría *ex radice* cualquier virtualidad de dicho consentimiento, a más de que daría lugar a una tipificación expresa como coacciones o, en su caso, lesiones. El derecho —todo derecho subjetivo— presupone para su ejercicio de un ámbito de libertad, y toda libertad presupone autonomía, y la autonomía nunca puede ser incondicional o ilimitada, esto es, arbitraria o unilateral, sino esencialmente sometida a los límites de otra autonomía, de otra libertad[49]. Y en cada ámbito de organización se requiere de una escrupulosa legitimación de los medios de acción y de una inexorable dependencia de otro ámbito ajeno de organización. Pero, lógicamente, la intimidación, la coacción, la violencia o fuerza deslegitiman el ejercicio del derecho, porque son incompatibles con la libertad y la autonomía de la voluntad de la víctima. Brevemente, el derecho subjetivo presupone autonomía, la autonomía presupone libertad, la libertad presupone legitimación y la violencia es incompatible con todo ello: la violencia es deslegitimación.

En relación con el engaño, a diferencia de la fuerza o violencia, no existe unanimidad en cuanto a la exclusión *ex radice* de la autonomía de la libertad del que presta la aprobación. En concreto se discute en qué casos el engaño ha de ser considerado circunstancia suficiente o bastante para excluir el efecto excluyente de la aprobación. La doctrina alemana mayoritaria sigue el parecer de Artz[50], quien formuló una doctrina, apegada a la afección al bien jurídico, en virtud de la cual el engaño convertiría la aprobación en ineficaz cuando se refiriera a la esencia material del bien jurídico, pero tendría el efecto de dejarlo inmune (y, por tanto, eficazmente excluyente de la responsabilidad) cuando se refiriera a una circunstancia adyacente o circunstancial, no esencial, en concreto, a la contraprestación

49 Paradigmática es la sentencia de Hegel que define el status de persona en la Sociedad, delineando los límites del propio ámbito de autonomía y de libertad: «sé persona y respeta a los demás como personas». *Vid.* Hegel, 1821: § 36.

50 Artz, 1970: 17 ss., 20, 30, que se refiere en este sentido al engaño o el error «referido al bien jurídico»; en el similar sentido, Jescheck/Weigend, 1996: 383; Jakobs, 1991: § 7, N. 118, con matices propios; Meyer, 1984: 163 ss., 166, 182; Kussmann, 1988: 29 ss., 214, 340 ss.; *Cfr.* Hirsch, 1985, Vor § 32, N. 119: 65; Maurach/Zipf, 1987: § 17, N. 59; Amelung, 1981, *passim*.

o expectativa de correspondencia[51]. Así, mientras en el Caso 6 el consentimiento prestado incide directamente en el bien jurídico (sería, por tanto, inválido en circunstancias normales, si el enfermo de buena fe cree en los remedios fantásticos del curandero, y podrían sancionarse las lesiones que sobrevinieren), en los supuestos del Caso 7 y del Caso 8 el engaño induce a un error que gira en torno a una circunstancia adyacente, no esencial: en el primer supuesto, se trata de una circunstancia accesoria y, en el segundo, de la contraprestación acordada. Por tanto, sería indiferente que, por cuestiones coyunturales, la operación no se celebrara en un centro hospitalario, sino en otro de la misma calidad y parejas prestaciones, del mismo modo que dejaría indemne la virtualidad del efecto del consentimiento por parte de la prostituta sobre el mantenimiento de las relaciones sexuales con el cliente, al margen de que, en este supuesto, pudiera apreciarse la concurrencia de otro tipo delictivo, como el de estafa.

Sin embargo, más discutibles se muestran los supuestos, como el del Caso 9, en los que el consentimiento se presta en razón de una «determinada persona» (*intuitu personae*). La jurisprudencia alemana, así como la doctrina mayoritaria, defiende la fungibilidad de los facultativos que llevan a cabo una determinada operación, en casos que, por su intrínseca ausencia de complejidad, no exigen un plus de cualificación técnica. Sin embargo, este esquema no puede aplicarse, según la doctrina mayoritaria[52], al ejemplo mencionado en el Caso 9, en el que precisamente el consentimiento de la actriz sobre la operación de cirugía estética se realizó *ratione personae*, eligiendo *ex profeso* a un determinado profesional de la medicina especialmente cualificado para llevar a cabo su cometido (p. ej. un prestigioso cirujano de amplios conocimientos y gran presteza, etc.).

Sin embargo, el tratamiento de esta problemática, y en concreto la doctrina que defiende la referencia de la prestación del consentimiento a la afección del bien jurídico protegido o a una circunstancia adyacente o secundaria no puede dar la sensación si no de estar un tanto desenfocada. Y ello por varias razones.

En primer lugar, porque hay errores propios (del que presta el consentimiento) o favorecidos, amparados o no aclarados (por quien posee conocimientos especiales), que afectan al bien jurídico, y que, no obstante ello, no excluyen el efecto liberador de tal aprobación. Tal es el supuesto del Caso 10, en el que el error no tiene origen en el sujeto que intenta conseguir la aprobación (vendedor del lienzo), sino precisamente en la persona que presta su consentimiento (comprador),

51 Jakobs, 1997b: § 7 N., 104 y 118 ss., considera igualmente válido el consentimiento obtenido mediando engaño, aunque en algunos supuestos aprecia responsabilidad en concepto de autoría mediata.

52 Así, por ejemplo, Artz, 1970: 22, nota 29; 1992: 201; Roxin, 1997a: § 13, N. 69.

y se limita el primero a guardar silencio sobre la veracidad de lo afirmado por el segundo (a saber: que el cuadro en venta era un «Dalí»). Aunque no dejan de ser controvertidos los límites del deber de veracidad acordes al rol del vendedor (interesante cuestión en la que no incidiremos aquí), lo cierto es que en este supuesto el consentimiento afecta al bien jurídico, y a pesar de ello tiene validez, de modo que el comprador actúa con absoluta libertad, sin que el vendedor haya creado ni determinado (aunque sí ciertamente no evitado) la situación de error en que el comprador se hallaba. Por ello, la primera premisa de la que parte la tesis de Artz[53] se ve (el error que afecta al bien jurídico convierte en ineficaz el consentimiento), no ya sensiblemente relativizada, sino nítidamente desdicha[54]: no pertenece al rol de vendedor el intentar sacar, a toda ultranza, al comprador del error en que se halla cuando decide comprar un cuadro, ofreciendo por él a iniciativa propia, una elevada cuantía «porque es un Dalí». Se trata, en definitiva, de un caso de «imputación a la víctima»: el error afecta al objeto (el cuadro no es un «Dalí»), pero aun así el consentimiento del comprador sobre la operación contractual es válido, y la venta se consuma pues el comprador actúa a riesgo propio.

Por otra parte, en segundo lugar, hay casos en los que se produce la situación exactamente inversa, esto es, la de errores que no afectan al bien jurídico, sino a otras circunstancias adyacentes, y que no obstante ello excluyen la eficacia del consentimiento. Ello acontece en el Caso 11, en el que el sensible convecino que, ante la supuesta noticia de un accidente ferroviario, entrega una cantidad de dinero para ayuda de damnificados, no yerra sobre el bien jurídico (sabe lo que entrega y lo hace conscientemente), sino sobre una situación de gravedad, esto es, sobre una circunstancia adyacente, que no afecta al bien jurídico. En este supuesto, y frente a la tesis restrictiva de Artz (que sostiene que el error no referido al bien jurídico, sino a otras circunstancias, es válido), el engaño referido a tal circunstancia convierte el consentimiento en inválido, y se puede apreciar delito de estafa[55].

De todo ello se desprende, en tercer lugar, que el eje en torno al cual ha de girar el consentimiento viciado, a efectos de determinar si el vicio producido es o no suficiente o bastante para invalidar el consentimiento, no puede hallarse en que objetivamente se refiera al bien jurídico o a otra circunstancia adyacente, sino más propiamente en la incidencia en la esfera de organización o autonomía ajena. Si, por regla general, el consentimiento ha de ser libre para que surta su efecto

53 Artz, 1970: 22.

54 No obstante, desde una perspectiva estrictamente victimológica, sugiere Herrera Moreno, 1996: 401 ss., la idea de la explotación de la vulnerabilidad de la víctima, como posible forma pasiva de engaño.

55 *Cfr.* Jakobs, 1997b: § 7 N. 104 y 118.

aprobatorio[56], entonces para determinar si un determinado vicio de la voluntad es o no causa suficiente o bastante para invalidar el consentimiento habrá que analizar la incidencia que la maquinación fraudulenta ejerce determinativamente sobre la voluntad del sujeto pasivo que presta el consentimiento. Por ello, si un sujeto se arroga la esfera de organización ajena y, con engaño, hace creer a otro sujeto la existencia de una situación inexistente, distinta de la realidad, para conseguir de este un determinado acto en su perjuicio propio, el consentimiento será viciado y, por tanto, inválido, porque quien presta el consentimiento lo hace guiado precisamente por el engaño de quien embauca (Caso 13). No será, por el contrario, bastante el engaño que incide de manera imperceptible en la esfera de organización ajena (ejemplo de esto podría ser el Caso 12).

D. La problemática del atentado contra las buenas costumbres

Como expusimos en su momento, algunos de los defensores de la teoría delimitadora creen hallar en la regla del § 228 CP alemán una regla general aplicable a todos los supuestos de consentimiento (y no solo al consentimiento en las lesiones), de manera que cualquier consentimiento prestado en acciones que atenten contra las buenas costumbres sería ineficaz, a diferencia de lo que ocurriría en los casos de acuerdo, en los que la lesión de las buenas costumbres por parte de la acción aprobada por el titular del bien jurídico no excluiría la validez del acuerdo ni, con ello, la atipicidad de la acción objeto de acuerdo.

Esta conclusión debe ser, igualmente, rechazada. En primer lugar, se trata, como se ha encargado de resaltar la doctrina, de un precepto enormemente discutido, cuya constitucionalidad es incluso puesta bajo la sombra de la duda, cuando no pregonada expresamente[57]. En segundo lugar, la imprecisión de muchos de sus elementos levantan las dudas sobre la correcta interpretación de este precepto, de modo que se elevan considerablemente las discrepancias sobre cómo aplicar certeramente todos sus extremos, al tiempo que se pone en peligro la seguridad jurídica: por ejemplo, el propio concepto de «buenas costumbres» es objeto de las más enconadas polémicas; asimismo es discutida la determinación de qué debe ser contrario a las buenas costumbres: la acción consentida, el consentimiento,

56 Ejemplarmente Casas Barquero, 1987: 77.

57 Sostienen la inconstitucionalidad de este precepto, en la doctrina alemana actual, Sternberg-Lieben, 1997: 136, 157 ss., 162; Rönnau, 2001: 165 ss.; Paeffgen, 2000: § 228 N. 43, 50: «la determinación del § 228 es inconstitucional»; en principio, también, Niedermaier, 1997: 33, aunque luego (1997: 257 s.) se preocupa de intentar dotar de un contenido concretizador a tal precepto, resaltando en todo caso su ausencia de función; de dudosa constitucionalidad lo tilda Kühl, 2002: § 9 N. 30. Sobre la relación entre consentimiento e interés preponderante, Dölling, 2002: 211 ss.

una de las dos cosas o las dos al mismo tiempo[58]; también el alcance de la propia cláusula del § 228 CP alemán es controvertido: ¿el atentado contra las buenas costumbres hace irrelevante el consentimiento solo en las lesiones corporales (y en su caso, solo en las dolosas o también en las imprudentes), o en todos los casos de consentimiento, o acaso también en los casos de acuerdo?[59]; igualmente, la interpretación del término «hecho» se presta a controversias[60].

En todo caso, y al margen de la muy probable inconstitucionalidad de la restricción contenida en el parágrafo en cuestión, la aplicación de la misma es enormemente conflictiva y ciertamente marginadora de situaciones semejantes. Los autores que defienden una aplicación de la cláusula restrictiva de la libertad de autonomía individual más allá de los límites que marca el § 228 CP alemán se basan en una interpretación extensiva de dicho parágrafo que no me parece convincente, pues no solo supone una limitación de la libertad de disposición de bienes jurídicos personales, sino que además constituye una analogía ampliadora *in malam partem*, que dudosamente puede considerarse acorde con la Constitución.

58 Aunque el § 228 CP alemán deja intacta la antijuricidad en cuestión «cuando el hecho, a pesar del consentimiento, atenta con las buenas costumbres», algunos autores, como Baumann/Weber/Mitsch, 1995: § 17, N. 112, extienden la contrariedad a las costumbres también al consentimiento. El Tribunal Supremo alemán ha determinado, en varias ocasiones (últimamente, por ejemplo, BGH NStZ, 2000: 87 f.) que lo que debe contrariar las buenas costumbres es el hecho no el consentimiento. Así, también, Bockelmann, 1973: 104: «determinante es el juicio ético sobre el hecho que se consiente, no sobre el consentimiento. El donante de sangre que, en aprovechamiento de una situación de necesidad, hace depender su consentimiento sobre una transfusión de sangre del pago de unos horrendos honorarios, actúa contra las buenas costumbres, pero queda justificada la lesión corporal a él producida por la extracción de sangre» (también en Bockelmann/Volk, 1987: 104); Kühl, 2002: § 9 N. 30; Kindhäuser, 2002b: § 12 N. 7.

59 Un reducido pero significativo sector doctrinal sostiene que la cláusula del § 228 CP alemán contiene un principio general, aplicable a todos los supuestos de consentimiento, no solo a las lesiones corporales. Así, Geerds, 1954: 268; Mayer, 1953: 167; Welzel, 1969: 97; En contra, entre otros, Roxin, 1997a: § 13, N. 8 y 41, Baumann/Weber/Mitsch, 1995: § 17, N. 112; Jescheck/Weigend, 1996: § 34 III 3: 380, se muestran partidarios de la aplicación restrictiva de dicha regla a los supuestos de puesta en peligro imprudente de la vida (p. 378 s., 590 s.); Otto, 2000: § 13, N. 119, señala que el § 228 CP alemán no tiene validez como contenido un principio limitador general, por lo que únicamente se refiere a las lesiones corporales, y —en todo caso— no al consentimiento de la producción de una muerte (§ 216 CP alemán). Para Kühl, 2002: § 9 N. 30, dicha regla solo es aplicable a los supuestos de lesiones corporales.

60 Según algunos autores, con el término «hecho» se alude, no solo al resultado de lesión corporal, sino también al fin perseguido con ese mismo hecho. Así, en este sentido, Kühl, 2002: § 9 N. 30; Lackner/Kühl, 2001: § 228 N. 10; Paeffgen, 2000: § 228 N. 40; En contra, Hirsch, 1985: § 226a N. 9.

Así las cosas, los ejemplos mencionados anteriormente son, en la doctrina germana, intensamente discutidos. Supuestos como el aludido en el Caso 14, que delataron la disparidad doctrinal al respecto, fueron resueltos por los tribunales alemanes en el sentido de limitar, como expresamente hace el parágrafo en cuestión, el ámbito de aplicación de tal precepto al consentimiento en las lesiones, de modo que un acuerdo que atentara hipotéticamente contra las buenas costumbres (como el del anciano que permite entrar en su vivienda a un joven so pretexto de ayuda con el cargamento) sería válido y eximiría de responsabilidad por ausencia de un elemento del tipo.

Harto discutibles se muestran, empero, los supuestos (como el del Caso 15) de consentimiento en las lesiones cuando el hecho en cuestión atenta contra las buenas costumbres. La solución que propondría la doctrina dualista, al menos la más apegada a criterios conservadores o moralistas, en el Caso 15 (operación de cirugía transexual) o en el Caso 16 (corte de cabello a colegial), esto es, la de dejar intacta la antijuricidad de la acción, no obstante mediar consentimiento por parte del joven que se somete a tal operación de cambio de sexo o a rasurado excesivo o extravagante de cabello, con el pretendido argumento de atentado contra las buenas costumbres, no es solo insatisfactoria, sino aberrante.

Estas actuaciones a riesgo propio, o de (hipotéticas) heterolesiones consentidas, no pueden resolverse si es que no es concediendo plena virtualidad exoneradora si media consentimiento válido por parte de quien consiente. Y el estimar pretendidamente que se atentan las buenas costumbres no puede ser criterio, ni fundamento, ni limitación a la libertad del ciudadano. Solo así puede deslindarse debidamente el ámbito de lo jurídico y lo moral; solo así puede tutelarse la libertad del sujeto y solo así puede considerarse un sistema jurídico como democrático: sin contaminaciones ni cortapisas de índole moral. Únicamente así, como diría Radbruch: «el derecho penal es moral en tanto es posibilidad de lo inmoral»[61].

Por último, en el supuesto mencionado en el Caso 17 se pone, de nuevo, a prueba de fuego la ausencia de unidad de criterio en la doctrina penalista. En una interpretación fiel a la letra de la ley alemana, que —como sabemos— exige que el acto consentido sea contrario a las buenas costumbres para invalidar el consentimiento prestado, ha apuntado un sector de la doctrina que el consentimiento sigue siendo válido si lo que atenta contra las buenas costumbres es el sometimiento de dicho acto a desproporcionada condición (en ese supuesto: al pago de unos honorarios desorbitados como pago por la donación de sangre), y —por ello— serán justificadas las eventuales lesiones que en el curso de dicha donación pudieran sobrevenir.

61 Radbruch, 1950: 141. Polaino Navarrete, 2004, *passim*.

E. Otras diferencias derivadas de la distinción entre acuerdo y consentimiento

Sobre otras diferencias o consecuencias que la doctrina dualista extrae de la distinción entre el acuerdo y el consentimiento válido en derecho penal no nos vamos a detener más en este lugar. En las páginas anteriores hemos intentado, al hilo de algunos ejemplos problemáticos, esbozar también cuestiones atinentes a la punibilidad de la tentativa y del error inducido al sujeto pasivo que presta la aprobación. Únicamente anotaremos aquí que los supuestos de desconocimiento de la existencia de acuerdo y de consentimiento, como los ejemplos de creencia errónea de existencia de acuerdo o consentimiento no admiten tampoco un tratamiento diferencial, y permiten ser solucionados aplicando a ellos las reglas del error de tipo.

IV. Consideraciones finales: el consentimiento como causa de atipicidad

1. La incorrección de la distinción entre acuerdo y consentimiento

En la segunda parte de este trabajo se ha intentado una revisión crítica de la doctrina delimitadora o dualista, dedicando algunas consideraciones a las principales consecuencias extraídas de la distinción entre acuerdo y consentimiento. Creemos haber puesto de manifiesto que una tal distinción no solo es dogmáticamente improductiva, sino también incorrecta, pues concede un tratamiento diferencial a tales figuras, con el pretendido argumento de una mayor facticidad del acuerdo en relación con el consentimiento y de una preponderancia de la disponibilidad del bien jurídico en cuestión[62]. Ambos argumentos son, a nuestro juicio, inconsistentes, y no abonan convenientemente la supuesta conveniencia de un tratamiento diferencial.

En este trabajo se mantienen, pues, las siguientes conclusiones:

1. Tanto el acuerdo como el consentimiento han de tener el mismo tratamiento dogmático (y se pueden usar, pues, como sinónimos).
2. El acuerdo (o consentimiento) aprobatorio por parte del titular de un bien jurídico excluye la tipicidad de la conducta: opera como causa de atipicidad, no de justificación, y —por tanto— se eliminan los presupuestos para una imputación objetiva[63].

62 Otros argumentos en Jakobs, 1997b: § 7 N. 113 y 125 ss., en relación con el riesgo permitido y el actuar a riesgo propio.

63 Así, por ejemplo, Villavicencio Terreros, 2006: 341 (N. 734): el consentimiento «excluye la imputación objetiva».

2. El consentimiento como manifestación de la autodeterminación personal de los bienes disponibles afectante al tipo

A nuestro juicio, carece de sentido considerar que, frente al acuerdo, el consentimiento deja inmune la lesión típica. El consentimiento, como el acuerdo, sobre la aceptación de un determinado riesgo producido por un tercero presupone el derecho de autodeterminación del sujeto[64]: ambos (acuerdo y consentimiento) afectan a la tipicidad de la acción. Precisamente por disfrutar el sujeto de un ámbito de autonomía o de libertad sobre el manejo de bienes de su titularidad, cualquiera que sea su decisión sobre el particular, y siempre que se trate de un consentimiento válido, excluirá *ab initio* cualquier incidencia lesiva en su propio ámbito de organización: en este sentido, como dice Jakobs[65], «el suceso es incumbencia del que consiente».

De esta perspectiva se derivan dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, el sujeto solo podrá disponer de los bienes subjetivos que conformen su propia constitución como persona responsable. Si la persona se define como un haz de derechos y deberes, se incluye en el rol del ciudadano la posibilidad de disponer a su libertad su esfera de organización, de modo que suponga un ejercicio racionado de su autoderteminación, lo cual excluye la incidencia lesiva en esferas de organización ajenas. En segundo término, ámbito de organización significa ejercicio de libertad: no es que la libertad sea un derivado de la autodeterminación, sino antes bien su componente esencial, sin la cual no habría reconocimiento ni disfrute ni existencia de autodeterminación ni de ámbito de organización propio. El ejercicio de libertad es, pues, presupuesto del actuar a riesgo propio[66].

Precisamente por ello no puede entenderse que se distinga entre un acuerdo excluyente del tipo y un consentimiento excluyente de la antijuricidad. Cualquier decisión de la persona, en ejercicio de su derecho de autodeterminación, esto es, de su libertad, dejará inmune, si es ejercicio racionado y si se trata de un bien disponible, la incidencia lesiva que eventualmente pudiera derivarse de tal autopuesta en peligro o de la heterolesión consentida[67]. Conceptualmente, pues, no

64 Sobre este punto, extensamente, Göbel, 1992: 23 ss.

65 Jakobs: § 7 1997b: N. 104. Sobre el contexto científico del funcionalismo, ampliamente, Polaino Navarrete, 2001: 3 ss., 11 ss., 23 ss.; 2004b, cap. 1.

66 Jakobs, 1997b: § 7 N. 125 ss.

67 En este sentido, muy recientemente, la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda Penal Transitoria, de 24 de abril de 2008, R.N. N. 597 – 2008 Ica, Ponente: Vocal Supremo Rodríguez Tineo: 3 ; asimismo la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala Penal transitoria, de 25 de junio de 2008, R. N. Nº 1323 – 2008 Ayacucho, Ponente: Vocal Supremo Rodríguez Tineo: 5.

habría lesión desde el punto de vista normativo, aunque se discute ampliamente sobre la autorresponsabilidad de la víctima en casos concretos[68].

En las páginas que anteceden nos hemos ocupado, únicamente, de un aspecto primario o fundamental de la teoría del consentimiento, y ha sido nuestro único propósito el desvirtuar las propuestas delimitadoras todavía imperantes en Alemania y en muchos países cuyas construcciones teóricas o proposiciones doctrinales siguen las directrices de los aportes alemanes. En todo caso, la moderna dogmática jurídico-penal se ocupa, al hilo de la cuestión tradicional del consentimiento, de renovadas cuestiones (como, muy especialmente, las relacionadas con la imputación objetiva en casos de concurrencia de riesgos o responsabilidad de autor y víctima, la participación en supuestos de autopuesta en peligro por parte de la víctima o en casos de heteropuesta en peligro aprobada por el sujeto pasivo, los deberes de autoprotección de la víctima, etc.[69]) que, de propósito, han quedado al margen del estrecho límite de este estudio.

68 Zaczyk, 1993: 5 ss.; Cancio, 2001: 325 ss.; Feijóo, 2002: 471 ss.; Herrera Moreno, 1996: 257 ss., revisando, en especial, la controversia dogmática (y también victimo-dogmática) que suscita el llamado principio de autorresponsabilidad de la víctima, o de responsabilidad funcional de la víctima

69 Sobre estas cuestiones, recientemente, con amplitud, Cancio Meliá, 2001, *passim* (y revisión de la más reciente problemática, con abundante bibliografía y propuestas sugerentes: 427 ss.). Igualmente, Feijóo, 2002: 441 ss., con abundante bibliografía. En Alemania, por todos, Zaczyk, 1993: 18 ss, 30 ss., con una elaborada y exhaustiva fundamentación basada en el concepto kantiano de libertad.

Situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación: estado de necesidad agresivo y defensivo

Reiner Chocano Rodríguez

I. Introducción. **II.** Naturaleza y fundamento del estado de necesidad justificante. **III.** Estado de necesidad justificante: agresivo y defensivo. **1.** Planteamiento general. **2.** Estado de necesidad agresivo. **A.** Facultades de salvaguarda. **B.** Deberes de tolerancia. **3.** Estado de necesidad defensivo. **A.** Facultades de salvaguarda. **B.** Deberes de tolerancia. **IV.** Estructura y presupuestos del estado de necesidad agresivo y defensivo en el artículo 20.4 CP. **1.** La situación de amenaza del «peligro actual» (o inminente). **2.** La necesidad de la acción de salvaguarda. **3.** La ponderación de intereses en conflicto. **4.** La cláusula de adecuación. **5.** Elementos subjetivos de justificación. **6.** La provocación de la situación de necesidad

I. Introducción

En este estudio se realiza una interpretación de los presupuestos y de la estructura dogmática del artículo 20.4 CP, que regula el estado de necesidad justificante, a la luz del desarrollo de los conceptos dogmáticos que se vienen elaborando y discutiendo en la doctrina. Sobre esto, ya de entrada, puede afirmarse que la regulación de esta causa de justificación se inspira en el § 34 CP alemán de 1975, que introdujo la regulación del estado de necesidad como causa de justificación en la moderna discusión dogmática.

Hasta antes de 1975, en Alemania solo se regulaba el estado de necesidad disculpante —§ 54 CP alemán de 1871—, que se limitaba a la protección de la vida y de la integridad corporal y al auxilio solo de parientes; con lo que eran pocos los casos que se podían resolver y solo aquellos donde la acción de salvaguarda era típica y antijurídica, mas no culpable (caso de la tabla de Carnéades). Las acciones que significaban injerencias en ámbitos u objetos ajenos pero que merecían justificación por el estado de necesidad estaban contempladas en el Código Civil (BGB)[1] alemán. Los primeros intentos realizados para diferenciar el estado de necesidad disculpante del justificante (teoría diferenciadora) fueron llevados a cabo por Goldschmidt (1913) y Freudenthal (1922), quienes afirmaron que la regulación del mencionado § 54 CP alemán solo comprendía problemas de culpabilidad. Y aquellos casos que no eran contemplados en esta disposición estaban regulados extrapenalmente como causas de justificación[2]. Esta misma línea de orientación fue apoyada más tarde por Liszt, Schmidt y Mezger[3].

En la praxis judicial, los problemas que generaba la carencia de una regulación penal del estado de necesidad justificante se ponían de manifiesto y exigían una regulación legislativa en ese sentido. Sin embargo, el reclamo que exigía cubrir legislativamente esta carencia tuvo que esperar aún mucho, hasta que la reforma penal alemana de 1975 regulara el estado de necesidad justificante en el § 34 CP alemán. Pero, mientras tanto, la laguna legal, en cuanto a la regulación del estado de necesidad justificante, llevó por su parte a la jurisprudencia a desarrollar criterios de solución con el denominado «estado de necesidad supralegal», para aquellos casos que no constituían estado de necesidad disculpante.

Así, el estado de necesidad supralegal representa uno de los casos mas destacados de la jurisprudencia, principio general cuya necesidad derivaba de la insuficiencia del derecho penal. Un caso representativo que se dio en la praxis es el que conocemos como el de «la perforación», donde se practicó la interrupción del embarazo por el riesgo de suicidio de la madre (o los de interrupción por indicación médica). Esta necesidad objetiva, desde el punto de vista médico, se enfrentaba a obstáculos insuperables desde la perspectiva del derecho penal escrito. Los casos del estado de necesidad regulados en la ley solo admitían intervenciones

1 Véase al respecto Jakobs, 1997b: 495 y 520; Stratenwerth, 1982: 137 s.; Roxin, 1997c*:* 671: «solo comprendía la defensa frente a peligros procedentes de cosas (§ 228 Código Civil alemán) y la intromisión en cosas de terceros ajenos que sea necesaria para afrontar cualquier peligro (§ 904 Código Civil alemán) [...] faltaba una norma que, para salvar la vida, hubiera permitido perturbar la seguridad del tráfico» u otros bienes.

2 Véase con más referencias Maurach/Zipf, 1994*:* 465 ss.; Jakobs, 1997bb: 495; Jescheck, 1993: 322; Roxin, 1997c: 209 ss., 671.

3 Cfr. Maurach/Zipf, 1994: 465 ss.

sobre objetos materiales, de modo que fracasaban ante la lesión del feto. La tabla salvadora fue proporcionada por el Tribunal Supremo del Imperio, quien[4] creó (*praeter legem*) la cláusula general del estado de necesidad justificante «supralegal», creación que iba más allá del derecho escrito[5]. Por lo que como puede apreciarse constituye uno de los más claros aportes de la Jurisprudencia en el «desarrollo continuador del Derecho». Con esta fundamental decisión, a pesar de la insuficiente regulación penal, dicho tribunal hizo de la teoría diferenciadora la dominante en la práctica. Ciertamente, la jurisprudencia no hubiera sido orientada en esta dirección si la doctrina no hubiera realizado, décadas atrás, un fructífero trabajo previo; como ya referimos desde Goldschmidt, Freudenthal, Liszt, Schmidt y Mezger, entre otros[6].

II. Naturaleza y fundamento del estado de necesidad justificante

En la doctrina se discute hasta ahora si las situaciones de necesidad constituyen solo estados de necesidad disculpantes o también pueden ser justificantes, o acaso solo esto último o simultáneamente ambos. Sobre ello y su desarrollo se ha pronunciado la doctrina a través de diversas teorías. Así, por una parte, la teoría unitaria[7] en sus orígenes postulaba que, en estado de necesidad, toda defensa que lesiona bienes es antijurídica, y deja subsistente que en el caso concreto sea disculpable por defender bienes esenciales. Posteriormente, han surgido otras posturas, que defienden solo la justificación cuando, del conflicto de intereses y de la lesión de una de ellas, el resultado global concluya como preponderante para el interés legítimo. Así entonces, se hallan los que defienden, en el estado de necesidad, una causa de exculpación o una causa de justificación. Dentro de esta tesitura monista, una posición interesante considera que el estado de necesidad es ley general respecto del resto de causas de justificación[8]. Por su parte, la

4 11/3/1927. RG 61,242 [254]

5 Véase ampliamente al respecto y sobre otros casos de la jurisprudencia alemana Roxin, 1997c: 671 ss. y 209 s.; Jakobs, 1997b: 495; Maurach/Zipf, 1994: 466 ss.; Jescheck, 1993: 322. Stratenwerth, 1982: 147.

6 Cfr. Con más referencias Maurach/Zipf, 1984: 467; Roxin, 1997c: 671 ss. y 209 s.; Jescheck, 1993: 322.

7 Es común en la doctrina identificar como partidarios de esta teoría a von Hipel, Gerland, Welzel —pero solo en un primer momento—, Mayer y Maihofer; véase las referencias entre otros Roxin, 1997c: 671; Gimbernat Ordeig, 1990: 219 ss.

8 Selmann, citado por —y comparte esa posición— Molina Fernández, 2000: 201; quien además afirma —en el mismo lugar— que: Una tesis próxima mantiene Lenckner, 1997, § 34, num. 6. Por su parte, Mir Puig, 2002: 447 ss., respecto al art. 20, 5 del Código Penal español,

teoría diferenciadora, desarrollada por la doctrina y jurisprudencia, es actualmente dominante[9]. En ella se distingue el estado de necesidad justificante —en razón de si la afectación del bien lesionado es inferior en valor que el del bien salvado—, y el estado de necesidad disculpante —donde la afectación del bien lesionado es de igual valor respecto del bien salvado—[10].

Desde antaño, la «teoría de la ponderación» y la «teoría del fin» se encontraban enfrentadas en cuanto a la fundamentación del estado de necesidad. De una parte, la teoría de la ponderación de intereses tiene como precursor a Binding, quien formuló un principio general que considera que el Estado, enfrentado ante dos males, debe elegir el menor y evitar el mayor[11]. En esta idea se reconoce los comienzos de la teoría de la «ponderación de bienes», que el Tribunal Supremo alemán hizo suya. Tiempo después, Mezger planteó que «no actúa antijurídicamente quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico de inferior valor, si solo de ese modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor»[12]. En un desarrollo posterior se pasó de la ponderación de bienes a la «ponderación de intereses»; en esta, el conflicto de bienes era uno de los criterios adicionales (como el grado de peligro y el medio adecuado) a ser ponderados. En la regulación legal del § 34 CP alemán encontraron acogida ambas variantes de la ponderación[13].

La «teoría del fin», propugnada por v. Liszt y Schmidt, atendía a la «persecución de un fin jurídicamente reconocido a través de medios adecuados». Este principio estaba orientado a la idea de justicia y cabría deducir de ella la ponderación de bienes. Este cometido de llegar a decisiones justas atendiendo cada estado cultural, recurrió al principio más general del «medio correcto para el fin correcto». Sin embargo, la abstracción de esta teoría la hacía impracticable; por lo

considera que en ella solo se prevé el estado de necesidad justificante; en tanto que los casos de estado necesidad exculpantes son comprendidos por el miedo insuperable (art. 20.6 del Código Penal español).

9 En sus orígenes defendió Goldschmidt y Freudenthal, posteriormente en la misma línea Liszt, Schmidt, Mezger, Welzel, Stratenwert y Jescheck entre otros; véase las referencias en: Jakobs, 1997b*:* 493, nota 7; Maurach/Zipf, 1994*,* 465; Gimbernat Ordeig, 1990: 219.

10 Más referencias en Gimbernat Ordeig, 1990: 219; Bernal del Castillo, 2002:82 ss.

11 Cfr. Maurach/Zipf, 1994*,* p 467, quien además señala que Binding (1885) «había exigido para el caso de la colisión de obligaciones, el reconocimiento de un principio general como derecho vigente, sin vinculación con el derecho escrito, en el sentido de declarar que el cumplimiento de la obligación más importante a costa del menos importante no podía ser antijurídico».

12 Citado por Roxin, 1997c: 672.

13 Cfr. Maurach/Zipf, 1994*:* 467, 471; Roxin, 1997c*:* 674 y 682 ss. Y de manera implícita Jescheck, 1993: 322 y 323; Jakobs, 1997b: 504 ss. Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, 1986: 229: «la esencia del estado de necesidad, es el *conflicto de intereses*».

que luego se planteó en forma de correctivo adicional como «un medio adecuado para un fin reconocido por el Estado», cláusula de adecuación, y encontró acogida en el § 34 CP alemán[14].

El estado de necesidad justificante (§ 34) debe ser interpretado a la luz de este desarrollo previo. El precepto del estado de necesidad justificante unió estas dos teorías en una arquitectura complicada. La primera etapa de valoración es la ponderación extensiva de intereses en la cual deben ser consideradas todas las circunstancias del caso particular. Dos criterios han sido destacados esencialmente a modo de ejemplo: bienes jurídicos y grado de peligro. El resultado de esta ponderación debe ser la preponderancia del interés salvado. Una segunda valoración tiene lugar con posterioridad, según el criterio de la adecuación[15].

Así, el fundamento del estado de necesidad justificante es el «interés preponderante»[16], es decir, el resultado de la ponderación del interés salvado debe ser preponderante respecto del interés afectado. Lo que determina la exclusión de la antijuricidad es la necesidad de la lesión unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado. La contrapartida de la justificación otorgada al autor es, naturalmente, el deber de tolerar impuesto al titular del bien sacrificado, al que se le conoce como «deber de solidaridad».

Sin embargo, la perspectiva actual del derecho penal es distinguir entre estado de necesidad defensivo y agresivo. En el estado de necesidad defensivo, tendrá implicancias en cuanto la responsabilidad del titular del bien (sujeto-afectado) surge de haber originado la situación de peligro. En el caso del estado de necesidad agresivo, el sujeto-afectado ajeno a la fuente de peligro tolera la lesión debido al deber de solidaridad que el ordenamiento jurídico impone a todas las personas.

III. Estado de necesidad justificante: agresivo y defensivo

1. Planteamiento general

El tema del estado de necesidad que discurre a continuación se desarrolla dentro del marco conceptual que considera que persona en derecho penal es aquella que

14 Cfr. Maurach/Zipf, 1994*:* 471 ss.; Roxin, 1997c*:* 573 y 672.

15 Cfr. Maurcah/Zipf, 1994*:* 472. Por su parte Molina Fernández, 2000: 204 ss., propone un fundamento único a todas las causas de justificación, expresa en el interés preponderante.

16 Entre otros Jakobs, 1997b: 504; Jescheck, 1993: 324, considerando que el estado de necesidad solo descansa en el principio de la conservación del interés más valioso puesto en peligro, mientras la idea de afirmación del Derecho, no juega papel alguno. Por eso, el peligro ha de ser rehuido siempre que resulte posible, y la ponderación de intereses aparece como fundamento determinante de la justificación.

posee capacidad de convivencia en sociedad y, por ello, posee facultades y deberes. El ámbito individual de la persona está delimitado por su propia organización en libertad (autodeterminación), por un lado, y por la responsabilidad de no tener injerencia en aquellas esferas que no le son propias. Es decir, «cada deber presupone la existencia de un derecho que consiste en organizarse conforme a deber y cada derecho un deber que consiste en la administración inocua del derecho»[17]. Ya por ello, la libertad de la persona en sociedad no puede ser ejercicio ilimitado, solo será legítima en cuanto desarrolle o autodetermine su propio ámbito (su propia organización) personal sin afectar otras organizaciones personales, que de hacerlo surge un conflicto de intereses. En este contexto, el derecho penal tiene la función de mantener relaciones de convivencia sustanciales a través de mandatos (que incluyen permisiones) y prohibiciones que a su vez se rigen por principios que se suponen inherentes a ellos. Expresado en otros términos, garantizan las normas —protegen bienes jurídicos (penales)—[18]. La injerencia en ámbitos que trascienden la propia esfera personal puede o no significar un conflicto de intereses. Y ello va a depender de cómo cada cual organice su ámbito personal. No existirá conflicto, por ejemplo, si la actuación en esferas ajenas (no propias) ha sido realizada con el consentimiento del sujeto que la permite.

Así, en estos casos pueden existir conductas que, si bien son típicas, puede que no sean antijurídicas, es decir, que sean constitutivas de una causa de justificación en derecho penal. Pero para ser justificadas se exige que esas conductas sean realizadas bajo ciertas condiciones[19]. Condiciones que, en forma de presupuestos o requisitos del estado de necesidad justificante, están establecidas en el art. 20.4 CP.

En este sentido, aunque es evidente decirlo, destruir una casa no será ilícito si, para ello, el propietario dio su autorización. No obstante, aun en estos casos —pese a esa autorización—, el sujeto que actúa en ámbitos ajenos (patrimonio, por ejemplo) tiene límites que se circunscriben a dicha autorización, por el principio de responsabilidad. Sin embargo, si se ingresa en ámbitos ajenos, sin ningún consentimiento, el hecho constituirá un conflicto de intereses, cuya relevancia dependerá del grado de peligro que esa injerencia conlleve y de los intereses contrapuestos que se hallan en juego. En la que el sujeto amenazado por el peligro estará facultado a reaccionar con una acción de salvaguarda que proteja sus bienes

17 Jakobs, 2002: 1.

18 Véase por ejemplo, Baldó Lavilla, 1994*:* 33 ss, y 43 ss.; Molina Fernández, 2000*:* 207 ss.; Jakobs, 1997b*:* 44 ss.; Roxin, 1997c: 41 ss.: 51 ss.

19 En este mismo sentido, Jescheck, 1993: 290 s., sostiene que: Los tipos penales contienen «reglas» que son rotas por las causas de justificación operando como excepciones, puesto que deben concurrir especiales presupuestos para que la causa de justificación actúe.

que estén en peligro y que busque extinguir o evadir la fuente de peligro[20]. En las situaciones de necesidad, la acción del sujeto «necesitado» posee un doble aspecto, pero sin dejar de ser al mismo tiempo una acción unitaria: por un lado, constituye un aspecto de «salvaguarda» propia o ajena y, por otro, un aspecto de «agresión» para los intereses de terceros afectados. Este doble aspecto es lo que, con acierto, Baldo Lavilla ha denominado *actio duplex*[21]. Sobre este mismo raciocinio, Molina Fernández lo plantea como un criterio que se extiende y aplica a todo el ámbito de justificación[22].

Ahora bien, el estado de necesidad, en sentido general, puede entenderse como la situación de necesidad (peligro actual) para intereses legítimos, que solo puede ser superado mediante la lesión de otros intereses reconocidos. Más concretamente, las situaciones de estado de necesidad son situaciones de peligro que generan un conflicto de intereses entre distintos sujetos y donde dicho conflicto es superado solo a través de la lesión de intereses. En situaciones de necesidad se permite lesionar bienes ajenos en razón de la facultad de salvaguarda del «sujeto necesitado» (autor), y se impone un deber de tolerancia (en la salvación de bienes) al «sujeto afectado» (víctima) competente —en alguna medida— (estado de necesidad defensivo) o no competente (estado de necesidad agresivo) de la fuente de peligro[23]. Relevante para el derecho penal es solo aquella situación de peligro ante la cual la acción de salvaguarda ejecutada configura un tipo del hecho punible.

La acción necesaria en estado de necesidad, en principio no tiene impedimento —en su salvaguarda— de lesionar cualquier interés ajenoy puede lesionar intereses de personas individuales o sociales[24]. El estado de necesidad procede respecto de todos los bienes jurídicos. La mención que hace el art. 20.4 CP, a título de

20 Baldó Lavilla, 1994*:* 107: «el sistema normativo a través de las reglas permisivas jurídico-penales, que bajo determinadas condiciones, otorga al sujeto necesitado *facultades de salvaguarda* e impone al sujeto afectado correlativos *deberes de tolerancia*».

21 Ampliamente, Baldó Lavilla, 1994:177 ss.

22 Cfr. Molina Fernández, 2000: 208; el mismo que interesado en sustentar su adscripción a la teoría monista, que ubica al estado de necesidad en la cúspide y como principio básico justificador, ha expresado: «La necesidad de crear reglas de justificación solo surge de cuando existen acciones que tienen un efecto dual y de sentido opuesto *(actio duplex,* en la atinada expresión de usada por Baldó: por un lado lesionan bienes jurídicos, pero por otro los salvaguardan, sin que sea posible prescindir en el caso concreto de uno de estos dos efectos».

23 En este sentido coinciden en general: Jakobs, 1997b: 493; Roxin, 1997: Maurach/Zipf, 1994*:* 471 ss.; Jescheck, 1993: 316 s.; Luzón Peña, 1996: 620; Silva Sánchez, 1982: 665 ss; Baldó Lavilla, 1994: 107 ss., 121 ss.; Mir Puig, 2002: 439; en el mismo sentido pero refiriéndose a toda causa de justificación Molina Fernández, 2000: 210 ss.;

24 Silva Sánchez, 1982: 675: «es posible lesionar no solo bienes jurídicos de otras personas, físicas o jurídicas (entre ellas, las Administraciones Públicas), sino también bienes de titularidad suprapersonal (de la sociedad o del Estado como ente político)».

ejemplo (la vida, la integridad personal, la libertad), solo tiene por objeto facilitar su mejor comprensión.

El ordenamiento jurídico no solo consta de prohibiciones, sino también contiene autorizaciones que en determinadas condiciones excluyen la prohibición. Las autorizaciones se expresan como proposiciones permisivas que se oponen al tipo de injusto. Si concurre una causa de justificación la norma prohibitiva contenida como deber jurídico en el tipo de injusto pierde su efectividad en el caso concreto[25].

2. Estado de necesidad agresivo

El estado de necesidad agresivo se refiere a aquellas situaciones de necesidad en las que el «sujeto afectado» no es el competente de la fuente de peligro, pero sobre cuya esfera de intereses recae la acción de salvaguarda. Es decir, se admiten intervenciones (de daño) en intereses ajenos que sean necesarias para evitar un peligro actual aun cuando el afectado no sea el causante del origen del peligro. La cuestión de por qué es legítimo dañar en estado de necesidad intereses de sujetos (afectados) ajenos a la fuente de peligro se justifica por el deber de solidaridad general o «al cuidado por lo general»[26] que tiene toda persona. Sin embargo, esto se acepta en la medida en que el peligro amenazante sobre el interés salvado sea preponderante respecto del daño ocasionado en el interés ajeno[27]. Se trata de intervenciones sobre esferas no participantes, que son sacrificadas en beneficio de un interés ajeno[28].

A. Facultades de salvaguarda

En el estado de necesidad agresivo —artículo 20.4 CP—, se concede al «sujeto necesitado» facultades de salvaguarda «agresiva», y se permite la injerencia y lesión de intereses en esferas del «sujeto afectado solidario», sujeto este ajeno (no responsable) a la creación de la fuente de peligro, pero obligado a tolerar (deber) por el principio

25 En este sentido expresa Jescheck, 1993: 290 s., que el juicio de antijuricidad descansa en dos raciocinios: de un lado, en el examen de la tipicidad de la acción, y de otro, en el examen de si interviene una causa de justificación. La acción típica no desaparece sino que únicamente son de aprobación por el Derecho. La causa de justificación prevalece sobre la norma prohibitiva

26 Jakobs, 2002: 7 ss., 12.

27 «La amenaza de un peligro inminente no reconducible siquiera objetivamente a la esfera organizativa individual del tercero-solidario constituye el presupuesto conceptual básico de la situación de estado de necesidad agresivo», Baldó Lavilla, 1994: 122.

28 Existe aún la discusión de los efectos justificantes en el ámbito de la responsabilidad civil, privándolo de una consecuencia que la doctrina considera, en general, como inherente a toda causa de justificación. Sin embargo, la cuestión subsiste en casos de sobrepasar los límites de predominancia y adecuación en la acción de salvaguarda. Aunque también, en principio esto rige solo para el caso del estado de necesidad agresivo, más no para el defensivo.

de solidaridad general. Sin embargo, el sujeto necesitado tiene límites en el ejercicio de la facultad de salvaguarda, cuando se impone al sujeto necesitado la regla de «asunción personal de riesgos no atribuibles a terceros». Es decir, si ninguna persona ha generado el peligro, es él quien en primer orden —antes que otro— debe asumir el peligro que sobre él recae[29] y, en todo caso, su acción de salvaguarda (agresiva) debe ejercitarla responsablemente sobre el bien que se sacrifica[30].

B. Deberes de tolerancia

En el estado de necesidad agresivo el ordenamiento jurídico (artículo 20.4 CP) impone también un deber de tolerancia al «sujeto afectado-solidario» (ajeno a la fuente de peligro), fundado en el principio de solidaridad —en su expresión más general—, en contrapartida de la facultad de salvaguarda que concede al sujeto necesitado. Este deber de tolerancia regido por el principio de solidaridad desautoriza cualquier respuesta agresiva del sujeto afectado ante la acción de salvaguarda del sujeto necesitado. No es posible invocar legítima defensa, ni estado de necesidad defensivo ni agresivo frente a la actuación en estado de necesidad agresivo[31]. Sin embargo, de modo excepcional, el sujeto afectado solidario también está facultado a oponerse a la acción de salvaguarda, cuando esta (salvaguarda) sobrepasa los límites del baremo restrictivo del estado de necesidad agresivo, es decir, el interés salvaguardado debe ser predominante sobre el interés dañado[32].

La acción de salvaguarda puede ser realizada también por un tercero auxiliante. En este caso, el *citoyen* (el ciudadano) «tiene que ocuparse de lo general mientras no se pueda conseguir ayuda estatal, como el soportar menoscabos en casos de desastres para el mantenimiento de la tarea pública»[33]. Aquí las cuestiones que resultan complejas se dan en tanto el sujeto obligado por el deber de tolerancia se «opone activamente», e interrumpe el curso salvador de un auxiliante. Un caso ilustrativo se da cuando: un sujeto mordido por una víbora en una selva es auxiliado por otra persona, que pretende hacer uso de una lancha ajena para trasladarlo a un refugio cercano donde tenía un antídoto, sin embargo, el dueño de la embarcación se opone activamente al uso de su lancha; la utilización de la barca habría impedido la muerte del sujeto necesitado. La resolución de estos casos debe considerar —primero— la infracción del principio de solidaridad (consiguiente configuración de delito omisión de socorro) y la interrupción del curso salvador

29 Cfr. Baldó Lavilla, 1994: 176 ss.

30 Cfr. Jakobs, 2002: 8.

31 Cfr. Baldó Lavilla, 1994*:* 178.

32 Cfr. Baldó Lavilla, 1994*:* 178 ss, 169 ss.

33 Jakobs, 2002: 8 s., «El individuo solo puede sustituir al Estado en aquellos casos de necesidad extrema en los que este tendría que intervenir si estuviera presente».

emprendido por el auxiliante. Consideración que al «sujeto titular del bien» le impone un deber de tolerancia derivada de la solidaridad, pero cuyo sacrificio de intereses propios no sobrepasen las reglas del estado de necesidad agresivo, y está desautorizado a oponerse activamente a cursos salvadores ya emprendidos por sujetos auxiliantes. Por su parte, el «sujeto solidario-auxiliante» no está obligado a atravesar —si no quiere— un riesgo propio (cláusula «sin riesgo propio»)[34].

3. Estado de necesidad defensivo

En esta modalidad de estado de necesidad, el «sujeto afectado» por la acción de salvaguarda es competente en alguna medida (de modo preferente) de la fuente de peligro que origina. Sin embargo, el comportamiento humano (acción de salvaguarda) que crea la fuente de peligro no constituye agresión ilegítima. El peligro amenazante le es objetiva, pero no plenamente imputable[35]. Es decir, la fuente de peligro puede emanar de hechos que no constituyen agresión ilegítima: de cosas, animales[36], de comportamientos humanos (que no configuran agresión ilegitima) o solo de aquellos que configuran imprudencia[37]. Cuando la fuente de peligro procede de cosas, la acción de salvaguarda es más amplia, respecto de cuando la fuente de peligro procede de conductas humanas. La valoración no puede ser la misma, si la fuente del peligro es procedente de cosas o de conductas humanas. Sobre las conductas humanas se imponen acciones de salvaguarda con restricciones. Por su parte, el sujeto necesitado no actúa antijurídicamente cuando lesiona o destruye un bien ajeno originador del peligro, con el propósito de evitar un peligro de lesión respecto de sí mismo o de un tercero. Esto es aceptado en la medida en que la acción de salvaguarda sea necesaria para evitar el peligro y que el daño no sea desproporcionado a este[38]. Sin embargo, ello tampoco impide que en el estado de necesidad defensivo, cuando esté en peligro la vida o la salud, incluso

34 Sobre estos caso y más variantes Véase, Baldó Lavilla, 1994*:* 183 ss. Y las variantes donde el propietario, no se opone activamente pero no entrega las llaves por ejemplo de la embarcación motorizada, es resuelta con las reglas de la omisión, Véase, ampliamente Silva Sánchez, Barcelona 1986: 227 ss.

35 Cfr Baldó Lavilla, 1994: 71; «la amenaza de un peligro inminente objetiva pero no subjetivamente (a título doloso) a la esfera organizativa individual del tercero-cualificado constituye el presupuesto conceptual básico de la situación de estado de necesidad defensivo» (p.122); Luzón Peña, 1996: 632.

36 El estado de necesidad defensivo, en su momento surgió su momento e incorporada en la ley (§ 228 BGB) «para resolver la cuestión tan discutida de si es admisible legítima defensa contra los ataques de animales», Stratenwerth, 1982*:* 138.

37 Cfr. Luzón Peña, 1982*:* 633.

38 Véase, Maurach, 1994: 483; también Roxin, 1997c*:* 705 ss.

se mate o se lesione. Esto es así no solo porque nadie está obligado a soportar peligros provenientes de fuentes ajenas, sino porque a nadie se le puede imponer que tolere el peligro de muerte o lesión[39].

En la doctrina, un sector opina que el estado de necesidad defensivo tiene un ámbito limitado de aplicación, sobre todo, porque no podría resolver problemas donde el bien lesionado es superior al que se que se quería evitar. Es decir, cuando el bien salvaguardado por el sujeto necesitado (o su auxiliante) es valorativamente inferior (o incluso igual) al bien dañado del «sujeto-afectado». Los problemas en verdad son complejos, por ejemplo, cuando es necesario matar a alguien para evitar la propia muerte: vida contra vida. Sin embargo, el grave error en el que se incurre al interpretar (incluso cuando el bien salvado es inferior al lesionado) está determinado por la inadecuada interpretación que se hace del principio de «ponderación de intereses». Pues queda claro que la «ponderación» no solo se realiza entre bienes —que por cierto es un primer nivel a ponderar—, sino que además existen otros criterios (intereses) aún a ponderar. Por ello, el «hecho de que en tales casos muchas veces el bien jurídico protegido no sea sustancialmente más valioso que el dañado, no excluye que «el interés protegido sea preponderante sobre el dañado»[40]. Y ello se deduce de una correcta interpretación del artículo 20.4.a y b) (principio de ponderación y cláusula de adecuación): «Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado» y «cuando se emplee el medio adecuado». La interpretación teológicamente válida responde además al espíritu de la ley[41]. Sin embargo, para evitar confusiones de *lege ferenda* debería incorporarse «interés» término que resulta más apropiado que el de «bien».

A. Facultades de salvaguarda

En estado de necesidad defensivo, el artículo 20.4 CP, concede al «sujeto necesitado» facultades de salvaguarda «defensiva», permitiendo la injerencia típicamente relevante en intereses del «sujeto afectado competente-preferente», sujeto este que no es totalmente ajeno ni totalmente competente (es responsable en alguna medida) de la creación de la fuente de peligro, pero obligado a tolerar la acción de salvaguarda por el principio de responsabilidad. Sin embargo, el

39 Cfr. Roxin, 1997c: 708.

40 Roxin, 1997c*:* 706.

41 Ya en el Proyecto de Código Penal alemán de 1962 —como afirma Roxin, 1997c*:* 706 s.—, «se reconocía la posibilidad de que determinadas circunstancias incluso un bien jurídico que sea más valioso según su rango absoluto retroceda frente a un bien —considerado absolutamente— menos valioso, cuando el interés en proteger al último sea, por las peculiaridades del caso concreto, sustancialmente preponderante frente al interés en que el otro quede intacto».

sujeto necesitado tiene limitado el ejercicio de la facultad de salvaguarda, por el principio de solidaridad general. Ahora bien, tampoco toda acción de salvaguarda del sujeto afectado es legítima: no lo será cuando afecte intereses que sobrepasan los límites del baremo restrictivo del estado de necesidad defensivo, es decir, que no lesionen un interés predominante sobre el salvado del sujeto afectado[42].

B. Deberes de tolerancia

En el estado de necesidad defensivo, el ordenamiento jurídico (artículo 20.4 CP) también impone un deber de tolerancia fundado en el principio de responsabilidad y restringido por el principio de solidaridad al sujeto afectado-competente (en alguna medida responsable de la fuente de peligro), en contrapartida de la facultad de salvaguarda que concede al sujeto necesitado. El deber de tolerancia regido por el principio de solidaridad desautoriza cualquier respuesta agresiva del sujeto afectado ante la acción de salvaguarda del sujeto necesitado. No es posible demandar legítima defensa, ni estado de necesidad defensivo ni agresivo frente al estado de necesidad[43].

Cuestiones que presentan dificultades en su resolución son, por ejemplo, los casos donde el sujeto «solidario», obligado por el deber de tolerancia derivado del principio de solidaridad general, no facilita el instrumento o medio idóneo necesario e interrumpe de ese modo el curso salvador emprendido por otro sujeto auxiliante (también «solidario»)[44]. En la resolución de este tipo de casos debemos recordar que el sujeto, que en alguna medida es responsable (objetivamente) de la fuente de peligro en estado de necesidad, está obligado a soportar los sacrificios que acarree la salvaguarda ajena, imposición que rige por el principio de responsabilidad y por el principio de solidaridad.

Sin embargo, el deber de tolerancia del «sujeto afectado-preferente» (en alguna medida responsable) no está obligado a atravesar —si no quiere— un riesgo propio («sin riesgo propio») que signifique el sacrificio de sus intereses más allá de las reglas (baremo) del estado de necesidad defensivo, en correspondencia a que

42 Cfr. Baldó Lavilla, 1994*:* 177, 170 ss.

43 Cfr. Baldó Lavilla, 1994*:* 178 ss.

44 Ilustra este supuesto, por ejemplo, el caso donde: Un sujeto que alquila un coche y probando la velocidad del mismo se choca contra un muro muy cerca del lugar del alquiler, el accidentado está desangrándose muy gravemente herido y es auxiliado por otro (sujeto auxiliante) que pretende conducir otro vehículo motorizado de la misma agencia que alquiló el coche para trasladar al herido a un hospital cercano, sin embargo el dueño del negocio de alquiler de coches se niega a entregarle las llaves del coche; la utilización del vehículo habría impedido la muerte del accidentado. El choque y muerte pudo evitarse si el propietario hubiera reparado el sistema de dirección y los frenos que días antes ya fallaban.

no se oponga activamente a cursos salvadores emprendidos por sujetos auxiliantes. Y los casos donde no hay oposición activa, pero sí una negativa de entregar el instrumento de salvación, son resueltos con las reglas de la omisión[45]. El sujeto que no colabora con entregar —por ejemplo— las llaves de su otro coche, necesarios para la salvación de la vida de un herido, no infringe el deber de tolerancia desde la óptica del estado de necesidad; en cambio, sí incurre en delito omisión de socorro o auxilio (artículos 126 y 127 CP), por lo menos —por insolidaridad cualificada o no—, según sea el caso. Sin embargo, como contrapartida, tampoco se olvide que el sujeto en auxilio del necesitado está facultado de emplear la fuerza para despojar de las llaves del propietario en virtud de la situación de peligro inminente; este es otra variante en que es legítima la acción de salvaguarda (del auxiliante) en estado de necesidad justificante.

IV. Estructura y presupuestos del estado de necesidad agresivo y defensivo en el artículo 20.4 del CP

Los presupuestos conceptuales de la estructura del estado de necesidad agresivo y defensivo que a continuación desarrollamos están enmarcados en la regulación del Código Penal peruano:

> Artículo 20º. Está exento de responsabilidad penal:
>
> 4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurran los siguientes requisitos: a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro.

Ahora bien, en primer orden, ha de quedar claro que la «amenaza de peligro» que crea una situación de necesidad para intereses legítimos se manifiesta de modo diverso, es decir, de las situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificació, se pueden configurar tres posibles causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad agresivo y estado de necesidad defensivo. Aquí nos ocupamos solo de estas dos últimas. El tratamiento diferenciado del estado de necesidad (agresivo y defensivo) que desarrollamos se hace en función interpretativa de la regulación peruana del art. 20.4 CP. La distinción atiende a diversos criterios

45 Véase Silva Sánchez, 1986: 227 ss.

funcionales: el grado de competencia que tiene el «sujeto afectado» en el origen del peligro amenazante que crea la situación de necesidad, los principios que derivan de la libertad individual y de la solidaridad. Y a los que los sujetos concurrentes de la situación de necesidad se hallan sometidos; y de las que surgen, para el «sujeto necesitado», la facultad de ejercitar la acción de salvaguarda, y para el «sujeto afectado», surge la imposición del deber de tolerancia de la acción salvadora. Estos principios, interrelacionados recíprocamente, entran en juego[46] en la solución del conflicto de los sujetos e intereses y delimitan la posición en la que se hallan frente al ordenamiento jurídico que otorga facultades de salvaguarda o deberes de tolerancia.

La situación de necesidad se caracteriza por la colisión de intereses reconocidos (salvado y dañado); esta es la diferencia decisiva con respecto a la legítima defensa, en la cual los intereses del agresor pierden su pretensión de protección jurídica debido a la antijuricidad de la agresión, en la medida en que sea necesaria la defensa. Al contrario, el estado de necesidad está marcado por la urgencia de sacrificar intereses dignos de protección en pro del interés predominante.

Debe quedar claro desde ya, como bien manifiesta Baldo Lavilla que, «según la concepción dominante, las reglas generales de estado de necesidad defensivo o agresivo no habrán de entrar en juego cuando el conflicto de intereses que pueda derivar de una situación de necesidad pueda ser resuelto por las reglas ordinarias del consentimiento»[47].

Tampoco es posible admitir estado de necesidad (agresivo o defensivo) ante la acción de salvaguarda en estado de necesidad, debido a que el sujeto —afectado— sobre el que recae la acción salvadora ya está obligado a soportar la lesión por el deber de tolerancia que impone el ordenamiento, y los límites solo los pone el baremo referido.

1. La situación de amenaza del «peligro actual» (o inminente)

> El que, ante un peligro actual [...] que amenace. Art. 20.4 CP.

El presupuesto básico que fundamenta al estado de necesidad lo constituye la situación amenazante del peligro actual o inminente, es decir, que el bien protegido se halle objetivamente en peligro. El peligro en estado de necesidad

46 Respecto a la construcción de su postura del estado de necesidad como ley general, según Molina Fernández, 2000*:* 201 —parafraseando a Warda—, recuerda que es doctrina dominante considerar que hay relaciones de especialidad funcional entre el estado de necesidad y las demás causas de justificación.

47 1994: 136.

puede originarse de un fenómeno natural, de animales o de comportamientos humanos que no constituyan agresiones ilegítimas que pueden ser imprudentes (atribuibles por criterios de imputación). La amenaza del peligro actual se concibe como un estado en el cual, de acuerdo a las concretas circunstancias de ese momento, la producción de una lesión o daño de un bien jurídico (penal) se presenta, inminentemente, como probable[48]. En palabras de Jakobs, «peligro es un estado en el que se puede pronosticar que la lesión de un bien no es improbable de acuerdo al curso causal que es de esperar»[49]. La amenaza del peligro actual o la inminencia del peligro, tiene que ver con la potencialidad perenne del peligro amenazante para un interés protegido. Entonces, la amenaza del peligro posee actualidad cuando puede constatarse la presencia objetiva del riesgo en la situación de necesidad en un momento determinado, en la que existe buena probabilidad (no es improbable) —*ex ante*— de producción de una lesión inmediata o de un daño en momento posterior. La actualidad del peligro de daño probable, en un momento posterior (no inmediato), ocurre en los casos de peligro permanente o continuado. Sin embargo, como bien se ha dicho, «no es necesario una probabilidad preponderante (o alta) de desenlace fatal, sino que más bien haya que tener en cuenta, al ponderar los riesgos, en su caso, un grado pequeño de peligro»[50].

Por ello, la existencia del peligro actual amenazante es un juicio que se obtiene sobre la base de una perspectiva *ex post*, pero que en el caso concreto se formula *ex ante*. Sobre cómo determinar el criterio objetivo *ex ante*, eso es discutible; sin embargo, para este juicio «importa el grado de conocimiento que tiene el observador experto». Por ello, el juicio debe realizarlo el especialista competente. Así, «para los peligros de fuego, el bombero profesional; para los peligros en obra, el especialista en cálculo de resistencia de materiales; para enfermedades el médico, etc.»[51].

48 Maurach/Zipf, 1994: 470; Cfr. también Baldó Lavilla, 1994: 112, nota 233, y p. 136. Los limites del peligro deben verse en cada caso (delito) en concreto; así, «El umbral de peligro a partir del cual se considera "típicamente relevante" es determinado por el legislador en cada tipo objetivo de la parte especial —para cada clase de conductas que constituyen una fuente de peligro para un bien jurídico específico—. Este es obviamente un criterio normativo y no naturalístico»; Welzel, 1970: 132.

49 1997*:* 500. En sentido parecido Roxin, 1997c*:* 677: «un peligro, en el sentido de del § 34 se da ya cuando no sea totalmente improbable la producción de la lesión de un bien jurídico». Mir Puig, 2002: 449, afirma que no basta la sola posibilidad, «sino que tiene que existir una probabilidad inminente».

50 Jakobs, 1997b*:* 500.

51 Jakobs, 1997b*:* 500 y 501; considera adecuado de modo general esa posición del autor, Roxin, 1997c*:* 678 y 679. Por su parte, Mir Puig, 2002*:* 449, sustrae el juicio *ex ante* «según lo haría un *hombre medio* con sus conocimientos y con los que personalmente pudiera tener el agente».

A pesar de ello, no es tarea sencilla delimitar el grado de actualidad del peligro que debe concurrir para estar o no frente una situación de necesidad. No debe pretenderse en todo caso crear una regla general que abarque todos los casos de «inminencia o actualidad» del peligro, porque de entrada ya es posible graduar la amenaza de peligro en cada caso y en cada tipo de delito. Y ese es el sentido al que se refiere nuestro Código Penal cuando expresa «[...] de la intensidad del peligro que amenaza [...]» (art. 20.4.a, CP). Pero, como ya se dijo, también hay que tener en cuenta que la amenaza de la actualidad del peligro no tiene por qué ser solo momentánea y fugaz, sino que además puede (el peligro) mantenerse o prolongarse espacio-temporalmente[52], y constituir perfectamente peligros actuales (peligro permanente —cuando existe una especie de cronicidad— o continuado —cuando el peligro es ininterrumpido—). La cuestión de cuándo deja de ser actual el peligro permanente o continuado se puede responder afirmando: cuando el peligro amenazante deja de constituir una probabilidad de amenaza inminente de daño. Así, cuándo hay o no peligro actual, en general, debe valorarse en cada caso concreto. Por ejemplo, a pesar de que la amenaza de peligro para la mujer embarazada (por indicaciones médicas) se presenta recién en el momento del parto, es legítimo, en función del peligro futuro, realizar la interrupción del embarazo ya desde los primeros meses[53].

La dificultad en delimitar el grado de actualidad del peligro se pone de manifiesto —por ejemplo— cuando se afirma, que en el estado de necesidad no se requiere un grado de «actualidad» tan estricto como si se exige en la legítima defensa. Porque, a diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa —sostiene Baldo Lavilla—, en las situaciones de estado de necesidad aún se dispone de un ulterior filtro para valorar el conflicto de intereses que se deriva de tales situaciones: la cláusula de ponderación de intereses. Así, el grado de inminencia constituirá un criterio a tener en cuenta, junto a los demás que se acostumbran a considerar[54].

Por otra parte, si la amenaza de la situación de peligro no es actual[55] o idónea para lesionar intereses de protección, no cabe estado de necesidad. Sobre ello,

52 En este sentido Roxin, 1997c*:* 680: «situación peligrosa que permanece durante un largo periodo y que en cualquier momento puede desembocar en un daño». También Luzón Peña, 1996*:* 623: «la situación de necesidad puede ser prolongada o permanente».

53 La interrupción del embarazo por indicación médica con el fin de evitar un serio peligro para la vida o integridad corporal de la madre es un caso especial de estado de necesidad justificante que en el Perú se regula en el artículo 119 CP.

54 Baldó Lavilla, 1994: 137.

55 Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, al considerar que no existe estado de necesidad cuando se realiza un ilícito penal para recaudar dinero «con que pagar los gastos médicos de la enfermedad de la menor (cuando a) su referida hija ya la habían practicado una primera intervención quirúrgica de manera urgente (con anterioridad) pues era entonces

Baldo Lavilla destaca cierto tipo de peligros que no dan lugar a una situación real de estado de necesidad: los peligros inidóneos, los peligros aparentes y los «peligros» que no acarrean un peligro concreto de lesión; los mismos que sí pueden dar lugar a una situación putativa de estado de necesidad[56].

Cuando la amenaza de un peligro no es objetiva, y solo exista en la mente del —presunto— «sujeto necesitado», estamos ante supuestos de «estado de necesidad putativo». En ellos, el «peligro» no es real y no existe amenaza actual de lesión de intereses individuales, por lo que no pueden constituir causa de justificación. En el estado de necesidad putativo, el peligro es solo subjetivo, mas no objetivo, por lo que su tratamiento corresponde al uso de las reglas del error. Tampoco se puede considerar situaciones de peligro constitutivas de estado de necesidad los peligros propios que surgen de la vida en sociedad de riesgos, circunscritos a la teoría del riesgo permitido[57]. Asimismo, no constituyen situaciones de peligro aquellas acciones de salvaguarda que provienen de legítimas causas de justificación (estado de necesidad agresivo, estado de necesidad defensivo y legítima defensa)[58].

Ahora bien, la necesidad de si el peligro amenazante deba ser o no un peligro típico es discutida en la doctrina: aquí se considera que para el estado de necesidad no se requiere que la situación de peligro que amenaza un interés protegido sea típico[59]. Los intereses en conflicto no precisan estar «jurídico penalmente protegidos» para justificar la acción de salvaguardia (igual pueden configurar) estado de necesidad.

---

cuando verdaderamente peligraba su integridad física». RJ 1999\9546 STS 1726/1999 (Sala de lo Penal), de 10 diciembre. RC N. 1659/1998-P (entre paréntesis, nuestro); en el mismo sentido STS RJ 2001\3632 STS 880/2001, de 22 mayo. RC N. 571/2000-P.

56 El error sobre la inminencia del peligro amenazante es un caso de estado de necesidad putativo, y las reglas aplicables para su solución son las del error. Véase más ampliamente Baldó Lavilla, 1994: 138 ss.

57 Baldó Lavilla, 1994: 129 ss.

58 Baldó Lavilla, 1994: 130.

59 En este sentido, Silva Sánchez, 1982: 668: «el mal que se trata de evitar no tiene por qué ser el resultado lesivo de un bien jurídico penalmente protegido: Ello lo ha puesto de manifiesto el propio TS, al admitir [...] que el hambre, el dolor o la angustia pueden integrar dicho concepto. El concepto de mal *(situación de amenaza de peligro)* no puede, pues, estructurarse sobre la base de lo penalmente relevante a través de la tipicidad, sino partiendo de un enfoque jurídico-realista que surja de la esfera del Derecho pero que atienda a la realidad social. No es posible apreciarlo desde una perspectiva naturalística, sino que es preciso traspasar un prisma valorativo que le dote de un contenido de sentido» (entre paréntesis y cursiva, nuestro); Roxin, 1997c*:* 475: dando entre otros, el ejemplo, de lesión de intereses propios para no ser despedido del trabajo; Baldó Lavilla, 1994: 124; en contra de esta opinión Luzón Peña, 1978: 530.

2. La necesidad de la acción de salvaguarda

> El que [...] realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro [...] insuperable de otro modo. Art. 20.4.2 e inc. 4 primer párrafo CP.

El otro presupuesto que exige el estado de necesidad es la acción de salvaguarda necesaria para impedir y proteger intereses amenazados por el peligro actual. Esta necesidad de intervención en salvaguarda es necesaria además porque permitirá evitar que la amenaza del peligro se concrete en una lesión de un bien. También la necesidad debe ser determinada en la situación concreta, según el baremo del observador objetivo *ex ante*[60]. O, como ha dicho Lenckner, «los medios que no incrementan o que solo incrementan de modo irrelevante las posibilidades de salvación tendrán la consideración de inidóneos y, por tanto, no se consideran necesarios»[61]. La acción necesaria se deduce de la ley, cuando el sujeto necesitado «realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro» y aquella situación es «insuperable de otro modo» (art. 20, inc. 4, primer párrafo del CP).

El estado de necesidad exige que, frente a la amenaza de peligro, no se pueda actuar de otro modo; es lo que se conoce como la «no evitabilidad de otro modo». Es decir, que toda acción de salvaguarda en estado de necesidad afecta inevitablemente un interés protegido (acción típica), pero es el más adecuado medio de poner a salvo el bien amenazado por el peligro. En estas situaciones de necesidad, concurre un conflicto de intereses en el que es inevitable salvar un bien a costa de otro. Sin embargo, el sujeto necesitado que actúa en estado de necesidad debe valorar si le es posible otras vías que signifiquen menor lesión[62], pero la posibilidad de elegir medios que signifiquen menor dañosidad se confrontan en límites cuando estas no pueden ser un obstáculo a una efectiva acción de salvaguarda. El estado de necesidad regulado en el CP peruano tiene como fuente legislativa el CP alemán (§ 34 CP alemán), sin embargo, sobre esta misma cuestión ha preferido referirse a lo insuperable («ante un peligro [...] insuperable de otro modo», art. 20.4 CP) en vez de inevitable. Ello no responde sino a que en su momento nuestro legislador realizara una inadecuada traducción de la expresión *nicht anders abwendbaren* —del parágrafo alemán referido— que más bien corresponde a «no evitable de otro modo». Por lo menos, estas expresiones no generan distintas consecuencias,

60 Cfr. Jakobs, 1997b*:* 503; Baldó, 1994*:* 147 y 148.

61 Parafraseando a Lenckner, Baldó Lavilla, 1994: 149 y 150.

62 Cfr. Maurach/Zipf, 1994: 470: «La posibilidad de la justificación fracasa cuando el bien es sacrificado y el sujeto que ejecuta la acción lesionadora, disponía de otras medidas de menor intensidad»; Jeschek, 1993: 324: «Si cabe la salvación en mediante en intervenciones en diversos bienes jurídicos, quien actúa en estado de necesidad debe escoger, entre las diferentes vías apropiadas, aquella que compromete alcanzar dicha meta al menor coste relativo». Roxin, 1997c*:* 681.

pues lo «insuperable de otro modo» establecido en nuestro CP se refiere asimismo a la situación en la que el sujeto necesitado en su acción de salvaguarda no tiene otro modo de vencer o superar el peligro amenazante; lo que sistemática y teológicamente no es lejano de las mismas consecuencias y resultados de lo no evitable de otro modo[63].

En los casos de utilización de bienes propios frente a medios de salvación equivalentes e idóneos, el necesitado, al tener posibilidad de elegir entre lesionar bienes propios o ajenos, deberá optar por los propios —siempre que tengan valores iguales y sean idóneos—. Contrariamente, podrá lesionar bienes ajenos si es que el valor de la lesión de intereses ajenos es inferior al bien propio o la idoneidad del medio ajeno es mejor para la salvación[64]. Otra variante donde también es válida la lesión del bien ajeno es si el bien dañado es el único medio de salvación. Y cuando el sujeto necesitado tiene la posibilidad de elegir entre medios de salvación desiguales, se impone la elección del que ofrece mejor idoneidad y más segura posibilidad de salvación.

Ahora bien, la regla que rige como acción necesaria, de modo general, es la de optar por el medio que conlleve menor lesividad. Así incluso, siempre será preferible «de ser posible eludir la fuente de peligro sin poner en peligro bienes propios o ajenos, este es el medio necesario»[65]. Por ello, en estado de necesidad justificante no se exige que la acción de salvaguarda (que lesiona un interés) sea el único medio de vencer el peligro, esto se entiende superado[66], sino que no se tenga otro medio posible menos lesivo (no evitable de otro modo).

La acción necesaria que salvaguarda el interés del sujeto necesitado también puede ser realizada por el tercero auxiliante. En cuanto a la intervención del

63 La codificación peruana, ya usaba el termino «evitar» —aunque en una redacción muy desordenada— el Artículo 85, inc. 3 del Código Penal derogado de 1924: «Están exentos de pena: El que obra violentado, [...] impulsado por amenaza de sufrir un mal inminente y grave, o por la necesidad de preservarse de un peligro inminente o 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». Incluso el Código Penal de 1862, Artículo 8, inc. 7: «Está exento de responsabilidad penal: El que en la propiedad ajena causa un mal por evitar otro mayor, siempre que este sea efectivo y no pueda emplear otro medio menos perjudicial».

64 Ilustra muy bien estos supuestos, Jakobs, 1997: 503: «Cualquiera deber luchar contra el incendio de su casa empleando su propia agua antes de recurrir al agua de otro, pero nadie tiene por qué extinguir el fuego con un champán propio para evitar a otro la pérdida de un poco de agua».

65 Lenckner, citado por Baldó Lavilla, 1994: 150; Jakobs, 1997b: 503, considera que el medio debe ser más leve para eliminar el daño.

66 Sin embargo, parece aún estar en esta línea Muñoz Conde/García Arán, 2000*:* 376, cuando sostienen: «sea el único camino posible para conseguir la meta salvadora».

«sujeto auxiliante» en auxilio del sujeto necesitado, es menester precisar que el sujeto auxiliante posee únicamente una facultad dependiente de salvaguarda, subordinada al consentimiento del sujeto necesitado en virtud del derecho de su autodeterminación[67]. Así, si el sujeto necesitado se opone al auxilio, luego, la intervención del sujeto auxiliador no es legítima. Sin embargo, será suficiente para validar la intervención del sujeto auxiliante (que en general actúa con espontaneidad y solidaridad) que haya mostrado su consentimiento tácito o presunto[68]. Pero si el necesitado no acepta la intervención auxiliadora que brinda lo que se necesita para ponerse a salvo, esa negación (oposición) extinguirá la necesidad de salvaguarda[69]. Aunque es distinto si —él mismo— tiene idóneamente la posibilidad de ejercitarla. Igual (que el consentimiento) los deberes de garante y la propia urgencia o prioridad de auxilio son criterios de exigencia en la actuación salvadora.

Ahora, para determinados sujetos (bomberos, jueces, policías, médicos, soldados) existen deberes especiales frente al peligro que surgen en cumplimiento profesional; de modo que no pueden eludir los riesgos, sino enfrentarlos. Sin embargo, «los deberes de soportar peligros no son deberes de sacrificarse, sino (son deberes) de riesgo»[70].

De otra parte, la colisión de deberes, textualmente no regulada en nuestro Código Penal, no impide que se resuelva por esta vía, el caso típico —por ejemplo— del padre que ve ahogándose a sus dos hijos y solo puede salvar a uno. En ese sentido existirá colisión de deberes, cuando en situaciones de necesidad un sujeto posea por lo menos dos deberes distintos pero que, solo puede cumplir uno de ellos[71]. Estos supuestos pueden también deducirse de la interpretación del precepto legal peruano.

3. La ponderación de intereses en el conflicto

> De la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado. Art. 20.4.a CP.

Se ha dicho mayoritariamente en la doctrina que el fundamento del estado de necesidad se basa en el principio de ponderación de intereses. Esto tiene sentido debido a que establece límites a la legitimidad de la acción de salvaguarda.

67 Cfr. Baldó Lavilla, 1994: 192 ss.
68 Véase por todos Baldó Lavilla, 1994: 191 ss. y 197.
69 Defiende este sentido Jakobs, 1997b: 504.
70 Roxin, 1997c*:* 701.
71 Es doctrina dominante. Véase entre otros, Stratenwerth, 1982*:*151; Roxin, 1997c*:* 725.

Como ha puesto de relieve Molina Fernández —en la obra de Roxin y en la de Jakobs—, el «interés preponderante» no equivale necesariamente a «bien jurídico que pesa más en una apreciación simplista»[72]. El paso de la teoría de la «ponderación de bienes» a la «ponderación de intereses» tiene mucha trascendencia en el estado de necesidad, puesto que, para la ponderación de intereses, el conflicto de bienes es uno de los criterios más entre otros a ser ponderados. En ese sentido, ya la regulación legal peruana expresa que la ponderación debe realizarse: «de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados» y de «la intensidad del peligro que amenaza» (art. 20.4.a) CP. Así entonces, una correcta interpretación de la teoría de la ponderación de intereses conduce a ponderar: los bienes en conflicto, el grado de peligro (señalados por la ley); también el propio «medio adecuado» en el que pueden entrar en juego la intensidad de la lesión del bien, la importancia de circunstancias individuales, los deberes especiales y la propia urgencia o prioridad de auxilio, cuando requiera el caso concreto. Por ello, con razón —como afirma Molina Fernández— «todas las causas de justificación responden al principio de ponderación de intereses entendiéndose como "conflicto que debe resolverse evaluando lo que está en juego"» y «en función del interés preponderante»[73].

Ya señalamos que en el estado de necesidad lo que cuenta de modo importante es la «ponderación de intereses», y que no es lo mismo que «ponderación de bienes». Sin embargo, una primera valoración a realizar en la ponderación de intereses pasa por valorar los bienes en conflicto. Esta «ponderación de bienes», no siempre sencilla, plantea algunas reglas generales, que complementadas con la proporcionalidad deben tomarse en consideración. La protección de valores de la personalidad posee mayor valor sobre los bienes materiales; la protección de la vida y la integridad son valorativamente superiores respecto a bienes de la personalidad y a los supraindividuales[74]. Sin embargo, estas reglas que rigen de modo general admiten excepciones. Las excepciones se manifiestan, por ejemplo, debido al grado de peligro amenazante, donde se relativiza el valor de estas reglas generales.

En la ponderación también entra en juego —de manera relativa— la valoración personal que sobre determinadas circunstancias realiza el sujeto necesitado. El caso que ilustra bien este supuesto es cuando, aun a riesgo de su salud por indicaciones médicas, la madre no consiente la interrupción del embarazo, porque

72 Molina Fernández, 2000: 212.

73 2000*:* 208 y 211 ss.

74 *Vid*. Jakobs, 1997b*:* 508; Roxin, 1997c*:* 684; Bacigalupo Zapater, 1997: 272 ss.; Bernal del Castillo, 2001: 95.

su valoración sobre la vida de su descendiente por nacer es superior respecto de su salud.

Los casos donde existan situaciones de necesidad financiera para una empresa, los mismos que son salvados a través de apropiaciones indebidas, hurtos, administración desleal, delitos tributarios, etc., por regla general no pueden quedar justificados. Porque, a pesar de que la ponderación de intereses haga inclinar la preponderancia de salvar la empresa respecto a un robo, por ejemplo, no se puede resolver los problemas de falta de dinero, cometiendo delitos (contradiciendo el propio Ordenamiento jurídico). Es decir, desde el filtro de la cláusula de la adecuación, estos (los delitos) no son medios adecuados, toda vez que para el caso de las personas jurídicas existen procedimientos predeterminados[75] en el ámbito financiero para resolver esas necesidades (préstamos financieros, hipotecas, fusiones, venta de la propia empresa, etc.). Una solución contraria «supondría una incitación a resolver los problemas financieros mediante delitos»[76]. Sin embargo, la posibilidad de justificar dichos comportamientos quedará abierta muy excepcionalmente, cuando en el caso concreto, además de hacer regir los principios (de responsabilidad por organización y de asunción personal de riesgos) pueda apreciarse aún una favorable ponderación de intereses predominantes salvados y la imposible utilización de otros medios con los que se haya podido superar la situación de necesidad.

Los supuestos de estados de necesidad coactivos resultan más problemáticos, por ejemplo, cuando el sujeto «necesitado» es amenazado de muerte si es que comete una determinada conducta ilícita. Así, por un lado, en la doctrina se afirma que aunque de la valoración global se deduce que el bien salvado (vida) es superior al sacrificado (patrimonio, honor, libertad), su tratamiento más bien correspondería a la exculpación, y quedaría así excluida toda posible justificación, además porque el sujeto necesitado, aunque forzado por la amenaza, no deja de «ponerse de parte del injusto». Por otro lado, se afirma que estos comportamientos estarán justificados, porque (al igual que en estado de necesidad agresivo) es legítimo exigir la solidaridad de otros sujetos (no competentes del peligro), independientemente de si la fuente de peligro emerge de la naturaleza o de una conducta antijurídica[77]. A nuestro parecer, en estos casos es preferible optar diferenciando si la ejecución del delito —por el sujeto necesitado— es grave o leve. En caso de ser leve (y que no constituyan delito grave), parece no existir mayores problemas, pues la solidaridad cubre perfectamente la justificación. En cambio,

75 Cfr. Jakobs, 1997b: 514 ss.

76 Roxin, 1997c: 696.

77 Cfr. Roxin, 1997c: 702; Baldó Lavilla, 1994: 154 ss.

cuando los delitos son graves, se impone la consideración de que el derecho no puede ceder ante el injusto en contra del mantenimiento de la norma, aun cuando «idealmente» una ponderación global indique que el bien salvado es superior. Pero incluso así se desestabiliza la vigencia del ordenamiento jurídico. Será suficiente con que el hecho (del necesitado) sea antijurídico (robo, violación), para excluir la justificación, dejando inalterable, sin embargo, las atribuciones de actuación en legítima defensa y el camino a la posibilidad del estado de necesidad disculpante[78].

Respecto a la «preponderancia» o al carácter «notablemente positivo» de uno de los intereses en conflicto en el estado de necesidad, esa preponderancia no es necesaria para la justificación. Es decir, cuando nuestra legislación expresa que «el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado» (art. 20.4.a CP), desde una interpretación que atienda la *ratio legis*, debe decidirse por considerar que no es necesario que la «preponderancia» sea «sustancial» o «notable», entendidas en términos cualificados o de medición de grados (realizado por una simple valoración de bienes en conflicto —la sola deducción simplista de bien contra bien será insuficiente e inadecuada—). La importancia de lo «predominante» de uno u otro interés a valorar más bien debe derivarse de una ponderación global del conflicto de intereses. En este sentido, a fin de evitar equívocos hay que corregir de *lege ferenda* la redacción de este precepto mencionado, en cuanto signifique cambiar el inadecuado término de la regulación peruana: «interés» en vez de «bien». La misma cuestión en Alemania se complica un tanto, porque en la redacción del § 34 CP alemán se consigna expresamente: «el interés protegido prepondera esencialmente sobre el lesionado». Pero, sobre ello, resulta acertada la interpretación de Roxin, cuando afirma que «preponderancia sustancial» no debe entenderse «en el sentido de una preponderancia cualificada o elevada en grado, sino en el sentido de que la preponderancia de intereses ha de ser indudable e inequívoca para que se produzca la justificación»[79].

Entonces si la ponderación de intereses favorece al sujeto necesitado, es necesario proceder, como un segundo paso, a una «valoración global ético-social» determinando el medio correcto para el fin correcto[80].

78 Cfr. Roxin, 1997c*:* 705; Baldó Lavilla, 1994*:* 155. Un estudio amplio del estado del estado de necesidad disculpante en Silva Sánchez, 1999: 155 ss. Otros casos de compleja solución y ubicación sistemática en Wolter, 1999: 1 ss.

79 997: 713. Asimismo, Jakobs, 1997b: 513 ss., quien además distingue los casos donde hay relación de garante.

80 Roxin, 1997c*:* 674.

4. La cláusula de adecuación

El empleo de un medio adecuado. Art. 20.4.b CP.

Bajo la regulación peruana del artículo 20.4.b CP, se inserta «el empleo de un medio adecuado» que plasma la denominada «cláusula de la adecuación»; en ella[81], subyace de modo consistente la «teoría del fin», es decir, la utilización del medio adecuado para obtener el fin (justificado). Y que en sus orígenes surgiera en contraposición de la «teoría de la ponderación de intereses» —también recogida en el 20.4.a CP, pero que ahora la complementa su regulación—. La cláusula de adecuación del estado de necesidad justificante determina los «límites de la ponderación»; así, en determinados casos opera poniendo límites y excluyendo la justificación, cuando a pesar de existir un resultado predominante en el conflicto de intereses (adverso al interés dañado), hubieran existido otros medios o procedimiento predeterminado por el ordenamiento jurídico. En estos casos —como afirma Jakobs— «cualquier otra solución del conflicto constituye un medio inadecuado»[82].

La adecuación también pone límites a la «ponderación de intereses», cuando considera que la «dignidad humana», valor absoluto, está excluida de la ponderación. Quedan de ese modo excluidas de justificación las acciones de salvaguarda que signifiquen una grave afectación a la dignidad humana. Así, por ejemplo, los actos de tortura desde ningún punto de vista ponderativo pueden justificarse[83]. Tampoco creemos que la ponderación justifique los hechos cuando ella vulnere la libertad, la vida, o la integridad. No se puede en estado de necesidad justificante

81 Cuya fuente legislativa es el § 34 inc. 2 CP alemán, incluso su redacción es muy similar: «el hecho sea un medio adecuado».

82 1997: 514 ss. «Para la justificación no basta un balance positivo de intereses si la solución del conflicto (la eliminación del riesgo) está canalizada por un determinado procedimiento, o incluso está excluida».

83 En este sentido: Roxin, 1997c: 716 ss; Cerezo Mir, 2000: 268 ss. Y refiriéndose a que bienes fundamentales protegidos por la Constitución, considera que no siempre son superiores a otros bienes jurídicos, Luzón Peña, 1996: 630. Está en contra de excluir la dignidad de la persona de la ponderación Molina Fernández: que trata de poner en duda la no justificación, recurriendo —para afirmar que sí hay justificación— a casos como el del que juez que impone pena privativa de libertad a una persona; o cuando el condenado no haya cometido el hecho, pero las pruebas así lo dicen. —2000*:* 215 ss.—. Sin embargo, esta posición, no del todo cierta, parece olvidar que los actos que ejemplifica —por cierto justificados — son propios y conformes a Derecho en ejercicio legal del cargo o función; muy distintos son las acciones que se emplean en el estado de necesidad justificante. Además, como ya se dijera desde von Liszt, 1827: 352 s.: «El estado de necesidad requiere siempre la colisión de intereses legítimos. Si el orden jurídico ha negado su protección a los intereses en peligro (la libertad, por ejemplo), la idea del estado de necesidad queda excluida»

salvar una vida a costa de otra (ambas tienen el mismo valor); no se puede extraer a nadie un riñón o su sangre dañando su salud o en contra de su voluntad (en ambos casos se vulneran el principio de autodeterminación). Es dominante en la doctrina, la posición que considera que ni siquiera en la comunidad de peligros se justifica una ponderación de vida por vida[84]. Muy ilustrativo resulta aquí el ejemplo que expusiera Gallas[85]: la coacción que sufre un tercero a fin de que se le practique una extracción sanguínea para salvar la vida de un sujeto necesitado, debido a que no era posible conseguir sangre de otro modo. En este caso la balanza no se inclina en contra del autor (sujeto auxiliante del necesitado) por el hecho de que el interés del coaccionado (libre determinación, voluntad, integridad corporal) sea preponderante, sino debido a que los principios de la libertad y la dignidad humana, superiores a todo interés individual, se oponen a la justificación.

De otro lado, también ha de quedar claro que la cláusula de adecuación opera poniendo límites a la cláusula de ponderación de intereses, es decir, que evita que la ponderación legitime acciones de salvaguarda que vayan más allá de lo permitido, de lo socialmente adecuado[86]. La cláusula de adecuación impide que la situación de necesidad faculte una actuación afectando intereses ajenos ilimitadamente, por ello, en la doctrina se habla que los límites del estado de necesidad los pone la dignidad humana. Así, la acción de salvaguarda, a pesar de haber una ponderación de intereses, no legitima aquellas acciones de salvaguarda que desvirtúen derechos esenciales de terceros[87].

5. Elementos subjetivos de justificación

El sujeto (o su auxiliante) que actúa en estado de necesidad «realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro» (art. 20.4 CP). Desde este

84 Decididamente Jakobs, 1997b: 505, para quien no se puede sacrificar ni el breve instante de vida que quede en estado de necesidad agresivo; Stratenwerth, 1982: 149, refiriéndose al caso conocido del «guarda agujas de ferrocarril» (Welzel) afirma: que la vida de un hombre o de unos pocos tiene el mismo valor jurídico que la de muchos; «el valor de bienes jurídicos *altamente personales,* tales como la vida, la intensidad corporal, el honor, etc., no sufre aumento por simple adición numérica». En contra, entre otros, Maurach/Zipf, 1994*:* 477, num. 35.

85 Citado por Roxin, 1997c*:* 693. Otro caso: el médico cirujano que ante el peligro inminente de muerte de su hijo —gravemente enfermo del riñón— e internado en el hospital donde trabaja, obtiene un riñón de un cliente al que ha anestesiado y que había acudido al hospital solo a una observación rutinaria, para transplantarlo a su hijo, salvándole la vida, Silva Sánchez/Corcoy Bidasolo/Baldó Lavilla, 1993: 232.

86 Bacigalupo Zapater, 1997: 272 ss.

87 Sobre ello, véase Baldó Lavilla, 1994: 175; Mir Puig, 2002: 458 ss.; Bernal del Castillo, 2001:95.

marco normativo, podemos interpretar que subyace la exigencia de un elemento subjetivo en la actuación de salvaguarda, el mismo que significa que se ha de actuar con conocimiento del estado de necesidad y de la necesidad de salvaguarda del interés preponderante[88].

6. La provocación de la situación de necesidad

Conviene recordar que la redacción del estado de necesidad justificante del artículo 20.4 CP, y del § 34 del CP alemán, son regulaciones parecidas. Entonces, a pesar de que la provocación de la situación de necesidad no se haya expresado literalmente en las regulaciones peruana y alemana (art. 20.4 CP y § 34 CP alemán), se deduce de ellas que la situación de necesidad no haya sido provocado por el sujeto necesitado, en razón de una interpretación teológica. El antiguo aforismo expresado por Binding[89]: «quien se haya puesto en peligro, que perezca en el mismo» negaba la justificación si la situación de necesidad era provocada. Sin embargo, dicha afirmación en nuestros días ha sido relativizada, puesto que de modo mayoritario, la doctrina acepta la posibilidad de apelar estado de necesidad justificante cuando concurra provocación imprudente[90]. En este sentido, Roxin desde una fundamentación teleológica sobre el estado de necesidad justificante, afirma que: «en el caso del § 34 el sujeto actúa para preservar intereses que no pierden sin más su —por lo demás— sustancial preponderancia por la provocación culposa en la situación de necesidad»[91].

Distinto es en cambio el caso de la provocación dolosa, donde el sujeto se pone premeditadamente en una situación de necesidad para a costa de otros librarse del peligro. Esta situación no es justificada, sin interesar incluso si el interés salvado fuera preponderante respecto del dañado[92].

88 Cfr. en este sentido Roxin, 1997c*:* 720; Stratenwerth, 1982*:* 152 s.; Jescheck, 1993*:* 329; Mir Puig, 2002: 456; Cerezo Mir, 2000*:* 275. En contra Gimbernat Ordeig, 1999: 326 s.

89 1885: 778, cita de Roxin, 1997c*:* 697.

90 Cfr. por ejemplo Jakobs, 1997b: 510 ss.

91 *Tratado:* 698. Una exposición de teorías, desarrollo conceptual y casuístico de la provocación en Silva Sánchez, 1982: 679 ss.

92 Así, Roxin, 1997c*:* 699. Pueden revisarse ampliamente Ropero Carrasco, 2002: 110 ss, 494 ss, 552 ss; Luzón Peña, 1997: 243 ss.; Silva Sánchez, 1982: 680 ss.

Estado agresivo y defensivo de necesidad

Julio Armaza Galdós

I. Introducción. **II.** Estado de necesidad agresivo. **1.** Concepto. **2.** Evolución histórica. **3.** Fundamento. **A.** Teoría del retorno a la propiedad común y al estado natural. **B.** Teoría de la inutilidad de la aplicación de una pena. **C.** El estado de necesidad no es un problema del derecho penal. **4.** Naturaleza jurídica. **5.** Los sujetos activo y pasivo en el estado de necesidad. **A.** Sujeto activo. **B.** Sujeto pasivo. **6.** Requisitos. **A.** Peligro actual y grave. **B.** Que el bien protegido resulte predominante sobre el interés dañado. **C.** ¿Pueden colisionar un bien jurídico y una pretensión ilícita? **D.** Debe emplearse un medio adecuado. **E.** Situación de necesidad. **F.** Inevitabilidad. **G.** Que no haya obligación de tolerar el mal o de correr un riesgo proveniente del oficio o cargo que se detenta. **H.** Extensión y casos especiales. **I.** Casos especiales: aborto terapéutico y hurto famélico. **a.** Aborto necesario. **b.** Hurto famélico. **III.** Estado de necesidad defensivo. **1.** Concepto. **2.** De si es necesario que concurran elementos subjetivos en el estado de necesidad defensivo. **IV.** El exceso y diferencias. **1.** El exceso. **A.** Extensivo (estado de necesidad putativo). **B.** Intensivo. **2.** Diferencias y similitudes entre el estado de necesidad y la legítima defensa. **A.** Diferencias. **a.** Rasgos no comunes entre el estado de necesidad defensivo y la legítima defensa. **b.** Diferencia entre el estado de necesidad defensivo y el estado de necesidad justificante. **B.** Similitudes. **IV.** Conclusiones.

I. Introducción

En la valiosa monografía que Manuel de Rivacoba[1] elaboró como contribución al libro homenaje a Julián Pereda S. J., dando a entender cuán profundamente fue estudiada la legítima defensa, dejó indicado lo siguiente: «todo en ella es o ha sido discutido, el fundamento, la naturaleza, su colocación en los códigos, la amplitud (y) los requisitos». Interesante habría sido conocer la autorizada opinión del profesor español sobre el estado de necesidad, pues entonces, como ahora, el desarrollo científico de dicha eximente no fue similar al alcanzado por la defensa personal[2]. Damos por descontado, sin embargo, que el estudio del estado de necesidad constituye preocupación central de derecho penal en general y de la teoría jurídica del delito en particular, al punto que no hay tratado, manual o comentario nacional que no dedique algunas páginas al instituto en referencia. Tal estado de cosas, a pesar de todo, no permite aseverar, ni mucho menos, que estuviese agotado el tema.

En efecto, la teoría jurídica de nuestro país admite unánimemente como estado de necesidad aquellos casos en los que colisionan dos bienes jurídicos[3], y deja a la legítima defensa la solución para los supuestos de colisión entre el derecho y lo injusto[4]. Nuestro ensayo, sin embargo, asume una orientación distinta.

A la doctrina extranjera, principalmente, se debe el reconocimiento de los diversos estados de necesidad. Suele hablarse, así, de un estado de necesidad justificante y de otro exculpante[5]; agresivo en unos casos, defensivo en otros y, por último, propio y en favor de terceros (auxilio necesario).

Tiene naturaleza jurídica de justificante, por regla general, cuando se hallan en colisión dos bienes jurídicos y se salvaguarda el más valioso; será exculpante, en cambio, si los bienes son del mismo valor. En el estado de necesidad agresivo, a su turno, se reacciona contra una persona inocente en tanto que, en el defensivo, contra la propia persona que hace peligrar el interés salvado. En el auxilio necesario, por último, quien reacciona no se encuentra en peligro y el salvado es, por decirlo de algún modo, un tercero con el que puede o no estar vinculado quien hace uso de la eximente.

1 1965: 249 a 283.

2 Como es de verse de la lectura del estudio de Sommaruga, 1951: 315, nota 12, donde aparece escrito lo reproducido a continuación: «El estado de necesidad ha tardado hasta comienzos de siglo para alcanzar pleno reconocimiento».

3 Sobre lo dicho cfr. Aranibar Ramírez, 1995: 39; Chirinos Soto, 1993: 116 s.; Chocano Núñez, 1992: 302; Ezaine Chávez, 1999: 80; Masías Zavaleta, 1998: 198 y 199; Salas Arenas, 2001: 16 y Villa Stein, 1998: 329.

4 En ese mismo sentido: la práctica judicial y la doctrina. La «conducta del encausado se encuentra amparada en (la) legítima defensa —dice la resolución del 2/4/1998—, que hace ‹prevalecer el derecho frente a lo injusto›». Cfr. Caro Coria, 2002: 157 s. Sobre el contenido de la doctrina, a su turno, cfr. Masías Zavaleta, 1998: 191.

5 A los que Sainz Cantero denomina objetivo y subjetivo, respectivamente. 1982, T. II: 376 s.

No siendo de conocimiento generalmente los diversos estados de necesidad a los que acabamos de referirnos, conviene llamar la atención sobre el tema, pues para la mayoría de profesionales en ejercicio ha pasado inadvertido. Naturalmente, no trataremos todos los supuestos de estado de necesidad y limitaremos nuestra exposición, únicamente, al agresivo y al defensivo. Por razones didácticas, iniciaremos nuestra contribución haciendo exclusiva referencia al primero y, en un epígrafe distinto, nos ocuparemos del segundo. Por último, cotejando ambas eximentes, propondremos una modificación al texto del Código, dando así cabida al estado de necesidad defensivo.

II. Estado de necesidad agresivo

1. Concepto

Es la lesión de un bien (interés) jurídico ajeno, con la finalidad de impedir el menoscabo de otro u otros de mayor valía. Según criterio extendido en la doctrina nacional que, por cierto, estimamos correcto, solo procede si no pudo ser evitada de otro modo.

Se distingue entre el estado de necesidad que justifica y el que excluye la culpabilidad. En este último, el desmedro recae sobre un bien de igual o mayor jerarquía que el salvado; mientras que, en el justificante, el bien perjudicado es siempre menos valioso. En realidad, como lo veremos después, y por las razones que esgrimiremos entonces, lo que se pondera son males. Un sector de la teoría, al mismo tiempo, reconoce un estado de necesidad que tiene vinculaciones con la legítima defensa y el estado de necesidad justificante, al que, para diferenciarlo de ambos, se le denomina estado de necesidad defensivo.

2. Evolución histórica

El precedente más antiguo parece estar en las leyes de Manú, que permitían el hurto y el robo famélicos[6]. Incluso, se admitía entonces la muerte de un tercero, cuando así era posible evitar el fallecimiento por hambre del necesitado que, ante tales vicisitudes, podía alimentarse con las carnes del occiso.

Es dudoso, como observa Jiménez de Asúa[7], que los hebreos hubiesen conocido y admitido el instituto. Sin embargo, una figura muy similar hay en los Proverbios, VI, 30-31: «No se desprecia al ladrón que cuando tiene hambre roba

6 Sobre ello, cfr. Jiménez de Asúa, 1952, IV: 280.

7 1952, IV: 281 y 435.

para llenarse el estómago; sin embargo, si lo pillan tendrá que pagar mucho más, tendrá que dar los muebles de su casa».

El derecho romano, en cambio, rico en casos y supuestos nos lleva al convencimiento de que entonces le conocieron con amplitud. Según las leyes Aquilia, Rhodia de Jactu y De incendio, ruina y naufragio, *rate nave expugnata*, se eximía de pena al capitán de un buque que, al ordenar se corten las cuerdas del ancla de otro navío, desenredaba las del suyo; amparaba igualmente la impunidad al que demolía la casa de su vecino para evitar se extienda el incendio en el predio de su propiedad o a quienes, en caso de peligro de naufragio, compartiendo proporcionalmente el daño, arrojaban al mar las mercaderías de otros.

La Lex Juliam ofrece un caso razonablemente resuelto: si una mujer casada y en situación de rehén o prisionera, entre los enemigos, accedía sostener relaciones sexuales con estos, movida, entendemos, por la idea de que así se respetaría su vida, quedaba exenta de pena por adulterio.

La impunidad, en los supuestos de estado de necesidad señalados, encontraba su razón de ser en la ausencia de dolo (*dolo carere*) o en el carácter lícito del acto (*non iniuria fecit*)[8].

En el derecho germánico (Espejo de Sajonia, aproximadamente hacia el año 1230), se permitía al viajero apacentar su caballo en la heredad ajena si, de esa forma, mitigaba el animal no humano su hambre[9]; la única restricción que se imponía entonces, era la de que el viajante debía mantener un pie firme a la vera del camino, mientras cortaba la hierba.

El derecho canónico y el común medieval reconocieron con amplitud el instituto. El primero, a través del *Codex juris canonici* y de los Libros Penitenciales, prestó especial atención a los casos de hurto por hambre o por necesidad de vestido. Los requisitos entonces exigidos eran: 1. La presencia de una necesidad extrema. 2. Que se haya recurrido a otras vías para aplacar el hambre. 3. Que el apoderamiento no sobrepase lo estrictamente necesario. 4. Que no pueda atribuirse a culpa (del necesitado) la situación en que se encontraba. 5. Que el sujeto sobre cuyo patrimonio se pretendía ejercer la acción necesaria no estuviese,

8 En esto como en lo que precede, aprovechamos la documentada obra de Jiménez de Asúa, 1952, IV: 283.

9 Consúltese las Adiciones de Cuello Calón, 1936, a los Elementos de Derecho penal de Pessina, 1913: 426 y Quintano Ripollés, 1966: 116. Actualmente «en las extensas pampas magallánicas (sobrevive), una ley no escrita de necesidad, que favorece al que durante un viaje se ve acosado por el hambre, para dar muerte a una oveja y comer de ella, pero con la importante limitación de que se debe dejar el cuero y su vellón colocados visiblemente en el árbol o cerca más próximos, como demostración de la falta de ánimo de apropiación». El dato lo hemos tomado de la excelente obra de Cousiño Mac Iver, 1979, II: 337.

simultáneamente, en estado de necesidad. El derecho común medieval, a partir de la Carolina, previó algunos casos de hurto por hambre. Transcribamos el artículo pertinente del cuerpo de leyes referido: «Art. 166. Si un robo de alimentos ha sido verdaderamente necesario por el hambre que sufría el autor del robo, su mujer o su hijo, y si el robo fuese considerable y manifiesto, los jueces deliberarán de nuevo, como se ha dicho. Aunque el ladrón sea declarado impune, no tendrá acción alguna contra el demandante, por la acusación presentada». El art. 175, a su turno, indicaba: «En los robos de cosas sagradas y en los cometidos en lugares santos, la necesidad del hambre será tomada en consideración [...] como se ha prescrito a propósito de los robos profanos». Según el texto, la norma permisiva restringía el ámbito de acción al necesitado, su mujer o hijo; no cabía acción necesaria a favor de terceros no parientes o de parientes cercanos de segundo grado. Con mucha menos razón, según se desprende del texto, a favor de extraños e incluso de familiares lejanos.

La reglamentación que ha recibido en nuestro país ha sido tan variada como confusa. No halló cabida en la Parte general del CP del Estado Sud-Peruano de la Confederación Peruano-Boliviana de 1836, aunque lo encontramos en la especial. Así, según el art. 269, quedaba libre de pena quien sin ejercer profesión médica u obstétrica salvaba la vida de una persona (v. gr., a través de la embriotomía). El hurto famélico, en cambio, fue reprimido con pena atenuada por el art. 628; en tanto que la muerte producida a un animal ajeno, para salvarnos de un acometimiento o para salvar a terceros, quedó exenta de sanción por daños (art. 675).

En el CP de 1862 se lo incluyó en el art. 8, inc. 7. Su texto fue el siguiente: «Están exentos de responsabilidad penal: 7. El que en la propiedad ajena causa un mal por evitar otro mayor, siempre que este sea efectivo y no pueda emplear otro medio menos perjudicial».

El Código de 1924, en confuso inciso, contenía a su vez la fuerza física irresistible, la coacción y el estado de necesidad. A diferencia del actual, no hacía mención de la preponderancia del bien salvaguardado ni, como es de verse de la simple lectura de la correspondiente disposición, del auxilio a favor de terceros.

Están exentos de pena —decía—: «El que obra violentado por la fuerza física irresistible o impulsado por amenaza de sufrir un mal inminente y grave, o 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»[10].

Nuestro actual Código, le da cabida en el art. 20, inc. 4; he aquí el contenido del mismo:

10 Art. 85, inc. 3.

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

La fuente legislativa del inciso trascrito está en el § 34 del CP alemán de 1975; de esto se ha dejado expresa constancia en la Exposición de Motivos[11]. La muy apretada similitud de ambos textos demuestra la aseveración hecha por los comisionados. Transcribamos el contenido del parágrafo mencionado:

> El que ante un peligro actual, no conjurable 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, no actúa antijurídicamente, siempre que de la ponderación de los intereses en conflicto y particularmente de los bienes jurídicos afectados y del grado del peligro que les amenace, resulte que el interés protegido predomina esencialmente sobre el interés dañado. La disposición precedente se aplicará solo cuando el hecho sea un medio adecuado y proporcionado para conjurar el peligro[12].

El art. 2 de la Constitución de 1993 contiene dos incisos que de algún modo se inspiran en el estado de necesidad y, aunque no hayan sido redactados principalmente en razón de este (pues se trata de los derechos de las personas), terminan aludiéndolo. Toda persona tiene derecho, dice el inc. 9 de la disposición mencionada: «A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley».

En el inc. 11, dice: «A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razón de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la Ley de extranjería».

Como los derechos fundamentales no son absolutos[13], y más bien admiten excepciones según se consideren los derechos de los demás[14], y la situación en que,

11 *Diario Oficial El Peruano*, edición del 8 de abril de 1991: 7.

12 Este parágrafo, a su vez, procede de su correspondiente (§ 39) en el Proyecto gubernamental de 1962.

13 Seguimos en esto a García Belaunde, 1992: 71.

14 García Belaunde, 1992: 71.

en concreto, nos encontremos, puede ocurrir que alguien esté a punto de asesinar a su enemigo en la casa de un tercero y que, para defender al sujeto en peligro, sin autorización alguna, ingrese Rómulo en ella. Si logrado el propósito de este y habiendo para eso ocasionado lesiones graves en el atacante, amparará al puntual defensor el art. 20, inc. 3 CP (legítima defensa). Eso, respecto de las lesiones. En cuanto al ingreso desautorizado a la morada ajena, queda justificado el hecho en virtud del estado de necesidad (art. 2, inc. 9 de la Constitución y art. 20, inc., 3 CP). Ese ingreso inconsulto al domicilio ajeno es permitido si se trata de impedir, por ejemplo, que una joven infectada de SIDA (que ignora padecer la mortal enfermedad), realice el acto sexual con un muchacho que, desconociendo también tal situación, esté a punto de yacer con ella o si de ese modo salvamos al niño que corre peligro de morir en la habitación que amenaza ruina inminente.

El derecho de libre tránsito que recoge el art. 2, inc. 11 de la Constitución, a su vez, encuentra un límite irrefutable (en mérito del estado de necesidad), por ejemplo, si se mantiene en cuarentena a los tripulantes de un navío, portadores de una epidemia.

3. Fundamento

La doctrina moderna[15] admite como fundamento del estado de necesidad justificante la preservación del interés preponderante.

Existen en realidad dos bienes o intereses tutelados por el Estado: el del necesitado y el de un tercero inocente. Si quien transido por el hambre carnea una oveja que no le pertenece y lo hace después de haber intentado conseguir alimento por otras vías (la mendicidad, el trabajo, etc.), actúa en situación necesaria; su conducta, aunque constitutiva de daños a la propiedad, es, a pesar de todo, lícita. El Estado tutela, en el ejemplo dado, el derecho a la vida del hambriento (aunque en realidad como dicen Rodríguez Devesa/Serrano Gómez el derecho de toda persona a no padecer físicamente)[16] y el patrimonio del dueño de la oveja; sin embargo, dada la situación de necesidad, estipula que se preserve el bien más valioso.

En la legítima defensa, en cambio, no importa que el bien del agresor valga más que el del atacado, pues basta que este, usando el medio menos lesivo, repulse la agresión antijurídica.

15 Bacigalupo, 1987: 232; Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 1995: 164; Jescheck, 1981, I: 492; Von Liszt, 1927, II, p, 340; Mezger, 1935, T. I: 391; Núñez, 1987: 193; Villavicencio, 1990: 249, Zaffaroni, 1990: 50.

16 1992: 575. Más adelante dejaremos aclarado nuestro pensamiento en lo que respecta al hurto famélico.

Este criterio, lo dijimos, es el que impera en la doctrina de hoy. Pero no siempre fue así. Antes de quedar clara la distinción entre estado de necesidad justificante e inculpable, las teorías que fundamentaban la impunidad del estado necesario eran, entre otras, las siguientes:

A. Teoría del retorno a la propiedad común y al estado natural

Básicamente, surgió para justificar el hurto necesario. Acogida y difundida por Hugo Grocio se puede resumir así: en caso de necesidad extrema, impera el derecho natural (que garantiza la comunidad de bienes) sobre el escrito (a través del cual se introdujo el concepto de propiedad particular).

Precisamente, el texto de Grocio es como sigue: «[...] en un caso de extrema necesidad, el antiguo derecho de servirse de las cosas que se presentan revive en cierto modo, lo mismo que si ellas fueran todavía comunes: porque esta suerte de cosas parecen exceptuadas en todas las leyes humanas y, por consecuencia, también en aquellas que han establecido la propiedad sobre los bienes».

Según puede verse, esta teoría no toma en cuenta otros casos de necesidad en los que no se requiera el patrimonio ajeno; su ámbito, por lo tanto, es estrechísimo.

B. Teoría de la inutilidad de la aplicación de una pena

La desarrolló Kant refiriéndose, concretamente, al ejemplo de *Carneades*: dos náufragos se disputan la única tabla capaz de resistir el peso de uno de ellos. Al igual que la teoría anterior, su ámbito es restringido, pues no contenía los supuestos de estado de necesidad en que colisionan dos bienes de desigual valor. En su opinión: «Este pretendido derecho consiste en la facultad moral de defender mi vida, dando la muerte a quien no me hace daño». Es evidente que aquí debe haber un conflicto del derecho consigo mismo, porque no tratamos aquí del agresor injusto que atenta contra mi vida, del que me defiendo matándolo (*jux inculpatae tutelae*), caso en el cual la recomendación de moderación (*moderamen*) no corresponde siquiera al derecho, sino a la moral; sino que se trata de la violencia licita contra el que la ha usado conmigo, lo cual es prohibido por el derecho positivo.

Claro es que esta aserción no debe entenderse objetivamente, según el mandato de una ley, sino solo en el sentido subjetivo, y tal como se pronunciaría la sentencia en justicia. En efecto, no puede haber ninguna ley penal que condene a muerte a aquel que, naufragando con otro y corriendo el mismo peligro de perder la vida, le rechaza, apoderándose de la tabla con cuyo auxilio hubiera podido salvarse; porque la pena impuesta por la ley al que despojara al otro de la tabla salvadora nunca podía ser mayor que la pérdida de la vida. Semejante ley penal no tendría fuerza alguna represiva; porque la amenaza de un mal todavía inseguro (la muerte por sentencia judicial) no puede igualar al temor de un mal

seguro (el de perecer ahogado). Por consiguiente, el hecho de la conservación mediante violencia no debe ser considerado como inocente (*inculpabile*), es cierto, sino únicamente como no castigable (*impunibile*); y los doctores, por una extraña confusión, toman esta impunidad subjetiva por una impunidad objetiva (por una legalidad).

La máxima del derecho de necesidad es esta: «La necesidad carece de ley; y, sin embargo, no puede haber necesidad que haga legal la injusticia»[17].

La teoría de Kant fue adoptada, además, por Feuerbach y René Garuad; en nuestro país, parece que fue seguida por Heredia[18].

C. El estado de necesidad no es un problema del derecho penal

Georges Vidal y Joseph Magnol sustentaron esta idea[19]. A criterio de estos penalistas franceses, si una persona se encuentra en situación de peligro de perder su vida o en la de cegársela a otro para no ser a su vez muerto (pensemos en el tantas veces citado caso de la *tabula unius capax*), no es un problema del derecho penal. Esto, por una razón: la necesidad no conoce ley y ningún ordenamiento jurídico puede exigir el sacrificio propio para salvaguardar los derechos de otros. Discurren, los juristas citados, del modo siguiente:

> En nuestra opinión, la impunidad de los atentados realizados bajo la presión de la necesidad se conexiona con la idea de que el Estado no puede, por la ley positiva penal, imponer actos de heroísmo y de sacrificio de la propia existencia para salvar la vida y con mayor razón para respetar los derechos de otros. El acto cometido bajo el imperio de la necesidad esta fuera del derecho penal, porque la necesidad no tiene ley y es, por tanto, excluyente de toda falta.

El hecho de que los supuestos por necesidad merezcan impunidad (por ausencia de antijuridicidad o culpabilidad) es prueba irrefutable de que están dentro de los límites del derecho penal y no, como se pretende, fuera de ellos.

Esta doctrina, que fue originalmente expuesta por Johann Gottlieb Fichte, ha sido aceptada también por Emile Garçon y Bernardino Alimena.

17 1943: 53 s.

18 1884: 52: «Por último, la pena que se infligiera a los que, a impulsos del miedo causan la muerte a otro, sería ineficaz».

19 Sobre el pensamiento de estos autores cfr. Cousiño Mac Iver, 1979, II: 343; Jiménez de Asúa, IV, 1952: 313. Fichte, antes, postuló un punto de vista más radical: el estado de necesidad está fuera del Derecho. Vidal/Magnol, únicamente lo excluían del derecho penal.

De otras fundamentaciones y con la amplitud debida se ha ocupado Jiménez de Asúa[20]. Al no ser el caso hacer aquí un análisis exhaustivo de ellas, nos remitimos a las explicaciones de este autor.

4. Naturaleza jurídica

Salvo José Silva Santisteban[21], Juan José Calle[22] y Corso Masías-Cuadros Escobedo[23], en la doctrina nacional se reconoce al estado de necesidad, en general, una doble naturaleza jurídica[24].

Si en la colisión de bienes ambos son del mismo valor, estamos frente a un estado de necesidad inculpable[25]. Así, cuando dos sujetos, Ticio y Cayo, se encuentran dentro de una habitación herméticamente cerrada en la que es imposible el ingreso de oxígeno antes de tres horas en que llegará el encargado de abrirla y, supuesto que el consumo normal de oxígeno por los enclaustrados apenas pueda hacerse durante una hora y media, la muerte que Ticio le ocasione a Cayo estará amparada por el estado de necesidad inculpable si ese es el único medio de evitarse un seguro fallecimiento por asfixia.

Al contrario, si por huir del ataque ilegítimo de que somos objeto por parte de una banda de asesinos, cruzamos una plantación de rosas, y la malogramos, nos amparará el estado de necesidad justificante. El bien dañado (patrimonio de un tercero) y el salvado (mi vida) en el ejemplo tienen un valor desigual. El derecho, al sopesarlos, se inclina a favor del más importante. Dicho de otra manera: hay aquí estado de necesidad porque el mal producido fue menor que el evitado.

---

20 1952, IV: 307 a 355.

21 Quien sostiene que el estado de necesidad es una causa de inimputabilidad. 1863: 33 y 34. En realidad la obra de Silva apareció, aunque el pie de imprenta diga lo contrario, el año de 1864 (es decir, cien años después de la primera edición del inmortal libro de Beccaria).

22 Que lo consideró una causa de inimputabilidad.

23 1956: 9. Defienden estos autores la idea de que lo que se elimina en el estado de necesidad, es el dolo o la culpa.

24 Cfr. Cuba Salerno, 1997: 155; Bramont Arias, 1966: 179; Hurtado Pozo, 1987: 386 s.; Peña Cabrera, 1994: 372. Básicamente, por la teoría de la diferenciación, el estado de necesidad puede ser exculpatorio o justificante; según la teoría de la unificación, se le debe ubicar o en la culpabilidad o, más bien, en la antijuridicidad (entienden que siempre el estado de necesidad es justificante, Von Hipel, Gimbernat, Luzón Peña, Cuerda Riezu y Roldán Barnero). Los proyectos de Código Penal alemán de 1909, 1913 y 1919 sometiéndose a la tesis unificadora, asignaban a la eximente siempre la naturaleza jurídica de justificante; el de 1925, la de disculpante. Nuestro CP es eminentemente diferenciador.

25 Chirinos Soto, 1993, T. I: 116 s., cree que lo que se elimina aquí es la pena. Distingue este autor entre estado de necesidad como causa de justificación y como excluyente de «penalidad» o «represión».

Nuestro CP prevé ambos: en el inc. 4 del art. 20, se da cabida al estado de necesidad justificante; el inc. 5 del mismo artículo regula el inculpable. Con Albert Friedrich Berner, el discípulo de Hegel, nos lo indican José María Rodríguez Devesa-Alfonso Serrano Gómez, nacen las teorías de la diferenciación.

Si el hecho es justificado por la necesidad, no genera consecuencias civiles para el necesitado o quien lo socorrió.

Ejemplos de estado de necesidad justificante son los siguientes:

«[...] un bombero puede salvar a un niño de la muerte segura en las llamas solo arrojándolo desde la casa hacia una lona salvavidas [...] si ese lanzamiento constituye la única posibilidad para salvar (lo)»[26]; «la conducta de un padre de familia paupérrimo que [...] sustrae desde la vitrina de la farmacia una caja de aspirinas para combatir la elevada fiebre que aqueja a su mujer»[27]; un «joven negligente [...] arroja la colilla de un cigarro al piso enlucido de sustancia inflamable provocando un incendio, (y) para salvarse del peligro se arroja al inmueble vecino rompiendo toda la cristalería»[28]; un «amigo le quita las llaves al borracho para impedirle que conduzca en tal estado»[29]; «liberar de la prisión a terroristas condenados, si es para salvar la vida de un rehén»[30]; «amputar una pierna para evitar que la gangrena se extienda por todo el cuerpo»[31]; «el suicida que se arroja al río y que luego, arrepentido, tiene que apoderarse de una barca para no perecer»[32]; «perdido en la floresta, el agente hurta leña para evitar de ese modo su muerte por congelamiento»[33]; «un farmacéutico entrega por equivocación cianuro a una persona que le ha pedido bicarbonato de sodio, y que, advertido de su error cuando el cliente ya se ha retirado del negocio, utiliza sin permiso el automóvil de su vecino para impedir a tiempo que el comprador ingiera el veneno»[34]; «el que para salvar sus plantíos de lechuga en época de lluvias intensas hace correr el agua hacia el fundo baldío de su vecino»[35]; «el que comete un delito contra la propiedad coaccionado por otro que le amenaza con matar a su mujer»[36]; «operar a una persona en inminente riesgo de muerte, aunque se oponga el padre del enfermo»; «apoderarse de un medicamento secreto, aún no puesto en circulación, por un empleado que

26 Welzel, 1987: 133.
27 Cousiño Mac Iver, 1979, II: 359.
28 Morriberón, 1982: 75.
29 Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, 1992: 577.
30 Jescheck, 1983: 494.
31 Jakobs, 1997b: 510.
32 Cury, 1982, I: 329.
33 Regis Prado, 2001: 248.
34 Cabral, 1987: 111.
35 Creus, 1990: 323.
36 Zaffaroni, 1999: 501.

salva así la vida de su hija»[37]; «la utilización de una barca ajena para salvar a uno que se está ahogando»; «A prende fuego a una habitación donde se encuentran valiosos cuadros de su enemigo B. Este, para apagar el fuego, aún pequeño, y evitar que llegue a los cuadros, se ve precisado a echar mano del abrigo de un tercero, que queda algo deteriorado»[38]; «arrancar un madero de la cerca ajena, dañándola, para defendernos en legítima defensa de un agresor ilegítimo»[39]; «el que desvía la corriente de las aguas que riegan una propiedad por echarlas sobre un edificio que se incendia»[40]; quien «falsifica una receta para obtener un calmante y aliviar sus fuertes dolores»[41]; «derribar parte de la propiedad ajena para impedir que el fuego desatado en ella invada la nuestra»[42]; conducir un vehículo a velocidad extrema, contra el tráfico y sin tener licencia de manejo, cuando es el único medio de evitar la muerte a un herido que requiere ser evacuado de emergencia a la sala de operaciones; matar el último ejemplar de un animal raro y en extinción, cuando así nos salvamos «de morir de hambre extrema»[43], aunque goce el animal de protección estatal mediante leyes penales que repriman su exterminio; lesionar a quien pretende suicidarse o automutilarse gravemente (en este último caso la lesión inferida debe ser de menor intensidad que el daño evitado)[44]; girar un cheque sin provisión de fondos, solo si a cambio se obtiene dinero para pagar los gastos de operación urgente de un familiar cercano; inyectar suero contraviniendo la voluntad de quien habiéndose declarado en huelga de hambre corre peligro de morir deshidratado; obligar al conductor de un taxi a que nos traslade a un centro de salud, cuando minutos antes y con el designio de suicidarnos, tuvimos la torpe idea de ingurgitar —como en efecto lo hicimos— una sustancia venenosa que, al enfrentarnos al ineluctable riesgo de morir, hizo que nos arrepintiéramos[45].

Una Ejecutoria Suprema peruana que igualmente justifica la lesión del bien ajeno en estado de necesidad es la siguiente:

> Para que exista delito de apropiación ilícita, no basta el hecho material de apropiarse de una cosa, sino que es necesario que ese acto vaya en fraude del derecho de otro, y con el propósito de lucrar; y solo hay delito si se acredita

37 Jiménez de Asúa, 1952. T. IV: 277.
38 Luzón Peña, 1978: 78.
39 Ángeles Gonzales/Frisancho Aparicio, 1996, T. I: 184.
40 Viterbo Arias, 1900:76.
41 Muñoz Conde, 1984: 107.
42 García Calderón, 1864: 75.
43 En realidad, tal ejemplo solo puede ser sostenido con fines docentes, pues como lo veremos después (*infra*, hurto famélico), difícilmente puede estar en peligro la vida en tales supuestos.
44 Dado nuestro punto de vista el ejemplo es discutible.
45 Hurtado Pozo, 2005: 558.

> ese ánimo, con el hecho material de la negativa a la devolución. Cuando hay el propósito de indemnizar y una causa que demuestra la necesidad del acto practicado, no puede existir tal delito (en el caso de autos, la tuberculosis laríngea de que adolecía el acusado originó que, para atender su curación, tomara parte del producto de las ventas que le estaban encomendadas)[46].

Como se puede apreciar, no se dice que sea una causa de justificación, sino, simplemente, que el hecho no constituye delito. Una interpretación acorde con lo que venimos sosteniendo, sin embargo, no tendría problema alguno en atribuir al hecho la naturaleza jurídica de justificante.

Al ser el estado de necesidad del art. 20, inc. 4 CP una causa de justificación, no se admite legítima defensa contra el necesitado, pues, en este caso, faltaría el requisito de ilegitimidad en la «agresión»[47]. En contraposición, cabe justa defensa privada contra quien actúa en estado de necesidad inculpable[48].

La tendencia diferenciadora que reconoce un estado de necesidad justificante y otro exculpatorio, dominante en la doctrina, se ha plasmado en el numeral 20, incs. 4 y 5 de nuestro ordenamiento punitivo a partir de la promulgación del Decreto Legislativo 635 del 3 de abril de 1991. No hay modo de pensar, de acuerdo al texto del art. 20 inc. 5 de la ley penal, que una teoría unificadora pueda exitosamente ser sustentada entre nosotros desde que en el estado de necesidad, en el que colisionan bienes del mismo valor, es exigible, de *lege lata*, que la acción salvadora, para alejar el peligro, sea obligatoriamente antijurídica. La antijuridicidad o ilicitud de la acción conjurante a que se hace mención en la misma disposición legal, impide interpretar que el estado de necesidad del núm. 5 del art. 20 pueda ser una causa de justificación.

5. Los sujetos activo y pasivo en el estado de necesidad

La institución que examinamos, lo vimos, es una causa de justificación. Como únicamente pueden justificarse los comportamientos que son de hecho lesivos al bien jurídico de terceros, se requiere la presencia de alguien que se mueva por la necesidad y de otro que soporte la injerencia agresiva del primero. No se viola la libertad ajena, según esto, si A ingresa al domicilio de B con su consentimiento, aunque realmente se vea en peligro de muerte por la persecución de que es objeto por parte de una cuadrilla de criminales. Falta, en el ejemplo, el «conflicto» de bienes «afectados» que exige el código. B, pese a la necesidad de salvamento de A, no es sujeto pasivo.

---

46 Ejecutoria del 23 de octubre de 1939, R. de los T. 1939: 372.

47 Villavicencio, 1990: 243.

48 En otro sentido, Masías Zavaleta, 1998: 197.

¿Quiénes pueden ser entonces sujetos activo y pasivo en el estado de necesidad? Veámoslo a continuación.

A. Sujeto activo

Será la persona que consigue la salvación de un bien jurídico propio o ajeno amenazado por un peligro actual.

Al hacer referencia el código a la realización de un «hecho destinado a», está refiriéndose a una acción conjurante que, además, debe ser típica (pues únicamente las acciones típicas pueden ser justificadas) y, por ende, humana.

Los inimputables absolutos por anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia y los menores de edad referidos en los incisos 1 y 2 del art. 20 también pueden ser sujetos activos en el estado de necesidad. Lo acabado de indicar, a pesar de todo, merece un comentario adicional: los inimputables y los menores de edad, aunque causen un daño considerable al hacer uso de estado de necesidad, habrán de quedar exentos de responsabilidad porque sus comportamientos, según el criterio predominante, no puede serles reprochado penalmente. Pese a ello, es preferible pronunciarse a favor del instituto que nos ocupa, pues al no ser ilícito el daño causado por ellos, quedarían liberados de abonar (por sí o por medio de sus representantes) una reparación civil.

B. Sujeto pasivo

Es el que soporta los efectos de la acción típica protectora. A diferencia de lo que ocurre con el sujeto activo, el pasivo podrá serlo también la persona jurídica.

El sujeto activo, al mismo tiempo, nunca será agente pasivo. Conforme a esto, no podrá ser sujeto pasivo en el estado de necesidad quien ejecute la acción salvadora de un bien jurídico propio, pues deberá, para ello, perjudicar otro de su propiedad (si un *quídam*, para salvaguardar su casa de un incendio, destroza la contigua, que también le pertenece, esperanzado en que, perjudicando esta, impedirá la invasión del fuego en aquella). Esto, por una razón: su conducta (de querer salvar una casa, destruyendo otra) no es típica y, para ser considerado sujeto pasivo se debe, lo dijimos, soportar los efectos de una acción típica protectora. «Así como no existen delitos —dice Cousiño— en contra de sí mismo, porque no puede ser sujeto pasivo de ellos el propio sujeto activo, según lo vimos en su lugar, tampoco el necesitado que destruye la cosa que le pertenece realiza una acción justificante, pues su hecho no es típico»[49].

49 Cousiño Mac Iver, 1979, II: 376.

El bien jurídico lesionado, en suma, debe pertenecer necesariamente a un tercero[50].

6. Requisitos

El CP exige básicamente los siguientes: a) la existencia de un peligro actual, b) que el bien jurídico preservado sea superior al interés dañado (o como creemos preferible se debe decir: que el mal inferido sea de menor entidad que el evitado), y c) que se emplee «un medio adecuado para vencer» la amenaza.

Del contexto de todo el inc. 4 deducimos que, además, se requiere: d) que el agente esté en verdadera situación de necesidad y e) que exista imposibilidad de evitar el daño de otra forma a como se lo evitó.

Algunos códigos y, en particular, la doctrina, incluyen entre los requisitos el que f) no haya obligación de tolerar el mal.

A. Peligro actual y grave

En primer orden, exige el código que la amenaza del peligro sea actual; excepcionalmente, sin embargo, bastará con que sea inminente[51] (el aborto terapéutico es prueba de ello).

Al peligro ya desencadenado y no evitable de otro modo que, a través de la acción típica lesiva del bien ajeno, se reputará actual. Inminente será el que está por suceder. Cuando una mujer sufre un embarazo anormal, hay riesgo inminente (no actual) de que con el transcurso de las semanas pueda peligrar su vida; a pesar de que el riesgo de muerte únicamente aquí está por suceder, es posible practicar el aborto necesario sin que sea preciso esperar que la gestante comience a sufrir dolores o quebranto en su salud.

Además de actual o inminente, el peligro debe ser grave[52] y lo es el que amenaza bienes jurídicos importantes. Contrariamente, el peligro no grave impide el ejercicio de la eximente. Si una jovencita, según lo dicho, para salvar su maquillaje del polvoriento ventarrón intempestivamente desatado ingresa en la

50 Zaffaroni, 1880, III: 627. Últimamente Rivacoba y Rivacoba ha demostrado que, algunas veces, el bien perjudicado puede muy bien pertenecer al sujeto activo y procederá igualmente la eximente si este le perjudica (cuando, por ejemplo, se encuentre legítimamente en poder de otro, que tiene interés en preservarlo), 1995: 244 s.

51 En ese sentido, Rivacoba y Rivacoba, 1997: 29; Hurtado Pozo, 1973: 102; Aranibar Ramírez, 1995: 39 y Villavicencio, 2006: 552.

52 Así, Corso Masías/Cuadros Escobedo, 1956: 9; Cornejo, 1926: 310; Bramont Arias, 1966: 180; Morriberón, 1982, II: 75; Cerezo, 1998, II: 247; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, 1992: 569.

morada ajena sin autorización para hacerlo, aunque verdaderamente se hubiese liberado de esta forma de las molestias que le originarían el volverse a emperifollar, no habrá obrado, a pesar de todo, en estado de necesidad. La exigencia de la gravedad del mal la encontramos en la Ejecutoria del 31 de enero de 1986 que hace suyos los argumentos del entonces Fiscal Supremo en lo Penal, Méndez Jurado: «No hay responsabilidad si se establece que los acusados actuaron, apoderándose de diversas especies, por estar sujetos a graves amenazas contra sus vidas»[53].

B. Que el bien protegido resulte predominante sobre el interés dañado

La primera exigencia textual que hace el código está referida a que al sopesar los bienes jurídicos en conflicto y la intensidad del peligro que los amenaza, el bien salvado deberá ser el más valioso.

Aunque el código hable de «bienes» al hacer alusión a la ponderación de los mismos, la doctrina prefiere emplear el vocablo «intereses»[54]. Ello, en principio, por cuanto con este término se considera otros factores además de la sola comparación jerárquica. De la sola apreciación de los bienes jurídicos, siempre resultará preponderante la vida con respecto a la libertad, la integridad física con relación a la propiedad; sin embargo, hay situaciones en las que una mera comparación de bienes es insuficiente para determinar la importancia de ciertos intereses que para la sociedad tienen relevancia singular y, por ende, deben prevalecer (es preferible, según esto, sacrificar la integridad física de un sujeto a través de una lesión de ínfima gravedad si de ese modo se salva una pintura famosa). Dicho en otros términos: la valoración de los bienes jurídicos en juego es uno de los aspectos a los que se debe atender; los demás se derivan del interés socialmente conveniente e, incluso, del que el sujeto tenga en particular (de ahí que en el aborto terapéutico, art. 119, se requiera el consentimiento de la mujer, pues si ella no lo da —al tener interés en posibilitar la existencia del ser que abriga en su vientre y pese al conocimiento que tiene del riesgo que ello representa para su salud—, en modo alguno se podrá actuar en estado de necesidad justificante de terceros).

Si se requiere que el bien protegido resulte predominante sobre el interés dañado, nunca habrá estado de necesidad justificante cuando colisionen dos vidas (ejemplo de la *tabula unius capax*), pues ambas, para el ordenamiento jurídico, valen igual. Si uno de los dos alpinistas que asidos de la misma cuerda tiene que cortarla, le beneficiará el estado necesario si ese fue el último recurso apelable para impedir la ruptura de la cuerda y, con ella, su muerte por despeñamiento. Este

53 Cfr. Anales Judiciales de la Corte Suprema, LXXIV, 1990: 126 s.

54 Bacigalupo, 1987: 233, nota 141.

estado de necesidad, sin embargo, es solo inculpable[55]. Zaffaroni, en un párrafo que conviene transcribir a continuación, no admite la posibilidad de determinar el mal menor atendiendo al número de vidas en peligro, pues, en todo caso, estaremos frente a un supuesto de estado de necesidad disculpante.

Según Zaffaroni:

> De cualquier manera, en los casos en que los males sean vidas humanas, el estado de necesidad justificante no podrá amparar nunca a la conducta homicida, porque una vida humana siempre vale para el derecho tanto como otra, no pudiendo cuantificarse los males tampoco por el número de vidas humanas en juego, porque aunque sea una vida sacrificada para salvar mil, lo cierto será que esa vida ha sido usada como medio y, conforme a los principios de respeto a la dignidad humana, el derecho no puede tolerar que nadie sirva como medio, ni siquiera para salvar a otro. De allí que los casos en que los males que choquen en la situación concreta sean vidas humanas, no puede imponerse otra solución que el estado de necesidad inculpante[56].

A esa misma conclusión llegaríamos si parte de las vidas en conflicto fuesen defectuosas, o se tratare de contagiados de una enfermedad grave e incurable que, por ello, muy próximamente han de morir.

Prevaleció el bien jurídico más importante, igualmente, cuando el acusado sustrajo del quirófano del Hospital Nacional Guillermo Almenara Irigoyen una válvula para posesión mitral y la utilizó, ante los requerimientos urgentes de los familiares del paciente que padecía de «una complicación tipo embolia», el mismo día en que se produjo el «hurto» instruido. El Tribunal Correccional, por eso, en la Sentencia del 23 de septiembre de 1986, confirmó la resolución que archivó la causa[57].

Con lo dicho, basta para demostrar que en el estado de necesidad debe respetarse el principio de proporcionalidad entre el mal que se causa y el que se evita[58].

C. ¿Pueden colisionar un bien jurídico y una pretensión ilícita?

Predomina el criterio que determina que en el estado de necesidad siempre entrarán en colisión bienes jurídicos[59] de desigual valor, pues precisamente la diferencia

55 Cfr. Sobre ello, Hurtado Pozo, 1991: 31 s.

56 Zaffaroni, 1999: 502 s.

57 Cfr. Jurisprudencia penal, 1988: 121 s. La sumilla de la Sentencia, sin embargo, señala equivocadamente la procedencia de la absolución por ausencia de culpabilidad cuando en realidad debió hacer referencia a la no antijuridicidad del acto.

58 Por todos, en ese sentido, Hurtado Pozo, 1987: 386.

59 Referencias a dicho criterio puede verse en Rivacoba y Rivacoba, 1995: 216 s. En nuestro país, han sostenido tal punto de vista Benites Sánchez, 1958: 98 y los citados en la nota

entre este instituto y la legítima defensa consiste en que en la última se enfrentan el derecho y lo injusto (agresión ilegítima)[60]. Dicho de otro modo, si se enfrentan dos bienes jurídicos, y por salvaguardar uno de ellos se perjudica el menos valioso, han de aplicarse las normas derivadas del estado de necesidad; si el enfrentamiento es entre el derecho y lo injusto, en cambio, las de la legítima defensa.

Pero, ¿ha de ser dolosa la agresión en la legítima defensa? Al ser culposa, ¿cabe estado de necesidad? Un grupo importante de autores (Bacigalupo, Córdoba Roda, Creus, Villavicencio Terreros, Welzel y muchos más) estima que la agresión en la legítima defensa puede ser dolosa o imprudente; otro, en cambio, que debe necesariamente ser dolosa (Jiménez de Asúa, Zaffaroni, Muñoz Conde). Los primeros, valiéndose de un argumento aparentemente convincente, sostienen que el CP solo exige que la agresión sea antijurídica y, al ser tal la dolosa y la imprudente, cabe en ambos casos legítima defensa.

El sentido etimológico de la palabra agresión (*aggressio*, de *ad-gradior*: dirigirse o marchar hacia, tender a), sin embargo, hace referencia a una acción consciente, dirigida por la voluntad y orientada a algo y la mencionada en nuestro código como requisito para la defensa personal, por ello, no puede ser sino dolosa[61]. Es más, como lo demuestran Fritz Dreesen y Luzón Peña, únicamente cumpliría una función preventivo general el instituto de la legítima defensa frente a agresiones dolosas y no, como se supone, frente a culposas. Transcribamos lo acotado por el último de los juristas citados:

> [...] a más de proteger (la legítima defensa) el bien jurídico individual, hace prevalecer el orden jurídico frente al injusto agresor; es decir, que... cumple una misión de prevención general, desplegando una formidable función de intimidación. Pues bien, frente a la imprudencia no tiene sentido la función preventivo-general de la legítima defensa; frente a la acción imprudente esta no puede cumplir su función de intimidación[62].

3. Contrariamente, en cambio, Ángeles Gonzales/Frisancho Aparicio, 1996, T. I: 177, quienes después de mantener lo señalado en el texto, sostienen lo siguiente: «Por lo demás, es indiferente —si el estado de necesidad— proviene de la acción (antijurídica o no) de una persona o de fuerzas naturales».

60 No piensan en ese sentido, en cambio, Lôffler y Liepmann, pues creen que en la legítima defensa hay colisión de intereses jurídicamente tutelados.

61 En sentido contrario, en cambio, se pronuncia Salas Arenas, 2001: 17, al señalar que la agresión en la legítima defensa puede ser dolosa o culposa.

62 Luzón Peña, 1978: 181. Aduce razones preventivo-generales en la legítima defensa, también, Roxin, 1997c: 608.

Efectivamente, la reacción defensiva frente a agresiones dolosas es la única que surte efectos de intimidación, pues, por lo común, estas son mucho más graves que las imprudentes y, por ende, allí es donde debe manifestarse la defensa para demostrar el fracaso del injusto frente al derecho.

Además, no hay forma de intimidar mediante la legítima defensa si el actuar es culposo. Esto obedece a que, cuando el sujeto realiza un acto infringiendo el deber de cuidado exigido por la ley, se desenvuelven los sucesos en dos facetas: en la primera, actúa de tal modo que aún el peligro a los bienes jurídicos no es inminente (conduce un triciclo sin tener la pericia requerida, sino, a lo sumo, alguna práctica general). Al imprudente conductor no le intimida, hasta aquí, la posibilidad del ejercicio de la legítima defensa, por cuanto al no querer atropellar y teniendo el interés y la confianza necesarios para evitar el accidente, cree que no se producirá el resultado. Quien se crea un posible agraviado, a su vez, no podrá repeler en legítima defensa en razón de que nuestro instituto no defiende bienes suprapersonales como la seguridad pública o el orden jurídico que, a través de la acción imprudente, en el peor de los casos, podrían verse afectados.

En el segundo momento, cuando la lesión ya sea inminente, tampoco será posible hacer uso de la legítima defensa por cuanto la inminencia se deberá, según apunta el profesor Luzón, «[...] no a que el sujeto persista en su actuación imprudente, sino a que, aunque trate de evitar por todos los medios la lesión, ello ya habrá escapado al control de su voluntad; lo que significa que, si no hay control de la voluntad, no hay agresión y, por tanto, la reacción no podrá ser (efectuada en) legítima defensa sino (en) estado de necesidad»[63].

Otra será la situación si la conducta imprudente se transforma en una dolosa; en estos supuestos, sin duda, cabe legítima defensa. Tal caso se dará si, por ejemplo, se realizan espectáculos públicos en un local donde es posible se suscite un derrumbe, por ser la construcción antigua y, pese al conocimiento que tiene de esto, el administrador siga permitiendo el ingreso de los espectadores. Hasta aquí, solo hay imprudencia. Pero si advertido por peritos de que esta noche se producirá el derrumbe y, a pesar de ello, no se suspende la función, procederá legítima defensa en favor de terceros (bastará con advertir a los espectadores el riesgo que corren sus vidas. Si el portero, a pesar de ello, no impide el ingreso del público, se le puede conminar, por la fuerza, a hacerlo).

En suma, en el estado de necesidad justificante, por consiguiente, parece inadmisible la concurrencia o colisión entre un bien jurídico y una agresión ilegítima, salvo que —y aun ello es discutible— la agresión fuese culposa o, como lo sostuvo

63 Luzón Peña, 1978: 185 s.

hace más de cincuenta años Hungria Hoffbauer, provenga del obrar de un loco, menor de edad o selvático[64].

D. Debe emplearse un medio adecuado

Al igual que en la legítima defensa, únicamente se justifica la evitación del peligro a través del menoscabo del bien jurídico ajeno, si se usa el medio menos lesivo. Esta situación deberá ser apreciada por el juez, retrotrayéndose al momento en que el apremio hacía necesaria la lesión del bien jurídico de otro (*ex ante*), aunque su comprobación solo sea posible *ex post facto*.

Emplear el medio menos lesivo no significa que el agente deba tomar con absoluta exactitud el medio menos dañino o peligroso, ya que podría ocurrir que simultáneamente tuviese a su alcance dos o más medios y que, por el aturdimiento en que se encuentra u otra razón atendible (como la ignorancia), opte por el más lesivo de los que le son asequibles en el momento y circunstancia dados. Por ejemplo, si por llevar un antídoto al hospital donde se encuentre B utilizó, de emergencia, un vehículo de lujo ajeno en lugar de la anticuada motocicleta que estaba estacionada en el mismo lugar, no podrá pensarse que porque usó el medio más lesivo a la economía de terceros (el coche de lujo consume mayor cantidad de combustible que la motocicleta) no actúe en estado de necesidad. El juicio que sobre la selección del medio debe en este caso recaer, no sopesará, matemáticamente, la mayor o menor perjuicio del bien jurídico ajeno y exigirá, más bien, la mayor precisión que le sea posible al agente para determinarse en favor de uno u otro medio. La utilización de la vieja motocicleta, en el supuesto dado, hubiese significado un ahorro en la economía de los propietarios del vehículo de lujo y habría sido igualmente eficaz (pues las velocidades que desarrollan ambas máquinas son, según nuestro imaginado caso, las requeridas como término medio); pero el Estado no puede exigir al agente que se detenga a examinar esas sutilezas.

A pesar de ello, y si fue claramente apreciado el hecho de que se estaba utilizando un medio más lesivo que el adecuado a la situación en concreto, se incurrirá en exceso intensivo[65]. El exceso, sea extensivo o intensivo, según lo veremos más adelante, es punible.

Por adecuado no solo debe entenderse «menos lesivo», sino y principalmente que el medio sea racional[66]. No sería racional, según cualquier entendimiento, la utilización de las perlas de mi vecina, en la creencia, equivocada por cierto, de que

64 1949: 440.

65 «[...] la posibilidad de usar de otro medio menos perjudicial... da nacimiento al exceso», según textuales palabras de Bramont Arias, 1966: 181.

66 Sobre esto y con ejemplar acierto, Creus: 325.

servirán como reconstituyente del finísimo gallo enfermo de pelea que poseemos y que tenemos el propósito de rehabilitar, a la brevedad, para hacerlo combatir.

E. Situación de necesidad

Significa que el necesitado debe estar en una situación tal que no le quede otra posibilidad que perjudicar el bien jurídico de un tercero.

Este requerimiento fundamental puede provenir de la acción de un hombre, lícita o ilícita (en este último caso siempre que no constituya una agresión ilegítima) o de las fuerzas de la naturaleza[67]. Si A reacciona contra C, quien inconsultamente fue hipnotizado con el propósito de atacarlo, obra en estado de necesidad. Igual situación se dará si se daña la propiedad ajena para guarecerse dentro de ella, cuando se quiere eludir la fuerza de un vendaval que, de otro modo, dañaría nuestra integridad física. En el primer caso no hay acción en el atacante, pero sí en el hipnotizador; el segundo caso corresponde a un ejemplo en el que el peligro proviene de la naturaleza.

Solo si el apremio es real, hay necesidad de evitarlo; de lo contrario estaríamos frente a un estado de necesidad putativo que, salvo casos excepcionales, eximirá de pena[68].

La situación de necesidad a que hacemos referencia se deduce del «peligro» señalado en el código. Esto no significa que cualquier situación peligrosa genere un estado de necesidad, pues si esta es originada por el comportamiento delictuoso del propio agente, no hay estado peligroso en el sentido jurídico-penal puntualizado ya que el sujeto, aquí, estaría obligado a soportar las consecuencias de su actuar originario (así, el asesino que por escapar de la policía causa destrozos en la propiedad de terceros nunca, por más preocupante que sea su condición, podría alegar que los daños los ejecutó en estado de necesidad).

Tampoco configura peligro la representación de quien realmente se ve constreñido por un mal inminente no desvalorado como tal por la comunidad jurídicamente organizada[69]. Así, el malestar y los temores de quien sufre el rigor del acuartelamiento por servicio militar obligatorio no ameritan la deserción en estado de necesidad. Los castigos disciplinarios y el agotamiento físico impuestos

67 Bacigalupo, 1987: 232; Cury, 1982, I: 329; Hurtado Pozo, 1987: 383; Morriberón, 1982, II: 74. Incluso puede provenir del propio sujeto en peligro (si *v. gr.* sufre un desmayo y está a punto de precipitarse del quinto piso de un edificio). Piensa Labatut, 1990: 104, que el estado de necesidad nunca lo origina un hecho humano, sino el caso fortuito, la fuerza mayor o los fenómenos de la naturaleza; sobre ello.

68 Cfr. Welzel, 1987: 133 s. Únicamente si el error es invencible (cree el sujeto en la existencia de un peligro), se exculpará al supuesto necesitado.

69 Cfr. Mir Puig, 1985: 392 s.

al soldado carecen de juicio de desvalor jurídico-penalmente relevante y son, más bien, valorados positivamente; aunque, en concreto, constituyan un mal.

En suma, mal, al que alude el código, únicamente lo será el hecho que pone en riesgo bienes jurídicos del necesitado y que esté, además, desvalorado jurídicamente por la comunidad estatal.

F. Inevitabilidad

El código hace referencia expresa a esta circunstancia al señalar que el peligro debe ser «insuperable de otro modo» a como se le apartó. En la legítima defensa, en cambio, aunque el atacado tuviese otro medio de evitar el menoscabo de uno de sus bienes jurídicos, es justificada la repulsa si se usó el medio menos lesivo. Mientras la legítima defensa no es subsidiaria[70], el estado de necesidad sí lo es[71].

Si hay obligación de recurrir a otras vías para impedir el daño que amenaza, quiere decir que el estado de necesidad únicamente «opera como extrema ratio»[72]. En caso de que el mal fuera evitable, desaparece la necesidad de superarlo[73].

Cuando la única forma de orillar el peligro es a través de la realización de un hecho típico ejecutado mediante coacción, habrá estado de necesidad justificante si, de la valoración del peligro, «el bien protegido resulta predominante sobre el perjudicado»[74]. Es decir, cuando el coactado causa un daño menor que el que podría haber recibido de quien coacciona, actúa en estado de necesidad justificante (si A sustrae el reloj de X, obligado por C, quien pistola en mano lo amenaza de muerte. Por el contrario, si el necesitado con el simple grito de auxilio hubiese conseguido la presencia de la policía y evitado de ese modo el mal ocasionado a X, su acción típica no estaría justificada por el estado de necesidad).

70 En contra Nino, 1982: 110 s., Zaffaroni, 1981, III: 589.

71 Viterbo Arias, 1900, I: 77, al exigir que «no se pueda apelar a otros medios distintos»; Benites Sánchez, 1958: 99; Luis Miguel Bramont Arias-Torres, 1997: 125, al dejar consignado que la validez de la eximente está supeditada a que «no pueda acudir(se) a otra vía distinta»; Hurtado Pozo, 1987: 384; el mismo, 2005: 551; Masías Zavaleta: 198; Morriberón, 1982, T. II: 76, pues consigna lo siguiente: «[...] si el sacrificio del bien ajeno no era la única manera de salvar el propio [...] ya no habría estado de necesidad». En ese mismo sentido, en la doctrina comparada, Cousiño Mac Iver, 1979, II: 374, Náquira Riveros, 1998: 259 y Rivacoba y Rivacoba, 1995: 216.

72 En parecido sentido, Regis Prado, 2001: 248.

73 Bacigalupo, 1987: 233.

74 Ampliamente sobre ello y en ese sentido, Zaffaroni, 1981, III: 626; Bacigalupo, 1987: 255. De otro parecer es Soler, 1951: 423.

G. Que no haya obligación de tolerar el mal o de correr un riesgo proveniente del oficio o cargo que se detenta

Nuestro código no exige expresamente este requisito. Lo hacen, al contrario, los códigos penales de España (art. 20, inc. 5), Bolivia (art. 12) y Honduras (art. 24, inc. 2). En los Proyectos peruanos de julio de 1990 y enero de 1991, se omitió también hacer referencia alguna sobre este elemento; en cambio, el Proyecto de marzo de 1986 lo admitió expresamente. El texto es el siguiente:

> Art. 14. No comete hecho punible el que en situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurra los siguientes requisitos:
>
> Que el peligro sea actual o inminente;
>
> Que no lo haya provocado intencionalmente;
>
> Que no sea evitable de otra manera; y
>
> Que no tenga el deber jurídico de afrontar el riesgo.

Dado el concepto jurídico de mal (supra, 6.E), no lo será, en concreto, el que sufre el condenado a pena privativa de la libertad. El encarcelamiento lleva implícito un mal, pero dicho mal es valorado positivamente por el Estado. Dicho de otra manera, el Estado sabe que la privación de libertad acarrea un mal; pero, a pesar de esto, no admite la fuga o el auxilio a la evasión en estado de necesidad, porque el condenado está en la obligación de tolerarlo. Lo mismo se dirá de quien es obligado, en un barco, a guardar cuarentena. Por esas mismas razones, la mujer embarazada no podrá practicarse el aborto, ya que los dolores que imagina propios del parto y los presentes que la aquejan son un mal; pero se encuentra en la obligación de soportarlos. Esa obligación es exigible por el hecho de que sobre el mal que la constriñe no recae un juicio disvalioso del poder punitivo. El preso, el incomunicado y la embarazada se encuentran en un estado de falsa necesidad. De ello, sin embargo, no debemos ocuparnos ahora; quienes están en la obligación de correr un riesgo por imponérselo el ejercicio de algún cargo u oficio (salvavidas, militares, bomberos, guías en los andes para la práctica del alpinismo, etc.) pueden alegar la eximente siempre y cuando hubiesen posibilitado racionalmente, antes, la salvación de los bienes jurídicos de otros. El bombero que ingresa a la habitación en incendio para evitar la muerte de un niño está igualmente en peligro de muerte, pero en tanto no haya posibilitado la preservación de la vida del pequeño sin perder la suya y tendiendo a salvaguardar ambas, no puede decirse que, propiamente, hubiese actuado en estado de necesidad (si se apartase del lugar con el pretexto de que evita de ese modo inminentes quemaduras u otro tipo de

lesiones a su integridad física). No puede alegar estado de necesidad y suspender la operación, por último[75], el cirujano que en plena intervención quirúrgica toma conocimiento de la enfermedad contagiosa de su paciente y cree así ponerse a salvo de una eventual transmisión.

Estar obligado a correr un riesgo no es lo mismo que sacrificarse. Se sacrifica el que para salvar la vida de otro pierde la suya y tal no puede ser una exigencia racional del derecho para que la policía, bomberos, salvavidas o guías, contra sus propios intereses, en actos de heroicidad innecesaria, permitan se salve el tercero necesitado[76].

Oportuno es recordar, finalmente, que el requisito del cual tratamos ha sido expresamente previsto para el llamado estado de necesidad inculpable del artículo 20.5 CP.

H. Extensión y casos especiales

Cualquier bien jurídicamente tutelado puede ser protegido en situación de necesidad; basta, únicamente, que se preserve el más valioso a costa del menos importante. El código menciona que el peligro debe recaer sobre «la vida, la integridad corporal (o) la libertad». Este casuismo innecesario y restrictivo es felizmente superado mediante la referencia a «otro bien jurídico», consignada a continuación.

Estando expresamente admitido el auxilio en favor de terceros, el aborto terapéutico del art. 119 CP nos parece un caso perfectamente comprendido dentro del estado de necesidad justificante[77]; por tanto, su inclusión como tipo permisivo independiente resulta hoy redundante (no fue así con el CP de 1924 en el que no se permitía el auxilio necesario en favor de terceros).

La acción necesaria en beneficio ajeno puede revestir la modalidad de lo que en la doctrina española, por exigencia de su Código Penal, se ha denominado colisión de deberes[78]. Se presenta la colisión si por la necesidad apremiante de

75 El militar que alega riesgo para su vida si enfrentase al enemigo en los supuestos de conflagración bélica.

76 Muy elocuentes y meditadas son las páginas que sobre lo mismo encontramos en Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, 1992: 571 s. Asimismo Rivacoba Y Rivacoba, 1995: 225 ss. Concluye este autor, siguiendo a Jiménez De Asúa, consignando: «Es de advertir aquí que la persona que por su cargo, profesión u oficio deba soportar el peligro no está obligada a ello, sin embargo, en las ocasiones en que no se encuentre ejerciéndolos». Exigen el deber de sacrificio, en cambio, Bramont Arias, 1966: 181 (el CP de 1924 imponía, en cierto sentido, esta interpretación); actualmente, Peña Cabrera, 1986: 375.

77 En el Proyecto Peco, por ejemplo, no se insertó una formula independiente para regular el aborto necesario. La explicación, aunque breve, puede verse en Peco, 1942: 245. Una critica aguda hay en Soler, 1951, III: 127.

78 La nomenclatura proviene, en realidad, de la teoría alemana decimonónica.

salvaguardar un bien jurídico de otro, se infringe simultáneamente un deber de socorro (si al ser alguien médico y bombero a la vez, tiene que operar de emergencia a un accidentado cuando simultáneamente, y en el trayecto al hospital, debe salvar la vida de un niño, que corre el riego inminente de morir abrasado por un incendio descomunal). Basta que se cumpla con un deber (cualquiera de ellos) para quedar liberado del otro. Suele distinguirse entre el conflicto de deberes justificante e inculpable; el primero se dará si se sacrifica el deber de menor valor, en tanto que, el segundo, si el sacrificio recae sobre cualquiera de ellos, cuando son equivalentes.

I. Casos especiales: aborto terapéutico y hurto famélico

Es muchísimo lo que se ha escrito en relación con el aborto y hurto por necesidad; discurramos brevemente sobre el uno y el otro.

a. *Aborto necesario*

Si hay riesgo inminente de que una mujer en gestación pierda la vida o sufra daño grave en su salud, según el art. 119 CP, no es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de aquella cuando así le evita el mal.

El aborto terapéutico es un estado de necesidad[79] en el que el peligro muchas veces no es actual y en tales situaciones, según el texto de nuestra ley penal, únicamente el médico que lo realiza quedará exento de sanción. Puede acaecer, y sucede con alguna frecuencia, que la gestante sufra un peligro actual, al haberse desencadenado ya el menoscabo, y no sea posible recurrir al auxilio de un médico. Cualquier persona, en tales circunstancias, podría hacer uso del instituto si de ese modo le salva la vida. La existencia del art. 119, según nuestra interpretación, únicamente se justifica si entendemos que se hace allí referencia a un peligro inminente (no actual) pues cuando lo es actual, todo sujeto (matrona, curandero, etc.) que participe en la salvación de la embarazada se beneficiará con la eximente conforme a las reglas del art. 20.4 CP. Dicho en otros términos: la restricción que hace el art. 119 CP al accionar exclusivo del médico, únicamente debe ser entendida si se parte de la distinción entre peligro inminente y actual; en el número 119, lo tenemos dicho, se hace mención exclusiva a aquel.

Ahora bien, en relación con el consentimiento dado o dejado de dar por la gestante, según que el peligro sea actual o inminente, pueden presentarse las siguientes situaciones:

79 En el que puede concurrir, cuando lo practica un médico, la eximente del ejercicio legítimo de una profesión. Sobre ello cfr. Casabona, 1981: 195 s. y 274.

a. Que comience la gestante a padecer inaguantables dolores como consecuencia de un embarazo ectópico (v. gr., en las trompas de Falopio) y sea preciso prestarle asistencia inmediata bajo riesgo de muerte. Al ser el peligro actual, y pese a la restricción contenida en el art. 119 CP, cualquier persona (enfermera, matrona, auxiliar sanitario) puede producirle el aborto si de ese modo le salva la vida. Con todo, en algunos casos dará la gestante voluntariamente su asentimiento y en otros no: ¿operará en ambos la eximente por justificación? La respuesta, creemos, debe ser afirmativa[80] y nos valemos, de hecho, del siguiente argumento.
   En el estado de necesidad proveniente de un peligro actual (art. 20, inc. 4 CP) no se exige que el salvado consienta como en el especial estado originado de un peligro inminente del que se hace referencia en el art. 119. Si, como se lo indica en el texto, hay abortos terapéuticos que se rigen conforme a una u otra disposición, dependiendo ello de que el peligro sea actual o inminente, no se podría entender que cuando el peligro sea actual, deba también exigirse que la gestante preste su asentimiento. El requisito del consentimiento, por decirlo de otra manera, únicamente debe ser demandado en los supuestos de peligro inminente de que trata el número 119 y no en aquellos en los que el peligro para la madre se haya desencadenado ya (art. 20.4 CP).
b. Si la embarazada no siente todavía dolor o molestia alguna, habiéndose enterado apenas que su embarazo es anormal y que próximamente, para salvar su vida, tendría que someterse a una operación abortiva, ¿debería conseguirse, con tal fin, su consentimiento?

A diferencia de la situación anterior, el peligro aquí es solo inminente y, por ende, exclusivamente el médico podría realizar la intervención quirúrgica. La ley, por otro lado, expresamente exige que la gestante otorgue su consentimiento.

b. *Hurto famélico*

Es posible que ante determinadas coyunturas un sujeto pueda verse obligado a sustraer alimento para cubrir sus necesidades y las de los suyos que, ateridos por el hambre, padecen físicamente. Hay acuerdo en admitir la justificante por estado de necesidad en tales circunstancias[81]. No se da el consenso, sin embargo, cuando se trata de determinar el valor de los bienes jurídicos que entran en conflicto.

80 Especialmente si está en estado de inconsciencia. De otra opinión es, sin embargo, Jakobs, 1997: 512.

81 En sentido contrario, en cambio, Tissot, 1880: 76, cree que solo se debe atenuar la pena.

Al respecto, suele afirmarse que en los estados de necesidad por hambre entran en juego dos bienes jurídicos de desigual valor y que estos son, la vida, por un lado, y el patrimonio, por el otro. En efecto, algunos autores hacen referencia a que en estos supuestos entran en colisión «cosas y vidas»[82], dando de ese modo a entender que si el necesitado no consigue sustento, por lo mismo, habría de morir. Este punto de vista, que de algún modo anteriormente también fue seguido por nosotros, es, sin embargo, erróneo. Cuando un sujeto hurta para mitigar el hambre que lo aqueja no puede, en principio, estar próximo a morir, pues el hecho de haber podido ejecutar la sustracción del bien ajeno es prueba de que tenía fuerzas y condiciones suficientes como para desapoderar el propietario del bien que utilizará para alimentarse; su vitalidad queda así puesta de manifiesto. Si ya no tuviera energía suficiente como para trasladar la propiedad de tercero de un lugar a otro, no podría ejecutarse el hurto, y la inactividad sería irrelevante (no habría conducta por justificar). La no inmediatez del peligro a morir en el sujeto que hurta por necesidad ha llevado a pensar a un sector importante de la doctrina que la controversia se da entre la propiedad y el martirio físico. Imprescindibles, por lo muy logrados, son los párrafos transcritos a continuación que, por cierto, fueron tomados del derecho penal español de Rodríguez Devesa/Serrano Gómez[83]: «Cuando la desnutrición ha llegado a tal punto que si el sujeto no ingiere alimentos se muere, la pérdida de fuerzas es tan completa que difícilmente podrá desplazarse para cometer una sustracción, y, por otra parte, ya no le es útil ingerir cualquier clase de alimentos; lo que necesita es un tratamiento médico».

«El ordenamiento jurídico que solo eximiera de responsabilidad en estos casos extremos —continúan—, no haría más que recoger una caricatura burlesca del auténtico estado de necesidad. Lo que caracteriza a la necesidad en el hurto famélico no es el peligro para la vida, sino el hambre o el frío. El conflicto es entre la propiedad ajena y un sufrimiento físico».

Si exclusivamente operara la eximente cuando estuviera en peligro la vida del necesitado o de su prójimo en el auxilio necesario, dada la proximidad del fallecimiento y el requerimiento inmediato del nutriente, solo se justificaría la sustracción de alimentos. Nada se opone, sin embargo, que si concurren los requisitos exigidos por ley, pueda el necesitado sustraer bienes diferentes a los que estrictamente sirvan para su sustento (v. gr., joyas, aparatos electrónicos, dinero, etc.) si con la venta de los mismos consigue comprar alimento; para ello, naturalmente,

82 Aludimos a Peña Cabrera, 1986: 188. De otro criterio son Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, 1992: 575; Cerezo, 1998, II: 278 y, antes, en nuestro país, Atanasio Fuentes/De La Lama, M. Antonio, 1877: 118.

83 1992: 575.

requiere un tiempo no muy corto (y ese hecho demuestra que no es exigible la proximidad del fallecimiento en el hurto necesario).

Podría ocurrir, incluso, que un sujeto robase (robar implica ejercer violencia sobre el sujeto pasivo y únicamente se lo consigue si se tiene aún fuerzas suficientes que demuestran todo lo contrario a estar próximo a la muerte) con el designio de entregarse a la fuerza pública para que, luego de ser encerrado en la cárcel, consiga alimento con que sustentarse. Si se demuestra que su actitud obedece a la necesidad extrema y concurren, además, los elementos del número 4 del art. 20 CP, habrá, a nuestro modo de ver, estado de necesidad.

No interesa, finalmente, que por su descuido (vida desordenada) se encuentre el necesitado en esa situación, pues, en todo caso, le favorecerá la justificante[84].

III. Estado de necesidad defensivo

1. Concepto

Los muchos ejemplos con los que hemos venido trabajando hasta aquí han tenido en cuenta sucesos en los que se encuentran en conflicto dos bienes jurídicos[85] de desigual valor. No hemos hecho mención, en cambio, de los casos en los que podrían enfrentarse un bien jurídico y una agresión ilícita no constitutiva del acometimiento antijurídico de que trata el art. 20 inc. 3 letra «a» del CP (legítima defensa). Hay consenso en que en el primer caso se aplica la eximente del estado de necesidad justificante, pues allí entran en juego los intereses de dos personas inocentes (como cuando fue el agente sujeto pasivo de robo y debe, a su vez, sustraer alimentos con los cuales impedir el sufrimiento físico derivado del hambre. Tanto quien sustrae los alimentos como el propietario de los mismos son personas de cuya inocencia no puede dudarse).

Discutible, sin embargo, es el segundo de los supuestos mencionados. ¿Cabrá —en efecto— estado de necesidad frente agresiones ilegítimas culposas? ¿Puede ampliarse tal interrogante en relación con agresiones inculpables o que, en cambio, se hubiesen emprendido en estado de hipnosis o sonambulismo? Si un sujeto arremete dolosa e ilegítimamente a una persona con el propósito de despojarlo de uno de sus bienes, puede en principio hacer uso de la defensa personal y quedar, por imperio del art. 20, inc. 3 CP, exento de responsabilidad.

84 Cfr. Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, 1992: 571: «Si la imprevisión, el descuido, la ignorancia, han conducido al necesitado a la situación en que se halla, no por ello deja de ampararle la eximente.

85 La práctica judicial (como lo demuestra la Sentencia del 20/9/1995, cfr. Caro Coria, 2002: 160), da por sentado que en el estado de necesidad siempre el conflicto se da entre bienes jurídicos.

Cuando, imprudentemente, para continuar con esta clase de ejemplos, traslada un conductor su vehículo, arriesgando la vida de sus pasajeros, ¿podrá el copiloto conjurar tal peligro a través de lesiones de poca monta que permitan hacerse del timón justo antes de estrellarse la maquina? ¿Qué eximente beneficiará a tal copiloto? ¿Puede repelerse en legítima defensa la agresión imprudente emprendida por el chofer? Si el ataque lo ejecuta quien fue inconsultamente hipnotizado, cabría excluir la procedencia de la legítima defensa, puesto que no concurre el primer requisito de la eximente del art. 20, inc. 3 CP (agresión ilegítima). Distintos, en cambio, son los casos en los que el atacante fuese un loco, un menor, una persona que obre por miedo insuperable o que lo haga en estado de ebriedad, en error de comprensión culturalmente condicionado o en error de prohibición, ya que aquí estamos frente a verdaderas agresiones sobre las que únicamente cabe alegarse ausencia de culpabilidad. Pese a todo, al parecer, tampoco procede legítima defensa desde que la defensa no cumpliría la función preventivo general que se espera cumpla para advertir a eventuales atacantes que deben abstenerse de realizar actos lesivos al bien ajeno. ¿Qué procede, entonces, en tales casos? Veamos a continuación las posibilidades que podrían aducirse.

Primera, estado de necesidad justificante o agresivo. Esta solución no parece correcta desde que el origen del peligro proviene de una agresión ilegítima que en muchos casos incluso es dolosa (como cuando, por ejemplo, se obra en error de prohibición. Tal se dará cuando X cree que le fue autorizada la extracción de un riñón de *Primus* para ser implantado en *Secundus*, y se comprueba después que, verdaderamente, *Primus* no otorgó su aquiescencia).

Segunda, legítima defensa. Tampoco es satisfactoria tal solución por cuanto ni estamos frente a verdaderas agresiones (como cuando nos ataca un hipnotizado), ni puede la defensa cumplir una función preventivo general (como cuando el acometimiento proviene de un loco o de un menor[86]).

Tercera, estado de necesidad defensivo. Es mucho más convincente esta solución, pero tal instituto no se encuentra previsto de manera expresa en el catálogo de eximentes del art. 20 de nuestro texto punitivo.

En suma, los hechos descritos pueden ser teóricamente resueltos de diverso modo, aunque, en realidad, en nuestra legislación, únicamente se hayan recogido las eximentes del estado de necesidad justificante y de legítima defensa (art. 20, incs. 4 y 3, respectivamente), como posibles eximentes a las que se ha de recurrir en tales supuestos.

86 En la doctrina peruana, interesa anotarlo, estima improcedente la legítima defensa frente ataques de menores o locos Sommaruga, 1953: 25; en tales casos, para el autor en cita, procede estado de necesidad.

Oportuno es advertir, por último, que no procede estado de necesidad defensivo cuando el obrar del agente es considerado atípico (v. gr., cuando somos agredidos por quien obra en error de tipo invencible) o cuando ni siquiera se realiza a través de una verdadera acción (por estar hipnotizado quien nos acomete), pues, en tales casos, podremos únicamente alegar error de prohibición. Si la agresión proviniese de quien obra en error de tipo vencible (y puesto que el ataque en casos tales ha de ser reputado de culposo), procedería conjurarlo, en cambio, en estado de necesidad defensivo.

Ahora bien, los ataques de inculpables, según un criterio bastante antiguo que ya sostuvo Alexander Lôffler, pueden ser repelidos en legítima defensa restringida[87] (que probablemente no sea algo distinto al estado de necesidad defensivo de que tratamos en este epígrafe. En efecto: el oligofrénico que dolosa y sostenidamente alumbra nuestros ojos con la luz solar reflejada en un espejo, sin más, no puede ser gravemente lesionado por nosotros y la defensa solo se justificará si se emprendió subsidiaria y proporcionalmente).

Vistas así las cosas, podríamos determinar, a través del siguiente esquema (y aunque solo de manera provisional), los supuestos de ataques que podrían ser rechazados en estado de necesidad defensivo:

> Ataques de quien obra o arremete en error de tipo vencible (ya que eventualmente esa agresión es culposa).
>
> Acometimientos de menores de edad[88].
>
> Agresiones de un loco, oligofrénico, ebrio o drogado que no tenga capacidad para darse cuenta de que su conducta es antijurídica.
>
> Ataques de quien obra en error de prohibición, en error de comprensión culturalmente condicionado o en estado de necesidad exculpante.
> Peligros derivados de agresiones imprudentes.

87 Pues cuando los emprendía una persona imputable, podría muy bien recurrirse a la legítima defensa ofensiva (que en nuestro país no sería otra que la contenida en el art. 20.3 CP). La distinción entre defensa ofensiva y defensiva puede hallarse en Mezger, 1989: 170 y en Jakobs, 1997b: 472.

88 En contra, sin embargo, Roxin, 1997c: 637: «Las agresiones no culpables, también dan derecho a la legítima defensa».

2. De si es necesario que concurran elementos subjetivos en el estado de necesidad defensivo

Luzón Peña[89], Manuel de Rivacoba[90], Alfonso Serrano Maíllo[91] y Zaffaroni/Alagia/Slokar[92] han defendido la tesis de que no es exigible en la legítima defensa que obre el atacado con *animus defendendi*, pues se verá beneficiado aunque no concurriese tal elemento subjetivo. En anterior ocasión, sostuvimos nosotros una tesis distinta que, sin embargo, es preciso abandonar.

Al ser el estado de necesidad defensivo, como pensamos, una modalidad de la legítima defensa, han de aplicarse las mismas exigencias; luego, ha de sostenerse que no procede demandar ánimo alguno para dejar exento de pena a quien se defiende de un loco, de un menor de edad, de quien obra en error de prohibición o de quien arriesga nuestros bienes imprudentemente.

Contra lo sostenido, a pesar de todo, podría argumentarse lo siguiente: dado que el estado de necesidad es subsidiario y puesto que ello significa tener que apelar a otros medios distintos y menos lesivos de los que supone la realización de un hecho típico, se da por hecho que debe concurrir cierto grado de subjetividad en el agente ya que, por lo menos, debe conocer que se halla en peligro. Tal subjetividad, sin embargo, no implica que tuviese que obrar el atacado con el propósito de defender sus bienes, pues la eximente (que no es sino la mera realización de un derecho) ha de operar aunque no se sepa que del ejercicio de nuestros derechos se derivará algún beneficio (como lo sería, por ejemplo, quedar liberado de sanción por menoscabar el bien ajeno, frente a los acometimientos de un loco). Es cierto que debe conocer el atacado la situación en que se encuentra (pues precisamente por ello intentará apelar a medios no lesivos), pero luego puede defenderse sin que concurriese elemento subjetivo alguno.

3. El exceso

Está previsto en el art. 21 CP que se aplica a las situaciones de necesidad imperfectas. «En los casos del artículo 20 [dice el número que escuetamente ahora comentamos] cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal». Así, no se hace referencia al requisito del peligro que amenaza, pues su inconcurrencia excluye el estado de necesidad perfecto e imperfecto, por ser médula y vértebra del instituto.

89 1996: 601 ss.
90 1995: 137 ss.
91 1999: 330 ss.
92 2000: 572 ss.

Como en la legítima defensa, el exceso puede ser extensivo e intensivo.

A. Extensivo (estado de necesidad putativo)

Se da cuando el agente se encuentra en una situación de necesidad imaginaria y, para «salvarse», perjudica el interés ajeno. Si alguien, por ejemplo, hurta un poco de harina para elaborar alimento con que sustentar a los suyos, sin saber que se halla en aparente situación de miseria, ya que la noche anterior, un beneficiario, en sobre cerrado, le hizo llegar una cantidad considerable de dinero.

Una rigurosa determinación de la naturaleza jurídica del estado de necesidad putativo nos lleva, sin más, a ubicarlo en la culpabilidad. Cuando una persona cree actuar ilícitamente, promovido por un aparente estado de necesidad y desconociendo lo antijurídico de su comportamiento, le beneficiará el error de prohibición. Si ese error indirecto de prohibición fuese invencible, conforme al art. 14, párrafo segundo, CP, quedará el agente exento de pena por inculpabilidad; si fuese vencible, se atenuará obligatoriamente la sanción a imponerse.

La solución que adoptamos, a pesar de todo, es motivo de debate, pues conforme a la teoría de los elementos negativos del tipo que parece patrocinar la Exposición de Motivos de nuestro Código Penal, el problema debe ser resuelto como si fuese un error de tipo. Decir, como se dice[93], que error de tipo es el que recae sobre las llamadas «justificantes», no es sino señalar que los supuestos de estado de necesidad putativos eliminan la tipicidad (si el error es invencible) o convierten el hecho en culposo (de ser vencible).

B. Intensivo

Si se utiliza un medio más lesivo del que correspondía al caso concreto, el exceso será intensivo. Cuando concurre el exceso, sea extensivo o intensivo, no opera la eximente que estudiamos; si proviene este del error de prohibición invencible, el hecho es inculpable (no punible, consiguientemente).

4. Diferencias y similitudes entre el estado de necesidad y la legítima defensa

A. Diferencias

a. La que en principio se ha puesto en evidencia por los autores es la referida a que en la legítima defensa hay una agresión ilegítima. En el estado de necesidad, en cambio, la situación de peligro para los bienes jurídicos

93 Exposición de Motivos del CP, Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 8/4/1991: 7.

es promovida por una actitud de la que el sujeto pasivo (el que sufre el menoscabo en sus bienes para salvar los de otro) es inocente[94]. Excepcionalmente, conforme lo vimos, puede el estado de necesidad deberse a una acción ilícita no constitutiva de una agresión a un bien jurídico personal (e incluso, también, a agresiones ilícitas dirigidas contra un bien jurídico supraindividual).

b. El peligro para los bienes jurídicos en el estado de necesidad puede provenir de la actividad humana (individual o colectiva), de la naturaleza o de un animal. Más restringido es, en este caso, el ámbito de la legítima defensa, en el que el peligro que se ha de evitar únicamente debe proceder de la persona natural.
c. La legítima defensa tiene siempre naturaleza jurídica de justificante. El estado de necesidad, en general, puede ser justificante o exculpante.
d. La legítima defensa no es subsidiaria de la defensa pública o, mejor, de la que deben hacer los miembros de la policía frente a ataques dirigidos contra particulares; el estado de necesidad, por el contrario, sí lo es.
e. Del cotejo de bienes jurídicos, en el estado de necesidad, debe prevalecer el más valioso; en la legítima defensa, por el contrario, puede sucumbir el más importante.

a. *Rasgos no comunes entre el estado de necesidad defensivo y la legítima defensa*

Las diferencias que podrían muy bien destacarse son las siguientes:

a) La agresión en la legítima defensa no ha de provenir de quien acomete en estado de hipnosis, error de tipo o alguna eximente por inculpabilidad (*verbi gratia*, error de prohibición, locura, retardo mental, etc.). El estado de necesidad defensivo, en cambio, procede frente a ataques emprendidos por quien acomete en estado intra o posthipnótico, en error sobre un elemento objetivo del tipo penal (error de tipo), en error sobre una causa de justificación (error de prohibición indirecto) o en estado de locura u oligofrenia.
b) El principio de proporcionalidad que no es necesariamente aplicable a la legítima defensa debe ser observado en los supuestos de estado de necesidad defensivo.

94 En ese sentido Merkel, T. I: 236.

b. *Diferencia entre el estado de necesidad defensivo y el estado de necesidad justificante*

El estado de necesidad justificante no puede servir para conjurar un peligro proveniente de una agresión ilegítima dolosa o culposa (pues en el primer caso cabría legítima defensa y, en el segundo estado, de necesidad defensivo).

En el estado de necesidad defensivo debe el agente actuar contra la fuente del peligro; en el llamado estado de necesidad agresivo, en cambio, la reacción se emprende contra un tercero inocente.

B. Similitudes

a. Ambas eximentes (la del inc. 3 y el inc. 4 del art. 20) son causas de justificación.
   Al no tener tal naturaleza el estado de necesidad del art. 20, inc. 5, cabe legítima defensa contra el necesitado que pretende salvar uno de sus bienes a costa del sacrificio de otro del mismo valor. En cambio, no cabe legítima defensa contra la legítima defensa ni el estado de necesidad justificante. Según ello, si *Primus* quiere evitar ser embestido por un toro y para ello intenta lanzarse desde la calle a la casa de *Secundus*, no es posible que este, un tercero o el propietario de la casa (con el pretexto de defender su patrimonio) intenten impedir la ruptura de los vidrios que necesariamente debe ocasionar *Primus* al introducirse violentamente por la ventana del frente del predio que ha de utilizar para defenderse; esto se debe, como lo acabamos de señalar, porque no procede legítima defensa contra el estado de necesidad justificante. Otro criterio, en cambio, en relación con el estado necesario en que se enfrentan dos bienes jurídicos de igual valor, sostiene Luzón[95], para quien el estado de necesidad es una causa de justificación y, por lo mismo, no procede la legítima defensa frente a este.
b. Eximen de pena al autor o a quienes lo defendieron o auxiliaron.
c. Únicamente proceden si se usa el medio menos lesivo.
d. El atacado o necesitado debe encontrarse en situación de peligro real.
e. Ambos se extienden para salvar cualquier bien jurídico propio o de terceros.
f. Ni la legítima defensa ni el estado de necesidad justificante generan reparación civil.

95 1978: 244 y 250.

IV. Conclusiones

1. El análisis de buena parte de lo escrito por los autores nacionales en relación con la eximente del estado de necesidad y de la legítima defensa nos permite aseverar que no está claro en qué casos debe exclusivamente aplicarse una u otra justificante. Aunque hay consenso en que el estado de necesidad ha de proceder cuando entran en conflicto bienes jurídicos, no creemos posible, sin más, que se sostenga que en la legítima defensa el conflicto debe darse entre el derecho y lo injusto (pues algunos de tales supuestos, como lo propusimos a lo largo de estas páginas, pueden muy bien ser resueltos con el llamado estado de necesidad defensivo). Ahora bien, si tal estado defensivo no es más que un caso de legítima defensa en sentido restringido, lo mencionado ha de entenderse en relación con la defensa personal ofensiva (art. 20, inc. 3).
2. No hay acuerdo en la doctrina nacional respecto de si la agresión ilegitima en la defensa personal debe ser dolosa o culposa y tal situación produce dos interpretaciones distintas, pues mientras para unos, frente a acometimientos ilícitos culposos cabe reaccionar en legítima defensa, otros estiman que solo procede estado de necesidad.
3. Si las agresiones imprudentes e inculpables pudieran ser rechazadas en legítima defensa, habría que tener presente que al ser el instituto de la defensa privada un derecho absoluto (y no subsidiario), quien se defiende no tendría que apelar a la fuga, pedir auxilio o tratar de evitar de otro modo las lesiones que ha de producir al agresor ilegítimo.

   Si se creyese que procede, por el contrario, únicamente frente a tales acometimientos el estado de necesidad justificante, tendría que admitirse que el art. 20 inc. 4 CP debe ser modificado, puesto que allí se habla de conflicto entre «bienes jurídicos» y no hay tal cuando se pone en peligro los intereses de una persona a través de agresiones negligentes o provenientes de enajenados mentales, oligofrénicos u otros que obran en error de prohibición. Dicho de otro modo, conforme se encuentra redactada esta disposición, no es posible resolver los supuestos de agresiones ilegítimas imprudentes e inculpables aplicando las reglas del estado de necesidad justificante.
4. Una vez aceptado, por nuestra parte, que el término «agresión» que utiliza el legislador en el art. 20.3 CP (legítima defensa) hace referencia a una acción dolosa, no es procedente la aplicación de la defensa personal frente a agresiones imprudentes.

   Con esta y con la anterior conclusión, hasta aquí, queda claro que debe recurrirse a otra eximente para resolver los conflictos derivados de

agresiones culposas o de las que emprende un loco, un inimputable u otro sujeto a quien no pudiese reprochársele jurídico penalmente su conducta. En tal eximente, no deben ser ajenos los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

5. Adosando un párrafo al inc. 3 del art. 20 de nuestro texto punitivo, podría muy bien darse cabida al llamado estado de necesidad defensivo. En efecto, la redacción conveniente, acaso sea la transcrita a continuación:

> Art. 20. Están exentos de responsabilidad penal:
>
> [inc. 1 …]
>
> [inc. 2 …]
>
> inc. 3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes:
>
> a) Agresión ilegítima.
>
> b) Uso racional y necesario del medio empleado para impedirla o repelerla; y,
>
> c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.
>
> Si la agresión se emprendiese al amparo de alguna eximente por inculpabilidad, en error de tipo vencible o por imprudencia, se aplicarán los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Culpabilidad-responsabilidad

Juan M. Terradillos Basoco

I. Introducción. **II.** Dogmática y orientación político-criminal. **III.** Culpabilidad y prevención. **IV.** Culpabilidad y garantías. **V.** Responsabilidad y culpabilidad. **VI.** Exclusión de culpabilidad. **1.** Inimputabilidad. **2.** Error de prohibición. **3.** No exigibilidad de otra conducta.

I. Introducción

La tenacidad encomiable del profesor Hurtado Pozo nos conduce, de nuevo, a reflexionar colectivamente sobre alguno de los «aspectos fundamentales de la parte general» del derecho penal. En este caso, sobre la culpabilidad.

No es una invitación que deba caer en saco roto. Por cuanto, como mínimo, brinda la oportunidad de aportar un modesto grano de arena, de acuerdo con el objetivo vital que a todo universitario proponía Roxin con ocasión de su nombramiento como *doctor honoris causa* en la Università degli Studi de Milán, a la construcción de una «convivencia social segura, pacífica y liberal»[1].

Además, el re-examen de lo escrito hace ahora un lustro, enriquece, ante todo, al autor. Al que obliga a revisar lo hecho, desde el distanciamiento crítico que impone el paso del tiempo. Y, en el tiempo transcurrido desde la publicación de la obra sobre cuyas huellas camina esta, la elaboración dogmática, con nuevos enfoques que, a menudo responden a nuevas realidades, no ha dejado de aportar

1 Roxin, 2000b: 3.

propuestas para la construcción teórica de ese elemento del delito que llamamos culpabilidad.

El sentido de las líneas que siguen queda, así, aclarado: revisión de un texto a la luz de aportes doctrinales posteriores. Sin otra pretensión que la de resultar útil al lector interesado. Y sin olvidar la lección de humildad que Jiménez de Asúa nos da en el párrafo que iniciaba la anterior versión de este trabajo:

> Si el lector que sigue adelante es peruano, le ruego que acentúe su gesto de benevolencia. Acaso nombres de valía hayan sido por mí desconocidos y en vano se buscarán en los párrafos de este escrito. No los he silenciado con designio de censor extremo, que aparta apellidos por juzgarlos de poca significación; los he omitido por ignorancia, que podéis subsanar si vuestra generosidad es tan superlativa que os dignáis dirigiros al escritor indicando las faltas y olvidos hallados en su trabajo[2].

II. Dogmática y orientación político-criminal

El modelo constitucional impone al sistema penal una orientación inequívocamente preventiva. Puesto que la esencia de la democracia es la vigencia y profundización de derechos y libertades, y el delito es, materialmente, negación de derechos y libertades, será objetivo nuclear del Estado democrático la lucha contra el delito. Y la lucha contra el delito, habida cuenta de que no cabe volver sobre el pasado, es lucha contra el delito futuro. Es prevención.

No puede hacer dejación de sus obligaciones preventivas un Estado que, como establece la Constitución Política del Perú, tiene como fin supremo «la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad» (art. 1º), y como deber primordial el de «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos» (art. 44). Defensa de derechos e inhibición frente al delito son incompatibles.

Y así lo explicita el art. I del CP peruano, que coloca a la cabeza de los principios generales la finalidad protectora: «Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad». En las mismas ideas insiste el art. IX: «La pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación»[3]. Y, a *contrario sensu*, el art. IV, que, al consagrar el principio de

2 Jiménez de Asúa, 1926: 2.

3 Así mismo, el art. 139 de la Constitución Política: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad».

lesividad, está explicitando que la razón de la pena es la tutela de bienes jurídicos, tutela que no se puede retrotraer en el tiempo, sino que es concebida como evitación de daños futuros.

Pero la tutela de derechos y libertades despliega su eficacia también respecto del sujeto infractor, cuya dignidad personal no puede desconocer el Estado democrático. Prevención y garantías son, así, dos referencias ineludibles para la actuación de los poderes públicos, tanto del legislativo como del jurisdiccional. Lo que impone una doble perspectiva: por un lado, integración de consideraciones político-criminales en la construcción sistemática de la teoría del delito y de sus categorías; por otro, vigencia de los principios y valores propios de los modelos penales democráticos[4].

Este punto de partida, que no es aséptico, no es, por lo mismo, compatible con cualquier opción sistemática. En la medida en que el sistema influye en la solución a dar a los problemas dogmáticos, decantarse por uno u otro, no es un inocente juego de abalorios. De ahí que propongamos, siguiendo a Roxin, construir los contenidos de la teoría del delito a partir de las pretensiones preventivas previamente fijadas, ya que solo así se garantiza la concordancia entre la coherencia sistemática y los objetivos materiales perseguidos[5]. Se pretende que los fines de la pena estén presentes a la hora de construir teóricamente los presupuestos de la punibilidad.

III. Culpabilidad y prevención

La elaboración del concepto de culpabilidad ha venido tradicionalmente vinculada, en mayor o menor medida, al presupuesto del libre albedrío, lo que no solo genera problemas irresolubles[6], sino que termina por llevar a sistemas retribucionistas, a universos en los que la exigencia de castigo se deriva de la idea de Justicia (absoluta) y el sentido de la pena se inserta en un marco teórico ajeno a las imperfecciones de la realidad[7]. Universos, en definitiva, incompatibles con el mandato constitucional de prevención.

Lo que ha llevado a propuestas de renuncia a la culpabilidad como elemento del delito, en la medida en que, por presuponer un no demostrado e indemostrable libre albedrío, no puede constituirse ni en fundamento ni en límite de la pena.

4 Terradillos, 2007: 179 s.
5 Roxin, 1997b: 217.
6 Rebollo, 2006: 204.
7 Mapelli-Terradillos, 1996: 43.

Así, en la doctrina latinoamericana, Bustos proclama: «La culpabilidad no existe»; y añade «No solo no existe, sino que es una construcción ideológica en el peor sentido o en el más negativo de la palabra, es decir, ha servido para encubrir una determinada realidad, para encubrir el dominio del Estado sobre las personas, para la supeditación de los derechos de la persona al Estado, a unas personas determinadas, a un grupo determinado de personas que controlan a los demás»[8].

En términos semejantes, Gimbernat niega que el concepto de dignidad del hombre tenga que fundamentarse en la culpabilidad, «como igualmente hay que rechazar la opinión de Roxin de que solo la culpabilidad puede poner límites a un derecho penal de terror: no se trata de acudir a la culpabilidad (al libre albedrío) —aunque sea un prejuicio— para salvar la dignidad del hombre, sino que precisamente se trata de desenmascarar la culpabilidad (por lo menos la posibilidad de ser constatada) como un prejuicio... y, no obstante, seguir afirmando la dignidad humana y el Derecho penal liberal del Estado de Derecho»[9].

No obstante, son más numerosos los intentos dogmáticos de reconstruir —sin negarlo— un concepto de culpabilidad que dé respuesta a los requerimientos preventivos.

Quizá uno de los de más amplio alcance es el del funcionalismo sistémico de Jakobs, que, «sin remilgo alguno» deja de lado las razones en cuya virtud un sujeto ha actuado de un modo determinado[10]. El sistema penal no tiene que entrar en ese mundo subjetivo para llegar a un pronunciamiento sobre la culpabilidad, que depende no de las vivencias personales del infractor, sino de las necesidades del orden social de cuya estabilización se trata[11]. Se maneja así un concepto funcional de culpabilidad puramente descriptivo[12], que refleja una visión conservadora, excluyente de toda idea de utopía[13] o de cambio, y que queda subordinado al objetivo de prevención general positiva como imposición de una determinada visión de la realidad idónea para lograr la fidelidad al ordenamiento jurídico: «es asunto de cada cual procurarse la motivación necesaria para respetar la norma, esto es la fidelidad al ordenamiento jurídico. Lo que se llama culpabilidad es un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico»[14].

8 Bustos, 2001: 163 y 166 s.
9 Gimbernat, 1990: 151 s., n. 40.
10 Quintero, 1999: 21.
11 Jakobs, 1993: 505.
12 Como descriptiva es la metodología funcionalista de Jakobs, ver Nieto, 1999: 8.
13 Jakobs, 1996f: 67.
14 Jakobs, 1993: 541.

Frente a las insuficiencias de esta propuesta, ayuna de idoneidad garantista[15] —es decir, ajena al profundo significado político de la construcción de la teoría del delito—, Roxin propone fundamentar la convivencia del binomio culpabilidad-prevención. Su concepto de culpabilidad responde inicialmente, como en Jakobs, a la conciencia jurídica general, que, descontenta e insegura frente a la infracción, exige que se afirme la vigencia de la norma mediante el castigo. Sin embargo, la prevención a que apunta Roxin en el desarrollo de sus tesis es sustancialmente distinta: no consiste en el aquietamiento de conciencias por afirmación de vigencia de la norma, sino en la evitación de delitos futuros, y se logra con ello la tranquilidad ciudadana, pero más que como objetivo, como efecto necesario. Además, en la medida en que la pura prevención no permite la articulación de un eficaz sistema de límites al *ius puniendi*, se reivindica, como criterio limitador general, una culpabilidad susceptible de comprobación empírica, cuyo mínimo no depende de necesidades preventivas[16].

IV. Culpabilidad y garantías

Preventivismo y garantismo no solo pueden caminar juntos, sino que este carecería de sentido sin aquel. De hecho, es constatable que los intentos de atribuir nuevos contenidos a las categorías dogmáticas, basados en la teoría de la pena, y de reformular esta teoría, responden al objetivo de fijar el nivel admisible de injerencia penal preventiva en los derechos de la persona[17].

Sin embargo, parece también cierto que cualquier intento de construcción del concepto de culpabilidad que parta, en exclusiva, de la idoneidad preventiva y que no se someta a criterios limitadores ajenos a la prevención, corre el riesgo de intolerable expansionismo punitivo[18]. De contrario, se formulan alegatos tendentes a dejar sentado que solo partiendo de las necesidades de prevención se puede construir un edificio garantista que, por sustentarse en bases no metafísicas, ofrezca garantías de solidez[19].

De hecho, desde ambas perspectivas, se llega, aunque con distinto fundamento, a la aceptación de que las categorías de la teoría del delito no pueden deducirse exclusivamente de los requerimientos de la prevención. Pero también, de que, si se da la espalda a esos requerimientos, el edificio entero carecería de justificación, lo que obliga a recurrir a límites internos al sistema penal (coherencia de objetivos

15 Sanz, 2007: 146.
16 Roxin, 1997b: 810 s.
17 Gómez Benítez, 1997: 276.
18 Bustos-Hormazábal, 1999: 329; Donna, 1998: 273; García Arán, 1988: 90.
19 Terradillos, 2001: 235.

con conceptos, principios y reglas de funcionamiento) y/o externos (derivados del modelo de Estado democrático).

Lo que comporta consecuencias comunes en el ámbito de las garantías limitadoras del *ius puniendi*: eliminación de la responsabilidad objetiva, proporcionalidad en la medida de la pena, exclusión de responsabilidad del inimputable, o relevancia del error sobre la licitud de la conducta[20].

Así, de la finalidad preventiva, propia de todo el sistema, derivan límites nítidos al *ius puniendi*: los principios de necesidad y proporcionalidad —en cuya virtud no puede admitirse la pena no idónea para la tutela de un bien jurídico o lesiva de otros valores más relevantes—; el de igualdad —que impone respuestas penales personalizadas a supuestos distintos, p. ej., imputabilidad/inimputabilidad, evitabilidad del error—; o el derecho al libre desarrollo de la personalidad —que inhabilita construcciones dogmáticas como la de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de vida, en la medida en que se puede responder por lo que se hace, no por lo que se es—, etc.[21].

Junto a los criterios limitadores impuestos por la racionalidad preventiva, la dignidad de la persona —que el art. 1º de la Constitución Política del Perú consagra como objetivo prioritario de la sociedad y del Estado— constituye el anclaje doctrinalmente más reiterado del principio de culpabilidad y, con él, del concepto de culpabilidad como conjunto de elementos condicionantes de la punición del comportamiento antijurídico. De modo que, según se comparte doctrinalmente, la imposición de pena sin culpabilidad o rebasando su medida supone la utilización de la persona como instrumento para la obtención de objetivos preventivos[22].

Ciertamente, cabe apoyar, como se ha visto, esta aseveración en el binomio culpabilidad-libre albedrío, con lo que volveríamos al mundo —no compatible con las exigencias que al sistema penal plantea la racionalidad actual— de la retribución del mal, sin ulteriores objetivos. Pero también puede intentarse un esfuerzo integrador que permita la consideración conjunta de las necesidades preventivas y de las exigencias garantistas. Y en ese punto parece evidente que el principio de culpabilidad, y la concreción dogmática de la culpabilidad como elemento del delito, pueden desplegar una eficacia cierta[23].

Es en este sentido en el que, frente a la tentación de exasperación punitiva inherente a la pura prevención, Roxin propone como criterio limitador previo la culpabilidad. Que no puede, por sí sola, fundamentar la intervención punitiva

20 Terradillos, 2002: 18; Prado, 1991: 35.

21 Nieto, 1999: 32 a 41 y 53.

22 Cerezo, 1997: 21.

23 Buteler, 2001: 169.

del Estado, pero puede limitarla, tanto en el ámbito de los presupuestos de la pena como en el de los criterios para su medición[24]. La aparente contradicción que encierra la propuesta de entender la culpabilidad como instrumento idóneo para limitar la pena después de haber admitido su ineptitud para fundamentarla puede salvarse. Se trata de poner el acento en lo esencial: «debe decirse que la culpabilidad es un medio de limitar sanciones jurídico-penales, pero no de fundamentarlas, y que una sanción jurídico-penal limitada por el principio de culpabilidad se llama pena»[25].

No otra cosa supone la opción seguida por el legislador peruano de dejar fuera del Código Penal, en la versión original de 1991, institutos tan tradicionales como la reincidencia o la habitualidad —«este rezago de los viejos tiempos del derecho a castigar y que el positivismo peligrosista auspició»—, que no solo entran en contradicción con el principio *non bis in idem*, como afirma la Exposición de Motivos, sino también, y sobre todo con el principio de culpabilidad, al suponer ambas un incremento de las consecuencias aflictivas, «sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes».

Al condicionar la pena a la culpabilidad del sujeto, se pone un límite al poder punitivo que no es asequible si se atiende a puras finalidades preventivas. Estas están presentes, pero sin mengua de los tradicionales efectos garantistas del principio de culpabilidad, ya que la necesidad preventiva de pena es un presupuesto adicional de la punibilidad, con lo que solo puede restringir, y no ampliar, el ámbito de lo castigado.

V. Responsabilidad y culpabilidad

Se trata, entonces, de superar la concepción de la culpabilidad como mero reproche al autor que, en una situación dada, hubiera podido motivarse de acuerdo con la norma y no lo hizo.

Un concepto de culpabilidad así formulado es limitado y meramente formal.

Limitado por cuanto no comprende, sino parcialmente, la valoración aquí requerida, que no ha de versar solo sobre la concurrencia de los requisitos del reproche (jurídico) de culpabilidad, sino también sobre la concurrencia de los requisitos político-criminales —necesidad preventiva de sanción— en cuya virtud ha de hacerse al sujeto responsable de su conducta[26].

24 Bacigalupo, 1998: 134 s.

25 Roxin, 1981: 49 s.

26 El modo en que las concepciones normativas legitiman el sistema penal se caracteriza por su «falta de referencia a la función del derecho penal en el marco de la actividad estatal de regulación de conductas»: García Arán, 1988: 79.

Y meramente formal, puesto que elude pronunciarse sobre los presupuestos materiales de los que depende la reprochabilidad[27].

En ese contexto doctrinal, Roxin ofrece un concepto de responsabilidad, como tercera categoría del delito, en el que la culpabilidad aparece como condición indispensable de la imposición de penas; pero estas, además, han de quedar justificadas por necesidades preventivas. En esta construcción, la culpabilidad supone una actuación injusta del sujeto, a pesar de su asequibilidad normativa; a pesar de que, en el momento del hecho, es capaz, mental y anímicamente, de captar el mensaje de la norma y de orientar su conducta conforme al mismo. Esa capacidad del sujeto no se mide, no obstante, en los términos metafísicos del indeterminismo (libre albedrío), sino que se afirma «cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones, existía en el caso concreto»[28].

Una culpabilidad así concebida no depende de hipótesis indemostrables. Si la psicología y la psiquiatría están en condiciones de aportar criterios con los que constatar empíricamente las restricciones a la capacidad de autocontrol, el presupuesto condicionante de la responsabilidad penal gana en definición. Y el sistema todo gana, también, en garantías, ya que ese presupuesto, dato empíricamente constatable, permite establecer límites relativamente nítidos al *ius puniendi*.

Esta propuesta no entra en la cuestión de si el sujeto pudo haber actuado de otro modo, sino que se limita a postular que cuando goce de capacidad de control y, con ella, de asequibilidad normativa, se le trate como libre[29].

Sin el reconocimiento de ese modesto nivel de decisión, cualquier pretensión preventiva sería no solo inadmisible, sino también sencillamente absurda, ya que la prevención supone interposición de factores del comportamiento a los que, aunque no sean decisivos, se les supone cierta eficacia incompatible con el determinismo. Pero también con el libre albedrío, desconocedor de la relación causa-efecto.

La cuestión no es reivindicar este, después de haber negado que pueda probarse. Lo importante es mantener como presupuesto de la dignidad de la persona una capacidad de decisión, que no es omnímoda, ni ciega, ni carente de causa, sino tributaria de un tiempo y un espacio, de una cultura y de un sistema en el que el sujeto se mueve. Esa capacidad de autodeterminación —que no se identifica con el libre albedrío— es la única adverada por los hechos, y por eso es la única que puede servir de base al juicio de culpabilidad. Por otra parte, solo ese concepto

27 Lo reconoce expresamente Cerezo, 1997: 27.

28 Roxin, 1997b: 807.

29 Roxin, 1997b: 808 s.

es democrático, en la medida en que permite situar al individuo y sus comportamientos en la dimensión social, sin la que ni aquel ni estos serían comprensibles.

En la misma línea avanza Muñoz Conde, quien insiste en la idea de que la capacidad de abstenerse de realizar la conducta prohibida ha de entenderse de modo «vivencial o fenomenológico, como resultado de nuestra propia experiencia y observación», que nos enseña, o nos hace sentir, que elegimos entre las diversas opciones que se nos ofrecen. En realidad, las relaciones sociales y las responsabilidades que generan se basan en ese sentimiento generalizado. Sobre este dato, solo fenomenológico o vivencial, pero irrefutable, es posible fundamentar el juicio de culpabilidad[30].

No se trata, pues, de afirmar que el hombre es «esencialmente libre», sino de constatar que, en las relaciones interpersonales, unas decisiones se tienen por libres y otras no. Ese modo de entender el problema de la libertad no resiste un proceso de comprobación sicológica o filosófica, pero incorpora las necesarias dosis de realismo[31].

La relativa posibilidad de actuar de otro modo es un presupuesto de la relevancia jurídica del comportamiento humano, pero no puede constituir el fundamento material único de la culpabilidad. Esta, como fruto de un proceso de elaboración científica destinado a fundamentar el recurso a la pena, supone entender que su construcción teórica se integra en la orientación teleológica preventiva propia de todo el sistema penal democrático.

Si se acude, como no puede ser de otro modo, al derecho positivo, se constata que la exclusión de responsabilidad —por inimputabilidad o por inculpabilidad— está construida desde una perspectiva preventiva: se produce cuando el autor del hecho antijurídico no comprendió la significación de su comportamiento o no pudo actuar de acuerdo con esa comprensión.

El debate se traslada entonces hacia la determinación de los criterios que deben definir esa (in)capacidad de comprensión o de actuación. Para ello se impone la toma en consideración de un dato irrefutable: «no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social». Y en esa perspectiva puede constatarse que las ciencias del comportamiento permiten fijar normativamente criterios para determinar los casos en los que se puede atribuir a un individuo el hecho cometido y hacerle responsable del mismo. El fundamento común a esos criterios «se encuentra en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida común. La motivabilidad,

30 Muñoz Conde, 2007: 351.
31 Quintero, 1999: 108.

la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es [...] la facultad humana fundamental que, unida a otras [...] permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida»[32].

Las consecuencias político-criminales de estos planteamientos se imponen por sí mismas: aplicar penas exige, como requisito previo y fundamento lógico, la «participación en los bienes jurídicos protegidos y la motivación racional de los mandatos normativos». Y el incumplimiento, por parte de los poderes públicos, de los deberes de integración debe conllevar, en la medida en que suponga aminoración importante de la capacidad de motivación personal, la exclusión o, en su caso, la atenuación de la culpabilidad[33].

En buena medida, el art. 45 del CP peruano, en coherencia con el inciso último del art. 89º de la Constitución[34], se hace eco de esta afirmación de coresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito. «Nuestra colectividad —observa la Exposición de Motivos— estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva». De acuerdo con esto, la fundamentación y determinación de la pena deberán hacerse teniendo en cuenta «las carencias sociales que hubiere sufrido el agente» así como su «su cultura y sus costumbres». Solo de este modo «el reproche de culpabilidad puede fundarse en un dato real, y no en una mera ficción jurídica»[35].

VI. Exclusión de culpabilidad

La validez de las anteriores propuestas solo puede constatarse si se comprueba que son conciliables con el derecho positivo. Aunque teniendo siempre presente la dimensión crítica del trabajo dogmático, que no se reduce a mera exégesis repetitiva del concreto precepto, sino que es construcción científica a la vista de todo el ordenamiento.

Precisamente, según se ha visto, la función preventiva del sistema penal impone una perspectiva teleológica tanto en la construcción de las categorías teóricas como en la aplicación de un Derecho positivo a cuya comprensión y funcionalidad aquellas cooperan.

32 Muñoz Conde, 2007: 353 y 355.
33 Muñoz Conde, 2007: 355.
34 «El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas».
35 Prado, 1993: 50.

Se trata, pues, de intentar la proyección de esas categorías sobre la Parte General del Código Penal. Teniendo en cuenta que el derecho positivo, de ordinario, no define la culpabilidad ni sus elementos. Por el contrario, prefiere limitarse, en negativo, a describir las causas de exclusión de culpabilidad o de exculpación. Que no son sino las causas de inimputabilidad, el error de prohibición y las causas de inexigibilidad de una conducta distinta.

1. Inimputabilidad

A partir de lo dicho, debe considerarse superada la tradicional concepción de la imputabilidad como capacidad de conocer y querer —ya que nos consta que nuestras decisiones vienen condicionadas por factores psíquicos y socioculturales—, para entenderla como capacidad de ser normalmente motivado en el sentido que pretende la norma, que es lo que impone el derecho positivo, al apreciar inimputabilidad cuando el autor del hecho antijurídico no es susceptible de desvaloración jurídica, puesto que no comprendió la significación de su comportamiento o no pudo actuar de acuerdo con esa comprensión.

No otra cosa impone el art. 20 CP peruano, cuando en su inc. 1 declara exento de responsabilidad a quien «por anomalía síquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esa comprensión».

El derecho positivo no define la imputabilidad, sino a *contrario sensu*, son imputables quienes no están probadamente incursos en una causa de exclusión de la imputabilidad, tal como recuerda la muy citada Ejecutoria Suprema de la Corte Suprema de 10 de agosto de 1981.

Amenazar con pena a los que sí lo están sería para ellos (prevención especial) inútil; para la colectividad (prevención general), como consecuencia de la falta de idoneidad en estos casos de la conminación penal, supondría negar la vigencia (fáctica) de la norma, que solo puede aparecer como eficaz si está dirigida a quienes pueden adecuar a ella sus comportamientos.

Antes de decidirse, pues, por la imposición de pena, el juez habrá de constatar, amén de la realización de una conducta objetivamente antijurídica, la existencia de un sujeto imputable. Y siguiendo la técnica legal, afirmará la imputabilidad del mayor de edad siempre que no concurran causas que la excluyan. La imputabilidad es la regla que se presume; esas causas, la excepción que habrá que probar.

Los presupuestos determinantes de la imposibilidad de comprender el carácter ilícito del propio comportamiento, o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, son, en el CP peruano, tres: anomalía psíquica, grave alteración de la

conciencia y alteraciones en la percepción que afecten gravemente a la concepción de la realidad.

La diferente naturaleza de estos presupuestos impide hablar, como se hacía tradicionalmente, de una base patológica o incluso psicopatológica. Lo patológico puede existir, pero ni siquiera es determinante a la hora de apreciar la anomalía psíquica: la anomalía no se mide por sus contenidos patológicos, sino por su distancia respecto a lo estimado «normal».

Así, frente a la vieja dogmática, que, al equiparar imputabilidad con capacidad de querer y conocer, y al identificar en la locura un presupuesto biológico, niega automáticamente al loco la capacidad de culpabilidad, hoy se tiende a relativizar el papel de las causas de la anormalidad y a atender fundamentalmente a sus efectos. Lo cual no solo parece más científico, sino también más democrático, ya que de este modo se renuncia a una clasificación (discriminatoria) de las personas entre anormales (locos) y normales (cuerdos) para centrarse en la valoración jurídica de los efectos que aquellas causas producen en cada persona[36].

a) Cuando el derecho positivo habla de anomalía psíquica, está acudiendo a una terminología no especializada, que puede sugerir el recurso a lo psiquiátrico, pero también a otros ámbitos relacionados con lo psíquico. Y podrá entenderse —al igual que hace la doctrina española— que aquí tienen cabida no solo las enfermedades mentales, como neurosis o psicopatías, sino también «aquellos defectos o alteraciones del proceso de socialización relevantes en la determinación de la inimputabilidad de un individuo, aunque no sean estrictamente reconducibles al concepto de enfermedad mental»[37].

Para determinar qué incidencias —psíquicas— del proceso de socialización son determinantes de anomalía, hay que acudir, como se ha dicho, al concepto de normalidad[38]. Que, en el ámbito de la imputabilidad en que nos movemos, no puede basarse en meras consideraciones psicológicas, sino que dependerá de una decisión normativa, en la que se integran criterios derivados de los principios de igualdad, humanidad, proporcionalidad, intervención mínima, prevención, resocialización, etc.[39].

De ahí el profundo relativismo con que desde el derecho se examinan las categorías psiquiátricas: no hay equiparación mecanicista entre anomalía psíquica e inimputabilidad, sino requerimiento al psiquiatra para que emita su dictamen,

36 Quintero, 1999: 41 s.

37 Muñoz Conde, 2007: 371.

38 Ya que trastornar es, en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, «*Volver* una cosa de abajo arriba o de un lado a otro [...] Invertir el orden regular de una cosa [...] Perturbar el sentido o la cabeza los vapores u otro accidente».

39 Agostinetti, 2000: 201.

desde las necesidades del proceso penal, que no son las de constatar la existencia de «enfermedad», sino la de comprobar si existe el mínimo requerido para afirmar esa normalidad de reacciones en lo social; objetivo que no podrá cubrirse solo con la intervención pericial, ya que la imputabilidad es un concepto jurídico, no médico o psiquiátrico[40].

El giro que así ha dado la cuestión es importante. Queda definitivamente superada la perspectiva eticista[41], y se incorpora al juicio de inimputabilidad el proceso de socialización, que se continúa durante toda la vida.

b) La grave alteración de la conciencia, que es el segundo de los presupuestos enumerados por el Código, puede recoger supuestos que frente a la anomalía —relativamente permanente— tengan carácter transitorio. Pero las diferencias quedan reducidas a eso. Tanto una como otra afectan al mundo de lo psíquico[42], ambas se definen por referencia a un statu quo de normalidad —que en este caso no queda negada, sino, simplemente, cambiada—, y ambas han de ser determinantes de los mismos efectos.

Deben considerarse incursos en este supuesto los casos de intoxicación plena y síndrome de abstinencia de intensidad equivalente[43].

c) La tercera tipología de sujetos inimputables legalmente contemplada es la de quienes sufren «alteraciones en la percepción que afectan gravemente su concepto de la realidad».

Si la imputabilidad es capacidad general de decidir el propio comportamiento de acuerdo con previas valoraciones, el fundamento de la eximente resulta obvio: solo se puede recibir el mensaje prescriptivo de la norma si previamente se captó su mensaje valorativo. Cuando el grado de asocialidad es tan alto que no existe esa capacidad de captar lo jurídicamente valioso y lo que no lo es, el sujeto no puede ser culpable.

En esta línea, y en interpretación de una eximente materialmente idéntica («alteraciones en la percepción»), la sentencia del Tribunal Supremo español de 24 de febrero de mil novecientos noventa y nueve entendió amparados por la eximente a quienes «padecen la alteración de la percepción derivada de un contorno social desfavorable». A partir de ahí, concluye que, aunque:

40 Del Rosal Blasco, 1995: 69.

41 «Conforme a un concepto actual de enfermedad penal no es posible sostener que una de sus características sea esa imposibilidad de saber lo que está bien o mal»: Quintero, 1999: 103.

42 No en otro sentido puede entenderse el término «conciencia», si se tiene en cuenta que los efectos que se le exigen por el art. 20 exceden lo puramente cognitivo.

43 Son supuestos incluidos expresamente como causas de inimputabilidad por el CP español, art. 20.2º: Terradillos, 2002: 53 ss.

> [...] ha de partirse del defecto sensorial (sordomudez, ceguera, etc.) o de una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos [...] no puede descartarse por completo que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del sujeto con la sociedad. Lo importante será no olvidar que sobre la base de esa anomalía ha de originarse una grave alteración de la conciencia de la realidad.

La correcta comprensión del alcance de esta eximente exige tener presente que la grave alteración de la realidad, a que se refiere el art. 20.1, se proyecta sobre lo cultural-valorativo. Por ello, es irrelevante la existencia de graves carencias en el ámbito del conocimiento matemático, cibernético o tecnológico, por ejemplo. Las alteraciones en la percepción no influyen en ese nivel, sino en el de los principios elementales hegemónicos de convivencia. No se trata de declarar inimputable al daltónico, por mucho que sufra alteraciones en la percepción. La percepción que aquí interesa es la referida a los valores culturales que se reflejan en las normas penales.

Quien no conoce, siquiera sea en términos aproximativos, el catálogo de los principios jurídicos básicos y su relevancia —que obliga a respetarlos—, carece del nivel de percepción de la realidad necesario para ser motivado por una norma teleológicamente dirigida a la protección de aquellos. Este sujeto no es imputable. Y ello con independencia de cuales sean las causas determinantes de su relevante déficit de socialización. Aunque parece obvio que esas causas, en la medida en que no pueden reconducirse a la anomalía psíquica o a la alteración de conciencia, tendrán, fundamentalmente, origen social[44].

A partir de lo anterior —no discutido en doctrina— se puede plantear la debatida cuestión de los conflictos que se provocan en los casos de diversidad cultural, cuando se realizan conductas antijurídicas acordes con pautas de comportamiento imperantes en un colectivo determinado, pero incompatibles con las exigencias del Código Penal.

Estas situaciones, que conocemos en el pasado[45], son aún más acuciantes hoy, dada la pujanza de los fenómenos migratorios[46].

44 De opinión contraria, Solís, 1994: 656, mantiene que la inclusión de esta eximente es inútil reiteración, ya que no constituye sino una modalidad del trastorno mental, caracterizada por la brevedad de sus manifestaciones.

45 Trazegnies, 1994: 689 a 711.

46 Terradillos, 2007: 193.

Mayoritariamente, se viene entendiendo que estos casos constituyen un error de prohibición, ya que resulta innegable que el sujeto actúa en el desconocimiento de la valoración que de su conducta realiza el Código.

Sin embargo, esta interpretación desconoce las diferencias estructurales que median entre quien, compartiendo la generalidad del ensamblaje valorativo-jurídico, yerra sobre un aspecto concreto del mismo y quien se rige por pautas culturales globales distintas. Y el miembro de la comunidad minoritaria con valores culturales distintos a los hegemónicos plasmados en el derecho penal carece de la percepción valorativa de la realidad que sí tiene la mayoría.

Desde el punto de vista político, afirmar que, quien está en esa situación, incurre, *sic e simpliciter*, en un error, supone tanto como desconocer —por cierto, contra lo expresamente declarado por los textos de rango constitucional— la trascendencia del pluralismo cultural.

La solución de apreciar inimputabilidad en estos casos, ya que el sujeto carece de la capacidad de ser motivado por el derecho hegemónico, enlaza mejor con la idea de que «motivabilidad» significa también responsabilidad de los poderes públicos en la integración social del mayor número de ciudadanos. Lo que puede traducirse en la aplicación al inimputable de medidas educativas, que han de ser integradoras en contextos democráticos, de mínimos, es decir, respetuosas de la pluralidad a conciliar con el mundo de valores intangibles, por imprescindibles, que es tutelado en las leyes penales.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria recela de estas interpretaciones, ya que las considera racistas y etnocentristas[47] o, simplemente, absurdas[48].

Estas críticas han de estimarse fundamentadas cuando se dirigen a precedentes como el del «Código Maurtúa», que preveía para los «salvajes» e «indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo», medidas de internamiento en casas de trabajo o de colonia penal agrícola por tiempo indeterminado[49]; el del CP boliviano de 1973, que declara inimputable al «indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización»; o el del, más próximo en el tiempo, CP de Michoacán (México) de 1980, cuyo art. 16, estima como causa de inimputabilidad «la condición de indígena no incorporado a la civilización».

47 Sotomayor, 1996: 261 s.

48 Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2006: 705.

49 Hurtado/Du Puit, 2006: 227-228. En opinión de Jiménez de Asúa, 1926: 39, «la numerosa cantidad de indios que hay en el país obliga a esas especiales medidas asegurativas, y aun se debería ir más lejos, creando una verdadera legislación penal asegurativa y tutelar para la delincuencia de los indígenas no civilizados o cuyo grado de civilización es rudimentario».

No es esta la opción del CP peruano, que, tal como explicita su Exposición de Motivos, desarrolla el art. 2, numeral 19, de la Constitución Política, y «en reconocimiento a la heterogeneidad cultural de los habitantes de nuestro país [...] ha dado acogida a una forma especial de error conocida en la doctrina como *error de comprensión culturalmente condicionado*».

Aunque, como se ha dicho, quien, por su cultura o costumbres no participa del código valorativo hegemónico positivizado en la ley penal, podría haber sido considerado inimputable, en la medida en que su concepto de la realidad queda gravemente mediatizado por las alteraciones (en el sentido valorativo antes apuntado) de la percepción[50], el CP peruano ha optado por dar a estos supuestos un tratamiento autónomo. Este es, en efecto, el tenor literal de su art. 15: «El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena».

A pesar de que el derecho positivo se incline por seguir hablando de error, la figura del art. 15 responde a la naturaleza de la inimputabilidad. El presupuesto es, como en el caso de los inimputables, una especial conformación del conjunto de sus valoraciones sobre lo socialmente exigible. Y el efecto psicológico radica en la imposibilidad «de comprender el carácter ilícito» del hecho, o de «conducirse de acuerdo con esa comprensión».

No es tanto un error como una «a-socialización», desde la perspectiva de los valores hegemónicos a que responde el Código Penal, semejante a la del inimputable del art. 20.1, que no es sujeto de menor rango, sino persona no susceptible de motivación porque su percepción de la realidad lo impide. Pero como esas características solo interesan al derecho desde la perspectiva de la relación del sujeto con la norma, son características —no estigmatizadoras, no peyorativas— que, desde esa misma perspectiva, pueden ser equiparadas a la cultura o a las costumbres.

Por eso, el error culturalmente condicionado se asemeja, en sus estructuras, a los supuestos de inimputabilidad, del art. 20.1 del CP, mucho más que al error de prohibición, del que se diferencia nítidamente, como recoge la sentencia N. 58, de 29 de octubre de 2003, de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, Segunda Sala Penal. Y como consecuencia de esa naturaleza, el error culturalmente condicionado admite el recurso a medidas de seguridad educativas, tal como hace la sentencia de 26 de mayo de 2004, de la Corte Superior de Justicia

50 Ver Terradillos, 2002: 60 ss.

de Junín, Sala Mixta Descentralizada de La Merced[51], recurriendo en su apoyo a las aportaciones dogmáticas de Hurtado Pozo, Villavicencio y Zaffaroni[52].

No se trata de un error, sino de la «incapacidad de comportarse de acuerdo con cánones culturales» que al sujeto le resultan extraños[53]. Una cuestión, pues, de capacidad. Exactamente lo mismo que el inimputable que, en el art. 20.1, tiene alterada gravemente la percepción de la realidad, percepción valorativa determinada por los déficits de socialización en la cultura hegemónica.

Y, con la Corte Suprema de Colombia, hay que insistir en que la consideración como inimputable no supone descalificación ninguna del sujeto:

> […] el hecho de que el indígena tenga un desarrollo cultural diverso del correspondiente al llamado hombre civilizado, en manera alguna permite aseverar que aquel sea inmaduro en el sentido estricto del vocablo. Se trata simplemente de dos visiones diferentes sobre el mundo y, en últimas, de la presencia de dos escalas distintas de valores, sin que sea dable dar preeminencia a alguna de ellas, a no ser como el resultado de la imposición de quienes detentan los factores reales de dominación[54].

d) En todo caso, la imputabilidad, como todos los elementos del delito, va referida al momento de ejecución del hecho típico. De ahí que sean habituales en derecho comparado la exigencia de esa coincidencia cronológica y la formulación de explícitas respuestas normativas a la problemática suscitada por las acciones *liberae in causa*.

La teoría de las acciones *liberae in causa* responde a los supuestos de inimputabilidad en el momento de ejecución, pero de imputabilidad cuando aquella fue provocada con el propósito de delinquir o cuando se hubiera previsto o debido prever la comisión del delito[55].

Para responder a estas situaciones, la doctrina maneja dos modelos teóricos: el de la tipicidad y el de la excepción. El primero de ellos, de aceptación mayoritaria, aprecia la eximente en el momento final, aunque la provocación de esa situación por el propio sujeto permite retrotraer su responsabilidad a un momento anterior «haciéndole responder conforme a los principios generales de imputación, referidos en su conjunto a esa actio praecedens». Para el modelo de la excepción, el

51 Ver https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/06/22juris.pdf.

52 Aunque en la doctrina peruana, las divergencias, no siempre advertidas, son profundas: Hurtado, 2003: 358 ss.

53 Hurtado/Du Puit, 2006: 230.

54 Fallo Mancipe Rodríguez, de 1984; ver Amry, 2006: 87.

55 Ver Román, 2000: 32.

castigo se vincula al comportamiento inculpable, «valorando excepcionalmente la imputabilidad en un momento anterior: el de la creación de esa situación de inculpabilidad»[56].

En estrecha relación con el primer modelo, se ha mantenido que, cuando el sujeto planifica y dirige conscientemente su situación de inimputabilidad para ejecutarlo, en realidad se está utilizando a sí mismo como instrumento. Ahora bien, si el sujeto se utiliza a sí mismo como instrumento, se dan los elementos de la autoría mediata, y en esa sede sistemática procedería tratar esta cuestión.

Choca esta posible lectura, sin embargo, con la literalidad de la ley al definir la autoría mediata: el art. 23 del CP peruano considera autores a quienes realizan el hecho punible por sí mismos «o por medio de otro». Pero este argumento, si se acepta la posibilidad de lectura del término «otro» en sentido normativo, no es definitivo. También el §. 25 del CP alemán alude a la actuación «por medio de otro», sin que ello haya sido óbice para entender que la *actio libera in causa* sea construida como un caso especial de la autoría mediata. Es más, como advierte Schünemann, de ese dato legal «se puede inferir, utilizando directamente un argumento a fortiori («con mayor razón»), la punibilidad de la comisión del hecho por sí mismo como instrumento incapaz de culpabilidad»[57].

A falta de reglas específicas en sede de inimputabilidad, la respuesta jurídico-penal a los supuestos de acciones *liberae in causa* podrá construirse de acuerdo con las reglas generales de la autoría.

2. Error de prohibición

A tenor del art. 14 del CP peruano, «El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena».

El requisito del conocimiento de la antijuricidad como integrante de la culpabilidad «es la culminación de la idea de culpabilidad como fundamento de la imposición de una pena»[58]. De ahí la trascendencia de la opción del legislador peruano. Pero, en esa línea, este ha precisado más, al decidirse por positivizar la distinción error de tipo-error de prohibición. En efecto, tal como explica la Exposición de Motivos del Código Penal:

> [...] tradicionalmente se han utilizado los términos de error de hecho y error de derecho. Las nuevas fórmulas sustitutivas de error de tipo y error de

56 Rodríguez Montañés, 2002: 34.
57 Schünemann, 1999: 106 s.
58 Muñoz Conde, 2001: 179.

> prohibición indican contenidos distintos a los aludidos con las denominaciones tradicionales. Mientras que las expresiones lingüísticas antiguas, hoy superadas por el progreso de la doctrina penal, permitían distinguir entre lo fáctico y lo jurídico, ocurre ahora que el error de tipo está referido a todos los elementos integrantes del mismo, ya sean valorativos, fácticos y normativos (circunstancias de hecho justificantes o exculpantes), quedando el error de prohibición vinculado a la valoración de la conducta frente al ordenamiento jurídico en su totalidad.

La misma respuesta, en cuanto a la pena, se dispensa, tal como se adelantó, a los casos de error de comprensión culturalmente condicionado.

3. No exigibilidad de otra conducta

Si la culpabilidad requiere motivabilidad, aquella debe ser negada cuando el sujeto, motivable de ordinario, sufre la influencia de circunstancias transitorias de tal entidad que, en el caso concreto, determinan que no se le pueda exigir adecuar su comportamiento a derecho. El sujeto conserva su capacidad abstracta de conocer la significación de sus hechos y de determinar su comportamiento de acuerdo con esa comprensión, pero, en concreto, actúa compelido por factores tan poderosos que se sobreponen a la conminación de pena por parte de la ley: no tiene sentido que esta intente dirigir su comportamiento mediante una amenaza que se sabe inútil.

Dos causas de esta naturaleza contempla el Código Penal peruano: el miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante.

a) El art. 20.7 declara exento de responsabilidad criminal al que obra «compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor».

La caracterización dogmática del miedo insuperable es objeto de polémica, aunque la mayoría identifica en él una causa de inexigibilidad de otra conducta[59].

Ahora bien, puede entenderse la inexigibilidad como imperativo de la justicia[60], o, más modestamente, entenderla vinculada a la necesidad o utilidad de pena, que queda enervada en razón de la anormalidad motivacional en que se mueve el sujeto.

De acuerdo con esta caracterización, no es necesario un terror que prive de lucidez o fuerza de voluntad[61]. Basta con el temor, que, para ser relevante, ha de ser insuperable, es decir, aquel que no hubiera podido resistir la persona media,

59 Paredes, 1993: 632.
60 Varona, 2000: 377.
61 Mir, 2004: 598.

el común de las personas. Siempre que se analice la situación de acuerdo con un doble parámetro: el contexto situacional del sujeto y las circunstancias referidas a su personalidad[62]; con todos sus conocimientos y condiciones personales físicas y mentales, excepto aquellas que pudieran excluir la normalidad de criterio. Así, se tendrán en cuenta la edad, la fuerza, la cultura, etc., del sujeto concreto, pero no sus características patológicas, por ejemplo, neurosis, que dan lugar a un miedo que la persona normal superaría. En estos casos procede negar la culpabilidad por concurrir una anormalidad mental, no por inexigibilidad de otra conducta[63].

La exigencia legal de que el sujeto actúe compelido por un miedo «de un mal igual o mayor», resulta inútil y notoriamente perturbadora, puesto que no se indica el otro extremo de la comparación. Quizá haya que entender que el mal que se quiere eludir realizando la conducta típica ha de ser igual o mayor que el que resultaría evitándola. Pero el miedo insuperable no es una causa de justificación, que obligaría a ponderar objetivamente los males en conflicto, sino una causa de exculpación, en la que lo relevante solo puede ser el influjo que el mal amenazado tiene en el sujeto que sufre la amenaza.

De acuerdo con ello, la lectura del art. 20.7 no puede realizarse en clave «objetivista». Que por otra parte no viene impuesta por la letra de la ley. Lo coherente es entender que la comparación entre males ha de hacerse desde la perspectiva del sujeto que sufre el miedo[64]. Con lo que la inadecuada fórmula legal equivale —si tiene que equivaler a algo— a la no atribución de eficacia eximente a las amenazas triviales, por la nimia entidad del mal conminado o por la excesiva lejanía del mismo. Casos en los que difícilmente el miedo puede resultar insuperable.

b) El art. 20.5 exime de responsabilidad al que «ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica».

Esta modalidad de estado de necesidad, según se observa en la Exposición de Motivos:

> [...] constituye un caso expreso de no exigibilidad de otra conducta que se diferencia del estado de necesidad justificante por indicar en *numerus clausus*

62 Varona, 2000: 169.

63 Mir, 2004: 599.

64 Es la tesis que, en comentario jurisprudencial, acertadamente sustenta Paredes, 1993: 634.

> cuáles son los bienes jurídicos elementales, en el sentido de importantes, que deben ser amenazados, así como por resaltar la antijuricidad del hecho, todo lo cual se explica en razón a que el presupuesto de la exclusión de culpabilidad no está en la colisión de bienes jurídicos de distinta jerarquía en la que se deba proteger el más importante, sino en el conflicto de intereses jurídicos de idéntico o similar rango, en donde la presión psíquica hace no exigible un comportamiento adecuado a derecho.

El precepto, que constituye transposición de los contenidos del § 35.10 del CP alemán, recoge un supuesto de antijuricidad disminuida —en la medida en que el sujeto lesiona un bien jurídico pero defiende otro— y, sobre todo, de culpabilidad disminuida, debido a la presión anímica dimanante de la situación de peligro[65].

Pero, además, exceptúa de la exención de responsabilidad a determinados sujetos especialmente obligados a hacer frente al peligro. De lo que hay que deducir, como hace Roxin, que, en estos casos, se contempla un peligro que podía haber sido soportado por el sujeto. Este, en consecuencia, tuvo la alternativa de actuar conforme al derecho, y al no hacerlo se comportó culpablemente. El sistema parte, pues, de la concurrencia de culpabilidad, aunque notablemente disminuida. Lo que no obsta para eximir totalmente de responsabilidad penal, porque en estas situaciones extremas no es necesaria, al contrario de lo que ocurre con quienes debieron hacer frente al peligro, la intervención punitiva preventiva[66].

De este modo, frente a quien actúa en estado de necesidad exculpante cabe la legítima defensa y la participación en el hecho realizado en estas circunstancias es punible.

65 Roxin, 1997b: 899.
66 Roxin, 1997b: 222 y 792.

Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano

José Hurtado Pozo

I. Introducción. **II.** Planteamiento. **III.** Fuentes del art. 15. **IV.** Interpretación predominante. **V.** Comentarios críticos. **VI.** Aplicación del art. 15. **VII.** Diferencias culturales respecto a los inmigrantes: caso suizo. **1.** Error de prohibición. **2.** Individualización de la pena. **VIII.** Conclusiones.

I. Introducción

La aplicación de un ordenamiento jurídico perteneciente a una cultura determinada a personas que pertenecen a un ámbito cultural distinto puede ser difícilmente comprendida y explicada sin tener en cuenta factores, como, por ejemplo, la pluralidad cultural, el pluralismo jurídico[1], la ciudadanía cultural[2], los derechos culturales, los derechos de los pueblos nativos[3] y el etnocentrismo.

La crisis del Estado Nación[4], concebido como la unidad de pueblo, territorio, lenguaje, y la intensificación de las migraciones de poblaciones desfavorecidas hacía países desarrollados, condicionadas por la globalización, han ampliado el fenómeno inicialmente indicado, ya que la cuestión no solo se refiere a los pueblos nativos que fueron sometidos mediante la colonización, sino también a los inmigrantes instalados en países de cultura diferentes a la suya.

---

1 Höffe: 1999.

2 Kymlicka, 2001: p. 25 ss.

3 Ballón Aguirre: 2002.

4 Hobsbawm, 1991: 25 ss., 209 ss.; Florescano: 2001: 285 ss.; Anderson, 1997: 63 ss.

La pluralidad cultural es propia a toda sociedad y es el resultado de un largo proceso de desarrollo de las interrelaciones entre las diferentes poblaciones. Las políticas del grupo cultural dominante referentes a este fenómeno han sido y son diversas en la medida en que se han destruido, segregado, asimilado o integrado las otras culturas, lo que manifiesta un etnocentrismo rígido o una tolerancia limitada frente a la diferencia. En la perspectiva de nuestro análisis, señalemos que la integración implica el reconocimiento de que los diversos sectores sociales tienen derecho a conservar sus diversidades culturales participando en la convivencia común global[5].

Esta concepción de pluralismo cultural debe ser diferenciada de la concepción que preconiza el reconocimiento de que cada cultura debe ser respetada como igualmente valiosa que las demás. Criterio de índole política y no explicación de la realidad de las sociedades concretas.

De la misma manera, se descuida muchas veces de considerar que el pluralismo jurídico[6] es un fenómeno bastante generalizado en la medida en que las sociedades están estructuradas de manera plural y practican diversos sistemas de derecho. La cuestión se plantea, en casos como el peruano, de manera más intensa porque las diferencias culturales, comprendidas las jurídicas, de los diversos grupos de pobladores, son más acentuadas y, sobre todo, marcadas por desigualdades e injusticias muy fuertes.

Sin esta amplia perspectiva no se comprende cómo ha evolucionado en el Perú, así como en otros países latinoamericanos, la legislación tanto en el dominio constitucional como en el del derecho penal. Los problemas de interpretación del art. 15 del CP peruano son frecuentemente debidos a la deficiente comprensión de ese contexto global.

La índole de este trabajo no es propicia para analizar, aunque sea brevemente, los diversos factores extrajurídicos señalados. El objetivo se limita más bien a presentar sucintamente la manera cómo la doctrina y la jurisprudencia peruanas han aplicado las disposiciones y los criterios concernientes a la regulación de los efectos que se presentan en caso de conflictos culturales[7]; más exactamente, de qué modo se deben tener en cuenta las pautas culturales propias al autor de una infracción y que son distintas a las que están en la base de la ley penal oficial. Para dar una idea respecto de los problemas que se presentan en países desarrollados, hemos creído conveniente presentar de manera resumida el caso suizo.

5 Cortina: 36 ss.

6 Lampe, 1995: 8 ss.

7 Kälin: 2000.

II. Planteamiento

Según el art. 15 CP:

«El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión será eximido de responsabilidad. Cuando, por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena».

En diversas ediciones del Código Penal de 1991, aún en las oficiales, aparece como nota marginal de esta disposición la expresión «error de comprensión culturalmente condicionado». Esto se debe, sobre todo, a que en su exposición de motivos se afirmó que se habían incorporado, en la disposición transcrita, la mencionada noción jurídica[8]. Esta oficiosa designación fue generalmente aceptada por diversos autores.

Los comentaristas, además de coincidir en la terminología, se caracterizan por no explicar ni justificar suficientemente por qué hay que interpretar el art. 15 siguiendo estrechamente la noción de error culturalmente condicionado, elaborada por Raúl Zaffaroni e inspirador de esta disposición.

Así, transcribiendo casi literalmente lo escrito por Zaffaroni, Bramont Arias/Bramont-Arias[9], se afilian sin espíritu crítico a la tesis del jurista argentino y repiten el ejemplo que este autor da de la prohibición de inhumaciones. Además, indican como fuente del art. 15 el proyecto peruano de 1991, el mismo que es solo su antecedente inmediato.

Villavicencio[10] considera que «es novedosa la introducción de la figura del error de comprensión culturalmente condicionado». Como Zaffaroni, lo define como el que recae sobre la comprensión de la ilicitud del hecho y precisa que cuando es directo concierne el conocimiento de la norma penal, su vigencia y aplicabilidad[11]. Además, considera que el error de comprensión «es la inexigibilidad de la internalización» y que debe entenderse por comprensión el más alto nivel de captación humana que implica la internalización. En cuanto a esta última, Villavicencio hace referencia a que el infractor se desarrolla en una «cultura distinta a la nuestra» y que «ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura». Da como ejemplo el caso del «miembro de una comunidad nativa

8 Código Penal, edición oficial: 43 s.; la exposición de motivos corresponde, en realidad al texto del proyecto que difiere en diversos puntos del texto definitivo del Código.

9 Villavicencio, 2001: 149 s.

10 Villavicencio, 1993: 112 s.

11 Villavicencio, 2001: 86 s.

de la Amazonía que practica actos sexuales con una menor de 14 años pues en su comunidad es costumbre la convivencia incluso con menores de 12 años»[12].

Villa Stein[13], por su parte, sostiene *grosso modo* los mismos criterios, pero, contrariamente a lo afirmado por Zaffaroni, no estima que se trate de un caso de error de prohibición. Sin embargo, no explica las razones de su discrepancia, ni tampoco de qué institución se trata, no obstante, sigue hablando de error de comprensión.

De manera más extensa, Francia ha abordado este problema en un artículo de revista, el mismo que hemos comentado de manera más o menos detenida[14]. Por esto nos limitaremos a resumir brevemente nuestro análisis. Francia[15] afirma también que se trata de un «error culturalmente condicionado», el mismo que imposibilita la comprensión de la norma y la antijuricidad de la conducta, originado por el acondicionamiento cultural del individuo. Error que por su carácter invencible excluye la culpabilidad y toda sanción penal. En su opinión, es la interpretación correcta porque, de un lado, es conforme a la concepción expuesta en el artículo comentado y, de otro, «rechaza la asimilación del resto de culturas a la cultura occidental como propuesta política»[16].

Para Peña Cabrera[17], considerando que se ha regulado el error de prohibición y que el Perú es étnica y culturalmente plural, estimó necesario que en el nuevo Código se resaltase normativamente el respeto de los valores culturales distintos «[…] en el sentido que no se criminalice conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales». Como los otros autores peruanos citados, repite que «al sujeto que conoce la norma prohibitiva pero que no la puede internalizar por razones culturales, por regla general, no se le puede reprochar esa falta de internalización». Afirmación que no tiene en cuenta el hecho de que existan grupos culturales aislados que pueden desconocer completamente la norma prohibitiva. Sin embargo, señala que «el condicionamiento cultural puede llevarse a cabo no solamente cuando se cree estar conduciéndose lícitamente, sino, también, cuando el agente ni siquiera se ha planteado seriamente las dudas sobre la licitud o ilicitud de su hecho».

12 Villavicencio, 2001: 87.
13 Villa Stein, 2001: 419 ss.
14 Hurtado Pozo, 1995: 157 ss.
15 Francia, 1993: 493 ss.
16 Francia: 511.
17 Peña Cabrera, 1994: 436, 444 s.

III. Fuentes del art. 15

Para determinar si es correcta la interpretación propuesta por los autores que vienen de mencionarse, es indispensable tener en cuenta si las disposiciones del Código Penal peruano pueden ser interpretadas siguiendo las pautas propuestas por Raúl Zaffaroni.

Este autor[18] concibe el error de comprensión culturalmente condicionado a partir de la legislación argentina, en particular del art. 34 inc. 1 del Código Penal. Según esta disposición, no es punible quien «no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones». De esta manera, diferente a la utilizada en la legislación penal peruana, se prevén dos circunstancias que impiden penar al autor de un comportamiento típico. La situación determinante es que el agente no pueda comprender la criminalidad del acto o dirigirlo conforme a esta comprensión. Por un lado, esta incapacidad es debida a la insuficiencia de sus facultades o por alteraciones morbosas de las mismas. Se trata de la capacidad de culpabilidad. Por otro, dicha incapacidad tiene su origen en el error o ignorancia en que actúa el agente. Así, se comprende tanto al error de tipo como de prohibición. Circunstancias que excluyen el dolo (error de tipo) o la culpabilidad (error de prohibición), respectivamente.

La peculiaridad de esta regulación es que induce a plantear el problema del error como un factor que condiciona la capacidad de comprensión del agente. Lo que no sucede en el derecho positivo peruano, ya que la capacidad de culpabilidad está regulada de manera autónoma, aunque de modo parecido a la legislación argentina en la medida en que se le hace depender del estado psíquico del agente. Mientras que el error está previsto sin relación directa con la capacidad de culpabilidad del agente. Bien, por el contrario, se presupone la existencia de esta capacidad y solo se hace referencia al aspecto sobre el que debe recaer: la ilicitud del comportamiento. De modo que no debe analizarse el error como circunstancia que excluye la capacidad del agente para comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. El sujeto capaz de culpabilidad, en el momento de actuar, debe más bien tener la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento. Esta circunstancia no existe cuando actúa bajo la influencia de un error de prohibición. Si este error es invencible no se le puede reprochar su comportamiento delictuoso; por tanto, no es culpable. La

18 Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000: 704 ss.; cf. García Vitor, 36: 27 ss.; Cesano/Kalinsky: 231 ss; Irigoyen: 35 ss.

culpabilidad subsiste, por el contrario, en la medida en que tuvo la posibilidad de evitar el error; pero el reproche varía de intensidad según el esfuerzo que hubiera tenido que realizar para superarlo.

Zaffaroni estima que el llamado error de comprensión culturalmente condicionado es un caso de error de prohibición. Para comprender esta afirmación hay que considerar las premisas de las cuales parte. En su opinión, la culpabilidad tiene como presupuesto la autodeterminación de la persona. El límite mínimo de esta autodeterminación es fijado por el ordenamiento jurídico, de modo que toda autodeterminación que esté por debajo de este límite no es relevante para el derecho penal. En la medida en que la persona tiene la autodeterminación necesaria, se le puede exigir que reconozca la naturaleza antijurídica de su comportamiento. Por esto, la exigibilidad es la base de todas las circunstancias que excluyen la culpabilidad.

Ahora bien, según Zaffaroni, no es exigible el reconocimiento de la naturaleza antijurídica del acto en caso (1) de error de prohibición invencible (art. 34, inc. 1), y (2) de incapacidad psíquica de comprensión (art. 34, inc. 2). Pero, aun cuando sea posible exigirle ese reconocimiento, sus posibilidades de decisión pueden estar significativamente reducidas. Es el caso, por un lado, de la situación del (3) estado de necesidad exculpante (art. 34, inc. 2) y, por otro, de la (4) incapacidad psíquica para adecuar su comportamiento a la comprensión de la antijuricidad (art. 34, inc. 1). Según los criterios tradicionales, se puede decir que los puntos dos y cuatro conciernen a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad: el agente debe tener la capacidad de comprender el carácter antijurídico de su comportamiento y la capacidad de determinarse de acuerdo con dicha comprensión. El punto primero se refiere al error de prohibición (posibilidad de que el agente capaz comprenda la antijuricidad de su acto) y el punto tercero al estado de necesidad, circunstancia excluyente de la culpabilidad debido, fundamentalmente, a que los intereses en conflicto son equivalentes.

Para los fines de esta explicación, es importante indicar que Zaffaroni considera como fundamental en la interpretación del art. 34, inc. 1, del Código Penal argentino el hecho de que en su base se encuentre la idea de la «posibilidad de comprender la criminalidad de un acto». De donde deduce que la ley no exige el conocimiento de la criminalidad, sino la posibilidad de conocerla. De modo que se trata de «una potencia y no de una efectividad». Esta posibilidad basta en la medida en que la ley misma no exija conocimientos efectivos de aspectos particulares que configuran la criminalidad de un acto. En su opinión, la expresión criminalidad utilizada por el legislador sintetiza «todas las circunstancias objetivas que hacen criminal la conducta», comprendidos los requisitos que permiten imponer una pena (punibilidad del acto).

Importante es, sobre todo, la manera como define la comprensión. En su opinión, este término debe ser interpretado no en el mero sentido de conocer o reconocer la criminalidad, sino más bien en el de la «internalización» o «introyección» de la prohibición. Solo respecto a la antijuricidad (valor o desvalor), la comprensión constituye una exigencia máxima, no así para los demás factores referentes a la criminalidad. Respecto a estos es suficiente el conocimiento o la posibilidad de conocimiento. En este sentido, comprender un valor supone que el agente tenga la vivencia tanto de su condición de persona como la condición de la persona ajena, vivencias que se dan en un mundo pleno de significaciones (cultura) y que él debe también comprender. De modo que se comprende un valor (implícito a la antijuricidad) cuando es incorporado como propio, es asumido como pauta de comportamiento (se trata de «cogerlo», de «agarrarlo»). Sin embargo, para la culpabilidad la ley considera suficiente «la posibilidad exigible de comprensión de la antijuricidad y, *contrario sensu*, que solo es inculpable aquel al que no se le puede exigir razonablemente la comprensión de la antijuricidad»[19]. Esta posibilidad de comprensión no es más que un grado de exigibilidad de la posibilidad hipotética de la comprensión del injusto del hecho.

En este nivel, Zaffaroni señala que las diferencias en la comprensión del mundo pueden ser tan grandes que, en situaciones extremas, hacen jurídicamente inexigible la comprensión de la antijuricidad, porque no se le puede exigir a nadie que haga suyos valores ajenos, que «incorpore a sus propias pautas de conducta otras diferentes, que responden a una concepción del mundo y de sí mismo por entero distinta»[20].

Explicada así la comprensión, Zaffaroni afirma, de manera consecuente, que la imputabilidad es ausencia de impedimento psíquico para comprender la antijuricidad y para la adecuar la conducta a esa comprensión. Si este no es el caso, no se puede exigir al agente tal comprensión y, por tanto, no puede ser considerado culpable. Así mismo, señala que tampoco se puede exigir al agente la comprensión de la criminalidad en caso de las diversas circunstancias de error de prohibición y de otros errores exculpantes. En un tercer apartado, considera los que él denomina errores directos de comprensión y conciencia disidente[21].

Desde su perspectiva, el error de comprensión es un caso de error de prohibición directo, ya que este no se agota en el desconocimiento de la prohibición o de sus alcances, sino que también comprende el caso en que «el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, es decir, su

19 Zaffaroni/Alagia/Slokar: 650.
20 Zaffaroni/Alagia/Slokar: 650.
21 Zaffaroni/Alagia/Slokar: 700 s.

introyección o internalización como parte de su equipo valorativo». Aquí, se trataría generalmente de casos en los que el agente ha interiorizado valores diferentes e incompatibles con aquellos sobre los cuales se fundamenta la norma prohibitiva penalmente reforzada. Sin embargo, Zaffaroni precisa su idea diciendo que la culpabilidad no requiere que el sujeto haya internalizado esos valores, sino solo «que haya tenido la posibilidad de internalizarlos en un grado razonablemente exigible. La exigibilidad depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debe realizar para materializar esa comprensión efectiva»[22]. Si el esfuerzo que el agente debe realizar es tal que no resulta razonable exigirle que lo haga, se presenta la inexigibilidad jurídica y, por tanto, queda excluida la reprochabilidad, ya que el error de comprensión es un error de prohibición invencible.

Una de las ventajas de esta interpretación y de la introducción del criterio del error de comprensión, según Zaffaroni, es la de rechazar «la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o que se hallan en estado peligroso». Así mismo estima este autor, por un lado, que las demás alternativas propuestas resultan artificiosas pues en el caso del indígena «lo que no puede exigírseles es la comprensión de la criminalidad»[23]; es decir que internalicen la prohibición del comportamiento. Al respecto, concluye destacando el aspecto constitucional del problema en la medida en que, en la Constitución argentina, se ha reconocido «la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural» (art. 75 inc. 17).

Para avanzar en nuestro análisis, conviene considerar uno de los ejemplos dados por Zaffaroni para ilustrar la noción de «comprensión». De manera esquemática, dice que «el antropólogo puede conocer y describir en otras culturas la eliminación de los ancianos, la poligamia, la poliandria, la ablación del clítoris o el suicidio de la viuda, pero no es posible exigirle que los comprenda». Para los fines que perseguimos, tendríamos que imaginar cómo hubiese debido juzgarse al antropólogo si, viviendo entre los pueblos cuya cultura estudiaba, hubiere internalizado sus pautas culturales y, por ejemplo, se hubiese vuelto a casar y, breve tiempo después, participado en el hecho de matar a su anciano e inválido suegro, como lo exigen sus nuevas pautas culturales. De haber permanecido en Polinesia, no solo no hubiera sido sancionado, sino quizá felicitado por su real y efectiva integración a la cultura local. Pero, si hubiera regresado a su país de origen, las autoridades competentes, conociendo lo realizado por el antropólogo en

22 Zaffaroni/Alagia/Slokar: 705.
23 Zaffaroni/Alagia/Slokar: 705 s.

el extranjero, se hubieran debido preguntar si debían procesarlo penalmente por homicidio y bigamia.

Si, por razones puramente didácticas, dejamos de lado los problemas que se hubieran presentado respecto a la aplicación de la ley penal en el espacio (por ejemplo, el criterio de la doble incriminación respecto al principio de la personalidad activa o pasiva) y suponiendo que dichas autoridades apliquen los criterios de Zaffaroni, podemos imaginar que hubiesen tenido que decidir si el antropólogo había o no actuado bajo la influencia de un error de comprensión culturalmente condicionado. Al participar en la muerte de su suegro, él conocía que conforme a las pautas culturales de su país de origen cometía un acto prohibido y punible; sin embargo, lo hacía conforme a las nuevas pautas culturales que había internalizado. Por lo tanto, conforme al derecho de su país no podía ser considerado culpable ya que no se le puede exigir que renuncie a sus nuevas convicciones, ni ignorar, sin atentar contra su dignidad de persona, que ha abandonado sus pautas primigenias en favor de las de Polinesia. Sin embargo, difícilmente puede admitirse que se trata de un error en la medida en que conoce muy bien ambos sistemas de pautas culturales y lo que hace es escoger conscientemente la que sigue al momento de actuar. Es decir, no es posible pensar en una inexigibilidad de comprensión de la criminalidad del acto proveniente de un error. El antropólogo no ha errado, no se ha equivocado de modo que jurídicamente pueda considerarse que, al momento de actuar, no hubiese podido comprender la criminalidad de su acto en relación con el derecho de su país de origen. Respecto al derecho de Polinesia, no existe problema porque no ha cometido infracción alguna. Salvo si, en caso contrario al ejemplo, se hubiese negado a participar en la muerte de su suegro y preferido permanecer fiel a la pauta cultural de origen. Su negativa hubiera sido descalificada y dado lugar a una sanción, si las autoridades nativas no hubieran aplicado una categoría semejante al error de comprensión culturalmente condicionado (considerando que no era posible exigirle que haga suya la pauta nativa).

Zaffaroni afirma que el problema se presenta «en la sociedad contemporánea, debido a la movilidad horizontal creciente y a las frecuentes migraciones, como también al reconocimiento de la pluriculturalidad»[24], como en los casos de la ablación del clítoris que sigue siendo practicada, en países como Francia y España, en algunos sectores de los inmigrantes musulmanes. Resulta difícil admitir que este acto, constitutivo de lesiones corporales graves, no debería ser reprimido porque quien lo comete ha actuado conforme a las pautas culturales que han internalizado. Es decir, por no haber comprendido (en el sentido de «cogido, agarrado») las pautas culturales que están en la base de la legislación penal francesa o

24 Zaffaroni/Alagia/Slokar: 706.

española. Habría cometido un error de comprensión porque no se le puede exigir que internalice pautas culturales ajenas a su cultura. Su ámbito de autodeterminación para comportarse según las pautas francesas o españolas ha sido fuertemente reducido por su bagaje cultural propio e irrenunciable. Lo que supone que el «error» es invencible debido a que el agente hubiese debido realizar un esfuerzo de «magnitud tal que surja claramente su inexigibilidad jurídica».

Pero, hasta qué punto no se puede exigir a los inmigrantes el respeto de prohibiciones como la implícita en las normas represoras del delito de lesiones corporales graves; hasta qué límite debe tolerarse ese tipo de comportamiento. La respuesta dependerá de si se admite o no, amplia o restrictivamente, el relativismo cultural. En la perspectiva de nuestro análisis, queda la cuestión de saber si se trata realmente de un error, ya que si el agente sabe que su acto está prohibido (por esto, es practicado clandestinamente) actúa condicionado por una representación del valor del acto que no corresponde con la vigente en el lugar donde actúa. Más bien obra consecuentemente de acuerdo con sus propias pautas culturales, lo que constituye una ratificación o defensa de su cultura; de modo que su manera de proceder se acerca mucho más al denominado comportamiento debido a la «conciencia disidente». Según Zaffaroni, respecto a esta última, «se encuentra en un error de prohibición indirecto en razón de suponer falsamente la existencia de una justificante no reconocida por el derecho»[25]. Creer, por ejemplo, que el respeto de la diversidad cultural autoriza a realizar actos aun si contradicen los valores culturales del sistema oficial.

Un ejemplo, dado también por Zaffaroni, más cercano a la realidad peruana es el de las inhumaciones clandestinas. En este caso, dice Zaffaroni: «Quizá el vínculo cultural que impide a la persona comprender la ilicitud de la prohibición de inhumaciones clandestinas no alcance para fundar la invencibilidad del error de comprensión de una lesión o un homicidio, pero no por ello puede excluirse un error de comprensión de tal entidad». Como en el Código Penal peruano no hay disposición que prevea la represión de la violación de una tal prohibición, podemos considerar un caso semejante: la práctica de la medicina tradicional que, objetivamente, cae en el art. 290 inc. 2 por el que se reprime el hecho de prescribir, administrar o aplicar cualquier medio supuestamente destinado al cuidado de la salud, aunque se obre de modo gratuito.

Si actos de esta naturaleza son cometidos de acuerdo a pautas culturales diferentes a las del sistema oficial, puede considerarse que sus autores se equivocan con respecto a la prohibición de ejercer la medicina sin título profesional y, por tanto, sin la autorización debida; así mismo, que este error les impide comprender

25 Zaffaroni/Alagia/Slokar: 704.

el carácter ilícito de su comportamiento y que este error se debe a que no han interiorizado la prohibición establecida por el sistema dominante.

Cuando los actos destinados presuntamente a curar son cometidos en el seno de un grupo humano sin contacto con el sistema oficial (por ejemplo, comunidad de nativos habitando una zona alejada de la Amazonía), sería irracional, como lo permitía el Código de 1924[26], intervenir y someter al responsable del acto típico a una sanción penal con la «finalidad de civilizarlo». La razón, sin embargo, no necesita ser la presencia de un error de prohibición o de comprensión porque dichas personas ignoran completamente las normas prohibitivas oficiales. Por tanto, no se les puede exigir que hagan los esfuerzos necesarios para conocer dichas prohibiciones y comportarse en consecuencia. Tampoco puede decirse que se equivocan, pues el error se basa siempre en una falsa representación de realidad material o de valores que se ha interiorizado. En buena cuenta, no hacen sino comportarse conforme a su sistema comunitario. En realidad, la cuestión es determinar si es necesario intervenir mediante el derecho penal. La respuesta solo puede ser negativa. En caso de comunidades indígenas (por ejemplo, las andinas) más integradas al sistema oficial o también de inmigrantes andinos que habitan la periferia de los centros urbanos más importantes, se puede hablar con más facilidad de error de prohibición en la medida en que tienen la posibilidad de conocer la prohibición y si no la respetan es porque no la han interiorizado, lo que hace que crean que actúan debidamente cuando se comportan siguiendo sus propias pautas culturales. Obrando de esta manera, estiman que actúan lícitamente. Por tanto, no resulta conveniente, entonces, recurrir a la noción de error de comprensión culturalmente condicionado. Sobre todo en el contexto de la legislación peruana, en la que se ha introducido el art. 15 como norma independiente de la que prevé el error de prohibición.

IV. Interpretación predominante

Cómo explicar esta situación y apreciar mejor el papel desempeñado por las propuestas y las ideas del profesor argentino. Para esto, es indispensable reconstruir, al menos sucintamente, el camino recorrido. El punto de partida está, como lo hemos antes indicado, en el hecho de que Zaffaroni elabora su interpretación del error sobre la base de la legislación de su país, en especial del art. 34 inc. 1. Circunstancia que en el Perú no ha sido suficientemente tomada en cuenta. Un segundo hito que debe tenerse en cuenta es la propuesta que hizo de «que se elaboren conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de

26 Hurtado Pozo, 1979: 67 ss.

cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes». El contexto del que parte Zaffaroni se percibe mejor si se recuerda lo que afirmó, con razón, en el proceso de reforma del Código argentino. Sostuvo: «considero correcta la disposición del inc. 3 del artículo 5, que entiendo que consagra el error de tipo, pero no veo razón para que el texto deje en la supralegalidad el error de prohibición. Si bien esta es la interpretación del texto vigente […], (contraria a la mía, que entiendo que el inciso 1 del artículo 34 se refiere a ambas clases de error) no me parece conveniente consignarla en una ley nueva […], lo que habría que hacer es que en un texto futuro no quede fuera de las previsiones legales».

No habiendo sido modificado el Código argentino en el sentido planteado por Zaffaroni y habiéndose más bien conservado el art. 34 inc. 1, debió elaborar su concepción sobre el error de prohibición sobre la base de esta disposición. Condicionado por este hecho, no sorprende que cuando tuvo la ocasión de plantear la solución que debía darse al problema de la influencia de las diferencias culturales en la represión de algunas personas como los indígenas haya sido influenciado tanto por la legislación argentina (especialmente el art. 34 inc. 1) y de manera consecuente haya tratado de materializar sus ideas. Las mismas que, volvamos a repetirlo, no han sido debidamente comprendidas ni tenidas en cuenta en el Perú.

Comentando el proyecto de Código Penal peruano de 1985 y sobre la base de las ideas que hemos resumido anteriormente, Zaffaroni consideró, por un lado, que en el art. 21, referente al error, debía cambiarse la palabra «imputable» por «inculpable» y, por otro lado, que era conveniente mejorar «la fórmula en forma aproximada» a la siguiente: «Al que por su cultura o costumbre, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, se le declarará no culpable. Cuando por igual razón esa posibilidad se halle disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal». Este texto fue retomado en el art. 15 del Código peruano con dos modificaciones: se substituye la expresión «se le declarará no culpable» por la de «será eximido de responsabilidad»[27] y se hace referencia a la atenuación de la pena respecto de la segunda hipótesis. En la perspectiva argentina, especialmente conforme a las ideas de Zaffaroni, resulta comprensible que el objetivo sea regular un caso de error. Pero no así en el contexto peruano, el mismo que no ha sido debidamente tomado en cuenta al momento de introducir el art. 15.

27 Este término fue utilizado entendiendo mal el sentido que le da Roxin, en lugar del de culpabilidad.

Un factor que debe haber influido en la manera como los autores nacionales prefieren interpretar el art. 15 es el hecho de que, en los trabajos de reforma, se planteó calificar de incapaces a ciertas personas en razón de su nivel cultural o de sus costumbres. Así, en el art. 19 del Proyecto de 1984, se preveía que el «juez puede declarar inimputable o atenuar la pena por debajo del mínimo legal al que, por su grado de cultura o costumbres, comete un hecho punible sin poder apreciar debidamente la ilicitud de su acto o determinarse de acuerdo con esa apreciación».

La Asociación de Magistrados consideró que la técnica era deficiente y que estaba dirigida a ser aplicada a «los indígenas u otros habitantes de las culturas de la selva de nuestro país». Luego de indicar que estos pueden ser imputables o inimputables como cualquier otra persona, señaló que declararlos «inimputables por su cultura es asumir una posición etnocentrista inadmisible que desprecia por inferiores a la cultura indígena u otras». De donde concluyó diciendo que es «suficiente dejar a criterio de los jueces evaluar la culpabilidad a la luz de sus costumbres, tradicionales y creencias […]. En todo caso, bastan las disposiciones sobre el error». De esta manera, los autores de esta declaración no consideraron que el art. 19 del Proyecto regulara el error de prohibición culturalmente condicionado. Entre estos autores se encontró Villavicencio, miembro de la Directiva de la Asociación, la misma que agradeció a Cesar San Martín Castro por «su colaboración en la redacción de estas observaciones». En términos semejantes se pronunció Villavicencio en una breve nota periodística. Después de señalar que la «intención es buena, pero la terminología inaceptable», afirma que a su juicio «es suficiente dejar a criterio de los jueces el evaluar la capacidad penal de los indígenas. Siguiendo a los tribunales nacionales (quienes suelen completar el fundamento de sus sentencias haciendo referencias a las disposiciones sobre el error), basta considerarlos inculpables, o susceptibles de atenuación de responsabilidad».

Sin embargo, este antecedente y la corrección de las críticas no justifican que se interprete el art. 15 en el sentido de la noción de error culturalmente condicionado. Por el contrario, la similitud de esta disposición con la prevista en el art. 20, inc. 1, debió llamar la atención para evitar el error de prever una causa de incapacidad cuando se quería, en realidad, establecer una circunstancia de ausencia de culpabilidad. Como se afirma en esos comentarios, bastaba referirse a la disposición relativa al error de prohibición o, en caso de considerarse indispensable por razones prácticas y políticas, indicar expresamente que se tengan en cuenta las diferencias culturales al momento de apreciar si el agente actúa bajo la influencia de un error de prohibición.

V. Comentarios críticos

Nuestra crítica a la interpretación conforme a la cual el art. 15 prevé el denominado error culturalmente condicionado considera, entre otros puntos, el hecho de que el art. 15 es interpretado de manera aislada, sin ponerlo en relación con otras disposiciones, en particular con el art. 20 inc. 1, que regula la capacidad de culpabilidad. En relación con esta disposición, hay que destacar que el legislador ha utilizado la misma técnica legislativa para redactar el art. 15. En ambos se utiliza una formula mixta consistente en señalar las causas que conducen a eliminar la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o la capacidad de determinarse según esta apreciación. Si en el art. 20 inc. 1 dichas causas son la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia o las alteraciones de la percepción, en el art. 15 son la cultura o las costumbres del autor del hecho punible. Aun cuando en esta norma legal se dice «sin poder» en lugar de mencionar directamente las capacidades en cuestión, hay que afirmar que en ambas normas se trata de la facultad de comprender y de determinarse. Poder, facultad y capacidad se refieren al potencial psíquico para hacer algo; por ejemplo, comprender el carácter delictuoso de un acto.

En nuestra opinión, a pesar de la intención de los redactores del art. 15, expuesta en la Exposición de Motivos del Proyecto, esta disposición, debido al contexto normativo en el que debe ser interpretada, se afilia más a las propuestas de considerar las diferencias culturales como causas de inimputabilidad que a la iniciativa de Zaffaroni para estatuir una circunstancia de inculpabilidad. Esto quiere decir que los proyectistas peruanos no supieron plasmar en el texto legal los criterios propuestos por Zaffaroni. En esta perspectiva, se comprende que se continúe afirmando lo que se estima que el legislador quiso prever, cuando en realidad estableció una forma de incapacidad de culpabilidad por razones culturales. Aun cuando nos disguste o no satisfaga el resultado de la interpretación, hay que admitir que este es más conforme a la sistemática y al contenido del Código Penal peruano. De *lege ferenda*, se puede considerar como preferible la propuesta de Zaffaroni; pero esto no basta para reconocer cuál de los posibles sentidos del texto del art. 15 debe ser considerado como el más conforme a lo estatuido en el conjunto de las normas del Código peruano. Por más impreciso que sea el lenguaje, este fija un marco que no puede ignorarse sin desnaturalizar el texto que se interpreta.

Además, teniendo en cuenta la noción de error de prohibición explicada líneas arriba y conforme a la doctrina dominante, no es correcto definir este error diciendo que «el sujeto tal vez pudo haber conocido la prohibición de la norma pero no pudo internalizarla o interiorizarla, situación que no se producirá por su

condicionamiento cultural, de manera tal que no se le podrá reprochar el comportamiento realizado a pesar de haber conocido la prohibición»[28]. La imprecisión es debida a que la explicación se da para sostener que se trata de un error. En la primera frase, de acuerdo a la doctrina imperante, se alude correctamente a la posibilidad que se conozca la prohibición. Sin embargo, la segunda parte es contradictoria, pues para sostener que alguien no ha interiorizado una norma es indispensable admitir que la ha conocido, pero no la ha hecho suya. Salvo que se entienda que no lo hizo por desconocerla, pero entonces poco importa que tuviera la posibilidad de conocerla. De la explicación citada se deduce, más bien, que el reproche no puede ser expresado al autor porque es incapaz de hacer suya la norma prohibitiva y, por tanto, no puede conocer la ilicitud de su comportamiento. Por razones culturales o de costumbres no puede (situación personal) comprender el carácter ilícito de su acción o de determinarse de acuerdo con esta apreciación.

Por el contrario, si se adopta una interpretación más conforme al texto legal, hay que entender que el agente, por su cultura o costumbre, no comprende (yerra, se equivoca, no acierta) que su acción está prohibida. Se trata de un error. Así, él puede saber que actúa contra la norma «oficial» que prohíbe su comportamiento, pero considera que su norma cultural le permite no respetar esa prohibición. El error se debe a que ignora la norma o no la entiende correctamente. En este sentido, el art. 15 no diría algo diferente al art. 20.1 referente al error de prohibición, salvo la referencia al origen de este error: la cultura o la costumbre del agente. Lo que muestra que el art. 15 bien puede ser suprimido a condición de que en el art. 21 se disponga expresamente que se tengan en cuenta esas circunstancias, para así asegurar que se consideren las diferencias culturales del autor.

En esta perspectiva, no es del todo coherente con el objetivo de afirmar que el art. 15 prevé el denominado error culturalmente condicionado y que este constituye un error invencible de prohibición, en primer lugar; además, definir el error de prohibición como la falta de conocimiento (o su posibilidad) de la ilicitud del hecho y, luego, ampliar esta definición diciendo que también existe error (directo[29]) cuando se conoce la norma, mas el error determina la falta de comprensión. Y, en segundo lugar, afirmar que el error de comprensión es la inexigibilidad de

28 Villavicencio, 2006: 624.

29 Así mismo, si se define el error de prohibición como el desconocimiento o la posibilidad de desconocer la ilicitud, no es muy claro definir el error indirecto diciendo que en este caso el agente conoce la ilicitud de su comportamiento (contradicción con las normas jurídicas). Es preferible partir de la idea que el autor desconoce la ilicitud de su acto porque, por error, considera que excepcionalmente el ordenamiento jurídico autoriza la comisión del acto prohibido.

la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente.

No se puede definir el error diciendo que es el hecho de no poder exigir que una persona interiorice una norma de conducta. Se debería más bien decir que consiste en que una persona desacierta en juzgar su comportamiento como lícito porque no ha asimilado la norma que lo prohíbe. Dicho de otra manera, cree que obra lícitamente porque ignora la existencia de la norma prohibitiva debido a su situación sociocultural (nativos de la selva sin contacto con el sistema oficial) o porque estima que su propia norma cultural predomina sobre la norma prohibitiva (la flagelación como pena es preferible a una privación breve de la libertad). Esto último significa que sabe que existe la norma prohibitiva, pero que, porque esta pertenece a un sistema cultural que le es ajeno, no la reconoce. En el primer caso, habría que distinguir si la persona comete el acto al interior de su comunidad o si lo hace en el ámbito regido por la norma que prohíbe su acción. La noción de error solo entra en consideración en la segunda hipótesis, en la que se da el conflicto de las dos normas culturales: la que permite y la que prohíbe el comportamiento. En la otra hipótesis, no se puede hablar de error, pues el agente no tiene punto de referencia para apreciar de manera diferente la acción que realice conforme a su sistema cultural. En esta situación extrema (grupo nativo de la amazonía sin contacto con el mundo cultural oficial) los órganos de control penal ni siquiera deberían intervenir, pues el asunto sería resuelto conforme al sistema normativo del grupo aislado en cuestión.

Tampoco refuerza el criterio de considerar que el art. 15 prevé el error de prohibición culturalmente condicionado, el hecho de desnaturalizar el texto de esta disposición en el sentido de que prevé, por un lado, al referirse a la cultura, el indicado error y, por otro, al mencionar la costumbre, la conciencia disidente. Pues esta segunda referencia señalaría que «la capacidad de comprensión se halla solamente disminuida». Así, se trataría de una persona que pertenece a la misma cultura y que obra en su ámbito, pero en la cual no se ha integrado. Por lo que sentiría su actuar como resultado de un esquema general de valores diferentes[30]. Esta explicación no es conforme a los ejemplos que se citan: testigos de Jehová que se oponen a la transfusión de sangre o médico antiabortista que omite auxiliar a la mujer embarazada, cuando el aborto es el único medio para salvarle la vida[31]. Estas personas no obedecen a una costumbre, sino más bien a una convicción religiosa o moral, por lo tanto no caen dentro de la hipótesis de la incapacidad en razón de la costumbre prevista en el art. 15. La disminución de la pena se da

30 Villavicencio, 2006: 634.

31 Villavicencio, 2006: 635.

tanto cuando la incapacidad de comprensión o de determinación es debida a la cultura como a la costumbre del agente. Estas contorsiones interpretativas están motivadas por el afán de hacer calzar concepciones dogmáticas al texto legal, con lo cual se desvirtúa el sentido de este último.

Es interesante, a título de *ex cursus*, destacar que el factor relativo a la interiorización de las normas culturales se plantea, también, cuando se adopta la perspectiva funcionalista de la culpabilidad, por la relación que tiene con la cuestión del art. 15 CP.

Conforme a dicha orientación, la culpabilidad jurídico penal está configurada por la falta de fidelidad al derecho por parte del ciudadano[32]. Por lo que es indispensable que se precise quién debe ser considerado como tal. En sentido material, se sostiene que lo es la persona «integrada u obligada a integrarse en una sociedad determinada». La cual posee la capacidad de expresar individualmente un sentido comunicativo crítico frente al orden jurídico penal y ser objeto, por tanto, de la imputación personal[33]. El ciudadano actúa conforme al orden jurídico en la medida en que puede valorarlo, lo que implica que tenga, o pueda tener, acceso cognitivo al orden jurídico, ya que sin dicho conocimiento es imposible valorarlo. Además, esto supone que posea la capacidad de enjuiciar suficientemente el ordenamiento y orientar su comportamiento consecuentemente. En este contexto, se afirma que no se trata de constatar si la persona conoció o pudo conocer realmente el orden jurídico, sino que es cuestión de atribuir normativamente dicho conocimiento: esto se hace, por ejemplo, aplicando el criterio de que la ignorancia de la ley no excusa. La culpabilidad solo requiere que el ciudadano conozca o deba conocer el orden jurídico por la posición social en que se encontraba. Según esta concepción, la condición de ciudadanos, en el sentido antes indicado, de las personas que forman parte de grupos con culturas diferentes a la cultura predominante en una sociedad determinada estaría estrechamente relacionada con su grado de integración a la sociedad.

El problema consiste en que este hecho es muy discutible por la diversidad de sentidos en qué puede ser comprendido. Diversidad que comienza con la constatación si, según el sistema normativo, la sociedad es considerada como homogénea o pluricultural. En el primer caso, significaría que uno de los factores determinantes es el conocimiento y respeto del ordenamiento jurídico oficialmente reconocido y promovido. Por el contrario, en el segundo la integración consistiría en la aceptación de los diversos sistemas culturales que constituyen la sociedad. La cuestión sería entonces de determinar cuál es la base común y mínima que debe

32 García: 630.
33 García: 634

ser respetada para conservar la unidad del todo plural. En nuestro ordenamiento jurídico, conforme al art. 149 de la Constitución, dicho límite es la compatibilidad de los diversos ordenamientos culturales con los «derechos fundamentales». Con lo que se vuelve a plantear la cuestión, en el ámbito penal, de decidir en qué medida deben ser aceptados o tolerados —por tanto, no sancionados— los comportamientos que son conformes a las pautas culturales del grupo social del autor, pero que constituyen infracciones según, por ejemplo, la cultura predominante. De modo que solo se resuelve de manera muy parcial el problema cuando se afirma que el caso de ciudadanos formales, es decir, personas no integradas (por ejemplo, los nativos de la selva, sin contacto suficiente con el mundo regido por el ordenamiento jurídico oficial), debe ser dejado de lado, pues no pueden ser declarados culpables porque no tienen acceso cognitivo al orden jurídico y, por tanto, no pueden valorarlo ni orientar su comportamiento conforme al ordenamiento que desconocen[34].

Además, este interesante planteamiento no interpreta directamente el art. 15. Propone más bien otra posibilidad de regular los casos que fueron considerados al establecerse esa disposición legal. Dicho de otra manera, indica que las personas no integradas no deben ser declaradas culpables. Lo que no implica que se ignore la pluralidad cultural, sino más bien su reconocimiento; pero con la consecuencia de tratar a los «ciudadanos formales» como incapaces de culpabilidad[35].

VI. Aplicación del art. 15

Conocer los criterios de interpretación de los órganos de juzgamiento resulta una tarea casi imposible porque, por ejemplo, las resoluciones dictadas por la Corte Suprema, así como por las Salas Penales de segunda instancia, en los procesos en que controlan las resoluciones de primera instancia no son oficialmente publicadas de manera constante; además, las publicaciones oficiosas son limitadas e incompletas.

Durante la vigencia del Código de 1924, las diferencias culturales influenciaron la represión de algunos delitos[36]. Así, en relación con los pobladores andinos, hay que considerar el caso del *servinacuy*[37], costumbre indígena relativa al matrimonio, la cual consiste en que la pareja cohabita maritalmente antes de formalizar la unión conyugal. Si la mujer es menor de 14 años, las relaciones sexuales practicadas

34 García: 641.

35 García: 636, nota 63.

36 Ballón Aguirre: 77; Hurtado Pozo: 2001: 44.

37 RF, 1939: 587; AJ, 1943: 441; BJ, 1972, N.° 4: 211; Hurtado Pozo: 1987: 442 s.

comportan, según el derecho penal vigente, la comisión de un delito sexual; y es, por el contrario, y según la pauta cultural de la comunidad, un comportamiento permitido por haber tenido lugar en un contexto socialmente positivo. En estos casos se llegó a exculpar al procesado invocando el error de prohibición.

En los pocos casos conocidos de sentencias en que, expresamente, se invoca el art. 15, la argumentación es parca y, así mismo, *a priori* en cuanto a la circunstancia de la diferencia cultural por no practicarse, generalmente, pericias especializadas sobre la existencia de estas y la influencia que pudieran haber tenido sobre el procesado.

Un caso que vale la pena citar porque pone de manifiesto la confusión en la interpretación y aplicación del art. 15 es la de la ejecutoria de la Corte Suprema del primero de julio de 2004[38]. Los jueces hacen referencia a que el condenado «confundido por el medio de vida que llevaba, aunado a su escaso nivel cultural, pues solo cursó estudios en nivel primario, su ocupación de agricultor y la edad con que contaba al momento del evento —diecinueve años— […]». Constataciones de las que concluyen diciendo que «por lo menos estamos frente a la figura del error de comprensión culturalmente condicionado». Afirmación que no concuerda con las explicaciones avanzadas cuando se refieren a que en el art. 15 «se prevé el error de comprensión culturalmente condicionado, el cual puede eximir o atenuar la responsabilidad penal de las personas que violan la norma penal en virtud de su cultura y costumbre». Al respecto, explican que «dicho error se configura mediante el desconocimiento del inculpado de la ilicitud de su conducta, es decir, con la ignorancia de que su comportamiento resulta injustificable; siendo que dicho autor es manifiestamente típico, antijurídico pero no culpable, pues el autor desconocía la antijuricidad de los hechos, presupuestos que hacen inexistente la culpabilidad, no configurándose en cierta forma el delito imputado».

La definición dada del error de comprensión culturalmente condicionado no es conforme a la formulada por sus defensores. Ella corresponde más bien a la noción de error de prohibición (art. 14, pf. 2 CP). Baste recordar que si bien el error de comprensión es considerado como un caso de error de prohibición, se hace hincapié en que se trata de la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente. Aspecto al que los jueces supremos no hacen ninguna referencia en la sentencia citada.

Una posición opuesta es sostenida en una ejecutoria[39], en la que se rechaza la alegación del apelante que reprocha a los jueces de primera instancia no haber

38 RPDJP, 2005: 535 ss.

39 Sala Penal Permanente, R.N. N° 1598-2007, del 24 de septiembre de 2007.

aplicado el art. 15 CP. Los jueces supremos sostienen, en consideración de los hechos, que no se trata de un supuesto de error de comprensión culturalmente condicionado y agregan, respecto a lo previsto en el art. 15, «que en todo caso importa una causa de inimputabilidad del agente». De manera sucinta, explican que esta disposición «reconoce que el agente está incapacitado para darse cuenta que su conducta contradice el orden jurídico o de determinarse conforme a esta apreciación, porque pertenece a una cultura diferente, sus patrones culturales son diferentes a los que forman la base del Código Penal. Tal incapacidad, por cierto, no es el caso de los imputados, ambos integrantes del Ejército uno y de la Policía otro». Así, se admite la tesis según la cual el art. 15 prevé una causa de inimputabilidad y no un error de prohibición (culturalmente condicionado).

Sin embargo, en un caso de delito sexual[40] en agravio de una menor, los jueces supremos reprochan al tribunal de primera instancia, primero, el haber considerado en el fundamento jurídico sexto, «sin fundamento científico alguno, ni pericial», que «el imputado actúo como lo hizo en función a su procedencia cultural, afirmando que en el ámbito geográfico cultural del que es oriundo el imputado los jóvenes se unen sexualmente a muy temprana edad». Segundo, no haber explicado, «lo que incluso deviene imposible por falta de una evaluación antropológica, por qué el supuesto error de comprensión culturalmente condicionado fue inevitable y, por ende, por qué descarta el error vencible». Además, con respecto a un voto singular (no trascrito) afirman que:

> [...] los hechos de la causa solo harían factible sostener en función a la procedencia cultural del imputado —aunque es de rigor confirmarlo o descartarlo a partir de una pericia—, la presencia de lo que un sector doctrinal denomina «condicionamiento cultural»; que esto último tendría su génesis en un conflicto cultural, que puede ser extrasistémico o intrasistémico; que en el primer caso, de un conflicto producido en personas que, como podría ser el caso del encausado, provienen de un medio culturalmente diverso; que en el segundo caso, que es al que alude el voto singular —no recogido expresamente en el art. 15 CP—, se sustenta en una concepción discrepante o de conciencia disidente y significa que el individuo sabe y comprende el carácter delictuoso de su acto pero que a su vez discrepa conscientemente de la norma y de su carácter imperativo, supuesto que en modo alguno se presenta en el caso de autos.

Así mismo, la confusión de criterios se evidencia también cuando no se considera, expresamente, el art. 15 en casos en que la condena o absolución está

40 Sentencia de la Sala Penal Permanente de la CSJ del 15 de octubre de 2004, RN 3598-2003 Cono Norte Lima.

estrechamente relacionada con la cultura de los imputados. La calificación de los comportamientos de estos últimos depende del conflicto entre las pautas culturales propias que los han motivado y las pautas culturales en que se basa la legislación penal oficial.

Entre estos casos, los que más interesan respecto al tema tratado son los referentes a las causas originadas por las actividades de las rondas campesinas. Esto se debe, en particular, a la índole política y social de los hechos, condicionada por la ausencia del Estado en numerosas zonas del país y su substitución por dichas organizaciones populares que asumen, en lo que nos interesa, el poder jurisdiccional. Fenómeno social que ha tratado de ser regulado tanto a nivel constitucional como legislativo.

En el ámbito penal, se plantea la cuestión de si los actos por los que se concretizan las actividades represivas de las rondas campesinas (detenciones, castigos, juzgamientos, desobediencia a mandatos de las autoridades competentes, etc.) son comportamientos sometidos al derecho penal común o si, más bien, son conformes a derecho en la medida en que constituirían el ejercicio de facultades reconocidas por el orden jurídico (Constitución, leyes, convenios internacionales ratificados, derecho consuetudinario).

Limitándonos a esta clase de casos, presentamos tres sentencias que nos parecen de especial interés por la manera en que se toman en consideración las peculiaridades culturales de los procesados. La primera concierne los hechos siguientes: Rosa, esposa de Mauro, abandonó su hogar, ocho hijos y su marido porque este último la maltrataba. Se trasladó a un pueblo vecino, donde se juntó con Teodosio. Los procesados, actuando como ronderos de la localidad, detuvieron a Rosa y Teodosio, los sometieron a tratos humillantes e inhumanos, los obligaron a pagar una suma de dinero y, por último, impusieron a Rosa que entregue a su esposo la casa que ella había heredado de su padre.

La Primera Sala Penal de la Corte Superior de Ancash absolvió a los procesados. La Sala penal de la Corte Suprema[41] confirmó esta sentencia, fundándose en el dictamen emitido por el Fiscal supremo en lo penal. Este argumentó que los procesados actuaron con la «finalidad de poder resolver [la] denuncia conyugal — familiar» interpuesta por Mauro contra su esposa Rosa, «aplicando normas del derecho consuetudinario y ancestral». Las cuales, según el mismo Fiscal, «se encuentran contempladas en el artículo 149 de la Constitución Política». Si bien admite que «al momento de suceder los hechos hubieron algunos excesos contra los agraviados, […]», debe también «de tomarse en cuenta el ámbito cultural y

41 Es del 7 de noviembre de 1997. Exp. N. 4160-96, Ancash, en Rojas Vargas, Fidel, Jurisprudencia penal. Gaceta Jurídica. Lima 1999: 149.

geográfico en donde sucedieron los hechos». Así mismo, indicó que los procesados, con posterioridad, «han ofrecido las disculpas del caso, devolviendo las pertenencias» a los agraviados, y dio «a entender de que no han actuado con malicia sino con el ánimo y espíritu de mantener unida a dicha familia». Señalando finalmente que por estas circunstancias «se podría tomar como un error cultural condicionado».

La Corte Suprema, sin entrar en el fondo del asunto, se limitó a confirmar la absolución y a corregir el error en que había incurrido la Sala Penal de la Corte Superior al escribir el nombre de uno de los procesados. Sin la lectura del dictamen fiscal, esta decisión hubiera ido a formar parte de las innumerables decisiones de simple trámite. Hecho que es debido a que, contra lo que manda la Constitución y el principio del proceso debido, los jueces de la Corte Suprema, con cierta frecuencia, no fundamentan sus resoluciones, amparándose en el anacrónico reenvío del dictamen fiscal, el mismo que no es siempre publicado.

De la descripción de los hechos, a los que se refiere el Fiscal calificándolos de «excesos contra los agraviados», se comprueba que los comportamientos cometidos por los procesados realizan diversos tipos legales (infracciones contra el honor, la integridad corporal, la libertad individual, el patrimonio). Afirmar que no actuaron con malicia resulta vago, ya que no se sabe si se hace referencia a un simple elemento subjetivo del tipo o constituye una negación de que los agentes actuaron con dolo. Esto resulta difícil admitirlo porque está claro que obraron con conciencia y voluntad de humillar, maltratar, coaccionar y despojar de bienes a los agraviados. De modo que objetiva y subjetivamente se dan los tipos legales.

La circunstancia de que, con posterioridad, hayan pedido disculpas a los agraviados y les hayan devuelto sus pertenencias no tiene influencia alguna en la calificación y comprobación de los comportamientos perjudiciales. Para absolver a los autores era indispensable invocar una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Así, habría podido plantearse si actuaron conforme a la ley (art. 20, inc. 8), ya que el Fiscal afirma que los procesados actuaron conforme a «normas del derecho consuetudinario y ancestral». Sin embargo, fuera de esta afirmación general y vaga, no se menciona cuáles son las normas consuetudinarias que permiten a los ronderos humillar, maltratar, imponer pagos de dinero coactivamente, despojar de bienes inmuebles a las personas. A lo más, tal vez, se hubiera podido afirmar que los ronderos intervinieron según normas que han surgido y se han consolidado desde que este medio de autodefensa surgió en el Perú. Sin embargo, esto no es suficiente para justificarlos o exculparlos por los abusos que cometieron.

El hecho de que el Fiscal invoque el derecho consuetudinario y el art. 149 de la Constitución hace pensar que ha tenido en cuenta el art. 15 del Código Penal, lo que explicaría que haga referencia al ámbito cultural y geográfico (Acopara - Distrito

de Huantar) en que sucedieron los hechos. En cuanto a la norma constitucional, hay que señalar que la permisión que contiene sobre la aplicación del derecho consuetudinario está limitada a que esta tenga lugar respetando a los derechos humanos. Ahora bien, se violan estos últimos cuando se humilla, maltrata de modo inhumano, coacciona y priva de su patrimonio a una persona. La dignidad humana es directamente atacada. Por tanto, las referencias a dichas disposiciones no podían constituir la base para absolver a los inculpados.

En cuanto al art. 15, no invocado expresamente, hay que destacar que, en ningún momento se ha afirmado que por su cultura o costumbres los autores no habían interiorizado las normas culturales (jurídicas) que prohíben sus acciones y que, por tanto, eran incapaces de comprender el carácter ilícito de sus actos o de determinarse según esta apreciación. Del dictamen fiscal no se deduce que ellos mismos hayan invocado esta incapacidad. En realidad, todo lleva a admitir que tenían plena conciencia de la índole de sus comportamientos.

Tampoco, admitiendo la equivocada idea de que el art. 15 prevé el denominado error de prohibición culturalmente condicionado, entendido como un caso de error de ilicitud, se puede llegar a explicar y justificar la absolución. En este sentido, se debería haber afirmado que los ronderos sabían que sus comportamientos eran jurídicamente prohibidos, pero que estimaron, por equivocación, que existe una causa de justificación o que los límites de aplicación de esta son más amplios que los establecidos en la ley. Al respecto, no basta que se alegue «haber creído actuarse conforme a derecho», sino que deben indicarse las razones decisivas que permitan creerse en derecho de obrar de la manera como se hizo. Esto resulta muy difícil de admitir cuando se trata de violaciones graves de derechos fundamentales, la dignidad, libertad, integridad corporal, honor, patrimonio de las personas. Dicho de otra manera, resulta imposible admitir que los ronderos pensasen que maltratar de manera inhumana a los agraviados o despojar de su casa a la agraviada no fueran comportamientos prohibidos. Tampoco es posible aceptar, al menos en la medida en que no se ha establecido en qué normas de derecho ancestral basaron sus comportamientos, que creyeron que estaban actuando conforme a derecho. Esto es válido afirmarlo tanto respecto al derecho conformado por la Constitución y las demás normas establecidas o reconocidas por el Estado, como en cuanto a las supuestas normas consuetudinarias y ancestrales, las mismas que no han sido debidamente determinadas en el dictamen fiscal.

La constatación de que, cuando sucedieron los hechos, no existía Juez de Paz ni Gobernador puede explicar que «los encausados se avocaron a resolver dicho caso» debido a un vacío de poder y a la necesidad de resolver los conflictos personales de los pobladores; pero nunca puede justificar que tal intervención se haga abusando de las personas y violando sus derechos fundamentales. Si se admitiese

esto, no solo se trataría de una abdicación del ejercicio legítimo y democrático del poder, sino del abandono de la protección de los derechos humanos. Por último, hay que indicar que se llega al absurdo cuando se recurre también al argumento de «mantener unida la familia», ya que esta se encontraba en crisis porque el marido maltrataba físicamente a la agraviada, maltratos señalados en el mismo dictamen. En realidad, los agraviados son, por un lado, la mujer que abandona su marido violento y, por otro, el amante de la primera.

La aceptación sin comentario alguno de los argumentos del Fiscal muestra la ligereza con que se administra justicia al más alto nivel del aparato judicial. Ligereza aparente en la medida en que la intervención de los ronderos se enmarca en un tenso contexto social, el mismo que es caracterizado por la falta de presencia del Estado en muchas zonas del territorio nacional y su incapacidad para brindar la seguridad indispensable a los pobladores. Los mismos que tuvieron que organizarse y armarse para protegerse. Iniciativa que fue instrumentalizada por el Estado, con frecuencia, para luchar contra la subversión armada. Si se tiene en cuenta esta realidad, resulta más fácil comprender por qué, en el caso dado en ejemplo se declaró la impunidad de los procesados. Pero, en ningún caso se puede considerar que se aplicó conveniente la ley penal. El supuesto respeto de la cultura y costumbres de los agentes solo constituye un argumento retórico que invoca indebidamente las normas constitucionales. Además de la torpeza en el razonamiento y la ignorancia jurídica, una decisión de esta naturaleza revela una real falta de ética profesional y política. De esta manera, no se refuerza el respeto de las diferencias culturales al elaborarse y aplicarse la ley penal, bien por el contrario se le debilita y desacredita.

El segundo caso[42] se refiere también a actos cometidos por ronderos. Esta vez, los miembros de un comité de rondas campesinas detienen a Ramón y lo encierran durante varios días en el local de dicho comité. Ocasión en que, según el dictamen fiscal, «haciendo uso de la violencia» le obligó a confesar delitos que no había cometido. Luego lo ponen en libertad solo después de que entregó a uno de los procesados un caballo.

Asimismo, privaron de la libertad a Ermitaño en los mismos locales del comité, le obligaron a autoinculparse por delitos que no había cometido y lo liberaron después de haber prometido que pagaría una suma de dinero a un tercero.

Los comportamientos atribuidos a los procesados consisten en privar de la libertad a los agraviados y en obligarles a realizar actos de disposición patrimonial, así como de ejercer violencia sobre ellos para hacerles confesar la comisión

42 Instrucción N. 910-96; Corte Superior de Piura; C.S. N. 5622-97; Dictamen N. 4416-97-MP-FN-2°FSP, en Gaceta Jurídica.

de delitos contra terceros. Sin embargo, de manera esquemática, el Fiscal afirma que en el «proceso no existen pruebas fehacientes que acrediten la responsabilidad penal de los procesados». Lo cierto es que los comportamientos fueron cometidos y que objetivamente estaban comprendidos en algunos tipos legales. De modo que lo esencial era saber qué circunstancia permitía excluir la ilicitud de esos actos o la culpabilidad de los autores. Solo respecto a la privación de libertad, el Fiscal afirma que «debe tenerse en cuenta que la captura efectuada por los ronderos acusados se encuentra amparada en la Constitución en su artículo 149 y que si bien es cierto existe esta imputación, "también es verdad que fueron liberados formalizando denuncia contra ellos"».

La citada norma constitucional no puede ser aplicada como justificante general en razón de que autoriza a las autoridades de las comunidades campesinas y de las nativas ejercer jurisdicción aplicando sus normas consuetudinarias. Esta regla constitucional solo es una norma de reenvío en la medida en que los actos jurisdiccionales suponen una base legal. De modo que detener, confiscar, coaccionar como medios del ejercicio jurisdiccional deben practicarse de acuerdo con las bases del Estado de derecho y, en particular, como lo establece la misma norma citada respetando los derechos fundamentales. En este sentido y siempre que existiera una norma consuetudinaria que permitiese arrestar, pero no atar en una picota, por ejemplo, como hicieron los procesados. La devolución de la cosa de la que fue despojada uno de los agraviados no justifica el comportamiento típico cometido por los procesados. Lo curioso es que los jueces tampoco invocaron, como también sucedió en la primera sentencia citada, el art. 15 CP.

Así mismo, vale la pena presentar un tercer caso. Los hechos son los siguientes: un grupo de ronderos, detuvo y mantuvo arrestada una persona sospechosa de haber sustraído una bicicleta[43]. Asimismo, la desvistieron e interrogaron. Como no admitió el delito, fue golpeada y, entonces, se autoinculpó de ese delito así como de haber violado a tres mujeres, junto con tres de sus amigos. Estos fueron también detenidos y maltratados. Bajo la dirección del comité de las rondas campesinas, y en presencia del teniente gobernador, del alcalde de Pueblo Libre, del juez de paz y del director del colegio nacional, fueron juzgados y condenados a la sanción de la «cadena ronderil», así como a cumplir con trabajar en favor de la comunidad. Al enterarse de estos hechos, las autoridades civiles exigieron a los ronderos que entregasen los detenidos. Estos no lo hicieron hasta que cumplieran la pena impuesta.

La Sala Penal imputó, en primera instancia, a los ronderos haber incurrido tanto en el delito de usurpación de función pública como en el de resistencia y

43 STSup N.o 2002-0122-2201-JR-PE-01-5P. MOYOBAMBA, 11 de febrero 2004.

desobediencia a la autoridad (artículos 371 368 del CP, respectivamente). Para fijar la pena, consideró que se trataba de agentes primarios, sin antecedentes penales ni judiciales y de escasa cultura. Asimismo, que colaboraron con la administración de justicia al haber aceptado los cargos imputados, pero alegando que lo hicieron por ignorancia, si bien esta no los exime de responsabilidad.

La Corte Suprema[44], sin discutir de manera expresa todos los hechos reconocidos en la sentencia, admite que los detenidos aceptaron ser los autores de los delitos de robo, violación sexual y asesinato, cometidos en los territorios de las rondas campesinas de los centros poblados. También, que fueron condenados a «cadena ronderil».

Según la ejecutoria suprema, el comportamiento de los ronderos se encuentra normado y regulado por el artículo 149 de la Constitución; que estos no cometieron ningún ejercicio abusivo del cargo, ya que actuaron conforme a sus ancestrales costumbres; y que si bien la acción es típica no es antijurídica, porque se da la causa de justificación de «actuar por disposición de la ley».

La referencia a las costumbres implica que se admite que en los poblados de los ronderos, desde hace mucho tiempo y con aceptación de la comunidad, se practican la privación de libertad, los maltratos, la coacción, el juicio público y popular contra los sospechosos de haber cometido delitos. Sobre estas circunstancias, sin embargo, no se dice nada. Cuando se invoca el art. 149 Const., no solo se reconoce que se trataba de autoridades de comunidades nativas y de derecho consuetudinario de estas comunidades, sino también que su manera de actuar y las reglas consuetudinarias que aplicaron no eran contrarias a los derechos fundamentales admitidos en la Constitución. El silencio respecto a esto último debe ser apreciado, sea en el sentido de que dejaron de lado este aspecto esencial de la disposición constitucional, sea en el sentido de que consideraron que los actos cometidos no contradicen dichos derechos fundamentales. Lo que resulta imposible de aceptar, por ejemplo, en cuanto a los malos tratos y al procesamiento sin defensa.

Lejos estamos de la aplicación del art. 15 CP. No se le considera en la solución de los problemas para los que fue establecido (la aplicación de la ley penal a personas de cultura o costumbres diferentes). De manera inadecuada se recurre al art. 149 de la Constitución, el mismo que es comprendido como fuente directa de circunstancias que excluyen, por razones culturales, la responsabilidad penal. Esta manera incorrecta de interpretar y aplicar tanto las disposiciones constitucionales como legales está condicionada también por la defectuosa concepción y redacción de los textos legales.

44 SCS Sala penal transitoria. RN. N.o 975-04, SAN MARTÍN. Lima, 9 de junio 2004.

Por último, puede pensarse que casos como los presentados son raros y que, más bien, las intervenciones de los ronderos son, sobre todo, correctas y eficaces. Sin embargo, declaraciones de especialistas, libres de sospecha y más bien favorables tanto a jurisdicciones aborígenes como a sus procedimientos, nos muestran los peligros que existen. Así, John Gitlitz[45], profesor en la State University of New York, indica como tercera forma de violencia, en los procesos de «arreglo» en las comunidades, la que se presenta en la etapa de la investigación, la cual es más grave que el castigo mismo. Luego, dice: «Después me di cuenta que los ronderos llamaban investigación a una situación distinta a la que creía yo: había un problema lingüístico. Lo que sucede es que, para que haya arreglo, las partes deben aceptar su responsabilidad y si son renuentes a hacerlo, […], le pueden seguir golpeando, no por la falta que originalmente cometió, sino porque se está enfrentando a la dignidad de la comunidad»[46]. Termina diciendo: «Mi conclusión es una tremenda ambivalencia, yo creo que la justicia rondera es buena. En la mayoría de los casos, no solamente buena, sino excelente, además necesaria. "Aunque de vez en cuando haga justicia mal, está haciendo justicia y eso vale". Esto hace pensar y repensar mis valores, y ver cómo vivo mi propia experiencia».

La manera en que se invoca el art. 149 de la Constitución, los usos y costumbres de los procesados e, implícitamente, el art. 15 del Código Penal, constituye un pésimo servicio al movimiento dirigido a hacer respetar el carácter multicultural de la sociedad peruana, así como a garantizar la protección de los derechos humanos.

VII. Diferencias culturales respecto a los inmigrantes: caso suizo

1. Error de prohibición

Las fuertes corrientes migratorias desde los países menos desarrollados hacía los países económicamente ricos y políticamente estables han creado, en materia penal, una situación conflictiva. Respecto de los inmigrantes, con valores culturales diferentes a los del país de acogida, se plantea si la legislación penal de estos países debe aplicárseles sin restricciones o si no sería más bien justo o conveniente de tener en cuenta las diferencias culturales que han condicionado su comportamiento delictuoso. Considerando que, por su manera de obrar de acuerdo con los patrones culturales vigentes en sus países de origen, el inmigrante que comete

45 Gitlitz, 2002: 141 ss.
46 Gitlitz: 147.

una infracción cuestiona en realidad la vigencia de las normas penales del país huésped, se ha afirmado generalmente y desde hace tiempo, como lo hizo Nestler-Tremel[47], respecto a Alemania, que «también para el extranjero rige solo el derecho penal alemán».

Si se observa con cierto detenimiento el caso suizo, se percibe que el Tribunal federal[48] y la doctrina han con frecuencia recurrido a la noción de error sobre la ilicitud para tener en cuenta las peculiaridades culturales de ciertos agentes. También lo han hecho al pronunciarse sobre la individualización de la pena o al apreciar ciertas circunstancias específicas a algunos delitos. Por ejemplo, para calificar de asesinato un homicidio[49], el Tribunal federal tiene en cuenta criterios éticos, admitiendo que en los casos de homicidio agravado se manifiestan de manera clara las circunstancias culturales. Se trata de una cuestión relacionada con la culpabilidad, la cual es siempre condicionada por normas ético-sociales en la medida en que su contenido depende de la concepción social predominante en una sociedad determinada[50].

Con la finalidad de comprender la concepción predominante en Suiza, hay que explicar, aunque brevemente, la noción de error sobre la ilicitud. La nota marginal del derogado art. 20 CP suizo, en la que se hablaba de error de derecho, ha sido reemplazada en el nuevo art. 21 por la de error sobre la ilicitud y «error de prohibición» (*Verbotsirrtum*). De acuerdo con el art. 21 CP (*erreur sur l'illicéité, Verbotsirrtum*), obra sin culpabilidad quien no sabe o no puede saber que su comportamiento es ilícito. Si el error es evitable, la culpabilidad del autor es menor y la pena será atenuada.

Concebido así el error de prohibición como una falsa apreciación jurídica de una realidad conocida, se admite que se fundamenta en la constatación de que el agente cree que obra conforme a una causa de justificación, ignora la ley o comprende incorrectamente las normas.

Cuando el autor ignora que su comportamiento está prohibido por el orden jurídico o, dicho de otra manera, piensa obrar conforme al derecho, puede suceder que jamás se haya cuestionado sobre la posible ilicitud de su acción (error de prohibición directo, *direkter Verbotsirrtum*)[51]. Al respecto, hay que señalar que los jueces federales han estimado que el art. 20 derogado comprendía «todos los casos en los que el autor no era consciente de que su comportamiento es ilícito». En el

47 Nestler-Tremel: 408.
48 ATF 115 IV 8; ATF 127 IV 14.
49 Cf. Hassemer: 627.
50 Egether: 14.
51 Graven/Sträuli: 186; Donatsch/Tag: 276; Stratenwerth, AT I, § 10, N. 53.

mismo sentido, el nuevo art. 21 prevé, por un lado, que el autor no sabe que su comportamiento es ilícito y, por otro, que no puede saberlo.

Sin embargo, este tipo de error es difícilmente admitido, sobre todo, en el caso de las infracciones que forman el núcleo histórico del derecho penal. En efecto, el homicida difícilmente puede alegar un error de prohibición afirmando que no sabía que está prohibido matar a una persona. En un caso de delito sexual, el Tribunal federal, sin embargo, lo ha admitido en relación con un extranjero que, basándose sobre su derecho nacional, creía lícito tener relaciones sexuales con una menor. En caso de infracciones prevista en la legislación complementaria puede ser más fácil admitir el error de prohibición (por ejemplo, si concierne la prohibición de organizar juegos de azar[52], de violar las leyes sobre inmigración o la reglamentación de una actividad industrial o comercial)[53].

Con frecuencia, el autor parte de la idea de que su acción está o puede estar prohibida, pero cree, por error, que existe una causa de justificación o piensa actuar dentro de los límites de una de estas circunstancias previstas en el orden jurídico (error de prohibición indirecto, *indirekter Verbotsirrtum*)[54]. En la primera hipótesis, estima que su comportamiento está permitido por el derecho; por ejemplo, viola el secreto profesional considerando que lo hace por orden de su superior, o detiene una persona aun cuando no sea sorprendida *in fraganti*[55]. En la segunda hipótesis, el agente adopta un comportamiento que sobrepasa los límites de la causa justificante y obra ilícitamente, sin importar la concepción de su autor; este cree por ejemplo que el derecho a la legítima defensa lo autoriza a recurrir a todo medio, aun desproporcionado, para rechazar cualquier agresión. En la práctica, es bastante complicado distinguir ambas situaciones, pues suponen que el autor haya estado convencido de la existencia de una causa de justificación que el orden jurídico no prevé.

El punto de partida es la idea de que toda persona integrada socialmente está en condiciones de saber si el acto que desea realizar respeta el orden jurídico o de informarse al respecto. En otras palabras, de apreciar, de una parte, si su acto es susceptible de perjudicar a terceros y, de otra, si el orden jurídico autoriza tal acto o, al menos, tolera sus consecuencias. En esta perspectiva, los jueces federales han afirmado que el error sobre la ilicitud permite disculpar (*entschuldigen*) al autor, «si su error provenía de circunstancias que hubieran, […] inducido en error todo

52 ATF 98 IV 293/JdT 1973 IV 143.
53 ATF 75 IV 37/JdT 1950 IV 31.
54 Stratenwerth, AT I, § 11, N. 47 ss.; Graven/Sträuli: 185; Donatsch/Tag: 276.
55 ATF 101 IV 404/JdT 1977 IV 38.

individuo concienzudo»[56]. Las apreciaciones de valor y jurídicas propias a la cultura de origen del agente pueden justamente hacerle difícil reconocer el carácter ilícito de su comportamiento. Además, los criterios muy estrictos fijados por los jueces federales han restringido de manera importante la aplicación del error de prohibición.

Según el nuevo art. 21 del código suizo, el error inevitable excluye la culpabilidad y, por tanto, el juez debe absolver al acusado. Por el contrario, si el error es evitable, la pena es simplemente disminuida y, en consecuencia, el juez solo atenuará la pena. En efecto, «si aun una persona prudente e informada no puede evitar el error, el autor no obra con culpa y en consecuencia no puede ser castigado»[57].

Para obtener las informaciones, los esfuerzos deben ser serios y reiterados. En consecuencia, el juez examinará, en el caso concreto, las circunstancias materiales y personales que han llevado al agente a la convicción de que su acto es lícito. En el nivel personal, tendrá en consideración su grado de socialización o de integración (por ejemplo, la pertenencia del individuo —trabajador inmigrante— a un medio cultural determinado)[58]; en el plano material, debe apreciar todos los hechos que han podido inducir al agente en error (por ejemplo, informaciones dadas por la autoridad competente[59], las licencias o permisos administrativos, la práctica habitual de las autoridades de tolerar ciertos comportamientos, la ambigüedad de los textos legales, la toma en consideración de decisiones judiciales[60] y administrativas anteriores o de los consejos de un abogado)[61].

2. Individualización de la pena

En cuanto a la individualización de la pena, la manera repetida en que los jueces federales han tomado en cuenta las diferencias culturales para admitir o rechazar la atenuación de la pena es el origen de una tentativa para insertar una regla en el Código Penal suizo. En ocasión de los trabajos de revisión de la parte general del Código, en el anteproyecto de 1993, los autores habían propuesto prever una

56 ATF 75 IV 153/JdT 1950 IV 26; ATF 93 IV 124; ATF 98 IV 51/JdT 1972 IV 147; ATF 98 IV 303/JdT 1973 IV 143; ATF 104 IV 184/JdT 1980 IV 10.

57 Message 1998: 28.

58 ATF 86 IV 212/JdT 1961 IV 82; ATF 104 IV 217/JdT 1980 IV 2.

59 Trechsel, Art. 20, N. 8; Killias/Kuhn/Dongois/Aebi, n. 311; ATF 75 IV 43/JdT 1950 IV 31; ATF 86 IV 214/JdT 1961 IV 82; ATF 106 IV 319/JdT 1982 IV 44; ATF 120 IV 215/JdT 1996 IV 158.

60 ATF 91 IV 165; ATF 99 IV 186/JdT 1974 IV 130.

61 ATF 92 IV 73/JdT 1966 IV 66; ATF 98 IV 303/JdT 1973 IV 143; Stratenwerth, AT I, § 11, N. 64.

circunstancia atenuante. En el art. 50, letra d, se disponía que el «juez atenuará la pena […] si la experiencia de vida o el origen foráneo del autor han hecho extraordinariamente difícil que se comportara conforme a derecho» (*der Richter die Strafe mildert,* […] *wenn die Lebensgeschichte oder fremde Herkunft dem Täter rechtmässiges Verhalten ausserordentlich erschwert hat*)[62].

En la exposición de motivos de ese anteproyecto, se explica que «debe ser posible al juez de atenuar la pena considerando la carga pesada que comporta la socialización deficiente o inconforme, debida al medio social o ético en el que el autor se ha desarrollado; por ejemplo, representaciones del honor individual o familiar profundamente enraizadas»; así mismo, los comisionados afirmaron que debe tratarse de desviaciones muy graves de nuestro marco habitual que no puedan ser consideradas en el ámbito de las circunstancias atenuantes del art. 49, inc. 2» (*Der Richter soll die Möglichkeit haben, gravierenden Sozialisationsdefiziten oder —abweichungen, die auf das soziale oder ethnische Milieu zurückgehen, in welchem der Täter ausgewachsen ist, mildernd Rechnung zu tragen, beispielsweise tief verwurzelten Vorstellungen von Individual— oder Familienehre. Es muss sich dabei um so krasse Abweichungen von dem in unseren Breitengraden Üblichen handeln, dass sie in Anwendung von Artikel 49 Absatz 2* [*Strafmilderungsgründen*] *innerhalb des ordentlichen Strafrahmens nicht mehr hinreichend berücksichtigt werden können*)[63].

En el proceso de consultación al que son sometidos los proyectos de ley, esta proposición fue ampliamente rechazada por casi la totalidad de las personas e instituciones consultadas. Si bien admitían, en principio, que el pasado y el origen extranjero del autor debían ser tomados en cuenta, estimaban que, en realidad, ya eran considerados al momento de declarar culpable al agente o de imponerle una pena. Sin embargo, opinaban que era indispensable salvaguardar la preeminencia del Código Penal, porque el hecho de considerar las bases socioculturales de un autor a título de circunstancias atenuantes afectaría al «derecho penal en tanto código mínimo de comportamiento». Se trata aquí de excluir una justicia de segunda clase» (*das 'Strafrecht als minimaler Verhaltenskodex' würde durch die Berücksichtigung des soziokulturellen Hintergrundes eines Täters als Strafmilderungsgrund einen zu schweren Einbruch erleiden. Insbesondere gilt es hier, eine Zwei-Klassen-Justiz zu verhindern)*[64]. Así, se afirmó igualmente que su previsión como circunstancia atenuante autónoma implica un tratamiento indigno de los extranjeros. Fundamentalmente, la sensibilidad y el pensamiento jurídico

62 Señalemos de pasada que, en el art. 45 del CP peruano, se ordena al juez tener en cuenta, al fundamentar y determinar la pena, la cultura y las costumbres del acusado

63 Bericht 1993: 72.

64 Ergebnisse, 1995: 519.

desarrollado en Suiza, como regla de apreciación, deben también regir para los extranjeros (*Ihre Verselbständigung zu einem separaten Milderungsgrund führt zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung von Ausländern. Grundsätzlich muss auch bei diesen das in der Schweiz entwickelte Rechtsempfinden und Rechtsdenken Grandmesser für rechtmässiges Verhalten und Strafe bleiben*)[65].

Estos argumentos estaban, sobre todo, relacionados con ciertos delitos o con la personalidad particular del autor. Con respecto a esta última, se afirmó que un delincuente de formación «fundamentalista», pretendería sin más que se le atenuará la pena, lo que es poco concordante con el hecho de que si el mismo delincuente hubiera cometido el delito en su país de origen, sería confrontado a una amenaza penal que normalmente es mucho más severa que la prevista en la ley penal suiza. Si por la comisión de un delito en su país es absuelto, esto no depende de la inexistencia de una prohibición o de una amenaza penal, sino más bien de un procedimiento penal desnaturalizado[66].

En relación con la comisión de ciertos delitos, se señaló que «el dominio de aplicación [de la circunstancia atenuante] sería el de los delitos violentos —en particular contra mujeres […] Tolerancia ante terceros y extranjeros es fundamental sin duda. Sin embargo, si no se respetan los derechos humanos fundamentales, se viola la libertad personal de las mujeres o se lesiona su integridad corporal de manera masiva, la protección de estas mujeres debe tener la prioridad absoluta»[67].

De lo expuesto se deduce que los participantes en la consultación partieron de la idea de que el Código Penal suizo constituye un código mínimo de comportamientos, fundado en costumbres comunes a toda la sociedad helvética. Lo que implica que consideren a esta como fundamentalmente homogénea respecto a los valores políticos, éticos, económicos y culturales, y que son además conformes a los derechos humanos.

En este contexto, es comprensible que se rechace restringir la aplicación de la ley penal en función de los orígenes culturales de los autores de delitos. Así mismo, que se estime que la ley penal suiza debe aplicarse de la misma manera a los suizos que a los extranjeros, sin consideración al hecho de que estos pertenezcan a un grupo social cuyos patrones culturales de conducta son diferentes a los predominantes en Suiza. Este criterio implica que se sostenga que los extranjeros son capaces de someterse al orden penal mínimo establecido en el Código Penal suizo en razón a que sus reglas de comportamiento propias respetan también este

65 Stellungsnahme des Kantons Aargau, in Ergebnisse, 1995: 534.

66 Stellungsnahme des Kantons Glarus, in Ergebnisse, 1995: 531.

67 Eidgenössische Kommission für Frauenfragen, in Ergebnisse, 1995: 539.

límite mínimo y que no es otro que el determinado por los derechos humanos. En este sentido, las excepciones en favor de la absolución o atenuación de la pena sobre la base de los orígenes de los procesados comportarían, en un nivel general, una violación del principio de igualdad de las personas en y ante la ley; más aún, un perjuicio grave en contra de los suizos. Darían lugar a la instauración de una justicia de segunda clase[68].

Otra consecuencia negativa de la admisión de una circunstancia relativa a los orígenes de los procesados sería el efecto indeseado de suponer una incapacidad personal de los extranjeros a conformar sus actos al código de comportamiento suizo mínimo[69]. Además, tendría la desventaja de incitar los procesados extranjeros, en la perspectiva de obtener la absolución o la atenuación de la pena, a no asimilar los valores fundamentales o a invitarlos a no respetar la ley vigente en Suiza. Además, en cuanto a este último punto, hay que indicar que las excepciones indicadas han sido igualmente criticadas como una violación al principio de la territorialidad de la aplicación de la ley penal: la ley suiza es aplicable a todo acto reputado cometido en Suiza.

En el dominio estricto del derecho penal, los argumentos contrarios a considerar los orígenes de los procesados son de orden técnico o de política criminal. En cuanto al primero, es de destacar que esta circunstancia está ya comprendida en la regla general relativa a la individualización de la pena (art. 47), en la medida en que esta disposición exige que el juez tenga en cuenta, primero y en general, «tanto los antecedentes y las relaciones personales como los efectos de la pena en la vida del autor». Así, la «culpabilidad deberá ser determinada según la gravedad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico concernido, la reprochabilidad de la acción, de los móviles y de los fines del autor, así como las posibilidades que el autor tuvo, de acuerdo a las circunstancias internas y externas, para evitar la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico». Lo que daría lugar, indebidamente, a una doble atenuación de la pena a causa de una misma circunstancia personal. Además, esta crítica es reforzada subrayándose que ya es tomada en cuenta al fijarse el grado de culpabilidad del autor.

En relación con la política criminal, las críticas son fuertemente influenciadas por la preocupación de no debilitar la reacción frente a ciertas formas de delincuencia grave: terrorismo, tráfico de drogas, violencia contra las mujeres y los niños, delitos sexuales, trata de personas, etc. Delitos que estarían motivados, sobre todo cuando los autores son extranjeros, por factores culturales. Así, se hace referencia a las concepciones fundamentalistas de los terroristas, los criterios de

68 Stellungsnahme des Kantons Zürich, in Ergebnisse, 1995: 529.

69 Stellungsnahme des Freiburger Anwaltsverbands, in Ergebnisse, 1995: 544.

honor de la familia o del grupo de los autores de homicidios o de malos tratos en agravio de las mujeres, el espíritu étnico de los participantes en las redes de tráfico de drogas o de personas.

La atenuación de la pena por el simple hecho de los orígenes de los autores de estos crímenes es igualmente percibida como un beneficio indebido en su favor, así como un menosprecio de las víctimas. Al respecto, se ha destacado la inoportunidad de la referencia hecha en el mensaje del anteproyecto de 1993, a «las concepciones sólidamente enraizadas del honor individual o familiar»[70], ya que estas concepciones conducen en general a delitos de honor (venganza, *Blutrache*) en detrimento, sobre todo, de mujeres.

El mantenimiento de las reglas y criterios tradicionales no elimina las dificultades presentes al juzgarse los delitos motivados culturalmente. En la práctica, la existencia de estos delitos es en principio constatada, mientras que el recurso a excusas de orden cultural para defender los autores de estas infracciones es fuertemente limitado. Así, por ejemplo, no se acepta invocar los aspectos culturales para justificar el comportamiento típico. Además, son admitidos restrictivamente para determinar la culpabilidad y, por tanto, la individualización de la pena.

El modelo suizo es especialmente conforme a un sistema social homogéneo. Resulta evidentemente menos apropiado para sociedades fuertemente marcadas por diferencias sociales y culturales profundas. Sin embargo, el sistema europeo en general y suizo en particular será cada vez, con más frecuencia, confrontado con las diferencias culturales debido a la constante e intensa inmigración, sobre todo, de personas provenientes de regiones culturalmente alejadas de la cultura europea.

VIII. Conclusiones

Si se parte del texto de la ley, considerándolo como el límite de los probables sentidos que pueden atribuírsele, el sentido que más corresponde al art. 15 es el que considera que en este se ha previsto, contrariamente a lo deseado por sus redactores, una circunstancia de falta de capacidad de culpabilidad y no el llamado error de comprensión culturalmente condicionado.

Esta última categoría ha tratado de ser mejor regulada en el Proyecto boliviano de 2008[71]. En su art. 19, pf. 4, se dice:

70 Bericht 1993: 69.

71 Borrador de la Parte General conforme a las resoluciones adoptadas en la reunión de Santa Cruz de la Sierra – Bolivia (14 al 16 de febrero de 2008).

> (Error de comprensión) También se excluye la culpabilidad cuando el agente por su cultura o costumbres no comprenda la criminalidad de su obrar o no se le pueda exigir que adecue su conducta a dicha comprensión. Cuando por las mismas causas no se excluya totalmente la posibilidad de comprensión o de adecuación de la conducta, el tribunal podrá establecerá la pena conforme al grado de exigencia que podría formulársele.

La previsión legislativa de esta regla supone, evidentemente, que se considere útil y conveniente el concepto de comprensión. De no ser este el caso, resulta preferible y práctico aplicar el criterio del error de prohibición, previsto aceptablemente en la mayoría de los códigos. Aunque sería recomendable, teniendo en cuenta la idiosincrasia de los encargados de administrar justicia, de prescribir, que en la apreciación de dicho error se tengan en cuenta las especificidades culturales del procesado.

Esta solución se compagina mejor con el sistema normativo en general y es conforme con las concepciones penales, en particular las germanas sobre la culpabilidad, del Código Penal peruano. Además, consideramos que facilita la toma en consideración de criterios referentes a los límites en los que debe respetarse las pautas culturales de todos y no solo de las poblaciones nativas. Si el tratamiento injusto de estas es una de las justificaciones para tener en cuenta las diferencias culturales, el art. 15 es una norma general, que también comprende, por ejemplo, el caso de los inmigrantes.

El criterio, sin embargo, es más restrictivo respecto a la pluralidad jurisdiccional. Según el art. 149 de la Constitución peruana, las autoridades comunales y nativas ejercen jurisdicción y aplican su derecho consuetudinario. Pero cabe preguntarse si también se debería, en razón del reconocimiento constitucional del pluralismo cultural, reconocerse poder jurisdiccional a otras comunidades que habitan en territorio nacional. Todo esto muestra que se han abierto las puertas sin que se hayan tomado las medidas necesarias para que funcione real y adecuadamente la diversidad de jurisdicciones (a pesar de las pocas disposiciones procesales y de la legislación particular referente a las comunidades andinas y nativas).

Las decisiones de la Corte Suprema, en particular sobre casos en los que se plantean problemas relativos a conflictos culturales en el ámbito penal, no permiten deducir criterios jurisprudenciales uniformes y constantes respecto a la aplicación del art. 15. Tampoco es correcta la manera como recurren al art. 149 de la Constitución para resolver asuntos en los que cabría discutir sobre los alcances de la indicada disposición del Código Penal. Es el caso, sobre todo, de los procesos penales referentes a las actividades de los ronderos las que constituyen no solo un asunto judicial, sino político y social.

El reconocimiento de facultades jurisdiccionales (comprendidas las penales) a las comunidades andinas y nativas, así como la consecuencia inevitable que se aplique el derecho consuetudinario, hacen necesario que se plantee la cuestión de saber en qué medida la aplicación de ese derecho debe hacerse teniendo en cuenta los principios fundamentales, tanto del derecho penal sustantivo, como del derecho procesal penal. Si bien esto podría implicar que se repiensen las categorías penales, un solo límite es claro: su aplicación debe hacerse respetando los derechos fundamentales.

Este límite supone que las autoridades comunales estén familiarizadas con los alcances de dichos derechos, lo que significaría que deben «aculturizarse», al menos parcialmente, asimilando la comprensión de los derechos fundamentales. O, por el contrario, debería admitirse, por respeto estricto a su cultura, que esas autoridades deben comprender estos derechos de conformidad con sus propias pautas culturales. Esto muestra que en el fondo la cuestión es más compleja que la de una simple regulación legal o esclarecimiento dogmático, toca más bien el fundamento en que debe basarse un determinado reconocimiento de las diferencias culturales en un mismo contexto político, social y estatal. Unidad compatible con pluralidad, gracias a un diálogo intercultural.

Los delitos continuado y masa en el Código Penal peruano

Fernando Velásquez Velásquez[1]

I. Introducción. **II.** La unidad de acción y sus elementos constitutivos. **III.** El delito continuado. **1.** Origen. **2.** Fundamento. **3.** Naturaleza jurídica. **4.** Concepto. **5.** Requisitos. **A.** Consideraciones generales. **B.** Elementos estructurales. **a.** Externos. **a.1.** Unidad de sujeto activo. **a.2.** Unidad de acción final. **a.3.** Unidad normativa relativa: infracción de la misma disposición o de una semejante. **a.4.** Exclusión de ofensas a bienes jurídicos altamente personales, salvo que haya identidad de sujeto pasivo del delito. **a.5.** Unidad o pluralidad de sujeto pasivo. **a.6.** Otras exigencias. **b.** Interno. **IV.** El delito masa. **1.** Origen y fundamento. **2.** Naturaleza jurídica. **3.** Concepto. **4.** Requisitos. **5.** ¿Modalidad de delito continuado o figura independiente? **V.** Las figuras en el CP 1991. **1.** Antecedentes. **2.** La fórmula actual. **3.** Un punto de partida. **A.** Sobre la naturaleza y el fundamento. **B.** Concepto. **C.** Los componentes. **D.** Figuras previstas. **E.** Punición de las figuras. **4.** El Anteproyecto de Parte General de Código Penal de 2004. **VI.** Conclusiones.

1 Al terminar la revisión de este texto (dos de agosto de 2008), me llegó la dolorosa noticia sobre el lamentable estado de salud que atraviesa el muy querido amigo y profesor Juan Bustos Ramírez; a él, que ha luchado como un verdadero gladiador a lo largo de su vida por un derecho penal garantista, llenándonos a todos de afecto y generosidad, va dedicado con profunda emoción este escrito.

I. Introducción

Con ocasión de la conmemoración de los diez años de la entrada en vigencia del CP 1991, a cuyo efecto se dedicó un número del Anuario de Derecho Penal, se aprovechó ese espacio académico para examinar la problemática del delito continuado —y con él, la del llamado «delito masa»— de cara al art. 49 CP que fuera objeto de reforma en 1996; ahora, se revisa esta colaboración en su integridad para actualizarla y darla de nuevo a la luz. Por supuesto, la tarea a emprender no es nada sencilla si se tiene en cuenta que —como, con toda razón, anota el gran penalista chileno Novoa Monreal— «no hay concepto penal más confuso y anárquico», pues sus notas predominantes son las «grandes diferencias en las legislaciones penales, (las) enormes discrepancias de parte de los tratadistas y una apreciación muy inestable de parte de la jurisprudencia de casi todos los países»[2].

Con la presente exposición, se busca llamar la atención de los estudiosos peruanos sobre la necesidad de emprender una auténtica construcción doctrinaria y jurisprudencial, que permita la aplicación segura y calculable de la ley, para lograr la tan anhelada seguridad jurídica[3]; o, para decirlo en palabras de un notable expositor contemporáneo, se requiere toda una elaboración de categorías sobre el asunto, de tal manera que sea posible una integración de los diversos conceptos jurídico-penales involucrados en un sistema[4].

Dicha pretensión se torna todavía más imperiosa si se tiene en cuenta que en el medio se echa de menos una dogmática jurídica que permita al juez, al momento de aplicar la ley penal, disponer de reglas mucho más concretas y cercanas al caso específico objeto de juzgamiento que las establecidas en los textos legales[5]. En verdad —y esto también es válido cuando se aborda el delito continuado[6]—, la función judicial ha quedado expósita en manos de la sana intuición de los funcionarios quienes —con el consecuente olvido de la alzadura teórica del derecho penal— han trastrocado su función de administrar justicia por la de legislar.

Pues bien: con miras a cumplir con el cometido propuesto, en primer lugar, se hacen algunas precisiones sobre la temática de la «unidad de acción» y sus elementos constitutivos; en segundo lugar, se efectúan algunas consideraciones generales sobre

2 Cfr. Novoa Monreal, 1996: 269.

3 Cfr. Gimbernat Ordeig, 1990c: 158, acerca de la Dogmática penal «hace posible, por consiguiente, señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuando menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución».

4 Cfr. Silva Sánchez, 1992: 43.

5 Sobre ello: Bacigalupo, 1983: 17.

6 También sucede en otras latitudes. Cfr. Choclán Montalvo, 1997: 15; Nino, 1972: 115 ss.

el delito continuado, como las atinentes a su origen y fundamento, naturaleza jurídica, noción y requisitos. En tercer lugar, se expone el delito masa a partir de los tópicos acabados de señalar; en cuarto lugar, se estudia dicha categoría en el CP tras la reforma de 1996 —sin olvidar el Anteproyecto de 2004—, y se responden algunas interrogantes. Para terminar, en quinto lugar, se consignan algunas conclusiones para la discusión.

II. La unidad de acción y sus elementos constitutivos

Uno de los tópicos más debatidos en la dogmática de la parte general del derecho penal, al abordar la temática de la unidad y pluralidad de acciones típicas, es precisar cuándo se puede hablar de una acción o conducta y en qué oportunidad de varias. Desde luego, para esclarecer este asunto se han ofrecido, desde una perspectiva histórica, diversos criterios[7] que van desde quienes sostienen que lo decisivo es la cantidad de inervaciones musculares —con lo cual, tratándose de un atentado sexual, deberían estimarse tantas acciones como movimientos realizó el violador—, la cantidad de resultados[8] —el que hace explotar una granada y da muerte a diez personas habría llevado a cabo diez acciones y no una—, el número de tipos realizados[9] una de cuyas variantes es la pauta de la unidad jurídica[10], hasta los que se afincan en el criterio de la unidad natural de acción[11], la unidad de fin en un mismo contexto —determinada por la unidad de fin en un marco situacio-

7 Sobre ello, Jakobs, 1997b: 1074 ss.; Warda, 1964: 82 ss.; Geppert, 1982: 360; Velásquez Velásquez, 2007b: 286; el mismo, 2008 (2): 13 ss.

8 Cfr. Von Hippel, 1971: 499.

9 Acude a este criterio el art. 30.1 del Código Penal de Portugal. Cfr. Maia Gonçalves, 1998: 152.

10 Cfr. Jescheck, 1993: 648, que lo denomina como idea del «sentido de los tipos legales vulnerados en cada caso»; Jescheck/Weigend, 1996: 711; Stratenwerth, 2000: 437 ss.; Mir Puig, 1998: 662, que habla de la unidad de hecho.

11 Así, Mezger, 1957: 360 ss. No obstante, este autor —a diferencia de quienes reúnen o integran en una unidad «natural» varias acciones de esta especie—, afirma que la condición fundamental para que haya unidad natural de acción es que se presente «unidad de impulso delictivo» (cfr. p. 361), pues de lo contrario —con base en Honig— se trataría de una mera fábula. Esta fórmula es acogida por la jurisprudencia y la doctrina dominantes en Alemania (cfr. Stratenwerth, 2000: 439; Schönke/Schröder/Stree, 2001: 766), y acorde con ella se entiende que «una pluralidad de componentes de un suceso, externamente separables, deben conformar una acción unitaria cuando los diversos actos parciales responden a una única resolución volitiva y se encuentran tan vinculados en el tiempo y en el espacio que por un observador no interviniente son sentidos como una unidad» (cfr. Jescheck, 1993: 648). Sobre este concepto: García Albero, 1994: 211 ss. No debe confundirse el concepto *unidad de acción natural* con el de *acción en sentido natural* [véase Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, *Strafgesetzbuch*, 2006: 802 ss.].

nal, con lo cual los diversos actos se deben ejecutar en un mismo entorno local y temporal—[12], o en pautas de naturaleza ontológico-normativa.

En virtud de este último rasero —que parece ser el más acertado— para saber si hay una o varias acciones, se debe partir del concepto final de acción al cual se añade el enjuiciamiento jurídico-social, mediante los tipos penales; por ello, pues, deben examinarse tanto la finalidad concreta trazada por el autor, su plan, como el tipo penal correspondiente, que debe ser interpretado, desde el punto de vista social. En otras palabras, la unidad de acción jurídico penal se establece, así, por dos factores (al igual que urdimbre y trama): por la proposición de un fin voluntario y por el enjuiciamiento normativo jurídico social en razón de los tipos[13].

Desde luego, uno de los eventos de unidad de acción en sentido ontológico normativo es el delito continuado al cual se dedica la presente exposición.

III. El delito continuado

Varios problemas deben ser objeto de esclarecimiento para poder entender los alcances de esta figura[14].

1. Origen

Se discute[15] si esta figura apareció en la época de los prácticos de los siglos XV y XVI, para el caso en los trabajos de Julio Claro (1525-1575) y Prospero Farinacio

12 Cfr. Antolisei, 1960: 166, y Sainz Cantero, 1971: 670 y 671. En contra —al mostrar la influencia de tal criterio en la jurisprudencia hispana— Cerezo Mir, 2001: 291, para quien la unidad de acción no puede determinarse sin la ayuda de un criterio normativo y sin olvidar la estructura finalista de la acción humana; como él Velásquez Velásquez, 1997: 648; el mismo, 2008 (2): 15.

13 Cfr. Welzel, 1976: 309; Cerezo Mir, 2001: 289; Mir Puig, 1998: 661; Muñoz Conde/García Arán, 2000: 530 y 531; Velásquez Velásquez, 1997: 469. Esta postura contrasta con la sostenida por un buen sector de la doctrina, para el cual el concepto de acción que se maneja en sede de la Teoría de los concursos es distinto a la noción de acción propia de la Teoría de la tipicidad. Cfr. Jescheck, 1993: 648; Jakobs, 1997b: 1074; Choclán Montalvo, 1997: 89.

14 Cfr. Velásquez Velásquez, 2007b: 289 ss.; el mismo, 2008: 17 ss.

15 Cfr. Carrara, 1975: 344: «Tal es la sutilísima teoría de la continuación, cuyo origen está en la benignidad de los prácticos, quienes no ahorraron esfuerzos en hacer menos frecuente la pena de muerte que se infligía para el tercer robo». Es más, añade al pie de la página: «Los fundamentos de esta doctrina los asentaron los glosadores, que distinguieron cuando el hurto es uno solo *(furtum est unum),* como en el caso en que un individuo roba muchas cosas en un mismo contexto de acción, y cuando diversos hechos se computan por uno, a causa de la continuación (*facta diversa pro uno computantur ratione continuationis*). Véase Baldó, Cons. 48, lib. 3». Incluso, el famoso Maestro de Pisa cree encontrar —en contra de lo que es afirmación generalizada en la doctrina: cfr. Manzini, 1949: 415— precedentes en el Derecho Romano, más concretamente en el Digesto

(1544-1616) —aunque hay quienes creen que ello sucedió ya en el tiempo de los glosadores y posglosadores[16], como lo demuestra alguna elaboración atribuida a Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) y Baldo de Ubaldi (1327-1400)—; o si, por el contrario, tal fenómeno solo se presentó con posterioridad cuando fue contemplado por una Ley Toscana de 30 de agosto de 1795[17] —con precedentes en diversos ordenamientos italianos—, de donde fue tomada por los códigos posteriores.

2. Fundamento

Así mismo, son diversas las posiciones que se disputan la razón de ser de esta elaboración[18]. En efecto, en primer lugar, se afirma que fue creado por los prácticos animados por un cometido piadoso o pietista, para evitar la pena de muerte imponible a aquellos que incurriesen en el tercer hurto y, con posterioridad, para impedir las consecuencias derivadas de las reglas de acumulación de penas en los casos de concurso (fundamento humanitario)[19]. Desde luego, ese cometido —caso de ser acertado— ha perdido hoy su razón de ser en la medida en que la pena imponible al autor es más grave que cuando el delito se ejecuta de una vez, aunque nunca llegando a los extremos —recuérdese: la pena de muerte para el tercer hurto— que motivaron su aparición.

También, en segundo lugar, se asevera que tiene un fundamento utilitarista[20] dado que está llamada a resolver diversas dificultades procesales y probatorias, pues no siempre es posible demostrar la existencia de cada uno de los actos que

(cfr. p. 343). Sobre el origen: Zagrebelsky, 1976: 1 ss.; Correa, 1959: 13 ss.; Maggiore, 1971, T. II: 172; Alimena, 1915: 496, apoyado en Farinacio, cree que la institución no fue conocida en los derechos romano, germánico y canónico; Bettiol, 1965: 555; Camargo Hernández, 1951: 9 a 19, con citas y argumentos contundentes; Fontán Balestra, 1977: 58 ss.; Soler, 1978: 302 ss.; Núñez, 1965: 228.

16 Cfr. Leone, 1976: 968.

17 Así, Del Rosal (1948: 138 s.) niega que este instituto tenga origen en los prácticos; en contra, sin embargo, Camargo Hernández, 1951: 20.

18 Cfr. Camargo Hernández, 1951: 39 ss.; Castiñeira Palou, 1977: 20 ss.; Choclán Montalvo, 1997: 150 ss.; Mir Puig, 2004: 636.

19 Cfr. Mantovani, 1979: 439 y 440; Camargo Hernández, 1951: 39: «nació de un sentimiento de humanidad que tenía por objeto evitar la imposición de la pena de muerte por el tercer hurto» (p. 17).

20 Cfr. Von Hippel, 1971: 533 ss.; Mezger, 1957, T. II: 317; Jakobs, 1997b: 1098 y 1099; Maurach, 1962, T. II: 428; Maurach/Gössel/Zipf, 1995: 537 ss. Las críticas generalizadas a la utilización «procesal» de la figura han llevado, sin embargo, a que se le delimite al máximo desde el punto de vista jurisprudencial como sucedió con la decisión del Tribunal Supremo Federal Alemán de tres de mayo de 1994 (cfr. Choclán Montalvo, 1997: 168), postura que se mantiene en decisiones posteriores: 25.10.2001, Rad. 2366; 22.05.2001, Rad. 1510;

integran la acción unitaria (la indeterminación de las acciones), la cantidad de las acciones, las fechas de su ejecución y, por ende, la prueba de estos extremos[21].

Asimismo, en tercer lugar, se ha dicho que su sostén es la justicia real (fundamento material), pues no parece posible punir a quien efectúa una conducta mediante diversos actos con la pena imponible para cada episodio en particular, sino con una sanción única que se compadezca con la gravedad del injusto cometido. En otras palabras: el delito continuado es un instrumento que permite sancionar de forma adecuada conductas que, por su cantidad, gravedad, o por ser partes o fragmentos de un plan unitario, podrían resultar castigadas con mayor severidad si se acudiese a las reglas generales del concurso de delitos; por eso, pues, se dice que su fundamento es la disminución de la culpabilidad[22].

Por supuesto, en cuarto lugar, también es viable encontrar enfoques plurales que aúnan los fundamentos anteriores, para dar lugar a posturas eclécticas, sea que se haga más o menos énfasis en cada uno de ellos.

3. Naturaleza jurídica

No en todas las legislaciones penales está prevista la figura por lo cual se la deja librada a la creación doctrinaria y/o jurisprudencial, lo que origina diversas posturas para explicarla[23]. En efecto, en primer lugar, quienes atribuyen el inicio de este instituto a los prácticos italianos se inclinan por la teoría clásica o de la ficción[24], al tenor de la cual ella supone varias acciones u omisiones que, en virtud de una ficción jurídica —esto es, un supuesto jurídico basado en algo que en verdad no existe—, se tratan como un delito único para evitar así dar cabida a un evento de

20.09.2000, Rad. 678; 09-08.2000, Rad. 2033; 05.04.2000, Rad. 3161 (cfr. www.hrr-strafrecht.de/hrr/bgh-db/abfrage.php3?suchtwort=Fortgesetze+Tat&feld...).

21 Así, para España antes de la Reforma de 1983, Tomas Tio, 1987: 112 s.

22 Así, Camargo Hernández, 1951: 43; Córdoba Roda, 1972, T. II: 325.

23 Véase Zagrebelsky, 1976: 116 ss.; Camargo Hernández, 1951: 33 ss.; Castiñeira Palou, 1977: 17 ss.; Choclán Montalvo, 1997: 128 ss.; Cantarero Bandrés, 1990:, 33 ss.; Mir Puig, 1998: 665; Cerezo Mir, 2001: 292 y 293; Cobo del Rosal/Vives Antón, 1999: 783; Rodríguez Devesa, 1981: 810; Correa, 1959: 151 ss.; Sainz Cantero, 1985, T. III: 227 s.; Tomas Tio, 1987: 116 ss.; Gómez Méndez, 1978: 25 ss.; Reyes Alvarado, 1990a: 159 ss.; Villavicencio Terreros, 2006: 686 s.

24 Así, para el Derecho alemán, Stratenwerth, 2000: 440; Stratenwerth/Kuhlen, 2004: 399. Para el Derecho italiano, Manzini, 1949, T. III: 418 s.; Bettiol, 1978: 621; el mismo, 1965: 556; Maggiore, 1971, T. II: 173; Leone, 1976: 972. Para Derecho español, Castiñeira Palou, 1977: 19 y 20; Muñoz Conde/García Arán, 2004: 469; Cobo del Rosal/Vives Antón, 1999: 784; Sainz Cantero, 1985, T. III: 227 s. Para el Perú: Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 1995: 235; Hurtado Pozo, 1987: 598; el mismo, 2005: 946. En Venezuela: Arteaga Sánchez, 1989: 384; en México, Malo Camacho, 1997: 513.

concurso real de delitos[25]; de esta forma, pues, se impidió que el tercer hurto fuese castigado con pena de muerte por el Antiguo Régimen, como ya se dijo.

En segundo lugar, para la teoría realista[26] dicha construcción supone una unidad real de acción (por eso se le llama también teoría de la realidad natural) y no una ficción, a condición de que los diversos hechos o actos parciales obedezcan a una misma resolución de voluntad (unidad subjetiva) y produzcan una misma lesión jurídica (unidad objetiva); de esa manera, pues, lo decisivo es la resolución criminal que puede ejecutarse una o varias veces[27].

En tercer lugar, la ciencia penal alemana[28] —también en Italia[29], España[30] y Latinoamérica[31]— defiende la teoría de la realidad jurídica —en verdad una concepción intermedia en relación con las dos anteriores[32]— a cuyo tenor semejante elaboración es una creación del derecho que, por razones prácticas, unifica los diversos actos desarrollados por el agente en una única infracción a la ley penal, sea porque el propio derecho lo reconozca o sea porque la costumbre así lo imponga, en una unidad jurídica de acción.

Asimismo, en cuarto lugar, se defiende una noción bifronte o tesis de la combinación según la cual el delito continuado descansa tanto sobre un dolo conjunto como sobre un dolo de continuidad, con lo cual se presenta de dos formas

25 Véase Camargo Hernández, 1951: 33.

26 Cfr. Correa, 1959: 154 y 160; Alimena, 1915, T. I: 492 ss.; Florián, 1929, T. II: 70; Madariaga, 1957, T. VI: 264; Zaffaroni, 1980, T. IV: 543. Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2002: 862.

27 Por eso, autores como Alimena, 1915: 498 ss. —que parte del art. 79 del Código penal italiano de 1889, vigente desde el 1° de enero de 1890— le asignan los siguientes requisitos: una sola o una misma resolución; violación de una norma protegida por la misma disposición legal; y una pluralidad de violaciones y, por consiguiente, la pluralidad de acciones.

28 Cfr. Von Liszt, 1929, T. III: 150; Von Hippel, 1971, T. II: 533; Blei, 1977: 316; Jescheck/Weigend, 1996: 711 ss.; Jescheck, 1993: 649; Jakobs, 1997b: 1099: «el efecto de cierre procesal…es a lo sumo un mal necesario»; Geppert, 1982: 363; para el Derecho suizo: Stratenwerth, 1996, I: 473; Trechsel/Noll, 1998: 279.

29 Cfr. Antolisei, 1988: 376 pie de pagina 33, mostrándose «perplejo» por los planteamientos de Santamaría para quien el delito continuado es una «realidad natural»; el mismo: 1982: 458; Ranieri, 1974, T. II: 145.

30 Cfr. Camargo Hernández, 1951: 42; Choclán Montalvo, 1997: 139 ss. Hace hincapié en las corrientes realistas, Sanz Morán, 1986: 201, para concebir el delito continuado como una hipótesis de unidad delictiva con base real u ontológica, por ende como un evento de intensificación cuantitativa de la lesión al bien jurídico con un elemento subjetivo unitario, de tal manera que es un delito único con proceso ejecutivo fraccionado.

31 Villa Stein, 1998: 441.

32 Cfr. Choclán Montalvo, 1997: 136.

diferentes: de un lado, como unidad de acción; y, del otro, como una unidad de conducción de vida punible[33].

Por supuesto, en quinto lugar, otras posturas[34] lo entienden ora como una presunción, ora como un *tertius genus* con caracteres diferenciales propios e, incluso, al mismo tiempo como realidad natural y jurídica[35].

4. Concepto

Para poder definir el delito continuado es necesario, previamente, determinar cuáles son las exigencias o requisitos que lo deben integrar. Esto dependerá de la idea asumida al respecto: objetiva, subjetiva o mixta (objetivo-subjetivo)[36], sea que se señalen solo como componentes del mismo los requisitos externos (la similitud de tipo, la homogeneidad de la ejecución, el carácter unitario del bien jurídico amenazado o afectado, la conexión temporal, y la utilización de medios y ocasiones más o menos similares) o se haga solo énfasis en el nexo psicológico o interno, que se denomina unidad de resolución, unidad de plan, proyecto o programa, unidad de deseo, unidad de pensamiento, unidad de designio, unidad de propósito, dolo global o total y/o dolo de continuación, como lo llaman las construcciones germánicas, etc. Es decir, que se acojan todas esas exigencias.

Si se opta por las concepciones mixtas u objetivo-subjetivas, esta institución se presenta cuando el agente ejecuta diversos actos parciales[37], conectados entre sí por una relación de dependencia (nexo de continuación) y que infringen la misma disposición jurídica, de tal manera que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad de acción final[38]; en otros términos, se trata de

33 Véase H. Welzel, 1976: 311; contra la segunda modalidad de delito continuado (1980-1983, T. IV: 550), para quien responde a una culpabilidad de autor que es insostenible. Por supuesto, no faltan críticos que le reprochan a Welzel y Maurach no haber tenido en cuenta su concepto de acción final para acuñar el concepto de delito continuado (cfr. Novoa Monreal, 1966, T. II: 273).

34 Camargo Hernández. 1951: 32; Cantarero Bandrés, 1990: 33 ss.; Choclán Montalvo, 1997: 138 y 139.

35 Así Fernández Carrasquilla, 1984: 8 ss.; Cantarero Bandrés, 1990: 45; Fontán Balestra, 1977, T. III: 64.

36 Véase Mantovani, 1979: 441; Cobo del Rosal/Vives Antón, 1999: 781 y 782; Fernández Carrasquilla, 1984: 52 y 53; Choclán Montalvo, 1997: 179 a 186; Zaffaroni: 1980, T. IV: 546 ss.; Madariaga, 1957, T. VI: 264 ss.; Mezger, 1957, T. II: 370; Camargo Hernández, 1951: 45 ss.; Rodríguez Devesa, 1981: 811; Fontán Balestra, 1977, T. III: 56 s., 66 ss.

37 Por supuesto, pueden presentarse diversas situaciones en las cuales se conjuguen diversos actos en una sola acción u omisión que no constituyan delito continuado, por faltar el nexo requerido en esta elaboración. Sobre ello, Arteaga Sánchez, 1989: 385; Bustos Ramírez, 1989: 304.

38 Cfr. Welzel, 1967: 312.

una forma especial de llevar a cabo determinados supuestos de hecho mediante la reiterada[39] ejecución de la conducta desplegada, en circunstancias más o menos similares.

Dadas así las cosas, pese a que en apariencia cada uno de los actos parciales representa, de por sí, un delito consumado o intentado, todos ellos se valoran de manera conjunta como una sola conducta ontológica y normativamente entendida —por ende, como un solo delito— para lo cual se debe partir de una concepción social-final de la acción humana[40]; por supuesto, si se alude a otras construcciones, normalmente se verá en el delito continuado una pluralidad de acciones repetidas, como suele suceder con un buen sector de la doctrina[41].

5. Requisitos

Como es obvio, las exigencias de esta institución varían según se parta de las concepciones objetivas[42], objetivo-subjetivas o subjetivas, como ya se dijo. Por supuesto, hoy priman las posturas mixtas[43]; así algunas legislaciones, como la italiana, han marcado énfasis en el componente subjetivo, como se deriva del texto del art. 81, párrafo 2, del CP vigente desde 1974[44].

39 Sobre el carácter repetitivo o reiterativo del delito continuado, se pronunció Carrara (cfr. 1988: 271). No obstante, Florián (1929, T. II: 67), piensa que esa no es una característica del delito continuado pues los actos llevados a cabo pueden ser diferentes.

40 Cfr. Zaffaroni, 1980, T. IV: 553; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2002: 865; Villavicencio Terreros, 2001: 197; el mismo, 2006: 686.

41 Cfr. Maggiore, 1971, T. II: 174; Muñoz Conde/García Arán, 2004: 469; Castiñeira Palou, 1977: 15, con cita de otras definiciones; Cobo del Rosal/Vives Antón, 1999: 781; Choclán Montalvo, 1997: 128; Camargo Hernández, 1951: 32; Caraccioli, 1998: 525; Rodríguez Devesa, 1981: 810; Fontán Balestra, 1977, T. III: 81 ss.; Terán Lomas, 1980, T. II: 283; Peña Cabrera, 1995: 488; Villa Stein, 1998: 440; Bramont Arias/Bramont-Arias Torres , 1995: 234; Cury Urzúa, 1985, T. II: 275.

42 Defendidas a ultranza por Fragoso, 1986: 368, a partir del original art. 72 del CP de Brasil de 1940.

43 Véase Choclán Montalvo, 1997: 183, con la advertencia de que sucede igual en Alemania, Italia y España; Rodríguez Devesa, 1981: 809. Para la Argentina, Correa, 1959: 22 ss.; Fontán Balestra, 1977, T. III: 56 y 73; Bacigalupo, 1984: 246; el mismo, 1998: 430.

44 Críticamente, Cobo del Rosal/Vives Antón (1999: 782), apoyándose equivocadamente en Mantovani (1979: 445) quien, no obstante, califica de «absurdo lógico y dogmático» la tesis del delito continuado heterogéneo, no la concepción subjetiva como pretenden los autores hispanos.

A. Consideraciones generales

Son diversos los enfoques al respecto. Así, por ejemplo, la jurisprudencia[45] y la doctrina[46] españolas —después de recoger la más tradicional doctrina alemana, que hace dos exigencias básicas: pluralidad de acciones homogéneas y un dolo de conjunto y/o un dolo de continuación[47]— requiere los siguientes elementos: a) unidad de propósito, de designio, de fin, de plan, de dolo o de resolución de voluntad; b) unidad de lesión jurídica, pues las diversas acciones deben infringir una misma norma jurídica; c) unidad de sujeto pasivo, elemento discutible en los delitos contra bienes jurídicos eminentemente personales; d) unidad de ocasión, dado que las diversas acciones u omisiones deben estar conectadas con una cierta relación espacial o temporal; e) imposibilidad de individualizar las distintas acciones. Semejantes componentes parecen encontrar eco en el art. 74 del CP español de 1995, cuyo precedente es el art. 69 bis introducido mediante la reforma de 1983[48].

A su turno, la doctrina italiana tradicionalmente inclinada hacia las tesis subjetivistas en esta materia —aunque, a decir verdad, las formulaciones legales hacen pensar en un auténtico criterio subjetivo-objetivo[49], sobre todo en la actual tras la reforma del once de abril de 1974[50]—, suele exigir tres condiciones: la pluralidad de acciones u omisiones[51]; la identidad de disposición penal violada; y la unidad de designio criminoso[52], también receptados por la doctrina argentina más

45 Véanse las citas de Del Rosal, 1948: 158 ss.; Castiñeira Palou, 1977: 29 ss.; Landrove Díaz, 1978: 49 ss.; Cerezo Mir, 2001: 293 y 294; Mir Puig, 1998: 666 y 667; Choclán Montalvo, 1997: 25 ss., 184 s.; Mir Puig, 2004: 637.

46 Cfr. Cobo del Rosal/Vives Antón, 1999: 782; Córdoba Roda, 1972, T. II: 318 ss.; Muñoz Conde, 1982: 176; Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut, 2000: 740 a 751; Quintano Ripollés, 1966, T. I: 260 s.; Sainz Cantero, 1985, T. III: 229 ss.

47 Ya el antiguo *Reichsgericht* alemán, se pronunció por la exigencia de componentes objetivos y subjetivos, como lo enseña von Hippel, 1971: 536 s.; Jescheck, 1993: 653; Jakobs, 1997b: 1092 a 1095; Jescheck/Weigend, 1996: 715 s.; Kühl, 2005: 704 s.. Con leves matices Blei, 1977: 316 a 319; Mezger, 1957: 340 a 342, no así Mezger, 1962, T. II: 370, que opta por las concepciones objetivas. Aunque en otra línea, en lo atinente al elemento subjetivo, Maurach/Gössel/Zipf, 1995, T. II: 542 y 543; Schönke/Schröder/Stree, 2001: 682 y 683; Roxin, 2003b, T. II, págs. 871 y 872. A su turno, von Liszt, 1929, T. III: 150, parece hacer hincapié solo en exigencias objetivas.

48 Sobre ello, González Cussac en Vives Antón, 1996, T. 1: 421 a 424; Mir Puig, 2004: 638; Cobo del Rosal/Vives Antón, 1999: 785 a 788; Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut, 2000: 750 s.; Tomas Tio, 1987: 125 ss.

49 Así Nuñez, 1965, T. II: 238 s.

50 Así, con toda claridad, Zagrebelsky, 1976: 34, al rechazar las posturas objetivistas alemanas.

51 Pareciera restarle trascendencia a este elemento Leone, 1976: 968.

52 Para el CP de 1890, en su art. 79, véase Alimena, 1915, T. I: 498 ss.; Florián, 1929, T. II: 67 ss.; para el CP de 1930, Maggiore, 1971, T. II: 174 ss.; Ranieri, 1974, T. II: 140 ss.; Nuñez, 1965, T. II: 229 ss. De conformidad con el art. 81 inc. 2º tras la reforma de 1974, se observan los

tradicional[53]. En la nueva redacción el art. 81 inc. 2, se observan los siguientes componentes: a) pluralidad de acciones u omisiones; b) unidad de designio criminoso; c) elemento cronológico: «aunque en tiempos diversos»; d) varias violaciones de la misma o de diversas disposiciones legales[54].

En la doctrina peruana, de cara al original art. 49 CP, un sector tradicional de los estudiosos señala tres requisitos: a) pluralidad de acciones u omisiones; b) unidad de resolución criminal; y c) unidad de delito[55], mientras que otros contemporáneos, a partir del nuevo texto introducido en 1996, mencionan los siguientes: a) los actos individuales deben dirigirse contra el mismo bien jurídico; b) los diversos actos particulares deben lesionar el mismo precepto penal o semejante; c) identidad específica del comportamiento delictivo, así como un nexo espacio-temporal de los actos individuales[56].

B. Elementos estructurales

De esta manera, puede afirmarse que las exigencias integrantes de la figura son las siguientes, con la distinción entre componentes externos e internos:

a. *Externos*

Los elementos objetivos son los siguientes:

a.1. Unidad de sujeto activo

Así parezca obvio, el delito continuado solo es factible cuando se presenta un agente ejecutor único, esto es, se requiere uniformidad del sujeto que ejecuta la conducta típica; naturalmente, ello no significa que el actor solo tenga que ser una

siguientes elementos: a) pluralidad de acciones u omisiones; b) unidad de designio criminoso; c) elemento cronológico: «aunque en tiempos diversos»; d) varias violaciones de la misma o de diversas disposiciones legales (Cfr. Fiandaca/Musco, 2004: 619), Pagliaro, 2003: 604 y 605) y Mantovani, 2001: 510), no parecen tener en cuenta el elemento cronológico).

53 Cfr. Madariaga, 1957, T. VI: 264 ss.; Correa, 1959: 22 ss.; Fontán Balestra, 1977, T. III: 81; Creus, 1988: 240; Nuñez, 1965, T. II: 250 ss.; Soler, 1978, T. II: 304 ss.

54 Cfr. Caraccioli, 1998: 526 ss., Fiandaca/Musco (1995: 603) y Mantovani (1979: 440), no tienen en cuenta el elemento cronológico.

55 Peña Cabrera, 1995, T. I: 488 ss.; Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 1995: 235 236; Hurtado Pozo, 1987: 599 ss., que comenta el art. 107 del CP de 1924; el mismo, 2005: 947 ss., en relación con el vigente art. 49.

56 Cfr. Villa Stein, 1998: 442; Villavicencio Terreros, 2001: 197 s. Este último, 2006: 690 ss., recoge ahora los siguientes elementos: pluralidad de acciones u omisiones, igual norma violada, unidad de sujeto activo, unidad o pluralidad de sujeto pasivo, conexión temporal y espacial, y el requisito subjetivo.

sola persona pues la conducta continuada puede ser obra de varias[57] que, mancomunadamente, tengan esta calidad, como cuando actúa un número plural de coautores[58]. De ello se infiere, además, que si toman parte varias personas en actos distintos, el nexo de continuidad solo se podrá predicar de quienes intervengan en todos ellos; en otras palabras, nada impide reconocer el nexo de continuidad al mismo autor (o autores) que han contado con distintos partícipes[59].

Asimismo, si aconteciere que intervienen varias personas diferentes en actos a su vez distintos, con participación criminal diversa en cada uno de estos, no habrá identidad objetiva, esto es, no se tratará de una infracción reiterada a un mismo o semejante precepto penal, con lo cual no se podrá hablar de nexo de continuidad alguno[60].

No es, entonces, posible la continuidad entre acciones de partícipe y de autor, pues el delito continuado exige que la intervención en la infracción penal se lleve a cabo al mismo título[61].

a.2. Unidad de acción final

Ha sido tradicional entre los estudiosos preconizar que este instituto necesita una pluralidad de acciones u omisiones[62] —lo que permite partir de la tesis de la unidad jurídica de acción[63] o no—; no obstante, si se asumen las concepciones realistas, se debe admitir que este es un caso de verdadera unidad de acción final[64].

57 Así Camargo Hernández, 1951: 106; Cantarero Bandrés, 1990: 82.

58 Tomas Tio (1987: 126) admite, incluso, la continuación cuando alguno de los agentes no haya intervenido en todos los actos —él habla de acciones— a condición de que concurra previo acuerdo de voluntades.

59 Véase Camargo Hernández, 1951: 106; Castiñeira Palou, 1977: 154 ss.; Choclán Montalvo, 1997: 249.

60 Tomas Tio, 1987: 126.

61 Cfr. Schönke/Schröder/Stree, 2001: 684; Jakobs, 1997b: 1095; Choclán Montalvo, 1997: 246.

62 Con ello, se cae en un aparente concurso material, pues, como dice Zaffaroni, 1980, T. IV: 545, «si *prima facie* da la sensación de una pluralidad de conductas, visto más en profundidad, muestra su naturaleza de única conducta típica».

63 Véase von Hippel, 1971, T. II: 536 ss.; von Liszt, 1929, T. III: 150; Beling, 1944: 169; Jakobs, 1997b: 1091; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, 2006: 812 ss., también hablan de «unidad de acción»; Otto, 1992: 308; Wessels, 1980: 231; el mismo, 1997: 231; Warda, 1964: 84 s., lo concibe al mismo tiempo como unidad natural y unidad jurídica; Camargo Hernández, 1951: 53 ss.; Castiñeira Palou, 1977: 37 ss., con abundantes referencias en el pie de página Nº 53; Choclán Montalvo, 1997: 83 ss., 140, que hace diversas matizaciones; Cantarero Bandrés, 1990: 89 ss.; Sainz Cantero, 1985, T. III: 230; Manzini, 1949, T. III: 424; Bettiol, 1965: 556 ss.; Peña Cabrera, 1995, T. I: 489. En el Derecho suizo Trechsel/Noll, 1998: 279 y Stratenwerth 1996, I: 473, lo exponen como una unidad jurídica de acción.

64 Cfr. Zaffaroni, 1980, T. IV: 547; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2002: 863; Reyes Alvarado, 1990a: 162 ss., 195 ss.; para Baumann/Weber/Mitsch, 2003: 729), en el mismo sentido que

Esto es debido a que los diversos actos o hechos —comisivos u omisivos—, sea que encajen completamente en el tipo penal respectivo o apenas impliquen un comienzo de ejecución de la conducta punible, conforman una sola conducta llevada a cabo en un determinado contexto social y animada por una finalidad también única, como ya se dijo. Sin embargo, debe advertirse, no falta quien haya postulado en la doctrina italiana que el delito continuado puede presentarse no solo cuando hay pluralidad de acciones u omisiones sino cuando, en ciertas hipótesis, se presentare una unidad de acción[65].

Con ocasión de este componente, se debate si se da o no esta figura en los delitos culposos. Sobre el particular se encuentran divididas las opiniones: hay quienes la admiten[66], otros la rechazan[67] e, incluso, algunos lo estiman difícil o

en la unidad natural de acción, en el hecho continuado una serie de actos particulares se conforman en una unidad; Villavicencio Terreros, 2001: 197; distinto, Villavicencio Terreros, 2006: 690. Para Jiménez de Asúa, 1978: 529, «hay que partir de una verdad a nuestro juicio evidente: el delito continuado no es un caso de concurso de delitos, sino de delito único; una unidad real. Por eso, nosotros preferimos el silencio de la ley (como en España), a la fórmula legislativa, con expresión de muy controvertidos requisitos». En contra: Cantarero Bandrés, 1990: 102.

65 Véase Leone, 1976: 969 y 972, por lo cual se entendía que el texto del derogado art. 81-2 CP italiano se aplicaba también a los casos de concurso ideal homogéneo; en el mismo sentido, Zagrebelsky, 1976: 67 ss., 92 y 98.

66 Cfr. Castiñeira, 1977: 137 ss.; Cantarero Bandrés, 1990: 75; Quintano Ripollés, 1963, T. I: 260, nota 1; Maurach/Gössel/Zipf: 543, con la advertencia de que para ello se debe eliminar la exigencia del «dolo conjunto»; Von Hippel, 1971, II: 543; Stratenwerth, 1982: 355; Welzel, 1976: 315, pero limitándolo a la segunda forma de delito continuado que él propone (delito continuado con unidad de conducción de vida punible); Maurach, 1962, T. II: 432; Schönke/Schröder/Stree, 1997: 684, negando que haya continuación entre acciones continuadas dolosas y culposas; Mezger, 1958: 339; Reyes Alvarado, 1990a: 212, que cita un caso de peculado culposo y apoyado en el concepto final de acción; Jescheck, 1993: 655, aunque en un sentido diferente Jescheck/Weigend, 1996: 717; Choclán Montalvo, 1997: 267, apoyándose en von Liszt, 1929, T. 3: 151, nota 2; Córdoba Roda, 1972, T. II: 320; Tomas Tio, 1987: 130; Nuñez, 1965, T. II: 253 nota 151, a partir de su concepto de «unidad de culpabilidad»; Manzini, 1949, T. III: 452 s.; Bettiol, 1965: 560; el mismo, 1978: 628; Ranieri, 1974, T. II: 144; para Jakobs, 1997b: 1095, es pensable —incluso— la continuidad entre hechos dolosos y culposos; en contra, Bacigalupo, 1984: 248; el mismo, 1998: 433; Hurtado Pozo, 1987: 607: «La variación esencial en la ejecución o en los medios empleados pueden significar una solución de continuidad en el elemento subjetivo. Desde esta perspectiva, es posible admitir que la continuidad puede darse en el caso de una pluralidad de acciones culposas».

67 Véase Zagrebelsky, 1976: 51; Leone, 1976: 972; Florián, 1929, T. II: 70; Maggiore, 1971, T. II: 174; Cerezo Mir, 2001: 296; Camargo Hernández, 1951: 83 s.; Caraccioli, 1998: 532; Mantovani, 1979: 440; Fontán Balestra, 1977, T. III: 82; Terán Lomas, 1980, T. II: 284; Bacigalupo, 1984: 248; el mismo, 1998: 433.

dudoso[68]. Así mismo, se pregunta la doctrina si es o no viable esta construcción en las conductas de omisión —inquietud solucionada, de manera positiva, por los expositores y las legislaciones[69]—, y no falta quien preconice la concurrencia de conductas de comisión y de omisión[70].

a.3. Unidad normativa relativa: infracción de la misma disposición o de una semejante

Es indispensable, además, que los diversos actos constitutivos de una unidad de acción realicen de manera reiterada la misma figura típica, aunque nada se opone a que se pueda llevar a cabo una de naturaleza semejante[71], a condición de que el bien jurídico afectado sea el mismo[72]. La doctrina ha dado distintas denominaciones a este requerimiento: unidad o identidad de norma violada, unidad de ley violada, violación del mismo precepto; identidad de bien jurídico lesionado e identidad de tipo violado[73].

Así las cosas, puede haber nexo de continuación entre un tipo simple y uno calificado; entre una conducta tentada y otra realizadora del tipo penal, o al revés (acto consumado seguido de tentativa)[74]; o entre la ejecución del tipo básico y el agravado, etc.[75]. Lo importante es que los diversos actos obedezcan a una misma finalidad, encajen en un mismo supuesto de hecho o tipo penal, y se lleven a cabo con igual dinámica comisiva u omisiva.

68 Véase Alimena, 1915, T. I: 495; Zaffaroni, 1980, T. IV: 548; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000: 827; Bustos Ramírez, 1989: 304.

69 Para el Derecho Alemán, lo admiten: Schönke/Schröder/Stree, 1997: 684, aunque advierte que no hay continuidad entre comisión y omisión, en este último sentido Jescheck, 1993: 653. En Italia: Zagrebelsky, 1976: 110 ss.; Maggiore, 1971, T. II: 174; Ranieri, 1974, T. II: 144. En Colombia, Reyes Alvarado, 1990a: 2124, cita un caso de omisión de apoyo reiterado e, incluso, lo propone en caso de acción y omisión continuada. En España, Castiñeira Palou, 1977: 45 ss.; Choclán Montalvo, 1997: 223 y 224; Camargo Hernández, 1951: 82; Cantarero Bandrés, 1990: 79 ss.; Tomas Tio, 1987: 134. Para el Perú: Hurtado Pozo, 1987: 608; el mismo, 2005: 955, tanto para la omisión propia como para la impropia.

70 Cfr. Cantarero Bandrés, 1990: 103.

71 Para Camargo Hernández (1951: 56), este elemento se presenta cuando «hay identidad en la cualidad, mas no en la cantidad, y como consecuencia, se infringe el mismo precepto aunque varíe la gravedad de las distintas infracciones»; el mismo: p. 85; también Nuñez (1965 II: 233).

72 Véase Leone, 1976: 970.

73 Véase Tomas Tio, 1987: 137 ss.; Zagrebelsky, 1976: 77, que opta por la «homogeneidad de la violación»

74 Para Camargo Hernández (1951:91 ss.), es viable en ambos casos.

75 Cfr. Fontán Balestra, 1977, T. III: 88; Tomas Tio, 1987: 137.

a.4. Exclusión de ofensas a bienes jurídicos altamente personales, salvo que haya identidad de sujeto pasivo del delito

Como norma general, solo se acepta el nexo de continuación cuando los bienes jurídicos afectados no son de aquellos calificables como «altamente personales» —los que comporten una «afección directa al mantenimiento y desarrollo de la personalidad de otro»[76]—, por lo cual si se lleva a cabo una conducta continuada que afecte a uno de esos bienes jurídicos se deberá apreciar una figura distinta: un concurso ideal homogéneo o un concurso material; naturalmente, si el sujeto pasivo —esto es, el titular del bien jurídico, aunque la noción es polivalente[77]— es el mismo, se acepta la continuación delictiva sin importar la clase de bien jurídico afectado[78].

76 Véase Bustos/Hormazábal, 1997: 208; Bustos Ramírez, 1989: 305.

77 Obviamente, cuando se habla de sujeto pasivo debe decirse que, técnicamente hablando, tal designación se utiliza para aludir al titular del bien jurídico, esto es, se hace alusión al llamado sujeto pasivo del delito, expresión que debe distinguirse de la de sujeto pasivo de la acción, esto es, la persona sobre la cual recae la conducta desplegada por el agente. Estos dos conceptos, por supuesto, no se pueden confundir con el de perjudicado, ofendido, lesionado, etc., expresiones que se utilizan a veces como sinónimas para designar aquella persona o personas sobre las cuales recae el daño o perjuicio (Véase Velásquez Velásquez, 1997: 383 s.; el mismo, 2008 (1): 573 s.). La necesidad de hacer esta distinción es tan imperiosa que autores como Alimena, 1915: 504, nota 1, confunden el sujeto pasivo del delito con el sujeto pasivo: «si varias cosas pertenecientes a diversas personas son robadas dentro de la misma habitación, hay un solo sujeto pasivo (el que las tenía en posesión en aquel local), aun existiendo varios perjudicados»; se llama, pues, «sujeto pasivo» a quien es «sujeto pasivo del delito» y a la inversa. También, para Carrara (véase 1975, T. II: 517 nota 1) se debe distinguir el paciente («la persona —o personas— física o jurídica en quien reside el derecho violado por el delito») del sujeto pasivo («es aquel cuerpo sobre el cual consuma el culpable su acción criminosa»). Por eso, entonces, no es de extrañar que este mismo autor admita con facilidad el delito continuado con sujeto pasivo plural: «la unidad o la pluralidad de los sujetos pasivos es un criterio falaz para unificar o multiplicar los delitos que dimanan de varios actos materialmente distintos» (1975, T. I: 355), y que lo admita cuando son varios los propietarios de la cosa en el hurto: «en la práctica encontramos casos de continuación declarada respecto a varios hurtos cometidos en el curso de muchos meses, en diversos lugares, y en perjuicio de varios propietarios distintos» (1975, T. I: 357, nota 1).

78 En la legislación española, sin embargo, se hace una distinción: el numeral 3 del art. 74 descarta el instituto cuando se tratare de «ofensas a bienes eminentemente personales» salvo las atinentes al honor y a la libertad sexual, casos en los cuales se deja a la valoración judicial la aplicación o no de la construcción según la naturaleza del hecho y del precepto infringido; por ello, no puede invocarse delito continuado de homicidio o de lesiones, pero sí de acceso carnal violento o abusivo, de injuria o calumnia, en relación con un mismo sujeto pasivo. Esto lleva a un sector doctrinario a criticar severamente la normativa: así, González Cussac (Cfr. Vives Antón, 1996, T. 1: 426), que habla de una «lógica de la sinrazón».

a.5. Unidad o pluralidad de sujeto pasivo

Asimismo, se exige que la conducta solo recaiga sobre el mismo titular del bien jurídico (el sujeto pasivo del delito), lo cual no la descarta cuando se tratare de diversos sujetos pasivos de la acción o de distintos perjudicados. No obstante, se ha abierto paso en la discusión la posibilidad de que el sujeto pasivo del delito sea plural como acontece cuando los bienes jurídicos afectados no son «altamente personales», o en el llamado delito masa.

Así las cosas, con respecto a este requisito tres son las tesis formuladas[79]: una, para la cual el sujeto pasivo —debiera agregarse «del delito»— debe ser siempre único; otra, que no admite distinciones y clama por el reconocimiento de la figura siempre que haya pluralidad de sujetos pasivos[80]. Y una tercera o intermedia, que acepta la pluralidad de sujetos pasivos a condición de que los bienes jurídicos afectados no fueren altamente personales[81], en cuyo caso no procede[82]. Es más,

79 Manzini, 1949, T. III: 439; Fontán Balestra, 1977, T. III: 88 s.; Soler, 1978, T. II: 305.

80 Cfr. Leone, 1976: 970; Antolisei, 1960: 374; Ranieri, 1974, T. II: 142; Mantovani, 1979: 442; Córdoba Roda, 1972, T. II: 323; Fragoso, 1986: 369.

81 Cfr. Choclán Montalvo, 1997: 226, 250, 268 ss.; Jakobs, 1997b: 1092, menciona los siguientes eventos en los que no cabe la continuidad o es dudosa: «Por consiguiente, en los homicidios (tentativas de homicidio) y lesiones a diversas personas, en la interrupción de varios embarazos en una o varias mujeres o en la vulneración de la libertad sexual de distintas víctimas, decaerá la relación de continuidad, así como en la extorsión a varias víctimas, en la infracción de derechos de autor relativas a las obras de varios autores (muy dudoso), en el cohecho de varios funcionarios e incluso en el ingreso reducido de varios impuestos, entre otros».

82 En la doctrina alemana de las últimas décadas, por lo menos hasta 1994, es generalizada la opinión según la cual solo es posible apreciar la continuación en tratándose de bienes jurídicos altamente personales, cuando el sujeto pasivo es el mismo, en los demás casos es imposible. Cfr. von Hippel, 1971, T. II: 537 —en la jurisprudencia— y 539 —en la doctrina, con algunas posturas discordantes citadas en la nota 4— y 541 —con su opinión al respecto—; von Liszt, 1929, T. III: 151, para quien, a manera de regla directriz, solo se puede dar el delito continuado cuando el bien atacado por el delito y su titular son separables; Blei, 1977: 316; Baumann/Weber/Mitsch, 2003: 728 ; Maurach/Gössel/Zipf, 1995: 544; Jescheck, 1993: 653 —igual Jescheck/Weigend, 1996: 716-; Wessels, 1980: 233; Schönke/Schröder/Stree, 1997: 682; Otto, 1992: 309; Geppert, 1982: 364. Por su parte, Stratenwerth/Kuhlen, 2004: 399 y 400, apenas si se ocupa de la figura, dado que ella ha perdido trascendencia luego de recientes decisiones jurisprudenciales, como lo advierte Wessels/Beulke, 2006: 293 ss. Es tan significativo el «desplome» de esta institución jurídica en la discusión alemana contemporánea que Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, 2006: 812 ss., le dedica ahora un reducido espacio y remite a ediciones. Para Italia: Maggiore, 1971, T. II: 181; Alimena, 1915: 504 s.; Florián, 1929, T. II: 71; Manzini, 1949, T. III: 440. Para la doctrina portuguesa Cfr. Maia Gonçalves, 1998: 153, así el art. 30.2 no lo diga expresamente; también es el parecer de la jurisprudencia (*idem*: 154 ss.). Igual sucede en la doctrina argentina más tradicional: Cfr. Madariaga, 1957, T. VI: 268 y 269; Jiménez de Asúa, 1978: 532; Nuñez, 1965, T. II: 257 nota 162; mismo, 1984: 325; Creus, 1988: 242, que renuncia a la exigencia de la unidad de

a manera de variante de la tercera tesis, algún sector doctrinario y del derecho comparado distingue entre bienes jurídicos «altamente personales» que excluyen la continuación y los que sí la permiten para dejar, en veces, a la valoración del funcionario judicial la apreciación o no del nexo de continuidad, tal como sucede con el art. 74.3 del CP español 1995[83] con base en las pautas del art. 69 bis introducido en 1983[84].

Para otros autores, sin embargo, el problema se debe resolver a partir del bien jurídico afectado de la mano de una concepción ontológica de la acción humana[85]; o bien, en atención al poder de absorción de cada figura[86].

a.6. Otras exigencias

A título de requerimientos complementarios, accesorios o accidentales, suelen mencionarse tres componentes más: en primer lugar, se necesita el empleo de

sujeto pasivo. En España, ya Camargo Hernández, 1951:24 nota 9, 64 s.; Bacigalupo, 1984: 247; el mismo, 1998: 431; Muñoz Conde, 1982: 177; Quintano Ripollés, 1966: 377; el mismo, 1963, T. I: 261. En contra: Córdoba Roda, 1972, T. II: 321. En el Derecho peruano, por exclusión legal, no se reconoce el delito continuado cuando se trata de bienes jurídicos «de naturaleza eminentemente personal» y los sujetos pasivos fueren distintos (cfr. art. 49 inc. 3); así lo explica Villavicencio Terreros, 2001:198, «Se admitirá la continuación cuando se lesione al mismo titular o sujeto pasivo en el caso de los delitos que afectan bienes jurídicos altamente personales (*v. gr.* Violación, lesiones, secuestro, contra la libertad sexual). Por el contrario, no se admite delito continuado cuando los actos parciales inciden sobre diferentes sujetos pasivos. Ejemplo: homicidio de diferentes personas, violación de distintas mujeres. La reforma de la Ley 26683 precisa que la calificación como delito continuado quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos. Cuando se trata de bienes jurídicos que no son personales (*v. gr.* Propiedad), no se requiere la identidad del titular del bien jurídico afectado para aceptar el delito continuado. La reforma de la Ley 26683 incorpora una circunstancia agravante si con las diferentes violaciones se hubiere perjudicado a una pluralidad de personas en cuyo caso se aumentará la pena en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave»; el mismo, 2006: 692. Para el Derecho venezolano, Arteaga Sánchez, 1898: 387.

83 En efecto, según esta disposición, la norma general es la exclusión de la continuación cuando se tratare de ofensas a «bienes eminentemente personales», pero se hace la salvedad en tratándose de las «infracciones contra el honor y la libertad sexual» en cuyo caso atendida «la naturaleza del hecho y del precepto infringido» se podrá «aplicar o no la continuidad delictiva». El CP, en su art. 49, es claro al señalar en su inciso 3 que quedan excluidos de la continuidad aquellos eventos en los que resulten afectados «bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos».

84 La redacción de esta disposición originó múltiples críticas. Cfr. Cantarero Bandrés, 1990: 107 ss., 114 ss.

85 Así Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000: 828 s.; Zaffaroni, 1980, T. IV: 552; Reyes Alvarado, 1990a: 224 ss.

86 Así Soler, 1978, T. II: 308 s.

medios o procedimientos semejantes salvo —claro está— que su utilización no conlleve la ejecución de tipos de delito distintos. Como se ha dicho, este elemento no es más que un medio de prueba o una confirmación especial del elemento «unidad o semejanza de tipo infringido», o un medio para interpretar el elemento subjetivo que debe concurrir[87]. En segundo lugar, el aprovechamiento de ocasiones idénticas, esto es, que haya unidad o identidad de ocasión de tal manera que los diversos segmentos de la conducta final se lleven a cabo en circunstancias fácticas similares o asimiladas.

También, en tercer lugar, es indispensable que haya una cierta conexión espacial y temporal, o sea, se demanda que los diversos actos desplegados por el agente se ejecuten en un determinado lapso y en un contexto espacial más o menos preciso. Por supuesto, no basta con obrar en un mismo ámbito espacio-temporal, pues si el actor lleva a cabo diferentes actos (incluso distintas acciones) sin mediar el nexo de continuidad, no se podrá invocar la figura en examen[88]. Así mismo, esto no implica que tales actos se tengan que ejecutar en un lapso breve, sino que se debe dejar a la discrecionalidad del sentenciador el juzgamiento de la situación —lo cual demuestra que es una cuestión puramente procesal—, de tal manera que él aprecie si ellos se han producido o no con cierta periodicidad o ritmo, según si pueden ser o no abarcados dentro del plan delineado por el actor[89].

b. *Interno*

Este elemento es el más discutido. En efecto, en primer lugar, un amplio sector doctrinario de orientación italiana acude a criterios como la «unidad de designio»[90] —denominado por algunos expositores hispanos como unidad de propósito[91]—, que la actual redacción del art. 81.2 CP designa como un mismo designio

87 Así, Tomas Tio, 1987: 149.

88 Cfr. Arteaga Sánchez (1989:386): «no hay delito continuado, en mi opinión, en quienes se proponen asaltar en una noche varios establecimientos de la misma zona. Cada hecho es absolutamente independiente y la relación es solo de oportunidad. Majno, con acierto y aunque la fórmula no sea muy clara en la práctica, trata de ilustrar el criterio señalando que una cosa es cometer un delito continuado y otra continuar cometiendo delitos».

89 Así, Tomas Tio, 1987: 151.

90 Concepto en extremo controvertido como advierte Leone (1976: 970), para quien debe entenderse como la propuesta inicial del agente, esto es, la ideación de un programa que ha de llevarse a cabo en varias fases, sin que sea necesario que se trate de un verdadero proyecto de acción o de omisión, determinado y concreto, ni que los medios estén preestablecidos; es, según él, suficiente que todos las acciones u omisiones se presenten como la actuación de una ideación inicial global, como un fin único.

91 Emplean voces como unidad de propósito delictivo (Cuello Calón, 1975: 566), unidad de propósito (Camargo Hernández, 1951: 50 s.), o un dolo conjunto o designio criminoso que no debe confundirse con el dolo (Rodríguez Devesa, 1981: 812).

criminoso[92], aunque también en el pasado se ha hecho referencia a la «unidad de resolución»[93] (en realidad un concepto semejante al de dolo[94]).

En segundo lugar, tras un largo e intenso debate, las construcciones alemanas[95] se inclinan por una de estas tres nociones: una, que defiende el llamado «dolo global»[96], a cuyo tenor se requiere que el autor planee desde un comienzo

92 Cfr. Zagrebelsky, 1976: 31 ss., para quien el designio criminoso supone no solo la ideación de una serie de hechos y el deseo de querer llevarlos a cabo, sino una deliberación genérica que no excluye deliberaciones específicas para cada una de las «acciones» involucradas (cfr. pp. 35 ss.); Antolisei (1988: 373; el mismo, 1982: 454) habla de *identidad de designio delictuoso*; Caraccioli, 1998: 528 ss., para quien el «diseño criminoso» tiene dos componentes: un elemento psicológico unificador y una deliberación genérica preexistente; Fiandaca/Musco, 2004: 620 s., aluden a dos componentes: a) representación anticipada de episodios delictivos singulares, b) un programa directo encaminado a la consecución de un fin unitario; Boscarelli, 1982: 235; Mantovani, 2001: 511).

93 El art. 80 del CP Toscano de 1853 hablaba de la «misma resolución criminal», el art. 79 del CP de 1889 aludía a la «misma resolución». El art. 81 del CP italiano de 1930 empleaba la expresión «mismo proyecto criminoso» —o unidad de plan, proyecto o programa— que Manzini (1949, T. III: 435 s.) entendía como «un proyecto de acción o de omisión, firme, determinado y concreto, que no resulta solamente de la coordinación de una serie de ideas sustanciales, sino que presupone además la elección de los medios para conseguir un determinado fin y el previo conocimiento de las condiciones objetivas y subjetivas en las cuales se desarrollará la actividad delictuosa». Bettiol, 1965: 559, al comentar este último texto legal lo concebía como «un esbozo, como un programa que el agente ha ideado y que desea realizar sucesivamente en épocas y lugares distintos y también en perjuicio de sujetos diferentes», en el cual es determinante el elemento intelectivo; como él Ranieri, 1974, T. II: 143.

94 Cfr. Alimena, 1915, T. I: 498; no obstante, en el Perú, Peña Cabrera (1995, T. I: 489) habla de «unidad de resolución criminal» —expresión contenida en el originario art. 49 del CP de 1991 y en la redacción actual— entiende el concepto en un sentido bien distinto: «Es necesario la presencia de una resolución común en las diversas acciones. Esto es lo que la doctrina denomina «dolo conjunto» o «dolo total», que comprende la unidad de la finalidad en las diversas acciones que se realizan». Así mismo, para Villavicencio Terreros, 2001:197, «el término «resolución criminal», usado por el texto legal alude al factor final», y es equivalente al «dolo total o unitario que comprende la unidad de finalidad y que abarque a la pluralidad de conductas» (p. 197); obviamente, si se rige por un concepto finalista de acción no debería admitir «pluralidad de conductas», cosa que todavía postula (cfr. 2006: 690).

95 La discusión en Maurach, 1962, T. II: 431 y 432; Maurach/Gössel/Zipf: 541; Blei, 1977: 318 y 319; Schönke/Schröder/Stree, 2001: 683 y 684; Otto, 1992: 308; Jescheck, 1993: 654; Jescheck/Weigend, 1996: 716; Wessels, 1980: 232; Geppert, 1982: 364 s.; Gimbernat, 1979: 156.

96 Así, Jescheck, 1993: 654, quien opta por el «dolo global» ante la ausencia de referencia legal; Jescheck/Weigend, 1996: 716, aunque advierten que muy raras veces en la práctica se da un dolo global en sentido estricto; como él, Villavicencio Terreros, 2006: 693 s. Welzel (1976:312), después de optar por el «dolo global» y atendidas las mismas razones, pretexta que se debe acudir a las «circunstancias concomitantes externas»; Wessels (1980:232), critica el «dolo de continuación» porque la extensión que ello supone «es dudosa en el aspecto dogmático

la ejecución de los actos sucesivos y progresivos, teniendo a la vista el resultado global, de tal manera que todos ellos queden comprendidos en él; otra, que se inclina por el denominado «dolo de continuación»[97], construcción según la cual el autor actúa en la medida en que se producen circunstancias análogas, pero sin un plan previo o preconcebido. Y una más, que acude a posturas mixtas, al combinar ambos componentes, como lo hace el derecho español tras la reforma de 1983[98] cuando habla de la ejecución de un plan preconcebido (esto es, una expresión sinónima a la de designio criminal) o del aprovechamiento de idéntica ocasión (o unidad de motivación[99]), distinción que se mantiene en el art. 74 del CP español de 1995[100].

Así las cosas, puede afirmarse que la figura del delito continuado requiere un «dolo global o conjunto» (plan preconcebido), o sea, una verdadera unidad de finalidad[101]; en otras palabras: es indispensable un designio único a manera de verdadera abrazadera que permita aglutinar los diversos actos en una sola acción o conducta.

IV. El delito masa

Para poder precisar los alcances de esta elaboración doctrinaria y determinar si es una mera construcción de los estudiosos o un fenómeno tomado de la vida real, y si tiene o no autonomía, es pertinente hacer algunas consideraciones[102].

y arriesgada desde el punto de vista de la política criminal». Crítico con la concepción del dolo de continuación Zaffaroni, 1980, T. IV: 549; también, Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2002: 863.

97 Cfr. Blei, 1977: 318 y 319; Schönke/Schröder/Stree, 2001: 683 y 684; Otto, 1992: 308; Maurach/Gössel/Zipf, 1995: 541; sintomática es la exposición de Maurach (1962, T. II: 430 ss., también Maurach/Gössel/Zipf: 540 s.).

98 Sobre ello, Cantarero Bandrés, 1990: 68 ss.; para Sainz Cantero, 1985, T. III: 226; Tomas Tio, 1987: 130. Así las cosas, se acogen las dos concepciones alemanas en esta materia: la del dolo global o de conjunto y la del dolo de continuación.

99 Las dos asimilaciones en Bustos Ramírez, 1989: 303; Bustos/Hormazábal, 1997, T. I: 206.

100 Véase Mir Puig, 2004: 638: «La unificación de las distintas acciones puede tener lugar, pues, por dos vías: o bien por la existencia de un "plan preconcebido", lo que equivale al «dolo conjunto» y supone una unificación puramente subjetiva, sin que importe la ocasión; o bien por el *aprovechamiento de idéntica ocasión*, lo que exige objetivamente la unidad de ocasión y subjetivamente su aprovechamiento consciente, en forma correspondiente al "dolo continuado"».

101 Cfr. Zaffaroni, 1980, T. IV: 549; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2002: 863.

102 Cfr. Velásquez Velásquez, 2008: 63 ss.

1. Origen y fundamento

La discusión en relación con esta figura encuentra sus antecedentes en la doctrina y la jurisprudencia españolas de mediados del siglo pasado[103], y halla plasmación en el actual art. 74, num. 2 CP español de 1995, con precedentes en el art. 69 bis introducido tras la reforma de 1983[104]. Sus desarrollos se iniciaron hacia 1958 cuando el entonces Fiscal del Tribunal Supremo, Reol Suárez, publicó un estudio referido al tema[105], al cual le siguieron reflexiones similares de Díaz Palos[106] (1960), Sainz Cantero (1971)[107], y Landrove Díaz[108], entre otros. En torno de su fundamento, se puede decir lo siguiente: este instituto fue introducido, justamente, para castigar de manera más severa aquellos fraudes colectivos en los cuales aparece un número plural de afectados, en casos de delito continuado, y a los cuales no era aplicable la teoría del delito continuado entonces desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia españolas; en otras palabras: se buscaba reprimir con pena más severa unos hechos que, mirados desde una perspectiva global, representaban una mayor gravedad en relación con la concurrencia normal de diversos delitos[109].

Así las cosas, parece haber acuerdo entre los estudiosos en el sentido de que el delito masa implica una mayor gravedad del injusto y de la culpabilidad en relación con el mismo hecho punible continuado, y con otras infracciones normales a la ley penal semejantes a él[110]. No obstante, debe advertirse, esta institución no ha contado siempre con el beneplácito de la doctrina dado que reputados autores la rechazan al calificarla como una figura insostenible desde el punto de vista dogmático[111].

---

103 Cfr. Córdoba Roda, 1971, T. II: 322 y 323. En el Derecho italiano, sin embargo, el tema no es ignorado puesto que la doctrina y la jurisprudencia han concebido como delito continuado situaciones en las cuales el sujeto pasivo es plural. Así, por ejemplo, Antolisei (1960: 380; 1988: 374; 1982: 455 y 456).

104 No obstante, ya en la Base 2ª de la Exposición y Estudio para un anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal, elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de codificación de diciembre de 1972, se contemplaba el delito masa. Cfr. Landrove Díaz, 1978: 18.

105 Cfr. Reol Suárez, 1958: 21 ss.

106 Cfr. Díaz Palos, 1960: 75 ss.

107 Cfr. Sainz Cantero, 1971: 649 ss.

108 Cfr. Landrove Díaz, 1978: 41 ss.

109 Así, Sainz Cantero, 2001: 652 a 654, 666; Choclán Montalvo (1997: 367). Ello sucedía por tres razones: a) El fundamento que se le daba al delito continuado, al entenderlo como un expediente procesal; b) la no concurrencia de la unidad de ocasión; c) la falta de unidad del sujeto pasivo.

110 Cfr. Sainz Cantero, 1971: 667; Landrove Díaz, 1978: 12 y 13.

111 Cfr. Cerezo Mir (2001: 301); Choclán Montalvo (1997: 391).

2. Naturaleza jurídica

Si se parte de una concepción real, ontológica, no cabe duda en el sentido de que esa es la sustancia de esta creación y no una mera ficción jurídica[112]. No se trata, pues, de una construcción artificial del legislador, sino de una realidad existencial concreta.

3. Concepto

Por tal, se entiende aquel evento en virtud del cual el sujeto activo, mediante la ejecución de varios actos criminosos confundidos en una unidad final de acción —para algunos, con un punto de partida causalista, bastaría con una sola «acción»—, pone en ejecución un plan criminal único encaminado a defraudar a una masa o colectivo de personas, las cuales no aparecen unidas entre sí por vínculo jurídico de ninguna especie[113].

Diversas hipótesis de común ocurrencia, constitutivas de fraudes colectivos[114], ilustran el concepto anterior: estafas cometidas contra los intereses de grupos de ahorradores; casos de especulación con los precios de alimentos, considerados de primera necesidad; alteraciones hechas en las máquinas expendedoras de combustible para ponerlas a marcar una cantidad diferente de la realmente suministrada; distribución de alimentos incluyendo una cantidad inferior a la anunciada; eventos generalizados de alteración de medicamentos o licores, expendiendo productos que no se corresponden con lo anunciado o introduciendo al mercado elementos de menor calidad o falsificados por no estar legalmente autorizados. En fin, piénsese en la actividad de los promotores de urbanizadoras «piratas» que, con el pretexto de suministrar vivienda a los usuarios, luego de exigir las respectivas cuotas iniciales, desaparecen con los dineros recaudados; en las estafas mediante la venta de loterías o juegos de azar inexistentes; en la obtención de emolumentos extras por parte de los empleados oficiales, cuando exigen bonificaciones a los usuarios por la prestación de un determinado servicio público; o en el que capta de manera masiva y habitual dineros del público, por fuera de los topes autorizados, mediante mecanismos diversos —recuérdense, por ejemplo, las llamadas «pirámides» tan en boga en Colombia—, etc.

112 Cfr. Sainz Cantero, 1971: 665; no obstante, al ocuparse del delito continuado tras la reforma de 1983, parte de la teoría de la ficción jurídica (Cfr. 1985, T. III: 228).

113 Véase Sainz Cantero, 1971: 664; el mismo, 1985, T. III: 233 s.); como él, Villa Stein, 1998: 443; Muñoz Conde/García Arán (2004: 470); en el mismo sentido Muñoz Conde, 1982: 177.

114 Véase los casos mencionados por Reyes Alvarado, 1990a: 237 ss.

Estas hipótesis y otras similares llevaron a la jurisprudencia y a la doctrina españolas —en busca de impedir el castigo más benévolo, resultante de punir de manera individualizada cada uno de los fraudes de poca entidad cometidos sobre un número plural de sujetos pasivos—, a plantear una sanción más elevada para la conducta cometida sobre una masa de perjudicados, sobre todo en atentados contra el patrimonio económico[115] y que, con el correr de los años, se extendió a conductas similares que menoscaban otros bienes jurídicos como, por ejemplo, el orden económico social (piénsese en comportamientos tan reprobables como el acaparamiento, la especulación, la captación masiva de fondos del público, etc.).

4. Requisitos

En cuanto a los componentes del delito masa respecta, la doctrina[116] y la jurisprudencia españolas[117] señalan los siguientes: a) unidad de plan criminal (elemento subjetivo); b) pluralidad de acciones o diversidad de actos integrantes de una sola acción (presupuesto material)[118]; c) unidad de precepto penal infringido; d) sujeto pasivo masa, esto es, una multiplicidad de personas afectadas como sujeto pasivo del delito. Adicionalmente, la legislación española excluye también —lo mismo sucede con el delito continuado— el delito masa cuando se trata de la afectación de bienes jurídicos altamente personales (art. 74, num. 3 CP español).

115 Esta fue la justificación que primó en la doctrina de los años sesenta del siglo pasado. Cfr. Sainz Cantero, 1971: 650 s.

116 Véase Sainz Cantero, 1971: 668 ss.; Landrove Díaz, 1978: 46 y 47; Cerezo Mir, 2001: 300 y 301, que califica la figura de «artificiosa construcción». Por su parte, González Cussac (*Cfr.* Vives Antón: 1996, T. 1: 424), añade los siguientes elementos fuera de los del delito continuado: a) que se trate de delitos contra el patrimonio; b) que el sujeto pasivo esté conformado por una pluralidad de personas; c) que el hecho revista notoria gravedad; en el mismo sentido Sainz Cantero, 1985, T. III: 235 s. Para Muñoz Conde, 1982: 177, son tres: existencia de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión; pluralidad de acciones u omisiones; e infracción del mismo o semejantes preceptos penales; también Muñoz Conde/García Arán, 2000: 537.

117 Cfr. las referencias de Sainz Cantero, 1985, T. III: 657 ss.

118 Para Cerezo Mir (200:300, nota 63) —en contra de la opinión de Sainz Cantero, 1985, T. III p. 670—, sin embargo, «en el delito masa existe siempre una pluralidad de acciones»; para Bustos/Hormazábal, 1997: 209 (apoyado en Sainz Cantero), el delito masa puede ser cometido mediante una o varias acciones: «sin duda el delito masa puede ser cometido por una sola acción, pues no siempre son necesarias varias acciones para defraudar a un (sic) pluralidad de personas. Justamente este es el aspecto distintivo del delito masa donde hay una pluralidad de personas afectadas que constituyen el sujeto pasivo del delito y la conciencia de ello por parte del autor»; Bustos Ramírez, 1989: 306.

5. ¿Modalidad de delito continuado o figura independiente?

Pese a que un buen sector de estudiosos entiende que el «delito masa» es una especie del género «delito continuado»[119], del cual difiere porque el sujeto pasivo es plural, otros son partidarios de posturas diferentes. En efecto, en primer lugar, se afirma que se trata de dos figuras completamente independientes aunque coinciden como modalidades de delito único[120], como se deriva de su distinto elemento subjetivo, de su presupuesto material y del número plural de sujetos pasivos[121]. Otra opinión, por el contrario, estima que —cuando la defraudación se comete mediante una sola acción— es un evento de concurso ideal homogéneo[122].

V. Las figuras en el CP 1991

1. Antecedentes

El art. 107 del CP 1924 —que se vació sobre el tenor literal del art. 78 del CP Italiano de 1889[123]— disponía lo siguiente: «Cuando varias violaciones de la misma Ley penal hubieren sido cometidas en el mismo momento de acción, o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, se considerarán como un solo delito continuado y se reprimirán con la pena correspondiente a este»[124].

Con posterioridad, diversos proyectos se ocuparon del tema antes de que se expidiese el original art. 49 CP: arts. 85 del Proyecto de septiembre de 1984; 35 del Proyecto de octubre de 1984; 36 del proyecto de agosto 1985[125]; 54 del Proyecto

119 Véase González Cussac, en Vives Antón, 1996, T. 1: 424; Cerezo Mir, 2001: 302; Cantarero Bandrés, 1990: 144; Fernández Carrasquilla, 1984: 62 y 63; Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 1995: 238; también, aunque va más lejos, Choclán Montalvo (1997: 375 y 391).

120 Cfr. Sainz Cantero, 1985: 665 s.

121 No obstante, si se tienen presentes los desarrollos insinuados por Reol Suárez (1958: 26 ss.) debe recordarse que, para él, el sujeto pasivo del delito era único: «cuando se trata de una masa, aunque se conozcan los nombres de los individuos componentes de la misma, no son sujetos pasivos, sino que estimamos hay *uno solo*, que es esa masa».

122 Así Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée (1997:209); Bustos Ramírez, 1989: 305.

123 Cfr. Hurtado Pozo, 1987: 598; el mismo, 2005: 946.

124 Cfr. Levene/Zaffaroni, 1978, T. I: 295.

125 Decía así: «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 este». En el inciso segundo se indicaba que lo dispuesto en el inciso 1º «no es aplicable a los delitos de homicidio o de lesiones de personas distintas, ni en general, cuando se lesionan bienes jurídicos eminentemente personales», lo que Hurtado Pozo (1987: 603), rechaza: «el resultado obtenido es claramente insatisfactorio»; en otro sentido, 2005: 946.

de abril de 1986; 54 del Proyecto de septiembre de 1989; 55 del Proyecto de julio de 1990; y 49 del Proyecto de enero de 1991[126]. El texto original del art. 49 contenido en el Decreto Ley 635 de tres de abril de 1991, de manera similar al tenor literal de 1924, rezaba así: «Cuando varias violaciones de la misma ley penal hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente a este»[127].

2. La fórmula actual

La Ley N. 26683 de 11.11.1996, que modificó el art. 49 CP original y es la normatividad en vigor —sin duda, profundamente influida por las elaboraciones españolas de 1983 y 1995—, dispuso en su artículo único lo siguiente:

> Cuando varias violaciones de la misma ley penal o de una igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave.
>
> Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.
>
> La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos[128].

3. Un punto de partida

Pues bien, si se aplican las nociones expuestas en precedencia, se puede intentar caracterizar la fórmula peruana a partir de diversas situaciones.

A. Sobre la naturaleza y el fundamento

Pese a que, en principio, nada impediría afirmar que el delito continuado —y con él, el delito masa— se puede concebir como una unidad real de acción acorde con la teoría de la realidad natural, y no una ficción, la concepción defendida

126 Véase Villavicencio Terreros, 2001: 196 s.
127 Cfr. Nuevo Código Penal: 24.
128 En www.unifr.ch/derechopenal/legislacion; también Código Penal, 1999: 64.

encuentra reparos en el texto del art. 49 CP cuando en su inciso primero parece adscribirse a la teoría de la ficción: «serán considerados como un solo delito continuado».

Así mismo, en torno al fundamento parece claro que se debe rechazar el basamento humanitario de este instituto si se tiene en cuenta que la punición imponible es la equivalente al acto más grave —castigo muy similar al que disponen los arts. 48 y 50 CP para los casos de concurso ideal y concurso material de delitos, que se reprimen «con la que establezca la pena más grave» o con «la pena del delito más grave», respectivamente—, que puede ser incrementada en «un tercio de la máxima prevista para el delito más grave» cuando se tratare de un delito masa. Pero, debe advertirse, si se recuerda que en sus orígenes este instituto surgió para evitar la pena de muerte infligida a quien incurría en el tercer hurto, no cabe duda en el sentido de que el muy severo tratamiento punitivo actual de la legislación peruana es más «humanitario» que él de entonces.

Así las cosas, podría decirse que su fundamento es tanto material como utilitarista. Lo primero, porque todo indica que su sostén es la justicia real, dado que se castiga al infractor con una sanción única que pretende compadecerse con la gravedad del injusto cometido; y, lo segundo, porque es innegable que en la práctica judicial peruana esta institución está llamada a resolver diversas dificultades procesales y probatorias, cuando no se logra demostrar la existencia de cada uno de los actos que integran la acción unitaria, lo cual debe replantearse como ya ha sucedido en la discusión suiza y alemana.

B. Concepto

De igual forma —con un punto de partida propio de las concepciones mixtas, para el cual se debe optar por el concepto final de acción—, se puede concebir el delito continuado como aquella manifestación criminosa en virtud de la cual el agente ejecuta de forma reiterada diversos actos particulares, conectados entre sí por una relación de dependencia, de tal manera que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad final de acción. El delito masa, por su parte, no será más que una especie de este aunque limitada a atentados básicamente patrimoniales con sujeto pasivo del delito colectivo; cosa distinta, desde luego, sucede con hipótesis en las cuales con una «acción» —en sentido natural— se defrauda a una masa de personas, que, desde este ángulo —salvo expresas previsiones de la Parte especial como la del tipo de estafa—, no encajan en dicha figura, aunque sí como un concurso ideal homogéneo.

C. Los componentes

De esta manera, los elementos de carácter obligatorio que debe reunir esta construcción asentada en datos ónticos son tanto de índole objetiva como subjetiva, tal como ya se dijo[129]. Como requisitos objetivos se deben tener en cuenta los siguientes: en primer lugar, la unidad de sujeto activo, elemento que se desprende de la expresión «el agente» utilizada por el inc. 2 del art. 49 CP; en segundo lugar, la unidad de acción, exigencia que se infiere de la locución «con actos ejecutivos» empleada en el inciso 1 del texto legal.

En tercer lugar, la infracción de la misma disposición o de una semejante (unidad normativa relativa), componente que con mucha abundancia se desprende del inciso 1 del texto legal: «Cuando varias violaciones de la misma ley penal o de una igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos». Esto es, a título de factor normativo —si se tiene en cuenta el punto de partida asumido—, se requiere que la unidad de acción encaje varias veces en la misma ley penal o en una semejante a condición de que afecten el mismo bien jurídico[130]. Así las cosas, pueden presentarse varias violaciones de «una misma» ley penal, o varias violaciones de «una igual o semejante», cometidas —por actos diversos— al momento de la acción o en tiempos distintos; naturalmente, la fórmula puede llevar a equívocos —igual que las precedentes— porque la expresión «en el momento de la acción» referida a las «varias violaciones de la misma ley» hace también alusión a los diversos casos de «unidad de acción» diferentes al delito continuado y con él al delito masa, con lo cual parecieran confundirse el género y la especie[131].

En cuarto lugar, la unidad o pluralidad de sujeto pasivo. También este componente tiene claro asidero en el texto legal, si se tiene en cuenta que en el inc. 2 se dispone: «si […] el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas

129 Cfr., *supra* III.

130 Así Villavicencio, 2001: 198.

131 Según Hurtado Pozo, refiriéndose al antiguo texto (1987: 600), «tampoco debe confundir al intérprete, el empleo de la palabra acción en el art. 107. Del contexto se deduce, con facilidad, que el legislador solo ha recurrido a ella para referirse al marco temporal en que han «de tener lugar las exteriorizaciones de la resolución criminal»»; es más, luego señala: «Con la expresión mismo momento de acción, se refiere a un estrecho contexto temporal, durante el cual el agente comete el delito mediante acciones físicamente independientes. Es el caso del ladrón que, aprovechando la misma oportunidad, se apodera de las cosas muebles ajenas mediante varias substracciones, exigidas por circunstancias accidentales. Lo mismo sucedería, en caso del delincuente que hace sufrir a la víctima el acto sexual sucesivamente y tantas veces como sus condiciones personales se lo permitan»; también, 2005: 951, al examinar el art. 49 vigente. Para Camargo Hernández (1951:109), el concepto de delito continuado «se encuentra confundido con el del delito único con pluralidad de actos».

[…]»; así mismo, en el inc. 3, se excluye la continuación cuando se tratare de bienes altamente personales «pertenecientes a sujetos distintos». En otras palabras, pues, el «sujeto pasivo» puede ser uno o plural.

En quinto lugar, que no se trate de ofensas a bienes jurídicos altamente personales. De igual forma, el Código dispone que solo se acepta la figura cuando los bienes jurídicos afectados no son de los calificables como «altamente personales»; este componente se deduce del inc. 3 del texto legal, cuando señala: «La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos». Obviamente, la expresión «sujetos distintos» debe entenderse como referida a los titulares de los bienes jurídicos que el Código llama «de naturaleza eminentemente personal», esto es, a los sujetos pasivos del delito.

En cuanto al requisito subjetivo, es indispensable la unidad de fin —esto es, el factor final situado al lado del factor normativo[132]—, en cuya virtud se requiere que el agente obre con «la misma resolución criminal» que es fruto de las construcciones italianas (cfr. CP 1889)[133]. Naturalmente, nada impide entender la expresión utilizada por el legislador como sinónima de «dolo global» o «dolo de conjunto»[134].

Obviamente, también se pueden incluir los tres requisitos accidentales ya indicados[135]: empleo de medios o procedimientos semejantes; aprovechamiento de ocasiones idénticas; y que haya una cierta conexión espacial y temporal.

Ahora bien, el delito masa puede ser concebido como una especie de delito continuado si se tiene presente que el inciso segundo del artículo prevé un incremento punitivo, cuando los actos llevados a cabo por el autor recaen sobre «una pluralidad de personas»; con ello, además, se da entrada al delito continuado con plurales «sujetos pasivos», a condición de que no se trate de bienes de naturaleza «eminentemente personal». Repárese en el texto: «Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave».

Por supuesto, la conducta desplegada debe recaer sobre una verdadera masa de personas, esto es, debe tratarse de un colectivo de seres humanos verdaderamente

132 Así Villavicencio Terreros, 2001: 197: «El término «resolución criminal», usado por el texto legal alude al factor final; y la frase «varias violaciones de la misma ley» se refiere al factor normativo, pues les asignan el carácter de unidad de conducta («como un solo delito continuado»)».

133 Así Hurtado Pozo, 1987: 606; el mismo, 2005: 953.

134 Así Villavicencio Terreros, 2001: 197; el mismo, 2006: 693.

135 Cfr., *supra* III.

significativo, tanto que esté en la posibilidad de cambiar los acontecimientos como dice el diccionario al ocuparse de los alcances de la expresión[136].

D. Figuras previstas

Un análisis detenido del texto legal enseña que del mismo se desprenden diversas elaboraciones teóricas: a) el concurso ideal homogéneo; b) el delito continuado con sujeto pasivo único, sin distinguir el bien jurídico afectado; c) el delito continuado con sujeto pasivo plural, cuando los actos recaen sobre bienes que no se puedan calificar de «naturaleza eminentemente personal»; d) el delito continuado con sujeto pasivo plural, cuando los actos recaen sobre bienes que se puedan calificar de «naturaleza eminentemente personal»; e) el delito masa, en sus diversas modalidades.

Es más, a ellas deben añadirse algunas hipótesis de la parte especial que, sin duda, aluden al delito continuado y al delito masa[137]: por ejemplo, la injuria (art. 130); la difamación (art. 132); el acaparamiento que conlleva sustraer del comercio «bienes de consumo o producción» «en perjuicio de la colectividad»; la especulación (art. 234), que supone la puesta en venta de «productos considerados oficialmente de primera necesidad» en perjuicio de número plural de perjudicados, así el sujeto pasivo del delito sea la colectividad como titular del bien jurídico «orden económico»; igual ocurre con la adulteración del art. 235 que recae sobre «artículos» considerados, oficialmente, como de primera necesidad con «perjuicio del consumidor». También, la venta ilegal de mercaderías («bienes») destinadas a la distribución gratuita (art. 237); las «afirmaciones falsas» sobre la calidad de productos (art. 238); la venta de bienes o prestación de servicios diferentes a los enunciados (art. 239); el aprovechamiento indebido de ventajas de reputación industrial o comercial (art. 240); el fraude en remates, licitaciones y concursos públicos mediante diversas «acciones» señaladas en la ley (art. 241); la conducta de promover instituciones financieras ilegales mediante la «captación habitual de recursos del público» (art. 246); el tráfico de moneda falsa (art. 254) que afecta el orden financiero y monetario, porque el agente introduce en el

136 La expresión «masa», entre sus numerosas acepciones, presenta estas dos según el léxico: «8. Gran conjunto de gente que por su número puede influir en la marcha de los acontecimientos. *La masa*//9. Muchedumbre o conjunto numeroso de personas. U. m. e pl. *las masas populares*» (Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, T. II: 1461).

137 Estos eventos, dice Novoa Monreal (Cfr. 1966 II: 274 y 275), se caracterizan porque «el sentido de la ley no envuelve la idea de que cada acto separado de esta especie constituirá un nuevo delito, sino que puede ser absorbido como un conjunto en una sola transgresión penal». El autor, pues, parte de la siguiente clasificación de los tipos penales: «o hay tipos en los que cada conducta que encuadre en ellos constituye un nuevo hecho delictuoso, de manera que a pluralidad de conductas deberá concluirse que hay concurso real de delitos, o hay tipos para los que la pluralidad o repetición de los actos en ellos descritos es legalmente indiferente».

territorio «monedas o billetes falsificados o alterados por terceros»; la comercialización o tráfico de productos nocivos comprometiendo «la salud de las personas» (art. 288); la violación de «medias impuestas por la ley» en materia sanitaria (art. 292), etc.

E. Punición de las figuras

En cuanto a la forma como son castigadas las diversas hipótesis de delito continuado, se tiene lo siguiente: en primer lugar, las modalidades calificables de usuales o normales —o sea, aquellas en las cuales se hubiere perjudicado a una sola persona—, se sancionan con la pena señalada en la parte especial más grave, esto es, la máxima de la indicada. Así mismo, en segundo lugar, cuando se tratare de delitos continuados con pluralidad de personas «perjudicadas» —independientemente de que haya o no sujeto pasivo del delito plural—, la punición es la establecida en el inciso 2: «la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave»; esto es, se parte de nuevo del correctivo previsto en la parte especial incrementando el más grave en la tercera parte, con lo cual se multiplica la dureza correctiva del estatuto peruano en esta materia.

En tercer lugar, también el delito masa o fraude colectivo queda sometido a las previsiones del inciso 2 porque lo característico de este instituto es que haya un sujeto pasivo masa, esto es, una multiplicidad de personas perjudicadas, y se trata básicamente de atentados patrimoniales. Y, para concluir, en cuarto lugar, el delito continuado cometido sobre sujetos distintos —debiera entenderse plurales sujetos pasivos del delito, no de la acción— y los bienes afectados fueren de «naturaleza eminentemente personal», queda excluido del tratamiento punible señalado en el art. 49 CP por tratarse de verdaderos casos de concurso ideal homogéneo que, paradójicamente, tampoco se incluyen en las previsiones del inciso primero como eventos de «unidad de acción»; por supuesto, ello pone una vez más sobre el tapete la crítica ya hecha a ese aparte del texto legal.

Desde luego, las hipótesis de delito continuado y/o masa que surgen de la parte especial están sometidas a su propio régimen de punción, esto es, el correspondiente a los marcos señalados en la ley para cada caso.

4. El Anteproyecto de Parte General de Código Penal de 2004

En el art. 51 del Anteproyecto de Parte General de Código Penal —redactado por la Comisión Especial Revisora del CP, creada por Ley 27837 del cuatro de Octubre del 2002— que se intitula como «Delito continuado y delito masa» se dispone lo siguiente[138]:

138 Cfr. la página a cargo de Hurtado Pozo, www.unifr.ch/derechopenal/legislacion

> Cuando varias violaciones de la misma Ley penal hubieren sido cometidas en el mismo momento de acción, o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, se consideran como un solo delito continuado, y se reprimirán con la pena correspondiente a este. Si el hecho representa notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave[139].

Naturalmente, si se compara este texto con el vigente art. 49 se encuentran las siguientes diferencias: en primer lugar, la normativa vigente solo se intitula como «delito continuado», mientras que el texto propuesto se refiere a las dos figuras: «delito continuado y delito masa»; en segundo lugar, se elimina de la fórmula la expresión «o de una igual o semejante naturaleza» con lo cual parece descartarse la posibilidad de que se reconozca el delito continuado cuando la trasgresión de la ley recaiga sobre norma diferente, restricción que no tiene razón de ser si se mira la fórmula desde la perspectiva político-criminal.

En tercer lugar, en materia de punibilidad se observa cómo mientras en el art. 49 se castiga al agente con la pena correspondiente «al más grave» —se supone que es el «delito» más grave— en el texto proyectado ello se hace con «la pena correspondiente a este» lo que, a no dudarlo, implica un tratamiento punitivo menos riguroso, si es que el «este» está referido a la figura prevista en la parte especial porque —de no entenderse así— la construcción lingüística sería ininteligible; además, en cuarto lugar, tratándose del delito masa, el Proyecto añade una exigencia no contenida en el art. 49 en el sentido de que el hecho, fuere de haber perjudicado a una generalidad de personas, debe comportar «notoria gravedad».

Finalmente, en quinto lugar, desaparece el inciso 3, destinado a la prohibición de reconocer la figura del delito continuado cuando se tratare de bienes jurídicos altamente personales y los afectados fueren sujetos distintos, con lo que se da a entender que ahora sí sería posible semejante construcción en esos casos lo que, obvio es decirlo, vuelve a reabrir el debate sobre el asunto y en torno al cual ya se ha sentado una postura clara en este trabajo[140].

---

139 También, el art. 49 de la Parte General del Proyecto de Código de Justicia Militar acuña una fórmula sobre el delito continuado, en los siguientes términos: «Si se violase la misma ley penal en acciones sucesivas provenientes de una misma determinación criminal, se aplicará la pena correspondiente a este delito continuado, pero aumentada en su duración no más allá del máximo» (cfr. Proyecto de Ley N. 1204, Publicado en el art. 44 del Código de Justicia Militar vigente (Decreto Ley Nº 23214 de 24 de julio de 1980): «Si se violase la misma ley penal en acciones sucesivas provenientes de una misma determinación criminal, se aplicará la pena correspondiente a este delito continuado, pero aumentada en su duración». Como se ve, el Proyecto solo añade la expresión «…no más allá del máximo».

140 Cfr., *supra*, III, 5.

Estos son, a grandes rasgos, los cambios sin descontar algunas modificaciones de carácter lingüístico y de redacción. Evidentemente, añádase, en el art. 84 del Anteproyecto también se alude a la figura del delito continuado cuando, con ocasión del inicio del plazo a efectos de contabilizar los términos de prescripción de la acción penal, se dice que ellos comienzan «3º En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa». Lo extraño es que no se mencione también el delito masa a no ser, claro está, que se entienda que la disposición también lo cobija con lo cual se aceptaría que el delito masa es una modalidad del continuado y no una figura diferente, como creen algunos. Era, pues, necesario unificar los contenidos de los arts. 51 y 84 del Anteproyecto.

VI. Conclusiones

Primera: la exposición demuestra cómo las figuras del delito continuado y del delito masa no han aparecido de manera inesperada en el art. 49 CP, sino que, por el contrario —sobre todo la primera—, ellas han adquirido carta de naturaleza desde hace mucho en la discusión doctrinaria, legislativa y jurisprudencial peruanas.

Segunda: no obstante, se echa de menos una construcción dogmática coherente de ambas instituciones de tal manera que la aplicación del texto legal no quede librada a la sana intuición de los órganos judiciales, o al azar. Esta es, pues, la tarea que debe emprenderse.

Tercera: así mismo, llama la atención el yerro técnico en que incurre el legislador al incluir todas las modalidades de unidad de acción como delito continuado, cuando lo cierto es que esta última figura apenas si es una manifestación de la primera; en otras palabras: se confunden el género y la especie, lo cual se evidencia aún más cuando —en el inc. 3º— se excluyen de las hipótesis del delito continuado los casos de inequívoca unidad de acción.

Cuarta: igualmente, la fórmula adoptada permite sin dificultad la distinción entre diversas especies de delito continuado, según si los afectados con los distintos actos son o no plurales; ello, justamente, permite una estratificación punitiva que arranca con la pena más elevada señalada para los casos normales de delito continuado que se incrementa, en las hipótesis más graves, en la tercera parte.

Quinta: naturalmente, pese a que este escalonamiento punitivo se compadece con un distinto grado de injusto y de culpabilidad, también es evidente que comporta un severo castigo para el agente, en la medida en que no se parte de la pena mínima señalada en la parte especial, sino de la más grave, lo cual desdice bastante de esta elaboración, sobre todo cuando se le mira desde la perspectiva de las teorías realistas. Por supuesto, un replanteamiento sobre la materia se observa

en el art. 51 del Anteproyecto de 2004, cuando parte de la pena «correspondiente a este».

Sexta: dicho en otras palabras, parece cuestionable desde el punto de vista político-criminal la inusual ferocidad punitiva dispuesta por el legislador en estas materias que, obviamente, contrasta con lo señalado en la fórmula original de 1991 en su art. 49 y en el propio art. 107 del CP 1924, que imponían como pena la indicada para el delito en la parte especial: «se reprimirán con la pena correspondiente a este», sin hacer distingos de ninguna índole. Este último camino es el que, por supuesto, retoma el art. 51 del Anteproyecto.

Séptima: así mismo, al reiterar una larga veta doctrinaria y jurisprudencial, el texto legal (cfr. inc. 3º) dispone que no se puede apreciar la continuidad ni tampoco el delito masa cuando se tratare de bienes jurídicos altamente personales y, en el primer caso, la conducta recae sobre un número plural de personas; esos eventos, pues, deben ser concebidos como situaciones de concurso ideal homogéneo sometidas a la punición especial. Lógicamente, a conclusión diferente se llega cuando se examina el tenor literal del art. 51 del Anteproyecto de 2004, como ya se señaló.

Octava: no debe olvidarse, asimismo, que existen previsiones de delito continuado y de delito masa en la parte especial del Código sometidas a un tratamiento distinto al señalado para los anteriores casos, pues para ellos la pena aplicable será la indicada en la norma respectiva, a partir del mínimo legal.

Novena: aunque el autor es conciente de lo difícil que resulta abordar las legislaciones de otros países —que, por supuesto, deben ser estudiadas por sus propios académicos: ¡y conste que en el Perú los hay de extraordinario nivel!—, se sentiría muy motivado si con estas consideraciones logra, por lo menos, crear conciencia entre los expositores de la nación hermana en el sentido de que esta materia debe ir de la mano de una construcción previa de todo el sistema penal, tarea que compete por igual a la doctrina y a la jurisprudencia.

Comisión por omisión

Iván Meini

I. Introducción. **II.** La omisión como comportamiento que se corresponde con la realización activa de un delito. **III.** La norma penal La omisión como comportamiento idéntico a la comisión. **IV.** El presupuesto del art. 13 CP: omitir impedir la realización del hecho punible. Disfunciones gramaticales. **1.** Marco general: La incorporación voluntaria del control de la fuente de riesgo al ámbito de competencia. **2.** El deber jurídico de evitar el hecho punible. Art. 13.1 CP. **3.** Haber creado un riesgo que fuere propio para producir el hecho punible. **V.** Las posiciones de garante (art. 13.1 CP). **1.** Marco general: la incorporación voluntaria del control de la fuente de riesgo al ámbito de competencia. **2.** El deber jurídico de evitar el hecho punible Art. 13.1 CP. **3.** Haber creado un riesgo que fuere propio para producir el hecho punible. **VI.** La correspondencia entre la omisión y la realización del tipo penal mediante un hacer (art. 13.2 CP). **VII.** La atenuación facultativa de la pena. **1.** El fundamento de la atenuación facultativa de la pena. **2.** La no evitación del resultado por el garante **VIII.** Autoría y participación en comisión por omisión **1.** Introducción **2.** Toma de postura, la aplicación de las reglas de los delitos que pueden cometerse tanto por comisión o por omisión al campo de la participación.

I. Introducción

Según la Exposición de Motivos del Código Penal, con el art. 13 CP «se subsana un importante vacío legislativo al señalarse los requisitos para que la comisión por

omisión pueda llegar a ser castigada». Con esta frase, el legislador pretende dejar en claro la importancia del precepto, otorgándole un carácter constitutivo de la tipicidad de la comisión por omisión. Según la lógica del legislador, si no existiera el art. 13 CP o un precepto que señalara explícitamente cuáles son los requisitos de la comisión por omisión, esta modalidad delictiva no podría ser sancionada amén del principio de legalidad. Ello, sin embargo, es tan solo una forma de entender a la comisión por omisión, que, si bien es compatible con la literalidad del art. 13 CP, no es la única.

Las fuentes históricas del art. 13 CP son el § 12 del Proyecto Alternativo Alemán de 1966 y el § 13 CP alemán de 1975[1], aunque lo cierto es que ambos preceptos alemanes difieren sustancialmente del nacional. Con todo, se puede reconocer que la función que cumple el art. 13 CP es, en primer lugar, corroborar que un delito de resultado puede ser realizado no solo mediante un comportamiento activo, sino también mediante uno omisivo (comisión por omisión) y, en segundo lugar, señalar cuáles son los requisitos que ha de cumplir la comisión por omisión.

II. La omisión como comportamiento que se corresponde con la realización activa de un delito

De conformidad con la opinión mayoritaria, la comisión por omisión es una forma delictiva distinta a la realización activa de un delito. Comisión por omisión y realización activa del mismo delito no serían, pues, idénticas. Esta es la razón por la cual muchos legisladores incluyen en los Códigos Penales cláusulas como el art. 13 CP, pues si comisión por omisión y realización activa de un delito fueran idénticas, no habría necesidad de establecer únicamente los requisitos para que un delito de resultado se perpetre mediante un comportamiento omisivo (comisión por omisión) y no regular los requisitos para que el mismo delito de resultado se cometa mediante un comportamiento activo. En este esquema, los elementos que menciona el art. 13 CP, a saber, las «posiciones de garante» (art. 13.1 CP) y la realización del tipo mediante un comportamiento activo (art. 13.2 CP), equiparan a nivel de tipicidad los comportamientos activos y los omisivos a los cuales se les imputa un resultado[2]. Armin Kaufmann, uno de los dogmáticos más representativos que comulgó con esta forma de concebir la comisión por omisión, sostuvo que si la posición de garante no es un elemento del tipo en los delitos

1 Así lo expresa el propio legislador en la Exposición de motivos del Código Penal: Hecho Punible — Bases de la Punibilidad.

2 Vid., 1959: 282 ss.; Jescheck/Weigend, 1996, § 59 IV; Rudolphi, en SK, 2000, § 13, 27 ss.; Wessels/Beulke, 2002, N. 715; Stree, en Schönke/Schröder, 2001, § 13 N. 1 s; Tröndle/Fischer, 2003, § 13 N. 5.

comisivos[3], y que si la causalidad en la comisión por omisión no puede formar parte de un único concepto junto con la causalidad en los delitos comisivos[4], ello conlleva obligatoriamente a aceptar que dos formas de comportamiento, como son el activo y omisivo, serán típicos únicamente en tanto que concurran presupuestos distintos para cada uno de ellos. Comisión y omisión son, entonces, tipos distintos[5].

Para decirlo con un ejemplo. El médico que, a pesar de estar obligado a hacerlo, omite suministrar el medicamento que requiere el paciente internado cada cierto lapso para sobrevivir y este muere a consecuencia de no haber recibido dicho medicamento, responde como autor del delito de homicidio en comisión por omisión[6], porque tiene una posición de garante que le obliga a cuidar la salud del paciente en mérito a la posición de garante «contrato» o «ingerencia»[7]. Pero si el mismo médico hiere el corazón del paciente con un cuchillo y le mata, nadie duda de que será responsable como autor de un homicidio causado por un comportamiento activo. En este segundo caso (homicidio activo), el que el médico tenga o no una posición de garante carece de la más mínima importancia. En otras palabras, según la concepción que entiende que comisión por omisión y realización activa de un delito son diferentes y que a lo sumo se pueden corresponder, quien omite debe detentar una posición de garante[8] que le obligue a actuar y con ello a evitar el resultado. De otro modo, no sería posible imputarle el resultado. De todo esto se deduce que para esta concepción —de la cual parecería partir el art. 13 CP— es necesario prever en los códigos penales[9] una cláusula en la que se haga expresa mención a las posiciones de garante que permitan afirmar que alguien debió evitar un resultado y, con esto, dar tipicidad a la comisión por omisión. Si no se procede de esta manera, se dice, la comisión por omisión sería atípica y cualquier intento de sancionar en comisión por omisión sería contrario al principio de legalidad. Como es fácil advertir, este planteamiento asume que las posiciones de garante no se encuentran previstas en los tipos de la parte especial, ya que los comportamientos típicos que podrían ser perpetrados en comisión por omisión habrían sido descritos exclusivamente como comportamientos de comisión.

3 Armin Kaufmann, 1959, p. 255.

4 Armin Kaufmann, 1959, p. 253 ss.

5 Armin Kaufmann, 1959,p. 255. Vid., en detalle Gracia Martín, 2001: 432 ss.

6 Si responde por homicidio doloso o negligente es algo que ahora carece de importancia.

7 La concreta posición de garante, en realidad, no es ahora tan importante como el hecho de advertir que para responder en comisión por omisión se requiere de una posición de garante.

8 Según la doctrina mayoritaria, una que consista en la protección de un bien jurídico o una que verse sobre el control de una fuente de peligro. En vez de muchos, vid. solo Jescheck/Weigend, 1996, § 49 IV.

9 Ya en la Parte general, ya en la Parte especial.

El razonamiento descrito en los párrafos anteriores bien podría encajar en la literalidad del art. 13 CP[10]. En el art. 13, inc. 1, CP se establece que las posiciones de garante son (i) tener un deber jurídico de evitar el hecho punible, o lo que es lo mismo, el contrato y la ley, y (ii) crear un peligro inminente propio para producirlo, o lo que es lo mismo, injerencia. El numeral 2 del precepto cumple la función de declarar, después de establecerse la infracción del deber de garante, que la producción de un resultado a consecuencia de la omisión se corresponde con la producción del mismo resultado mediante un comportamiento activo. Para decirlo con nuestro ejemplo del médico: una vez comprobado que el médico tiene un deber de garante frente al paciente que le obliga a cuidarlo (art. 13.1 CP), la muerte del paciente a consecuencia del no suministro de la medicina constituye la realización activa del delito de homicidio (causar la muerte de otro) que describe el art. 106 CP (art. 13.2 CP).

Todo esto nos lleva irremediablemente al punto de partida de esta concepción: si un comportamiento omisivo no es, *per se*, idéntico a uno activo, y si para lograr que ambos se correspondan es preciso que quien se abstiene detente una posición de garante (posición de garante que los delitos que se realizan mediante comportamientos activos no requieren), la omisión resulta siendo algo «inferior» a la comisión. Solo cuando a la omisión se le agrega una posición de garante es factible que sea equivalente al comportamiento activo descrito en el tipo de la parte especial y recién, pero solo recién, que sea un comportamiento típico.

III. La norma penal. La omisión como comportamiento idéntico a la comisión

Se suele decir que detrás de los delitos omisivos subyace una norma penal preceptiva que obliga a su destinatario a llevar a cabo una determina actividad (por ejemplo, la norma del delito de abandono de persona en peligro del art. 127 CP conminaría a «ayudar a la persona cuando se encuentra en peligro»[11]). Mientras que detrás del delito activo se encontraría una norma penal prohibitiva, que veda llevar a cabo determinadas conductas[12]. En este esquema, la norma penal del homicidio (por citar solo un ejemplo) sería una prohibitiva, pues comunicaría que no se debe matar.

10 Recuérdese lo que alegremente pregona el legislador en la Exposición de motivos, que con el art. 13 CP «se subsana un importante vacío legislativo al señalarse los requisitos para que la comisión por omisión pueda llegar a ser castigada».

11 Si los delitos omisivos tienen como fundamente el deber de asistencia o de solidaridad es algo en lo que ahora no puedo detenerme. Sobre esto, Kohler, 1997: 207 ss.

12 Jescheck/Weigend: 1996, § 58 III 2; Wessels/Beulke, 2002: N. 687; Rudolphi, en SK, 2000, vor § 13 N. 8.

Sin embargo, lo cierto es que la norma penal no distingue entre comportamientos activos y omisivos. Es más, en la medida en que la norma penal no puede prohibir resultados y, por ende, se limita únicamente a motivar las conductas de las personas para que evitemos comportamientos de riesgo prohibido, la norma penal no distingue entre comportamientos activos y omisivos. Cuando el legislador crea una norma penal no está pensando en la forma que cobrará el comportamiento del infractor ni en cómo se exteriorizará su conducta, entre otras razones, porque no puede imaginarse toda la gama de posibles comportamientos que pueden significar un incremento no autorizado del riesgo. Lo único que interesa al legislador, cuando crea una norma penal, es abarcar la mayor cantidad posible de comportamientos que considera intolerable, motivando imperativamente a los ciudadanos hacia su acatamiento. Expresado con el ejemplo del homicidio: la norma penal que subyace al art. 106 CP no es una que prohíba matar —ello sería tanto como prohibir un resultado-, sino que es una norma que se limita a prohibir comportamientos de riesgo prohibido para la vida humana independiente, como disparar un arma sobre una persona o sumergir la cabeza de otro bajo el agua. Cuáles son los demás comportamientos de riesgo prohibido para la vida humana que se encuentran prohibidos por la norma penal del homicidio, es algo que solo puede responder una interpretación del tipo penal que parta de que la limitación de libertades que significa toda norma penal, tiene que hacerse teniendo en cuenta los criterios de idoneidad, proporcionalidad y racionalidad para el mantenimiento de la convivencia social. La norma penal del homicidio no solo no prohíbe resultados, sino que además no está pensada solo para prohibir comportamientos activos. El verbo «matar», que parecería describir un resultado, interpretado en sentido normativo-social (es decir, teniendo en cuenta que la norma penal solo prohíbe comportamientos) indica que el homicidio puede ser realizado no solo por activa, sino también por pasiva.

En algunos casos, como el homicidio y en general en todos los delitos que pueden ser cometidos en comisión por omisión, la norma penal no distingue entre una forma activa y otra omisiva de realización del delito. Pues una cosa es el mandato que la norma penal transmite y que consiste en prohibir comportamientos de riesgo prohibido y cosa muy distinta son las formas de comportamiento (activa y omisiva) con las que dicha norma penal puede transgredirse. Para decirlo de nuevo con el ejemplo del médico: este desobedece la norma penal que le prohíbe realizar comportamientos de riesgo prohibido para la vida humana independientes. El que haya matado al paciente mediante un comportamiento omisivo (no suministrarle las medicinas que lo mantenían con vida) o mediante uno activo (clavándole un cuchillo en el corazón) en nada afecta a la tipicidad del delito de homicidio; ambas formas, tanto la omisiva como la activa, vulneran de

la misma forma la norma penal y, en la medida en que se pueda imputar el resultado, constituyen el mismo comportamiento típico. Es pues la propia tipicidad del tipo de lo injusto del homicidio el que permite que este delito sea perpetrado en comisión por omisión.

De lo anterior se deduce que es inexacto decir que un comportamiento omisivo es equivalente a un comportamiento activo, pues con ello se da a entender que lo omisivo es distinto a lo activo y que por alguna razón se les asemeja. La perpetración mediante una omisión de un delito que puede ser realizado tanto por comisión como por omisión no puede corresponderse a su perpetración activa, ni viceversa. Simplemente son lo mismo, son idénticas.

De esto se sigue que para sancionar por el delito de homicidio en comisión por omisión (al igual que otros delitos que pueden ser cometidos de esta manera) no es necesario acudir al art. 13 CP, pues la tipicidad del art. 106 CP no descarta que el homicidio (incremento no autorizado del riesgo prohibido para la vida humana independiente) pueda realizarse mediante un comportamiento omisivo, ni establece que se trate solo de un comportamiento activo. La ley no distingue entre delitos de comisión por omisión y delitos activos. Esa distinción es tan solo una construcción dogmática que, como cualquier otra, responde a determinados presupuestos ideológicos. Lo único que hace la ley es distinguir, en primer lugar, ente delitos que solo pueden ser realizados de manera activa, que son los casos en los que la conducta descrita en el tipo de lo injusto gira en torno a un verbo que indica de modo inequívoco que se debe hacer algo. Ejemplos: denuncia calumniosa, art. 402 CP (denunciar a la autoridad un hecho punible a sabiendas que no es tal) y, prevaricato, art. 418 CP (juez o fiscal dicta una resolución o emite un dictamen contrario a texto expreso y claro de la ley). En segundo lugar, según la ley, existen también delitos que únicamente pueden cometerse mediante una abstención. Ejemplos: omisión de auxilio, art. 127 CP (omitir prestar auxilio a un herido o a persona en estado peligro) y omisión de denuncia, art. 407 CP (omitir denunciar a la autoridad las noticias sobre un delito). En tercer lugar, la ley reconoce delitos que pueden realizarse indistintamente mediante comportamientos activos u omisivos. Dentro de esta categoría se pueden incluir, por ejemplo, a la mayoría de las modalidades de los delitos contra la vida independiente y lesiones[13].

Lo dicho hasta este momento permite cuestionar aquella extendida opinión que denomina «comisión por omisión» a la realización omisiva de un delito de resultado que se encuentra, en el tipo legal, descrito en forma de comisión. Las razones son, en primer lugar, que es inexacto que el presupuesto para realizar un

13 Gimbernat Ordeig, 1997: 10. Para una clasificación más detallada vid. Gracia Martín, 2001: 419 ss.

delito en comisión por omisión sea que el delito se encuentre descrito de manera activa. Por el contrario, el delito se encuentra previsto de forma tal que puede ser perpetrado tanto de manera comisiva como omisiva. Y, en segundo lugar, la expresión «comisión por omisión» resulta poco feliz ya que distorsiona el verdadero significado del injusto cometido mediante omisión. Tal locución refleja solo una de las dos posibilidades de cometer un delito de resultado[14], pues diferenciar si el sujeto ha actuado u omitido carece de trascendencia. El actuar o el omitir son solo las formas del comportamiento humano en que el sujeto puede transgredir la norma penal.

IV. El presupuesto del art. 13 CP: omitir impedir la realización del hecho punible. Disfunciones gramaticales

El encabezado del art. 13 CP señala que será sancionado «el que omite impedir la realización del hecho punible». Nótese que el legislador hace referencia a tres verbos: «omitir» «impedir» y «realizar». Una interpretación literal del precepto obliga a acotar su campo de aplicación de manera poco deseable desde una perspectiva de política criminal, dando cabida únicamente a los supuestos en que el hecho punible es realizado por un tercero. En efecto, la única forma de «impedir la realización de un hecho punible» es que ese hecho punible sea realizado por otra persona, pues si el que omite es quien realiza el hecho punible, no se entiende cómo este mismo puede omitir impedir algo que el mismo realiza. En estos casos, en los que el hecho punible es realizado solo por quien omite —que son buena parte de los supuestos de comisión por omisión—, es este mismo quien realiza el hecho punible. Para decirlo con nuestro ejemplo del médico: este no omite impedir la realización del hecho punible «homicidio», sino que es él mismo quien lo realiza. Lo contrario llevaría al absurdo de tener que admitir que el hecho punible «homicidio», en este caso la muerte del paciente, ha sido realizado por alguien que no es el médico. ¿Quién si no el médico ha matado en términos jurídico-penales?, es decir, ¿quién si no el médico se ha comportado incrementando el riesgo para la vida del paciente de manera desaprobada? El hecho punible —mejor dicho, el comportamiento típico— le pertenece únicamente al médico. Este no ha omitido impedir la realización del homicidio, lo ha realizado.

Lo contrario sucede cuando quien se abstiene omite impedir la realización de un hecho punible que comete u omite un tercero. Así, por ejemplo, la madre que permanece pasiva mientras su esposo abusa sexualmente de la hija menor de

14 No obstante, utilizaré aquí la locución «comisión por omisión» para referir la realización mediante un comportamiento omisivo de un delito de resultado.

edad omite impedir el hecho punible «violación de la libertad sexual» que realiza su esposo. Determinar si la madre responde como autora o partícipe, o cuál es la «posición de garante» que obliga a la madre a intervenir, es algo que por el momento carece de importancia. Nos interesa ahora dejar en claro que al haber sido el hecho punible realizado por un tercero, el tenor literal del encabezado del art. 13 CP permite que el precepto sea utilizado, pues la madre omite impedir que otro realice el hecho punible.

En el encabezado del art. 13 CP se hace mención a la omisión de evitar un hecho punible. Una interpretación literal obligaría, de nuevo, a restringir de manera poco lógica el campo de aplicación del art. 13 CP, toda vez que hecho punible es el hecho antijurídico culpable que amerita una pena. Esto es tanto como decir que no hay comisión por omisión en aquellos supuestos en los que el hecho es realizado por un inimputable (menor de edad, por ejemplo, o persona que sufre alteraciones en la percepción), o cuando concurre una causa de exculpación (miedo insuperable, error de prohibición invencible), o cuando se da una excusa legal absolutoria, o cuando no se cumple la condición objetiva de punibilidad que, en su caso, requiere el delito. Más aún, todo esto es incompatible con la accesoriedad limitada que según nuestra jurisprudencia rige la participación criminal, pues si para responder como partícipe basta que el autor haya realizado un hecho antijurídico con independencia de su capacidad de culpabilidad o de su culpabilidad, parecería que lo mismo habría de regir para realizar un hecho en comisión por omisión. Esto es importante en especial, porque para responder como partícipe en comisión por omisión se requeriría que el autor haya realizado un hecho punible, lo que es incluso más que la accesoriedad máxima, pero para responder como partícipe activo se requería simplemente que el autor haya realizado un hecho antijurídico.

La única forma de salvar todas estas incoherencias causadas por una deficiente redacción es interpretar que cuando el art. 13 CP dice hecho punible, se ha de entender como hecho previsto como delito o falta.

V. Las posiciones de garante (art. 13.1 CP)

1. Marco general: la incorporación voluntaria del control de la fuente de riesgo al ámbito de competencia

El fundamento último de cualquier posición de garante es diferenciar quién, de aquellos que pueden, tienen el deber de evitar que se incremente el riesgo de manera desaprobada. Según la teoría funcional de las posiciones de garante, estas se dividen en aquellas que obligan a controlar una fuente de peligro (comportamiento de

terceros, injerencia, control propiamente de una fuente de peligro) y aquellas que obligan a proteger un bien jurídico (contrato, ley, estrechas relaciones familiares, comunidad de peligro). La principal crítica que se esboza contra esta forma de clasificar a las posiciones de garante[15] —que es, por cierto, la que asume de manera ampliamente mayoritaria la doctrina— es que la protección de un bien jurídico es tanto como la obligación de controlar los peligros que amenacen a dicho bien jurídico y que el control de una fuente de peligro es tanto como la protección de aquellos a quienes dicha fuente de peligro pueda lesionar. Esto conllevaría a que cada una de las tres fuentes de garante, reconocidas en el art. 13 CP (contrato, ley e ingerencia), no puedan ser siempre y en todos los casos clasificadas únicamente como deber de proteger un bien jurídico o como deber de controlar una fuente de peligro. Ejemplo, el contrato de un médico con el hospital en el que trabaja le obliga a cuidar la vida de un paciente terminal (protección de un bien jurídico), pero el domador de leones, en mérito a su contrato con el circo, está obligado a controlar una fuente de peligro.

Si se atiende al fundamento material de las fuentes de garante, se ha de reconocer que el común denominador de todas ellas es que se dirigen a quienes han asumido voluntaria y libremente el control de una fuente de peligro, y con esto se obligan a evitar el incremento del riesgo prohibido. La forma en que se asume dicho control está dada siempre por un comportamiento precedente. De ahí que, por ejemplo, el contrato sea solo la forma en que se exterioriza un compromiso adquirido por el garante: mantener estable la fuente de peligro. Esta forma de fundamentar la responsabilidad penal no es, sin embargo, exclusiva de la comisión por omisión, sino que se extiende a los delitos realizados activamente. Tanto para la realización activa de un delito de resultado, como para su comisión por omisión, es necesario que el sujeto haya asumido las consecuencias de su comportamiento, que puede ser activo u omisivo. En los delitos de resultado que se perpetran de manera activa eso pasa normalmente desapercibido, ya que la «exteriorización» del comportamiento activo (disparar, empujar, atropellar, etc.) permite que podamos percatarnos que el sujeto crea el riesgo típico. En la comisión por omisión, por el contrario, resulta más fácil advertir este principio, en tanto que la no realización de la acción debida presupone claramente que el sujeto debió actuar de una manera determinada. Dicho en otras palabras, el sujeto responde por las consecuencias lesivas de su comportamiento (activo u omisivo) que haya asumido.

15 Cfr. Jakobs, 1995, 29/27. Con múltiples referencias bibliográficas Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 1995: 255, nota n. 195.

No interesa tanto el título en virtud del cual se asume el compromiso de contener el riesgo para el bien jurídico, ni las formalidades que lo rodeen, sino que efectivamente se asuma. Resulta entonces intrascendente si es el propio agente quien configura su esfera de organización y los deberes que de ella surgen, o si esta se encuentra previamente configurada y el sujeto simplemente la asume. Por el contrario, es relevante la incorporación voluntaria del deber de controlar la causa del resultado en la esfera de organización. Así, por ejemplo, el fundamento último de la responsabilidad penal del funcionario público en comisión por omisión no hay que ubicarlo en que haya infringido un deber «institucional» o «institucionalizado», sino en que el sujeto aceptó libre y voluntariamente ocupar el cargo de funcionario público y con ello cumplir todos los deberes que dicho cargo conlleva. Cada uno de los deberes que se incumplen y que dan lugar a responsabilidad en comisión por omisión encuentran su génesis en la misma idea: por ejemplo, a nadie se le obliga asumir el cargo de funcionario público, a nadie se le obliga a comprar un arma. Dicho con otras palabras, cuando un ciudadano responsable actúa voluntariamente asume las consecuencias de su comportamiento. Por lo mismo, cuando un sujeto asume, libremente, el control de una fuente de peligro, responde por las consecuencias que se derivan de la mala administración o gestión de dicha fuente de peligro, con independencia de si el resultado se imputa a un comportamiento activo o a uno omisivo. El acto de asunción del control de la causa del resultado genera pues que la indemnidad del bien jurídico protegido dependa del sujeto que asume dicho deber[16].

Cuando la fuente de peligro no es creada por quien luego omite, pero este asume voluntariamente el compromiso de mantenerla estable, pueden surgir igualmente supuestos de comisión por omisión. Y es así porque el sujeto realiza un acto de incorporación de esa situación, previamente organizada, a su esfera de dominio personal[17]. Por ejemplo, el encargado de controlar que el nivel de radiación del reactor nuclear no sobrepase el límite permitido no ha creado la fuente de peligro (reactor nuclear), pero sí la ha incorporado a su esfera de organización al haber aceptado voluntariamente ser contratado como responsable del control del reactor. Lo mismo sucede en el ámbito empresarial cuando opera la delegación de funciones, pues el empresario que originalmente organiza la actividad no puede encargarse personalmente de controlar todos los riesgos que ella desencadena, y tiene que recurrir a terceras personas para confiarles dicha función. Ellos asumen voluntariamente unos deberes previamente configurados.

16 Schünemann, 1971: 232 y ss. 241 y ss.; Mir Puig, 1998: L. 12/38, 12/39 y 12/47.
17 Gracia Martín, 2001: 702

2. El deber jurídico de evitar el hecho punible Art. 13.1 CP

Si el adjetivo «jurídico» que califica al sustantivo «deber» denota que este «atañe al derecho o se ajusta a él»[18], una interpretación racional del término enseña que por jurídico puede entenderse todas las posiciones de garante que tengan un reconocimiento jurídico. Así, las posiciones de garante que la doctrina reconoce habrán de pasar por el «filtro» del art. 13 CP, y ello dará como resultado que solo aquellas que puedan ser vistas como contrato y ley podrán ser consideras como fuentes de deberes de garante en el derecho penal peruano, pues son estas las únicas formas jurídicas. Esto, en realidad, presenta menos problemas de los que a primera vista podría pensarse, ya que si el contrato es simplemente el acuerdo de voluntades y el término ley se interpreta en sentido amplio, y se incluye a todas las normas jurídicas con independencia de su rango, la gran mayoría de supuestos de posiciones de garante según la teoría funcional quedarían cubiertos. Así, por ejemplo, el guía de la excursión alpinista tiene un deber de garante frente a los novatos, pero no por la llamada «relaciones de comunidad», o «comunidad de peligro», sino porque ha operado un acuerdo de voluntades en virtud del cual, por un lado, los novatos participan en la excursión siempre y cuando el guía les socorra de ser necesario y, por otro, cuando el guía acepta dirigir la excursión de novatos comunica que asume la obligación de socorrerles en caso sea necesario.

En la medida en que deber jurídico es todo aquel deber que atañe al derecho, se ha de entender también que tiene cabida en este extremo del art. 13 CP la promesa unilateral (arts. 1956 CC y ss.). No obstante, al igual que para el caso del contrato, aquí se ha de prescindir de las formalidades propias del derecho civil[19].

3. Haber creado un riesgo que fuere propio para producir el hecho punible

Si se entiende que toda persona es parte de una sociedad y como tal su comportamiento repercute directa o indirectamente en el resto de las personas con las cuales se relaciona, el comportamiento precedente es aquel comportamiento lícito con el que una persona responsable realiza, libre y voluntariamente, actos determinantes que de manera inequívoca configuran normativamente su esfera de competencia, y que se constata en un momento anterior a la perturbación del bien jurídico. Así, comportamiento precedente puede ser tanto la asunción de un determinado cargo, con la consiguiente asunción de los deberes que dicho cargo trae aparejados, como el iniciar una determinada actividad. Ejemplo de lo

18 Diccionario de la Lengua Española, RAE, 21 ed. tomo 2, 1992: 1214, primera acepción.
19 Bacigalupo Zapater, 1997b: 435 y 536; Villavicencio Terreros, 2001: 78.

primero es el funcionario público, que está obligado a actuar por determinados deberes inherentes del cargo de funcionario público que libremente ha aceptado. Ejemplo de lo segundo es el empresario que inicia una actividad y tiene que asegurarse de cumplir con las medidas de seguridad vigentes que regulan la actividad productiva que realiza.

El comportamiento precedente tiene que representar una ocasión de riesgo[20], en el sentido de que la causa del resultado tiene que tener algún peligro para algún bien jurídico penalmente protegido. De no ser así, todo comportamiento humano podría ser visto como la asunción de un deber de cautelar una fuente de peligro. Así, por ejemplo, no se puede afirmar que el comprar un chocolate sea un comportamiento precedente que implica la asunción del deber de controlar una causa del resultado, pero sí lo es el comprar una pistola, pues el comprador deberá asegurarse, por ejemplo, de no dejarla al alcance de sus menores hijos. Además, por lógica consecuencia, el comportamiento precedente debe concurrir en un momento previo al incremento desaprobado del riesgo (a la creación del riesgo prohibido), pues de otra forma no se podría explicar que el sujeto tuviera el deber (que al final incumple) de controlar la fuente de peligro cuya inestabilidad es la que origina el proceso causal que termina en la lesión del bien jurídico.

El comportamiento precedente ha de ser voluntario, en el sentido de que habrá de participar de las características que permitan imputarlo a una persona. Y la razón de esto consiste en que la situación de riesgo que se crea a consecuencia del comportamiento precedente no fundamenta por sí sola la responsabilidad penal en comisión por omisión, sino que simplemente se exige al sujeto que ha creado la situación de riesgo que asuma el deber de vigilar la estabilidad de dicho foco de peligro, impidiendo que este se desestabilice y logre perturbar bienes jurídicos penalmente protegidos. Pero para que sea exigible tal obligación, el comportamiento precedente de donde surge el foco de peligro, o a partir del cual se incorpora al ámbito de dominio personal un foco de peligro ya existente, habrá de poder ser imputable al sujeto, puesto que de otro modo no existirá título alguno que permita identificar a quién compete el deber controlar la causa del resultado. Quien se ha mantenido ajeno a la creación de un riesgo no tendrá por qué asumir el deber de controlar riesgo alguno, pero aquella persona cuyo comportamiento ha creado un foco de peligro no tiene por qué exonerarse de su cuidado. En mérito a esto, el comportamiento precedente tiene que ser, como mínimo, conciente y voluntario (en los términos del concepto de acción jurídico-penal). No son comportamientos precedentes, en consecuencia, los hechos fortuitos[21], al no ser dable

20 Próximo, Mazuelos Coello, 1995: 102.

21 También, Bacigalupo Zapater, 1997b: 434 s.

afirmar que en ellos el sujeto haya creado la situación de riesgo típico[22], pero sí se incluyen casos de fuerza mayor y, por supuesto, los de dolo e imprudencia[23]. No obstante, en algunas hipótesis de hechos fortuitos, por ejemplo, un desastre natural, el comportamiento precedente puede estar dado por la ostentación de un cargo que se ha asumido previamente (policía o bombero), y que obligue a actuar de determinada manera ante casos de desastres naturales.

El comportamiento precedente tiene que ser lícito[24]. Si el comportamiento precedente pudiera ser, como frecuentemente se afirma, también —o solamente— un acto antijurídico, no sería posible afirmar que el sujeto asume el deber de controlar la fuente de peligro, toda vez que el riesgo de dicha fuente sería ya típico. Si el comportamiento precedente fuera ilícito, el sujeto tendría que ser sancionado ya por realizar el comportamiento precedente, y no habría necesidad de esperar nada más. Desde el punto de vista de lo que aquí se propone, el comportamiento precedente no es más que la asunción del deber de mantener estable una fuente de peligro. De ahí se deduce que solo podrá incurrirse en responsabilidad penal en comisión por omisión cuando, habiendo asumido previamente el deber de controlar la fuente de peligro, se haga caso omiso de tal obligación y la fuente se desestabilice lesionando un bien jurídico. Dicho con un ejemplo, no se puede afirmar que quien atropella a un peatón y lo deja herido en la calle, y muere este luego, haya cometido un homicidio en comisión por omisión porque asumió, por su comportamiento precedente (el atropellar), la obligación de evitar tal resultado de muerte del peatón.

VI. La correspondencia entre la omisión y la realización del tipo penal mediante un hacer (art. 13.2 CP)

Una vez establecido que quien omite detenta una posición de garante, el art. 13.2 CP cumple la función de declarar que para que una comisión por omisión sea punible tiene que corresponderse con la perpetración activa de un delito. Ejemplo, cuando la madre omite dar de lactar a su hijo de 2 meses y este muere, el comportamiento omisivo de la madre que produce la muerte de su hijo se correspondería con la muerte que a través de un comportamiento activo se pueda causar (del art. 106 CP, en su caso, art. 107 CP). Esto presupondría que los tipos penales que pueden ser cometidos en comisión por omisión son tipos que, en

22 Así, Mir Puig, 1998, L. 12/66.

23 Próxima, Huerta Tocildo, 1997: 45 y 46.

24 De la otra opinión, Mazuelos Coello, 1995: 102.

principio, solo pueden ser cometidos activamente. Pero como ya se vio[25] ello no es correcto. Acertado es, por el contrario, entender que los tipos penales que pueden ser cometidos tanto mediante comportamientos activos como omisivos son precisamente eso, tipos que se encuentran redactados de manera tal que pueden ser cometidos indistintamente por activa o por pasiva.

Además, establecer que se da la comisión por omisión solo cuando la omisión se corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer es una consecuencia de entender que entre comisión por omisión y la realización activa del mismo delito no hay una relación de identidad, sino una, a lo sumo, de correspondencia[26]. Si se tiene en cuenta lo dicho hasta este momento, se puede afirmar, una vez más, que comisión por omisión y realización activa de un delito son exactamente lo mismo. De ahí que el art. 13, inc. 2 CP no tenga cabida en la comisión por omisión, sino solo en los supuestos de no evitación del resultado por el garante[27].

VII. La atenuación facultativa de la pena

1. El fundamento de la atenuación facultativa de la pena

Desde diferentes puntos de vista se busca justificar la atenuación facultativa de la pena prevista en el último párrafo del art. 13 CP. Se dice, por ejemplo, que la no evitación de la lesión del bien jurídico sería menos grave que su producción a través de un comportamiento activo[28]; que la energía delictiva o criminal (*verbrecherische Energie*, *kriminelle Energie*) en las omisiones puede ser inferior que en los comportamientos activos[29] (mientras que en la comisión la voluntad se dirige a la consecución del resultado, en la omisión se deja que este devenga); que la culpabilidad del sujeto en la omisión puede ser menor a la que presenta cuando delinque activamente[30], pues, por ejemplo, la lesión de un deber de actuar no es por lo general tan grave como la lesión de una prohibición de actuar[31]. En algunos casos excepcionales se dice que la antijuridicidad en la omisión podría tener una intensidad menor a la que tiene en los delitos realizados a través de

25 Supra 3

26 Supra 2.

27 Infra 8. En detalle, Meini Méndez, 2003.

28 Tröndle/Fischer, 2003, § 13 N. 20.

29 Stree, en Schönke/Schröder, 2001, § 13 N. 64; Rudolphi, en SK, 2000, § 13 N. 65; Schünemann, 1984: 317.

30 Roxin, 1973a: 200; Jescheck/Weigend, 1996, § 58 V 1; Jescheck, 1985, § 13, N. 61; SK-Rudolphi, en SK, 2000, § 13 N. 65; Lackner/Kühl/Dreher, 1999, § 13 N. 17 s.

31 Stratenwerth, 2000, § 13 N. 79.

comportamientos activos[32]. Esto último se ejemplifica en la doctrina alemana afirmando que, cuando el esposo mata a su cónyuge sumergiéndola en la tina, el injusto de este comportamiento activo es mayor que si simplemente no la rescata[33]. Se argumenta también que la reducción de la pena en los casos de comisión por omisión encuentra un ámbito de aplicación en los delitos de omisión en virtud de responsabilidad institucional[34]. Aunque esto supondría aceptar que la atenuación facultativa de la pena sería aplicable a todos los delitos en virtud de responsabilidad institucional, tanto comisivos como omisivos[35], algo que, de *lege data*, es imposible[36]. Se señala, igualmente, que la reducción de la pena en los casos de comisión por omisión sería compatible con aquella corriente de opinión que no distingue entre autoría y participación en las omisiones, toda vez que en estos casos se podría reducir la pena a los partícipes[37] (¡aunque si no se distingue entre autores y partícipes omisivos, tampoco se podría distinguir cuándo disminuir la pena!). Se dice, también, que la atenuación facultativa de la pena para el omiso tendría un campo de aplicación en aquellos supuestos en los que no sea claro si el sujeto ha actuado como autor o partícipe[38].

Con todo, la aceptación de una de estas ideas que intentan explicar por qué la pena del omiso puede ser atenuada no implicaría que ello sea siempre así. Incluso los partidarios de estas corrientes de opinión reconocen que en muchos casos el injusto y la culpabilidad en la comisión no serán mayores que en la realización del mismo delito de resultado mediante un comportamiento omisivo. En algunos casos serán idénticos[39]. Y cuando ello sea así, la relación entre la comisión activa de un delito y su realización omisiva no sería más de correspondencia (*Entsprechung*) o equivalencia, sino de igualdad (*Gleichheit*)[40] y, lógicamente, no será viable la atenuación facultativa de la pena.

La atenuación facultativa de la pena en la comisión por omisión nada tiene que ver con la culpabilidad de quien se abstiene. Pues si la culpabilidad hace referencia a la capacidad para ser motivado por la norma penal, no es lógico privilegiar al sujeto que comete el hecho antijurídico en comisión por omisión disminuyéndole

32 Jescheck/Weigend, 1996, § 58 V 1; Jescheck, en LK, 1985, § 13 N. 61.

33 Stree, en Schönke/Schröder, 2001, § 13 N. 64; Jescheck/Weigend, 1996, § 58 V 1.

34 Jakobs, 1993, 29/125.

35 Jakobs, 1993, 29/126.

36 No solo en Perú, sino también en Alemania.

37 Lo mencionan, Jakobs, 1993, 29/125.

38 Stratenwerth, 2000, § 14, N. 23.

39 Jescheck/Weigend, 1996, § 58 V 2; Jescheck, en LK, 1985, § 13 N. 61; Tröndle/Fischer, 2003, § 13 N. 20; Köhler, 1997: 232 s.

40 Jescheck/Weigend, 1996, § 58 V 1; Jescheck, en LK Jescheck/Russ/Willms, 1985, § 13 N. 61; próximo Seelmann, en NK, 1995, § 13 N. 145.

la pena, frente a quien lo comete de manera activa y no se le reduce la pena[41]. De hecho, las causales de inimputabilidad, las de no exigibilidad de otra conducta y la regulación del error de prohibición no distinguen entre comportamientos de omisión y de comisión. De esto se sigue que la capacidad para motivarse por la norma penal en nada influye para que el sujeto ejecute el delito por activa o por pasiva, ya que la (in)culpabilidad no condiciona al sujeto a que actúe u omita, sino solo a que no pueda comprender el mensaje de la norma penal o no pueda comportarse de acuerdo a esa comprensión. Además, como ya se vio, la norma penal no distingue entre comportamientos activos y omisivos.

La justificación de la atenuación facultativa de la pena del omiso tampoco podría ubicarse en el injusto. Pues ya se dijo que la comisión por omisión es idéntica a la realización activa desde una perspectiva valorativa y estructural. La única forma de afirmar lo contrario sería otorgar relevancia al «esfuerzo físico» que tiene que desplegar el autor para consumar el delito mediante un comportamiento activo. Y ello conllevaría a reconocer que, por ejemplo, el injusto del delito de parricidio del marido por no salvar a su esposa de morir ahogada (comisión por omisión) es menor que si la hubiera introducido en el agua con sus propias manos. Pero este razonamiento ¡obligaría a aceptar que el injusto del delito de homicidio de quien solamente percuta el gatillo de la pistola y mata a su víctima, o el injusto del autor mediato que se vale de otro para matar a su enemigo mientras él se queda en su casa durmiendo es menor que el injusto de homicidio de quien se toma «el trabajo» de matar a la víctima a golpes![42].

2. La no evitación del resultado por el garante

Queda claro entonces que la justificación de la atenuación facultativa de la pena para el omiso, según el art. 13 CP, no se encuentra ni en la culpabilidad del sujeto ni en el injusto del delito. El CP contiene ya una serie de criterios que permiten al juez determinar la pena a imponer a partir de la pena conminada del delito de la parte especial (v. gr. las reglas para la determinación de la pena [arts. 45 y 46 CP], la tentativa[43] [art. 16 CP], los preceptos sobre autoría y participación [arts. 23 CP ss.] y la posibilidad de disminuir la pena incluso hasta límites inferiores al mínimo legal del art. 21 CP). Estas reglas se aplican indistinta e igualmente cuando el delito se comete mediante un comportamiento activo que cuando se comete mediante

41 En detalle, Meini Méndez, 2003, passim.

42 Y ello con independencia de si este caso puede ser uno en que concurra gran crueldad (art. 108.3 CP)

43 Seelmann, en NK, 1995, § 13 N. 81 ss.; Stree, en Schönke/Schröder, 2001, § 22 N. 47 ss. y 53; Stratenwerth, 2000, § 14 N. 2 ss.; Jakobs, 1993, 29/113 ss.

una omisión. Si, además de este marco general, se prevé en el art. 13 CP —y solo para la producción del resultado mediante un comportamiento omisivo— la posibilidad de reducir la pena, ello solo puede explicarse si se reconoce que el merecimiento y la necesidad de pena del comportamiento omisivo, y el resultado a él imputado que dan lugar a la reducción de pena, es menor que cuando esta no se disminuye. Esto quiere decir que la atenuación de la pena del art. 13 CP procede cuando el juicio de desvalor que recae sobre el comportamiento omisivo al cual se le imputa el resultado no es igual que el juicio de desvalor que se hace respecto del comportamiento activo que produce el mismo resultado, sino que es menor. Así, la atenuación no procede si la relación que existe entre el comportamiento omisivo y el resultado imputado tiene idéntico fundamento e igual desvalor que los que corresponderían a la producción de ese mismo resultado mediante un comportamiento activo[44].

Formulado con otras palabras, si se reduce la pena es (o mejor dicho, debería ser) porque el comportamiento omisivo que se sanciona, según la valoración que lleva a cabo el derecho penal, no es idéntico al comportamiento que se describe en el tipo de la parte especial que se imputa, sino que merece una reprobación menor. Por el contrario, si el juez no reduce la pena, sino que la impone tal cual se encuentra prevista en el tipo de la parte especial, es (o mejor dicho, debería ser) porque entre el comportamiento omisivo que se sanciona y el comportamiento que se describe en el tipo de la parte especial hay una plena y absoluta identidad desde el punto de vista de la valoración que hace el derecho penal. La segunda hipótesis (identidad desvalorativa) es la comisión por omisión, mientras que la primera (no identidad desvalorativa) —siguiendo a un todavía reducido sector de la doctrina[45]— son casos de «no evitación del resultado por el garante».

Que exista una identidad valorativa entre el comportamiento omisivo y el activo que realizan el mismo tipo penal, permite afirmar que si un comportamiento activo es penalmente relevante, siempre y cuando con él se haya incrementado de manera desaprobada un riesgo[46], lo mismo se debe demandar para que un comportamiento omisivo sea también penalmente relevante. Expresado a modo de principio: en la comisión por omisión se tiene también que haber creado o aumentado el riesgo típico, en los mismos términos en que se hace en un delito comisivo. La consecuencia inmediata de esto es que habrá que rechazar que pueda

44 Gracia Martín, 2001: 423.

45 Gracia Martín, 2001: 414.

46 Roxin, 1997, § 11, N. 41; Jeschek/Weigend, 1996, § 28.IV; Kühl, 2002, § 4, N. 43; Lenckner, en Schönke/Schröder, 2001, vor § 13, N. 92; Wessels/Beulke, 2002, 179; Stratenwerth, 2000, § 8 N. 38 ss.

existir comisión por omisión cuando el sujeto activo omita con posterioridad al momento en que se creó o incrementó el riesgo típico. Este planteamiento es perfectamente compatible con el hecho de que la pena de una comisión por omisión sea la misma que la de la perpetración activa del mismo delito, pues en ambos casos se trata del mismo desvalor de acción y de resultado. Expresado ya desde la perspectiva de la imputación objetiva del resultado: así como se exige que el resultado sea la realización del riesgo propio de un comportamiento activo, de la misma manera se ha de requerir que, en los casos de comisión por omisión, en el resultado se realice el riesgo típico que se desencadena con el comportamiento omisivo. El campo de aplicación de la comisión por omisión es entonces más estrecho de lo que con frecuencia se estima, toda vez ahí donde el sujeto «se encuentre» o «se tope» con el riesgo típico, ahí donde solo sea factible decir que el comportamiento omisivo no disminuyó el riesgo ya típico, no es dable hablar de comisión por omisión, sino a lo sumo de una omisión de socorro o aviso a la autoridad del art. 127 CP.

Con un ejemplo: el chofer que encuentra a un transeúnte gravemente herido y omite prestarle ayuda y comunicar a la autoridad lo ocurrido, y muere luego el peatón. En este caso, el surgimiento del riesgo típico que se realiza en el resultado (muerte del transeúnte) no se encuentra vinculado normativamente a la omisión del conductor, según lo exige la comisión por omisión, y ello con independencia de que se compruebe que si el chofer hubiera auxiliado al peatón herido, o hubiera llamado a la autoridad para que esta se haga cargo, aquel no hubiera muerto. En la medida en que el chofer no ha creado el riesgo típico con su omisión, no puede imputársele el resultado a título de comisión por omisión.

Pero la situación es distinta cuando es el conductor quien atropella al peatón y lo deja abandonado en la calle, y este muere luego a consecuencia de las heridas producidas por el accidente. Si se quiere conceder cierta lógica al art. 13 CP, hay que reconocer que la diferencia entre el conductor que atropella y abandona a su víctima y el que simplemente encuentra al peatón herido en la calle y no lo socorre consiste en que el primero tiene un deber de garante frente a la vida e integridad de quien ha atropellado, pues, en terminología del art. 13.1 CP, ha creado un peligro inminente que es propio para producir el hecho punible. El segundo conductor no detenta posición de garante alguna frente a la vida e integridad de la persona a quien encuentra herida en la calle; tiene simplemente un deber genérico de solidaridad que le impone su condición de ciudadano (de ahí que esté obligado a socorrerle en los términos del art. 127 CP).

Entiendo que, para la opinión mayoritaria, el caso aquí descrito sería uno de homicidio en comisión por omisión, pues si alguien atropella a otro y le causa lesiones y luego lo deja abandonado en la calle a sabiendas de que puede morir,

lo que a fin de cuentas ocurre, se trataría de un supuesto de injerencia al haberse creado un riesgo (atropellar) y haberse omitido la obligación de evitar el resultado al no prestarle ayuda. Este planteamiento, sin embargo, no me parece convincente. Es más, entiendo que aquí no hay homicidio en comisión por omisión porque el comportamiento omisivo del chofer se da cuando el riesgo era ya típico, tanto así que existen ya lesiones (a no ser que el comportamiento de atropellar haya sido idóneo para causar la muerte, en cuyo caso se trataría ya de un comportamiento típico de homicidio). De manera que si el riesgo es ya típico, no puede haber una obligación de evitar que este se convierta en prohibido, pues ya lo es. La explicación detallada del razonamiento que he seguido es la siguiente: (i) el comportamiento activo de atropellar al peatón es el que crea el riesgo típico y del cual se derivan las lesiones. Es decir, por lo pronto, el chofer es responsable del delito de lesiones cometido activamente; (ii) el abandonar y no prestar ayuda al peatón que se ha herido no puede ser visto como comisión por omisión, desde que la omisión de abandonar al herido y no socorrerlo no es el comportamiento que crea el riesgo típico (este ya existe). De hecho, este comportamiento omisivo configura el delito (de omisión pura) del art. 126 CP («el que omite prestar socorro a una persona que ha herido o incapacitado, poniendo en peligro su vida o su salud [...]»). El análisis revela que hasta este momento, y según la interpretación del art. 13 CP propuesta, el chofer responde por lesiones y por abandono de persona del art. 126 CP. (iii) La muerte del peatón se imputa al chofer a título de «no evitación del resultado por el garante», ya que este es garante por injerencia (art. 13.1 CP) y el resultado muerte del peatón, sin llegar a ser valorativamente idéntico a la realización activa del delito de homicidio (otra vez: porque el comportamiento omisivo no ha creado el riesgo típico de muerte), se corresponde con él (art. 13.2 CP).

En este caso no se reprime la producción de un resultado muerte del peatón a consecuencia de haber creado un riesgo típico mediante un comportamiento omisivo (eso sería comisión por omisión), sino por no evitar el resultado a pesar de ser garante de su evitación. La diferencia entre una «comisión por omisión» (por ejemplo del delito de homicidio) y una «no evitación del resultado por el garante» (por ejemplo, del delito de homicidio) es que el resultado será imputado, en el primer caso, cuando sea consecuencia de la creación del riesgo típico generado por el comportamiento omisivo, mientras que, en el segundo caso, cuando el resultado sea consecuencia de un riesgo típico ya existente. La desvaloración que el derecho penal haga de ambos supuestos no puede ser la misma. Dicho de otra manera, la comisión por omisión, por el simple hecho de haber creado un riesgo típico que se realiza en el resultado, es más grave, y como tal merece una pena superior, que una «no evitación del resultado».

La solución que se propone sería entonces: no hay delito de homicidio en comisión por omisión. Hay, empero, concurso ideal entre lesiones (activas) del art. 124 CP, omisión de socorro del art. 126 CP y homicidio en la modalidad de no evitación del resultado por el garante (arts. 13 y 106 CP).

Todo esto es perfectamente compatible con el tenor literal del art. 13 CP. Pues si entre la comisión por omisión y la realización activa del mismo delito de resultado hay plena identidad valorativa, y si la comisión por omisión de un determinado delito es más grave (al merecer una desvaloración mayor) que la no evitación del resultado por el garante, luego, la no evitación del resultado por el garante será siempre, por aquello de A = B, A > C, luego C < B, menos grave que la realización activa de un delito de resultado. Por lo mismo, entre ellos no puede haber una relación de identidad, sino una de correspondencia. La no evitación del resultado (por ejemplo, muerte) por el garante, se corresponde, pero no llega a ser idéntica, a la realización del delito de homicidio mediante un comportamiento activo.

VIII. Autoría y participación en comisión por omisión

1. Introducción

En un delito omisivo son posibles todas las formas de intervención activa[47], incluso la instigación[48], pues el acto de participación (no el comportamiento principal que constituye autoría) es uno activo, y es irrelevante que el autor cometa un delito de resultado en comisión por omisión o mediante un comportamiento activo.

La calificación jurídica de quien colabora con un comportamiento omisivo en el hecho de un tercero es discutida en doctrina. Se argumenta, en primer lugar, que quien omite responde siempre como autor, pues si se entiende que la comisión por omisión es un delito de infracción de un deber[49], quien detenta el deber y lo infringe responde siempre como autor[50]. Las excepciones vienen dadas cuando el propio tipo penal contiene un elemento objetivo especial de autoría, uno subjetivo (ánimo de lucro, por ejemplo), o cuando el delito es de propia mano[51] y cuando el hecho no impedido por el omitente es ya una participación[52]. La segunda posibilidad es

47 Con referencias bibliográficas, Cramer/Heine, en Schönke/Schröder, 2001, vor §§ 25 N. 99.
48 Con múltiples referencias, Seelmann, en NK, 1995, § 13 N. 90.
49 Roxin, 2000: 459 ss.
50 Roxin, 2000: 462 s.; Stratenwerth, 2000, § 14 N. 20 s.
51 Roxin, 2000: 479 s.; Rudolphi, en SK, 2000, vor § 13 N. 41; Stratenwerth, 2000, § 14 N. 21.
52 Rudolphi, en SK 2000, § vor 13 N. 42; Blei, 1983: 318 s.

entender que el omitente responde como partícipe[53]. Según una aplicación rigurosa de la teoría del dominio del hecho, solo se puede dominar de facto el hecho mediante un comportamiento activo, pues el omitente tiene únicamente un dominio potencial del hecho. La excepción se da cuando quien comete activamente el delito deja de tener el dominio fáctico del hecho, pasando a detentarlo ahora el omitente[54]. No obstante, esto implica distinguir sin razón supuestos en donde la única diferencia es que el curso causal es creado por una persona o por la naturaleza[55], y no se entienda por qué, por ejemplo, el terrorista domina más el hecho que quien desde su ventana le observa, si ambos realizan la misma conducta de esperar[56]. En tercer lugar, se propone que el omitente responda como autor[57] si la posición de garante que detenta consiste en proteger un determinado bien jurídico, con independencia del origen causal de la lesión que sufre el bien jurídico; mientras que si la posición de garante es una que obliga a cuidar o vigilar una fuente de peligro, la responsabilidad del omitente sería la del partícipe, sin tener en cuenta si la fuente de peligro es una persona o consiste en el empleo de una cosa[58]. Excepciones: cuando concurriesen las condiciones de la autoría mediata y cuando el sujeto a quien se debe vigilar es un no culpable (por ejemplo, enfermos mentales)[59]. Esta tercera propuesta parece ser la más acertada, pero, como se dijo, en muchos casos no queda claro si se está ante una u otra forma de posición de garante.

2. Toma de postura: la aplicación de las reglas de los delitos que pueden cometerse tanto por comisión o por omisión al campo de la participación

Los principios que rigen la participación omisiva son exactamente los mismos que rigen la participación activa, pues, como ya se dijo, la realización de un delito de resultado mediante un hacer es idéntica a la realización del mismo delito mediante un comportamiento omisivo. De esto se deduce que no debe haber razón alguna que, en principio, diferencie a la intervención activa de la omisiva. Sin embargo,

53 Jescheck/Weigend, 1996, § 64 IV 5; Jescheck, en LK, 1985, § 13 N. 57; Bockelmann/Volk, 1987: 207; Maurach/Gössel/Zipf, 1995, § 50 N. 72.

54 Jescheck, en LK, 1985, § 13 N. 57

55 En esta línea, Armin Kaufmann, 1959: 227.

56 Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 1995: 257.

57 Cramer/Heine, en Schöncke/Schröder, 2001, vor §§ 25 N. 104, Herzberg, 1977: 82 s.; Kühl, AT: 757; Gropp, 2001, § 21 N. 22.

58 Cramer/Heine, en Schönke/Schröder, 2001, vor §§ 25, N. 106 y 108.

59 Cramer/Heine, en Schönke/Schröder, 2001, vor §§ 25, N. 106.

esto no quiere decir que en aquellos delitos cuya ejecución es eminentemente activa, es decir, aquellos como la violación de la libertad sexual o como el robo, no quepa participación omisiva. El que en estos casos solo vayan a responder como autores quienes realizan activamente la conducta típica (practicar el acto sexual mediante violencia o amenaza, o apoderarse mediante violencia o amenaza de un bien mueble ajeno) es algo que viene ya condicionado por la propia redacción del tipo, en la medida en que se tratan de delitos en los que la conducta de autoría no puede ser realizada mediante un comportamiento omisivo. Pero esto en modo alguno implica que la participación tenga que llevarse a cabo, siempre, mediante un comportamiento activo. Por ejemplo, la madre que nada hace mientras su esposo viola sexualmente a su hija no puede responder como autora del delito de violación de la libertad sexual, sino como cómplice (por omisión) de este delito, pues no es posible tener relaciones sexuales mediante comportamientos omisivos.

Si entre los tipos de lo injusto omisivo y comisivo existe una identidad normativa que se proyecta sobre la realización de los tipos de la parte especial, y si los tipos de la parte especial son tipos de autoría, luego, toda omisión estructuralmente idéntica a la comisión activa del delito tendría que ser una omisión de autor[60]. Son pues los preceptos que regulan la participación criminal (arts. 24 CP ss.) los que tienen que dar la respuesta a la participación omisiva, de la misma manera en que la dan para la participación activa. Así, cuando el deber que voluntariamente asume el sujeto no se refiera al riesgo que de modo directo e inmediato se realiza en el resultado, sino a otros que contribuyan a que este se realice, se tratará de participación par omisión[61].

Cómplice primario por omisión es quien dolosamente presta auxilio mediante una abstención para la realización del hecho punible sin la cual no se hubiere perpetrado (art. 25 CP primer párrafo), y cómplice secundario o accesorio quien a través de una omisión dolosa hubiera prestado asistencia a la perpetración del hecho punible de cualquier otro modo. Con esto, todos los problemas que pueda suscitar la intervención por omisión se limitan a diferenciar si el comportamiento omisivo se corresponde a uno de autoría, de complicidad primaria o de complicidad accesoria. Y esto no es poco, pero tampoco es más que los problemas que ya existen para diferenciar si un comportamiento activo es autoría o participación, y si es participación, si es principal o accesoria. Para decirlo con otras palabras, la intervención omisiva en hecho ajeno presenta las mismas dificultades que las concernientes a la intervención activa en hecho ajeno. Y la participación es, tal vez, el tema más espinoso y sobre el que menos consenso existe en materia penal.

60 Silva Sánchez, 1989: 388.

61 Silva Sánchez, 1989: 389 s.; Núñez Castaño, 2000: 204.

Lo trascendental, entonces, es determinar el peso del aporte, con independencia de que este haya sido manifestado de manera activa u omisiva. Así, por ejemplo, si quien facilita el arma con la cual el homicida consuma el delito responde como cómplice, lo tendrá que hacer también el almacenero que dolosamente no impide que el asesino tome la pistola y cometa el delito.

No es posible la instigación mediante omisión, pues el art. 24 CP señala explícitamente que la instigación es el comportamiento doloso en virtud del cual se determina a otro a cometer un hecho punible[62]. Esto quiere decir que si el partícipe omite evitar que el autor no lleve a cabo la idea de delinquir —lo cual presupone que el autor se encuentra ya decidido o convencido a realizar el delito— podrá haber participación omisiva, pero no a título de instigación. Además, la naturaleza de las cosas obliga a descartar la instigación omisiva. Igual que no todos los delitos pueden ser realizados en autoría mediata (violación de la libertad sexual de persona puesta en imposibilidad de resistir del art. 171 CP), en coautoría (bigamia del art. 139 CP, auto aborto del art. 114 CP cuando es la propia mujer la que causa se aborto), o igual como no todos los delitos de resultado se pueden perpetrar en comisión por omisión (por ejemplo, bigamia), de la misma manera hay una modalidad de participación que no puede ser realizada mediante omisión. Los supuestos en los que un sector de la doctrina admite que se da la instigación por omisión, son, en mi opinión, hipótesis de complicidad por omisión.

62 Estas son las razones que se esgrimen con normalidad para descartar la inducción omisiva, Seelmann, en NK, 1995, § 13 N. 91. De otra opinión, Schmidhäuser, 1984, 13/10 s.; Jakobs, 1993, 29/27. Próximo Vogel, 1993: 288 s., para quien el comportamiento que constituye instigación en omisión debe, además, tener valor declarativo o explicativo de la situación («Erklärungswert»)

El art. 27 del Código Penal: el actuar en lugar de otro en derecho penal*

Percy García Cavero

I. Introducción. **II.** La justificación político-criminal del actuar en lugar de otro. **III**. El fundamento dogmático del actuar en lugar de otro. **IV.** Ámbito de aplicación del actuar en lugar de otro: los delitos especiales. **1.** Los delitos especiales en sentido amplio: los delitos de dominio. **A.** La relación de representación. **a.** Órgano de representación autorizado de una persona jurídica. **b.** Socio representante autorizado de una sociedad. **B.** «Actuar» como órgano de representación o como socio representante. **C.** La realización del tipo penal. **D.** Los elementos especiales deben concurrir en la representada. **2.** Los delitos especiales en sentido estricto: los delitos de infracción de un deber. **V.** Consecuencia jurídica del actuar en lugar de otro. **VI.** Supuestos especiales de actuaciones en lugar de otro.

I. Introducción

En la exposición de motivos del CP peruano de 1991, uno de los pocos aspectos que resalta en la parte referida a la autoría y participación es la inclusión del art. 27, en el que se regula el instituto jurídico-penal del actuar en lugar de otro. Hasta

* Este artículo ha podido ser elaborado gracias a la beca de investigación de la Fundación Alexander von Humboldt para una estancia de investigación en el Instituto de Derecho penal de la Universidad de Bonn, bajo la dirección del Profesor Urs Kindhäuser.

antes de que entrara en vigencia este código, no existía una cláusula general que regulase el actuar en lugar de otro en la legislación penal peruana.[1] El CP de 1924 contenía, en el mejor de los casos, tipos penales en la parte especial que atribuían directamente la responsabilidad penal a los representantes o administradores de las personas jurídicas.[2] Esto explica por qué a partir de la incorporación del art. 27 se han efectuado en la doctrina penal nacional estudios dirigidos a precisar el instituto del actuar en lugar de otro y las particularidades de la regulación positiva[3]. El objetivo de este trabajo es contribuir a esta tarea interpretativa. Sin embargo, conviene señalar que la doctrina penal alemana y la española se ocupan del actuar en lugar de otro desde hace mucho tiempo.

II. La justificación político-criminal del actuar en lugar de otro

La doctrina penal contemporánea reconoce, prácticamente, de manera unánime que el instituto jurídico-penal del actuar en lugar de otro sirve para cubrir los vacíos de punibilidad que se presentan en los delitos especiales cometidos por representantes tanto de personas jurídicas, como naturales[4]. Incluso, algunos autores amplían su ámbito de aplicación a sujetos que actúan de facto en el lugar

1 *Vid.* en este sentido, Peña Cabrera, 1994*:* 286; Villavicencio Terreros, 1990*:* 114; Castillo Alva, 1999*:* A-61; Meini Méndez, 2001*:* 128.

2 Así fue el caso de los delitos de falsos informes sociales del art. 248 y la llamada quiebra impropia del art. 254 (sobre esto especialmente, Benites Sánchez, 1952*:* 263; Bramont Arias, 1978*:* 274; García Rada, 1985*:* 143 ss.; Montoya Manfredi, 1977*:* 165 ss.; Ezaine Chávez, 1989*:* 1145. Esta regulación excepcional estuvo presente también en algunas leyes especiales, así, por ejemplo, la Ley 16185 que sancionaba el delito de contrabando establecía en su art. 9 que en caso de que el delito se cometiera en el ejercicio de las actividades de la persona jurídica, las sanciones penales recaerían en forma personal sobre los ejecutores directos o indirectos de los delitos (es decir, personas naturales), en tanto que la persona jurídica sería sancionada con la cancelación en los registros públicos de su personería jurídica.

3 *Vid.* así los trabajos de Castillo Alva, 1999*:* A-61 ss.; Meini Méndez, 1996*:* 199 ss.; el mismo, 2001*:* 127 ss.; Mazuelos Coello, 2001*:* 173 ss.

4 Una afirmación que viene desde hace mucho en la doctrina penal alemana [*Vid.*, por ejemplo, Bruns, 1954*:* 14; Gallas, 1968*:* 21], y que es destacada permanentemente por Gracia Martín, 1985*:* 20, 26. Del mismo modo, en el Derecho penal español Bacigalupo, 1985*:* 317, 324 ss.; Octavio de Toledo, 1984*:* 28. En el Perú, Meini Méndez, 1999a*:* 96. Por esta razón, la figura del actuar en lugar de otro se ha ampliado a situaciones en las que la asunción de posiciones o transferencias de deberes provenientes de una especial situación jurídica no viene impuesta por un impedimento punitivo, sino por una voluntaria asunción o traslación. *Vid.* en este sentido, Gracia Martín, 1985*:* 20 ss.

de otro, aun cuando no exista propiamente una relación de representación (legal o voluntaria)[5].

No obstante, la razón histórica (político-criminal) del desarrollo de este instituto jurídico-penal es un tanto más limitada. El actuar en lugar de otro fue una respuesta ante los vacíos de punibilidad que se presentaron por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas y, en este sentido, por la actuación de sus órganos y representantes[6]. El hecho de que a la imposibilidad de aplicar sanciones penales directamente a la persona jurídica se uniera un respeto estricto del principio de legalidad en la administración de justicia penal llevó a ciertas situaciones de impunidad en los delitos especiales realizados por los órganos o representantes de esta[7]. En estos casos, los elementos del tipo no se verificaban del todo en un único sujeto de imputación, sino que se repartían entre la persona jurídica y un miembro de la misma[8]: mientras que el estatus personal que fundamentaba el delito especial recaía en la persona jurídica, era su órgano o representante quien realizaba la conducta prohibida[9]. Sucedía que la persona jurídica no podía ser sancionada penalmente por carecer de capacidad delictiva, así como tampoco sus órganos o representantes por no poseer el elemento especial de autoría exigido por el tipo penal correspondiente[10].

Esta situación de impunidad llevó a que los legisladores en los distintos ordenamientos penales establecieran mecanismos para colmar los mencionados vacíos de punibilidad. Concretamente, cláusulas especiales que ampliaron el círculo de destinatarios de algunos tipos penales a los administradores de las sociedades (así, en nuestro país, por ejemplo, la llamada quiebra impropia del art. 254 CP de 1924)[11]. Sin embargo, esta solución al problema de los vacíos de punibilidad en

5 *Vid.*, por ejemplo, Schünemann, 1993, § 14, N. 12; Gracia Martín, 1985*:* 351. *Vid.* para el caso de mandatarios que obran bajo propia responsabilidad, Frisch, 1996*:* 124.

6 *Vid.* así, Bruns, 1954*:* 12; Labsch, 1985*:* 4; Marxen, 1995, § 14, N. 6; Roxin, 1985, § 14, N. 3; Octavio de Toledo, 1984*:* 24; Gracia Martín, 1985*:* 3 ss., 6, 168 ss.; Bajo Fernández/Pérez Manzano/Suárez González, 1993*:* 576; Mir Puig, 1996, L 7/54; Silva Sánchez, 2000*:* 126; Meini Méndez, 2001*:* 128, 131.

7 *Vid.* Bruns, 1954*:* 13.

8 Esto es una descripción objetiva de la situación que se presentaba ante los tribunales, lo cual no implica que asumamos la tesis de la disociación —sobre ello *Vid.*, por todos, Gracia Martín, 1985*:* 69 ss. No se trata de una responsabilidad por el hecho de otro, como se verá a continuación.

9 *Vid.* Bruns, 1954*:* 12.

10 *Vid.* Wiesener, 1971*:* 18; Weber, 1984*:* 407 ss.

11 *Vid.* así, en cuanto a la regulación alemana Schünemann, 1993, § 14, N. 2; Gracia Martín, 1985*:* 4. En cuanto a nuestra regulación cabe citar las consideraciones de Benites Sánchez, 1952*:* 263 que respecto del delito de quiebra impropia del art. 254 señalaba: «Esta disposición legal resuelve la discusión que existe en la doctrina penal acerca de la posibilidad de la comisión de delitos por parte de las personas jurídicas. La ley establece que las personas jurídicas no

la responsabilidad penal de órganos o representantes de personas jurídicas por delitos especiales presentó rápidamente sus defectos, pues si bien las dificultades se salvaban para algunos delitos, los vacíos de punibilidad se mantenían en aquellos a los que la cláusula de extensión no alcanzaba[12].

Frente a esta deficiente solución legislativa, la doctrina penal buscó fundamentar una salida satisfactoria al problema desde dos perspectivas: primero, de *lege lata* mediante una interpretación de los tipos penales vigentes que permitiese incluir dentro del círculo de destinatarios de la norma de los delitos especiales también a los órganos y representantes[13] y, segundo, de *lege ferenda* mediante la recomendación de la inclusión de normas particulares en los tipos penales de la parte especial o de una cláusula general, que ampliasen la sanción penal también a los representantes[14]. En nuestra legislación penal, se ha impuesto finalmente la solución de una cláusula general (art. 27 CP).

III. El fundamento dogmático del actuar en lugar de otro

En la doctrina penal alemana, se ha buscado, desde hace mucho, justificar el actuar en lugar de otro. Incluso, antes de su regulación expresa en las leyes penales, se presentaron propuestas de interpretación para justificar la responsabilidad penal de los órganos de la persona jurídica por delitos especiales cometidos desde la misma. En esta línea apuntaba precisamente la tesis sostenida por Ribka. Este autor, partiendo del reconocimiento de una capacidad de acción jurídico-penal de las personas jurídicas, señaló que el órgano de la persona jurídica podía responder como un cómplice *extraneus* al tipo penal especial[15]. Por su parte, Nagler fundamentó, mediante una comprensión de la norma jurídico-penal como un

pueden cometer delitos y que toda infracción que en el ejercicio de sus actividades o con motivo de ellas se perpetren, correrá a cargo de la persona que represente a la sociedad». Del mismo modo se expresa Bramont Arias, 1978*:* 274: «Además hay dispositivos en el CP, donde el repudio de la responsabilidad de las personas jurídicas es expresamente declarado, como ocurre en el art. 254, donde tratándose de la quiebra de una sociedad anónima o cooperativa o una persona jurídica que ejerza el comercio, la ley se refiere al director, administrador o gerente, con el objeto de no contradecir sus propios postulados [...]».

12 *Vid.*, en este sentido, referido al Derecho penal alemán, Bruns, 1954*:* 13; Blauth, 1968*:* 17; Weber, 1984*:* 408.

13 *Vid.* la propuesta de Rimmelspracher, 1967*:* 475 ss., respecto del delito de frustración de ejecución forzosa. Otra alternativa en este sentido, es la que para los delitos de insolvencia en el Derecho penal español propuso Muñoz Conde, 1977: 168 ss., en el sentido de buscar algunos tipos comunes generales en los que pudiera subsumirse la conducta del representante.

14 *Vid.*, en es te sentido, Weber, 1984*:* 408 ss.; Muñoz Conde, 1977*:* 172; Octavio de Toledo, 1984*:* 38.

15 *Vid.* así, Ribka, 1950*:* 40 ss.

imperativo[16], la necesidad de trasladar, en el caso de los incapaces de actuar, el cumplimiento de los deberes jurídicos a los sujetos que actúan por el incapaz, de manera que el deber de representación no se encuentre limitado al ámbito del negocio jurídico, sino que abarque también la observancia de los deberes jurídico-públicos en el ámbito del derecho penal[17]. Por último, cabe mencionar también la perspectiva fáctica de análisis defendida por Bruns y Wiesener, quienes sostuvieron que la vía correcta para cubrir los mencionados vacíos de punibilidad era una adecuada interpretación de los tipos penales de la parte especial, independiente de los conceptos jurídicos civiles y orientada al sentido fáctico-natural de los elementos del concreto tipo penal[18].

Pese a los argumentos esgrimidos en las propuestas de interpretación brevemente mencionadas, la legislación penal no las consideró suficientemente convincentes, en tanto optó por una regulación expresa del actuar en lugar de otro. En este sentido, la doctrina penal se esfuerza ahora por explicar el fundamento dogmático de tal cláusula de extensión de la punibilidad y establecer así sus límites. El punto de partida es la figura de los llamados delitos especiales, en tanto la regulación del actuar lugar de otro se vincula expresamente a ellos[19]. Un sector de la doctrina penal considera a tales delitos como delitos de infracción de un deber y determina, a partir de esta comprensión, el fundamento dogmático del actuar en lugar de otro. Así, por ejemplo, Blauth considera que el actuar en lugar de otro permite una sanción a los representantes legales no por el incumplimiento del deber de su representado, sino de un «deber secundario» derivado de la relación de representación y que consiste en cumplir frente a terceros los deberes de su representado[20]. Por su parte, Roxin señala que el actuar en lugar de otro responde a un uso extendido en el tráfico económico en donde muchos asumen los deberes de otros (*Ersatzvertretung*) y, por esto, deben responder también penalmente en caso de incumplimiento[21]. Frente a esta comprensión de los delitos especiales en relación con el actuar en lugar de otro, se opone la de aquellos que consideran

16 *Vid.* Nagler, 1903*:* 4 ss. *Vid.*, también, el juicio al pensamiento de Nagler de Blauth, 1968*:* 31; Schünemann, 1993, § 14, N. 3.

17 *Vid.*, en este sentido Nagler, 1954*:* 547. *Vid.*, igualmente la exposición crítica de Blauth, 1968*:* 31.

18 Bruns, 1931*:* 84 ss., 110 ss.; el mismo, 1954*:* 15; Wiesener, 1971*:* 25 ss.

19 *Vid.*, en este sentido, Bruns, 1982*:* 14 ss.; Blauth, 1968*:* 59; Bacigalupo, 1985*:* 315; Jakobs, 1991, 21/10; Baumann/Weber/Mitsch, 1995, § 29, N. 19; Gracia Martín, 1985*:* 88; Marxen, 1995, § 14, N. 2; Mir Puig, 1996, L 7/67; Rodríguez Mourullo, 1997*:* 176; Silva Sánchez, 2000*:* 125 ss.; Schünemann, 1990*:* 1; Meini Méndez, 2001*:* 129.

20 *Vid.*, así, Blauth, 1968*:* 81. En el mismo sentido, la interpretación de Gracia Martín, 1985*:* 297.

21 Roxin, 1985, § 14, N. 9.

que los delitos especiales constituyen también delitos de dominio. Tanto Schünemann[22] como Gracia Martín[23], ciertamente con particularidades propias, afirman que en los casos del actuar en lugar de otro se sanciona a un garante no por poseer el estatus al que normalmente se le atribuye el dominio requerido, sino por un acto de asunción del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico[24] o del dominio social[25]. Lo central se encuentra, según estos autores, en determinar si el órgano o representante de la persona jurídica posee el dominio exigido por el tipo penal respectivo.

Por nuestra parte, consideramos que para determinar el fundamento dogmático del actuar en lugar de otro, es necesario diferenciar, entre los delitos especiales, los delitos de dominio (delitos especiales en sentido amplio) y los delitos de infracción de un deber (delitos especiales en sentido estricto)[26]. En el caso de delitos de dominio, la idea fundamental en la regulación del instituto del actuar en lugar de otro se encuentra en la asunción de la posición especial del destinatario formal de la norma[27]. En principio, cualquier persona puede entrar a dominar normativamente aspectos de la esfera de organización de un intraneus al tipo y, en este sentido, responder penalmente. Para esto no es necesario que exista una relación de representación entre el *intraneus* y el *extraneus*, sino solamente el dominio normativo por parte del *extraneus* del ámbito de organización del *intraneus* del que sale el riesgo que lesiona o pone en peligro la esfera de organización de terceros[28]. Por el contrario, en los delitos de infracción de un deber, la atribución de responsabilidad en el actuar en lugar de otro no se fundamenta en el dominio normativo sobre una esfera de organización ajena[29], sino en la traslación al *extraneus* de deberes positivos institucionales del *intraneus*, lo cual sucede normalmente mediante una relación de representación[30].

22 *Vid.*, Schünemann, 1979*:* 93; el mismo, 1993, § 14, N. 11 ss.

23 *Vid.*, Gracia Martín, 1985*:* 344.

24 Schünemann, 1979*:* 138. Similarmente, Bottke, 1996*:* 89.

25 Gracia Martín, 1985*:* 361 ss. Se adhieren a tal criterio, Bajo Fernández/Pérez Manzano/Suárez González, 1993*:* 577.

26 *Vid.*, en este sentido, García Cavero, 2002*:* 133 ss.

27 *Vid.*, esto en Schünemann, 1993, § 14, N. 12; Bruns, 1982*:* 20; Bottke, 1996*:* 89; Jakobs, 1991, 21/11; Gracia Martín, 1985*:* 394 ss. También Roxin, 1985, § 14, N. 9, pues a pesar de circunscribir el actuar en lugar de otro solo para los casos de delitos de infracción de un deber, habla también, en estos casos, de la asunción de un deber de garantía.

28 *Vid.*, en este sentido, García Cavero, 2002*:* 134 ss.

29 *Vid.*, Jakobs, 2000*:* 167.

30 *Vid.*, en este sentido, García Cavero, 2002*:* 137 ss.

IV. Ámbito de aplicación del actuar en lugar de otro: los delitos especiales

La norma del actuar en lugar de otro, como ya hemos precisado, se utiliza únicamente para el caso de los delitos especiales. Resulta, por tanto, irrelevante la norma del actuar en lugar de otro en los delitos comunes[31], pues en estos casos podrá perfectamente sancionarse como autores, sin infringir el principio de legalidad, no solo a los miembros de la empresa, sino en general a todo el que haya participado en la realización del delito. En este sentido, el primer presupuesto para la aplicación del art. 27 es que el tipo penal de la parte especial al que sirve de complemento debe ser un delito especial[32]. No obstante, la doctrina penal entiende que existen determinados delitos especiales en los que no es necesario recurrir a la regla del actuar en lugar. Estos delitos son aquellos relacionados con una actividad específica y que, por esto, limitan de alguna manera el círculo de destinatarios[33]. En estos casos, una interpretación (fáctica) del propio tipo penal de la parte especial permitiría hacer responsables también a los representantes[34]. Un ejemplo de estos supuestos en nuestra legislación penal es el delito de funcionamiento ilegal de casinos de juego del art. 243-A CP, conforme al cual se puede sancionar directamente al representante de una persona jurídica que «organiza o conduce casinos de juego requeridos de autorización administrativa».

Además, como lo reconoce unánimemente la doctrina penal, dentro de los delitos especiales se distinguen los propios de los impropios. En los delitos especiales propios, el elemento especial de autoría opera fundamentando la pena; mientras que en los delitos especiales impropios, el elemento especial de autoría solo agrava la penalidad[35]. Nuestra regulación legal admite la utilización de la norma del actuar en lugar de otro solo para los delitos especiales propios, en la medida en que el art. 27 señala que se trata de un delito que contiene elementos especiales que

31 *Vid.*, Meini Méndez, 2001*:* 129; Mazuelos Coello, 2001*:* 178.

32 *Vid.*, en este sentido, Bruns, 1982*:* 14 ss.; Blauth, 1968*:* 59; Bacigalupo, 1985*:* 315; Jakobs, 1991, Apdo 21, N. 10; Baumann/Weber/Mitsch, 1995, § 29, N. 19; Gracia Martín, 1985*:* 88; Marxen, 1995, § 14, N. 2; Mir Puig, 1996, L 7/67; Rodríguez Mourullo, 1997*:* 176; Silva Sánchez, 2000*:* 125 s.; Schünemann, 1990*:* 1; Meini Méndez, 2001*:* 129.

33 *Vid.*, así, Jakobs, 1991, 21/14; Ransiek, 1996*:* 90; Schünemann, 1993, § 14, N. 20 ss; el mismo, 1990*:* 1; Gracia Martín, 1985*:* 200 ss., a las que denomina actuaciones en lugar de otro impropios.

34 *Vid.*, similarmente, Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 4; Marxen, 1995, § 14, N. 23. Con ciertas dudas, por el contrario, frente a esta solución, Tiedemann, 1986*:* 1844.

35 *Vid.*, Roxin, 1997, § 10, N. 129.

fundamentan la penalidad[36]. En el caso de delitos especiales impropios no cabe una actuación en lugar de otro, pero ciertamente tampoco un vacío de punibilidad, pues la conducta puede de todas formas ser castigada conforme al tipo legal común base de la agravante especial[37].

1. Los delitos especiales en sentido amplio: los delitos de dominio

Para poder aplicar en los delitos de dominio la norma del actuar en lugar de otro, el art. 27 CP establece ciertos presupuestos:

A. La relación de representación

La regulación del art. 27 CP exige que el *extraneus* del tipo penal (aquel que no reúne la calidad especial de autor) actúe como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad. Así, esta regulación asume la llamada teoría de la representación, según la cual requisito necesario para que se presente una situación de actuación en lugar de otro es que entre el *extraneus* y el *intraneus* exista una relación de representación. En este punto, nuestro CP sigue al derogado CP español de 1973, que a su vez se inspiró en el §14 del CP alemán. Pero lo paradójico es que la crítica de la doctrina penal a la regulación actual alemana[38] y la que se hizo en España al anterior CP español y que llevó justamente a una reformulación de la fórmula del actuar en lugar de otro en el CP vigente de 1995, estuvieron dirigidas precisamente contra la limitación de los supuestos de actuación en lugar de otro a los casos de representación.

La asunción de la teoría de la representación en el actuar en lugar de otro produce ciertas limitaciones en los llamados delitos especiales de dominio, ya que no bastará una asunción del ámbito de organización del *intraneus*, sino que además tendrá que darse una relación de representación. No obstante, hay que señalar que tampoco resulta suficiente en estos casos la relación de representación para atribuir la competencia por la esfera de organización del representado, sino que se requiere, por un lado, una asunción de la posición de representante y, por el otro, una relación de representación referida al ámbito en el que se realiza el delito. Las competencias por organización del *extraneus* se fundamentan en una asunción del ámbito de organización del *intraneus* mediante una relación de representación.

36 En el mismo sentido, para el derecho penal alemán, Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 8. Respecto del Derecho nacional, Meini Méndez, 2001*:* 129, nota 19.

37 *Vid.*, en este sentido, Meini Méndez, 2001*:* 129 ss., quien destaca ciertamente una «laguna de agravación».

38 *Vid.*, en este sentido, la crítica de Bruns, 1958*:* 463 al § 14 del entonces proyecto de CP alemán de 1958.

Debe advertirse, así mismo, que el concepto de representación no se corresponde con el utilizado en el ámbito jurídico-civil[39]. En este sentido, cabe afirmar una representación penalmente relevante, aunque la actuación del representante no tenga efectos jurídico-negociales en el representado o exceda las facultades conferidas[40]. En esta misma línea de interpretación, el CP alemán admite expresamente la posibilidad de una actuación en lugar de otro, aunque el título que genera la relación de representación sea ineficaz[41]. Nuestro Código no ha asumido expresamente esta posibilidad, aunque una interpretación en este sentido no se encuentra excluida, pues el art. 27 no exige que se trate efectivamente de un órgano de representación autorizado de una persona jurídica o un socio representante de una sociedad debidamente acreditado como tal, sino que «actúe como tal»[42]. Así pues, una persona que tenga un nombramiento como representante que adolezca de algún vicio, pero que actúa pese a todo como tal, podrá estar dentro del ámbito de regulación del art. 27 y, por tanto, responder penalmente. Incluso esta interpretación de la norma del actuar en lugar de otro podría ir un poco más allá y no requerir un acto de nombramiento como tal, sino solo la apariencia de actuar como órgano de representación de una persona jurídica. Esta opinión, sin embargo, resulta con seguridad muy cuestionada para los defensores de la teoría de la representación.

Nuestro CP no ha asumido, sin embargo, una regulación amplia de la teoría de la representación, sino que la ha limitado a determinados tipos de representación[43]. Solamente podrá actuar en lugar de otro con relevancia para el derecho penal el órgano de representación de las personas jurídicas y el socio representante en el caso de sociedades. Esta regulación reduce el ámbito de aplicación en dos aspectos. Por un lado, deja de lado las actuaciones en lugar de otro entre particulares[44] y, por el

39 De parecer distinto, Meini Méndez, 2001*:* 131.

40 *Vid.*, en este sentido, Schünemann, 1993, § 14, N. 44; Marxen, 1995, § 14, N. 38.

41 La doctrina penal alemana precisa que la inclusión de un supuesto de representación ineficaz en la regulación del actuar en lugar de otro del CP alemán no significa admitir una actuación en lugar de otro de cualquiera que pueda lesionar el bien jurídico con cualquier forma de dominio, sino que siempre se requiere un acto de representación, aunque este no genere efectos jurídico-civiles o mercantiles por ciertos vicios o defectos de validez. *Vid.*, en esta línea, Weber, 1988*:* 17; Ransiek, 1996*:* 93 ss.; Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 42/43; Marxen, 1995, § 14, N. 43. De una interpretación más amplia, Schünemann, 1993, § 14, N. 67 ss.; Bottke, 1996*:* 89.

42 Así se esfuerza Meini Méndez, 2001*:* 137 ss., por mantener esta interpretación respecto del art. 27 CP. De opinión contraria, Mazuelos Coello, 2001*:* 191.

43 *Vid.*, en este sentido, Mazuelos Coello, 2001*:* 186.

44 La doctrina penal admite de manera mayoritaria un actuar en lugar de otro entre particulares; *Vid.*, así, Bruns, 1954*:* 14; El mismo, 1958*:* 463; Gallas, 1968*:* 21; Gracia Martín, 1986*:* 16; Octavio de Toledo, 1984*:* 28; Bacigalupo, 1985*:* 323 ss.; Meini Mendez, 1999a*:* 96; el mismo, 2001*:* 136. En este sentido, no es del todo correcta la línea jurisprudencial seguida por

otro, no incluye otras formas de representación como apoderados o delegados, los cuales si bien no se desempeñan como órganos de la persona jurídica, cumplen encargos particulares igualmente importantes[45]. Al establecerse esta regulación en nuestro Código, parece, pues, que no se tuvo en cuenta que, justamente, fue la limitación formal del círculo de destinatarios de los delitos especiales lo que motivó el desarrollo del instituto del actuar en lugar de otro y se comete, por tanto, el mismo error formalista al establecer otras limitaciones formales en su regulación de la teoría de la representación.

a. *Órgano de representación autorizado de una persona jurídica*

Como primer supuesto de representación, el art. 27 regula la representación orgánica de las personas jurídicas. La representada en estos supuestos es una persona jurídica, esto es, una organización social con personalidad jurídica propia, sea de derecho privado o de derecho público[46].

Para que tenga lugar esta relación de representación no es necesario que se trate de una organización perfectamente constituida, sino que puedan incluirse también las que adolecen de algún defecto en su constitución[47]. Por el contrario, en los casos de sociedades inexistentes, no será necesario recurrir a la norma del actuar en lugar de otro, pues por lo general la calidad especial de autor recaerá directamente sobre sus miembros (deudor, contribuyente, etc.)[48]. Si la sociedad se encuentra en liquidación, el órgano de representación será el liquidador[49].

b. *Socio representante autorizado de una sociedad*

Llama particularmente la atención la mención especial que hace el art. 27 CP a los socios representantes de una sociedad como segundo supuesto de representación,

---

la Corte Suprema en la sentencia N. 3963— 96 de 24/10/97 (Jurisprudencia penal, T. I, Lima, 1999*:* 84) que entiende que el art. 27 se limita a salvar el *societas deliquere non potest*.

45 *Vid.*, en este sentido, críticamente frente al StGB, Bruns, 1954*:* 16; el mismo, 1958*:* 463. Igualmente frente a la reforma de 1968 que amplió la responsabilidad a ciertos representantes voluntarios, Schmidtt, 1968*:* 124; Tiedemann, 1976*:* 203; el mismo, 1986*:* 1843; Schünemann, 1979*:* 142 ss.; Baumann/Weber/Mitsch, 1995, § 29, N. 25; Weber, 1984*:* 410 s.; Bottke, 1991*:* 84; Heine/Meinberg, 1990*:* 31 s.

46 *Vid.*, en este sentido, Schünemann, 1993, § 14, N. 43; Lenckner/Perron, 2001., § 14, N. 15; Marxen, 1995, § 14, N. 35. Por ello, resulta correcta la jurisprudencia de la Corte Superior de Lima Exp. N. 2507-99 (Rojas Vargas, Jurisprudencia penal, I*:* 309 ss.), solo en cuanto admite un «actuar en lugar de otro» en caso de organismos públicos, pero no en su aplicación a delitos comunes.

47 *Vid.* Schünemann, 1993, § 14, N. 43. De una opinión contraria, Marxen, 1995, § 14, N. 37, en tanto exige que la persona jurídica se encuentre efectivamente constituida.

48 Similarmente, Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 15.

49 *Vid.*, Marxen, 1995, § 14, N. 41.

pues parece tratarse de una especificación hasta cierto punto innecesaria, en tanto se trata también de un representante y de una persona jurídica. Esta mención especial tiene, sin embargo, una explicación en la legislación alemana, de donde ha sido tomada, aunque ciertamente de manera incompleta. El § 14 inciso 1 numeral 2 del CP alemán incluye como posible actuante en lugar de otro al socio representante autorizado de una sociedad comercial de personas, ya que no se trata de personas jurídicas con una representación orgánica[50]. En una sociedad comercial de personas, la representación se asimila, más bien, a un mandato entre particulares. En este contexto de ideas, resulta comprensible la precisión que se hace en el § 14 del CP alemán[51], pero en nuestra legislación carece de todo sentido, pues las sociedades colectivas y las en comandita (que son las equivalentes a las sociedades de personas del derecho alemán) sí son personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico y admitirían, por tanto, una representación orgánica[52]. Así, queda otra vez al descubierto la manera frecuente como nuestros legisladores importan la legislación extranjera sin ni siquiera saber el porqué de esa forma de legislar en los países correspondientes.

B. «Actuar» como órgano de representación o como socio representante

La interpretación de este presupuesto del art. 27 CP ha generado el enfrentamiento doctrinal entre los sostenedores de la llamada teoría de los intereses y los de la denominada teoría de la función. La teoría de los intereses señala que el representante debe actuar en el círculo de tareas derivado de su relación de representación siempre en interés de su representado[53]. Estos intereses se determinan sobre la base de criterios puramente económicos[54], de manera tal que no interesa si la actuación produce efectos jurídico-negociales en el representado. Por el contrario, si el representante

50 *Vid.*, en este sentido, Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 20/21.

51 Aunque debe reconocerse que también en el Derecho penal alemán este supuesto de representación resulta muy cuestionado. *Vid.*, al respecto Roxin, 1985, § 14, N. 26; Tiedemann, 1986*:* 1844; Winkelbauer, 1988*:* 34; Schünemann, 1993, § 14, N. 46; Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 20/21; Marxen, 1995, § 14, N. 47.

52 *Vid.*, en este sentido también Meini Méndez, 2001*:* 140. Una cuestión aparte será determinar los casos en los que la calidad especial recae directamente en los socios, de manera que no resulta necesario recurrir a la fórmula del actuar en lugar de otro. *Vid.*, así, en el Derecho penal alemán, Schünemann, 1993, § 14, N. 46; Weber, 1988*:* 16.

53 Esta fue la posición defendida por mucho tiempo en los tribunales alemanes (*Vid.* la referencia, Labsch, 1985*:* 5; Deutscher/Körner, 1996*:* 13; Jordan, 1999*:* 304). En la doctrina penal defienden esta teoría, Schünemann, 1993, § 14, N. 50; El mismo, 1990*:* 2; Bottke, 1991*:* 84. Críticamente, ante la teoría de los intereses, Tiedemann, 1986*:* 1844; Weber, 1988*:* 17; Labsch, 1985*:* 59; Deutscher/Körner, 1996*:* 13; Ransiek, 1996*:* 91.

54 *Vid.*, así, la indicación de Labsch, 1985*:* 5; Marxen, 1995, § 14, N. 31.

se aprovecha de su posición para obtener ventajas personales, no podrá considerarse una actuación en calidad de órgano de representación, a no ser que el representado esté de acuerdo con la actuación en provecho propio del representante[55].

La teoría de la función entiende, por el contrario, que el interés no juega ningún rol importante, sino solo que el representante se encuentre en una relación funcional con el círculo de tareas y deberes que asume mediante la representación[56]. Se trata, por tanto, de un criterio objetivo que no puede verse alterado por una intención de provecho propio o de su representado[57]. Lo importante es que el autor aparezca como representante de la persona jurídica y realice en esta situación el delito especial correspondiente[58]. Tampoco aquí resulta necesario que las actuaciones del representante produzcan efectos jurídicos-civiles en el representante[59]. Solo cuando el representante se aproveche ocasionalmente para realizar una conducta delictiva como cualquier otra persona, podrá negarse el requisito de que ha actuado como órgano de representación[60].

Para resolver esta disputa hay que partir del dato de que el tenor literal del art. 27 no excluye ninguna de las dos posibilidades de interpretación[61]. En este sentido, debe optarse por la propuesta de interpretación que más se ajuste a las necesidades de imputación. En este sentido, nos inclinamos por una teoría de la función que considera «actuar como representante» todas las actuaciones que se muestran objetivamente como un acto de organización del representado[62]. Esta relación funcional se pierde cuando el representado abusa de la relación con la finalidad de perjudicar al representado[63], de manera que en estos casos responde

55 *Vid.*, en este sentido, Schünemann, 1993, § 14, N. 50. En este contexto se presenta la llamada teoría limitada de los intereses, según la cual es posible abarcar la actuación en propio interés del representante si sirve a la vez a los intereses del representado (*Vid.* las referencias Labsch, 1985*:* 5; Marxen, 1995, § 14, N. 32).

56 *Vid.*, en este sentido, Labsch, 1985*:* 60; Tiedemann, 1986*:* 1844 ss.; Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 26; Marxen, 1995, § 14, N. 30; Arloth, 1990*:* 575; Deutscher/Körner, 1996*:* 12 ss.; Jordan, 1999*:* 305.

57 *Vid.*, así, Weber, 1988*:* 17.

58 *Vid.*, así, Labsch, 1985*:* 60. Por su parte, Ransiek, 1996*:* 91 ss., entiende que este requisito adicional no tiene sentido, pues los delitos especiales contienen ya esta referencia al ámbito de actuación del representante.

59 *Vid.*, Labsch, 1985*:* 60 ss.

60 *Vid.*, Weber, 1988*:* 17; Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 26; Labsch, 1985*:* 61 ss.

61 *Vid.*, similarmente, respecto de la regulación penal alemana, Jordan, 1999*:* 305. Por el contrario, Mazuelos Coello, 2001*:* 188, señala que la regulación nacional se inclina por la teoría de los intereses.

62 Similarmente, Jakobs, 1991, 21/13; Mazuelos Coello, 2001*:* 188.

63 *Vid.*, en este sentido, Jakobs, 1991, Apdo 21, N. 13.

de manera directa (por un delito de fraude en la administración de personas jurídicas, por ejemplo).

Especiales dificultades de imputación del acto de representación se presentan cuando el órgano de representación no es unipersonal, sino pluripersonal. Para resolver estos problemas, la regulación alemana considera expresamente como posibles responsables también a «los miembros del órgano de representación», aunque debe indicarse que esto no significa que en caso de un delito cometido desde la empresa todos ellos responderán penalmente. La responsabilidad penal debe individualizarse en cada uno de los miembros, pues de lo contrario podría caerse en una proscrita responsabilidad por el hecho de un tercero. La responsabilidad penal de un miembro del órgano de representación podrá afirmarse si este asume la representación de la empresa y en estas circunstancias comete un delito, con independencia de la división interna de competencias entre los miembros del órgano de representación[64]. En este supuesto, una responsabilidad penal de los miembros restantes por vía del art. 27 solamente podrá darse en caso de admitir una responsabilidad de los mismos como coautores debido a la infracción de deberes de aseguramiento o salvamento. No obstante, en una distribución horizontal de competencias no resulta usual imponer deberes de control mutuo, pues de lo contrario la distribución de competencias al interior del órgano no tendría ningún sentido[65].

Otro supuesto de especial discusión constituye la responsabilidad penal de aquellos que ejercen de hecho funciones de representación de una persona jurídica. Más allá de los supuestos de nombramientos con defectos formales sobre los que no se discute la posibilidad de incluirlos en la regulación del actuar en lugar de otro[66], la doctrina penal se centra en aquellos que simplemente asumen sin nombramiento alguno funciones de representación y son así reconocidos hacia fuera. El tenor literal del art. 27 no se opone ciertamente a una sanción del representante fáctico, en tanto actúe como tal. No obstante, una solución general no puede ser satisfactoria, pues podría dejar de lado algunos aspectos constitutivos de los respectivos delitos especiales. En este sentido, debe partirse de la diferenciación entre delitos de dominio y delitos de infracción de un deber, ya que, como

64 *Vid.*, Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 18; Labsch, 1985*:* 61; Schünemann, 1990*:* 3; Marxen, 1995, § 14 N. 46; Bottke, 1991*:* 84.

65 Similarmente, Schünemann, 1993, § 14, N. 52; el mismo, 1990: 3; Neudecker, 1995: 171, aunque señala que en caso de directivos que conocen casualmente el hecho habrá un deber de intervenir debido a la competencia general (*Allzuständigkeit*).

66 *Vid.*, así en el Derecho penal alemán, Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 42/43; Marxen, 1995, § 14, N. 43. Sobre los distintos supuestos de administración fáctica, *Vid.*, con detalle, García Cavero, 1999: 110 ss.

hemos tenido oportunidad de precisar, el fundamento de una responsabilidad del actuante en lugar de otro no es el mismo en ambos supuestos. En los delitos de dominio, que son los que aquí nos interesan, no se presentarán mayores inconvenientes para admitir una responsabilidad penal del representante de hecho, en tanto exista una efectiva asunción de tal posición y, por tanto, de las competencias del órgano de representación[67]. No obstante, en el caso de los delitos de infracción de un deber, como veremos luego, esta posibilidad se encuentra en principio negada.

C. La realización del tipo penal

El art. 27 CP peruano exige además que el representante realice el tipo penal[68]. Esto quiere decir que el delito especial debe poder serle imputado objetiva y subjetivamente al representante[69]. Para esto, resulta de importancia central precisar si se trata de un delito de dominio o de un delito de infracción de un deber, pues el fundamento de la imputación no es el mismo en ambos casos. Si se trata de un delito de dominio, que son los que aquí nos interesan, la imputación del hecho al representante dependerá de la infracción de su rol de ciudadano. Ya que en los delitos especiales de dominio el propio tipo penal delimita el rol general de ciudadano en un determinado ámbito, debe determinarse si el representado resulta competente por la organización en este ámbito. La competencia del representante se deriva de un acto de asunción de los asuntos del representado, de manera tal que desde ese momento la competencia por la organización total o parcial de la esfera del representado recae sobre el representante[70]. Establecida esta competencia, resulta irrelevante determinar si el delito se comete mediante una omisión[71] o

67 *Vid.*, con mayor detalle, Schünemann, 1993, § 14, N. 70; García Cavero, 1999: 174 ss.

68 Ya Bruns, 1954: 12 criticaba respecto de la legislación alemana la solución simplista en los delitos cometidos en las actividades de una persona jurídica de enfocar directamente a sus órganos o representantes sin especificar el fundamento de su responsabilidad penal. En este sentido, nuestra regulación constituye un avance, aunque crítico ante la incorrección gramatical del art. 27 se muestra, Meini Méndez, 2001: 139 ss.

69 En el mismo sentido, Mazuelos Coello, 2001: 187.

70 Sobre la idea de la asunción como fundamento del actuar en lugar de otro, con distintos matices, Schünemann, 1993, § 14, N. 12; Bruns, 1982: 20; Bottke, 1996: 89; Jakobs, 1991, Apdo 21, N. 11; Gracia Martín, 1985: 394 ss.

71 Por el contrario, Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 6; Schünemann, 1993, § 14, N. 24 ss.; Marxen, 1995, § 14, N. 29, hacen hincapié en el ámbito de los delitos de omisión y consideran que en los delitos especiales de omisión propia la utilización de la fórmula del «actuar en lugar de otro» sería necesaria para sancionar penalmente a los representantes de personas jurídicas. En el caso de los delitos de omisión impropia, también se considera necesario recurrir a la cláusula del «actuar en lugar de otro» en caso que el tipo penal activo de correspondencia constituya un delito especial. Por el contrario, si el tipo penal activo de correspondencia está configurado

una acción[72], pues lo decisivo normativamente es la competencia del representante por la realización del delito especial[73].

D. Los elementos especiales deben concurrir en la representada

El art. 27 requiere, por último, que los elementos especiales de autoría que no se dan en el representante se den en el representado. El primer aspecto que debe precisarse es qué se entiende por elemento especial en el contexto del actuar en lugar de otro. Ya que el art. 27 se encuentra regulado en el capítulo referido a la autoría y participación, resulta sistemáticamente coherente considerar estos elementos como elementos especiales de autoría[74]. No obstante, esta indicación resulta demasiado amplia, pues al interior de los elementos especiales de autoría se suele diferenciar los llamados elementos subjetivos de autoría (motivos especiales, tendencias internas, etc.) de los elementos objetivos de autoría. La opinión doctrinal mayoritaria niega la aplicación del actuar en lugar de otro para el caso de elementos subjetivos de autoría[75] y lo limita a los casos de elementos objetivos de autoría[76]. No obstante, tampoco todos los elementos objetivos de autoría se encuentran abarcados por la norma del actuar en lugar de otro, sino que dentro de los mismos se procede a hacer una diferenciación. En primer lugar, se excluyen del ámbito de los elementos especiales de autoría del art. 27 el caso de elementos objetivos de autoría personalísimos (así, por ejemplo, el caso de los funcionarios)[77], así como ciertas cualidades personales especiales (sexo, edad, etc.)[78], ya que en ambos casos no resulta posible una representación[79]. Los elementos especiales de autoría que producen una actuación en lugar de otro se reducen a las relaciones personales especiales (deudor, contribuyente, comerciante, etc.)[80]. Por su parte,

como un delito común, no será necesario recurrir al «actuar en lugar de otro», ya que el representante en estos casos será por sí mismo garante y alcanzable por el propio tipo penal de la parte especial.

72 *Vid.*, Jakobs, 1997b*:* 114 ss., 350, 363. En general sigue esta comprensión, Vogel, 1993*:* 354 ss.

73 *Vid.*, con mayores referencias, Jakobs, 1997b*:* 114 ss.; 347 ss.; el mismo, 2000*:* 131 ss.

74 En el mismo sentido, Jescheck/Weigend, 1996*:* 231; Schünemann, 1993, § 14, N. 35, aunque limitado solamente a la idea del dominio.

75 *Vid.*, en este sentido, Tiedemann, 1986*:* 1843 ss.; Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 8; Schünemann, 1993, § 14, N. 38; el mismo, 1990*:* 2; Marxen, 1995, § 14, N. 28. De otra opinión, Bruns, 1982*:* 26 ss.

76 En este sentido, Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 8; Schünemann, 1990*:* 2.

77 En este sentido, Tiedemann, 1986*:* 1843 ss.; Jakobs, 1991, 21/11; Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 8; Marxen, 1995, § 14, N. 27. De otra opinión, aunque fuera de la regulación positiva, Schünemann, 1993, § 14, N. 34.

78 *Vid.*, Marxen, 1995, § 14, N. 25; Schünemann, 1993, § 14, N. 40.

79 Véanse, en este sentido, Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 8 ss.

80 *Vid.* Lenckner/Perron, 2001, § 14, N.10/11; Marxen, 1995, § 14, N. 25.

las llamadas circunstancias personales especiales referidas a una situación transitoria del autor[81] solamente podrán ser consideradas si pueden expresarse como una relación personal especial (por ejemplo, el encontrarse en un procedimiento de insolvencia debe interpretarse como tener la posición de deudor)[82].

En otro orden de ideas, la redacción del art. 27 no ha sido muy feliz en la regulación de este presupuesto, pues limita la responsabilidad a los casos de representación directa y no sanciona relaciones de representación de segundo o tercer nivel. Por ejemplo, la Ley general de sociedades en su art. 193 establece la posibilidad de que el gerente de una sociedad anónima sea una persona jurídica. Si una persona jurídica es nombrada gerente de una sociedad, los actos de representación (art. 188 inc. 2 de la Ley general de sociedades) deberán llevarse a cabo a través de su representante legal. Esto quiere decir que si el representante de la persona jurídica (gerente) realiza un delito especial no podrá ser sancionado con el art. 27, pues el elemento especial de autoría no se dará en su representado, sino en el representado de su representado, es decir, en la sociedad mercantil[83].

2. Los delitos especiales en sentido estricto: los delitos de infracción de un deber

En los delitos de infracción de un deber deben estar presentes todos los presupuestos mencionados a propósito de los delitos de dominio, aunque debe señalarse que su contenido puede variar sustancialmente. La teoría de la representación asumida por el art. 27 CP parece ajustarse sin problemas a los delitos institucionales, pues los deberes institucionales se transfieren normalmente mediante una relación de representación. El representante resulta competente por el cumplimiento de deberes positivos derivados de una relación institucional que afecta, en principio, a su representado (la persona jurídica). En los delitos de infracción de un deber, una asunción fáctica, incluso hacia fuera de las competencias institucionales de la persona jurídica, no podrá justificar la responsabilidad penal del que asume de hecho estos aspectos[84]. Solo un representante de derecho podrá responder por deberes institucionales de su representado.

La imputación del hecho al representante en los delitos institucionales cobra una especial configuración. No se trata de demostrar una competencia por el dominio de la esfera de organización del representado, sino de la transferencia

81 Marxen, 1995, § 14, N. 25, entiende que no hay necesidad de incluirlos.

82 En este sentido, Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 12; Schünemann, 1993, § 14, N. 40.

83 Destaca la misma problemática, Meini Méndez, 2001*:* 132.

84 *Vid.*, sobre la excepcionalidad de la asunción en los delitos de infracción de un deber, García Cavero, 1999*:* 178 ss.

de deberes institucionales que surgen de la posición especial del representado, siempre y cuando esta transferencia del deber resulte posible mediante la relación de representación. El representante habrá realizado el tipo penal correspondiente por el incumplimiento de un deber institucional transferido por el representado, y es aquí también irrelevante si este incumplimiento tiene lugar mediante una acción o una omisión[85]. Hay que precisar que en estos casos no se transfiere el rol especial, sino determinados deberes especiales de los que debe ocuparse el representante en su posición como tal[86]. La posibilidad de una responsabilidad penal también del representado no tiene cabida en nuestra regulación positiva limitada a la representación de personas jurídicas.

Un ejemplo de delito de infracción de un deber existe en los delitos contra la Hacienda Pública. La obligación tributaria originaria le corresponde a la persona jurídica y, por tanto, esta debería cumplir, en un principio, con dicha obligación[87]. En este sentido, el incumplimiento de la obligación tributaria mediante ciertos medios fraudulentos debería llevar a una sanción penal contra el poseedor del rol especial, esto es, contra la persona jurídica. Sin embargo, en estos casos se hace responsable penalmente al representante de la persona jurídica. El deber de pagar los tributos por parte de la persona jurídica se transfiere al representante, quien responde penalmente por haber dejado de pagar fraudulentamente los tributos correspondientes, aunque materialmente el acto de defraudación tributaria haya sido llevado a cabo con pleno dominio del hecho por parte de otros sujetos (contadores, abogados, socios, etc.)[88]. Solo basta, para imputar responsabilidad penal, verificar la calidad de representante de la empresa y la posibilidad de haber cumplido con el deber de pago regular de los tributos.

V. Consecuencia jurídica del actuar en lugar de otro

La consecuencia jurídica del art. 27 CP es que el representante responderá como autor del delito especial respectivo. Sobre esta calificación hay que hacer ciertas precisiones, pues es distinto considerar al representante autor que decir que se le castiga con la pena del autor. Al establecer que el representante responde como autor, se quiere decir que el *extraneus* se convierte en *intraneus* con todas las consecuencias de autoría que puede presentarse; es decir, que puede ser coautor, puede castigarse

85 Sobre esta irrelevancia también en los delitos de infracción de un deber, *Vid.*, Jakobs, 1997b*:* 362 ss.

86 *Vid.*, en este sentido, García Cavero, 1999*:* 171; Mazuelos Coello, 2001*:* 187.

87 *Vid.*, similarmente en el Derecho penal español, Gracia Martín, 1993*:* 213.

88 *Vid.*, similarmente, Quintero Olivares, 1978*:* 1327; Berdugo Gómez de la Torre/Ferré Olivé, 1994*:* 45 ss. En contra, Aparicio Pérez, 1990*:* 46, 112; Muñoz Baños, 1996*:* 358; Rossy, 1989*:* 71.

como partícipes a quienes le auxiliaron o como instigadores a quienes le indujeron a la comisión del hecho[89]. Un aspecto de especial importancia para otras regulaciones del actuar en lugar de otro es el mantenimiento de la responsabilidad penal del representado[90]. No obstante, en nuestra regulación del actuar en lugar de otro, reducida a personas jurídicas, esta otra posibilidad no juega ningún papel relevante, pues en nuestro sistema penal no se considera a las personas jurídicas capaces de cometer un delito.

VI. Supuestos especiales de actuaciones en lugar de otro

En la parte especial del CP se regulan de manera especial supuestos de actuar en lugar de otro para delitos cometidos desde la empresa. El caso más claro es el delito de atentado al sistema crediticio, en donde el propio art. 209 ha recurrido a una cláusula de extensión especial, quizá con la intención de escapar al límite de la relación de representación que exige el art. 27 CP[91]. En el delito de atentado contra el sistema crediticio «cometido» por una persona jurídica se considera como autor de manera directa al que actúa en su nombre, administrador o liquidador, aun cuando no tengan una concreta relación de representación hacia fuera. A la doctrina penal le corresponde la tarea de precisar las razones que justifican una regulación especial en estos delitos o su cuestionamiento por afectar criterios de igualdad[92].

89 *Vid.*, en este sentido, Meini Méndez, 2001*:* 142 ss.

90 Sobre esto, *Vid.*, Marxen, 1995, § 14, N. 16, 70; Lenckner/Perron, 2001, § 14, N. 7; Schünemann, 1993, § 14, N. 65; Schroth, 1993*:* 32 ss.

91 *Vid.*, detalladamente, García Cavero, 1999*:* 238 ss.

92 *Vid.* así García Cavero, 1999*:* 239.

Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP, a más de 15 años de su vigencia

Laura Zúñiga Rodríguez

I. Delimitación de la problemática y consideraciones metodológicas. **II.** ¿En qué medida es importante la discusión sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias? **III.** Fines que se persiguen con las consecuencias accesorias: el fundamento en la prevención de conductas de la persona jurídica o la de sus miembros. **IV.** ¿A qué personas jurídicas se pueden aplicar? **V.** El supuesto de hecho de las consecuencias accesorias **VI.** El proceso de imposición de las consecuencias accesorias. **1.** Situación procesal de la persona jurídica en el procedimiento penal. **2.** Medidas definitivas o medidas cautelares. **3.** Motivación judicial **4.** ¿Quién tiene la carga de la prueba? **5.** Posible vulneración del *non bis in idem.* **VII.** Consecuencias accesorias y otras consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas. **VIII.** Conclusiones: necesidad de la construcción de criterios de imputación y de un procedimiento para la imposición de sanciones a personas jurídicas.

I. Delimitación de la problemática y consideraciones metodológicas

Entender qué son las consecuencias accesorias previstas en el art. 105 CP y cómo deben ser aplicadas en la realidad son cuestiones nada fáciles (p. 474) de dilucidar. Las dificultades no solo provienen de las discusiones sobre su interpretación, su

naturaleza o en definitiva su sustrato como institución jurídica, sino también —y como no podía ser de otra manera— del contexto de su aplicación práctica. Lo que resulta particularmente cierto, más allá de cualquier debate académico, es que aún después de más de quince años de vigencia del CP y más de diez del CP español (su precedente legislativo en fase de proyectos), los jueces no poseen, como lo comprobaremos en seguida, herramientas teóricas para establecer con nitidez en qué casos se aplican, bajo qué criterios y con qué procedimiento. ¿Es que se han estudiado poco estas consecuencias accesorias? ¿Resultan verdaderamente útiles o necesarias para la realidad de la persecución penal para la que fueron ideadas? ¿Se aplican regularmente durante las decisiones judiciales? De todo ello me ocuparé en el presente trabajo, no sin antes realizar una salvedad importante. Las consecuencias accesorias previstas en el art. 105 CP no son novedosas en el ordenamiento penal peruano, como ya han puesto en evidencia Hurtado Pozo[1] y Prado Saldarriaga[2]. Medidas similares, aunque bajo una denominación diferente, fueron contempladas en la legislación penal especial sobre contrabando y defraudación de rentas de aduanas. Lo que es realmente reciente, entonces, es su incorporación a la Parte General del CP, en una regla general aplicable a cualquier clase de delito que se realice bajo el amparo de una persona jurídica[3]. Y lo inédito también dentro del ordenamiento penal peruano es su catalogación como consecuencias accesorias, siguiendo la línea marcada por el Anteproyecto del Código Penal español de 1983. Cuestionarse respecto a los principales problemas de aplicación de estas medidas, que han adquirido una vigencia más amplia en la persecución penal y que han pretendido ser conceptuadas como una suerte de consecuencia jurídica general ideada para los delitos cometidos en el ámbito de estructuras organizativas, resulta importante después de haber transcurrido más de tres lustros

1 Hurtado Pozo 1996: 148.

2 Prado Saldarriaga 2000: 180.

3 El legislador peruano, a diferencia del español, no ha consignado en la Parte Especial para que delitos se faculta la aplicación de las consecuencias accesorias del art. 105 CP. Si bien existe una regla general que autoriza al juez a aplicarlas en cualquier delito, hubiera sido recomendable la previsión expresa de los casos en que por el tipo de delito (por ejemplo los delitos societarios, contra el medio ambiente, alimentarios, monetarios, bursátiles, contra las trabajadores, etc.), su imposición resulta favorecedora dentro del ámbito organizativo de la persona jurídica. Esto, aunque se corra el riesgo de que se presente una omisión, al existir la regla general no favorece ninguna laguna de punibilidad y, más bien, redunda en la seguridad jurídica, en la medida que los inculpados saben que pueden ser objeto de sanción también por el ámbito de la esfera organizacional. Otra diferencia destacable entre la regulación peruana y la regulación española es que esta última no constriñe el ámbito de aplicación a la persona jurídica, sino va más allá contemplando supuestos de asociaciones, sociedades de hecho, muy recurrentes en la esfera de la criminalidad organizada.

de vigencia de la norma[4] y teniendo en cuenta la escasa jurisprudencia generada por la misma[5].

Tal pareciera que los especialistas nos hemos centrado en debates bizantinos y poco hemos aportado para resolver los problemas prácticos de aplicabilidad, o quizá, como sucede con algunas normas del CP, han entrado en desuso por su inaplicabilidad. Sin embargo, y lamentablemente, la necesidad de responder con medidas contundentes contra la criminalidad generada en el ámbito de las sociedades, empresas o personas jurídicas[6] es cada vez más acuciante. Hoy incluso se insiste en que la criminalidad socioeconómica (en la que, como es por todos conocidos, las empresas constituyen su centro neurálgico) está cada vez más vinculada a la criminalidad organizada, con unos vasos comunicantes en los que las organizaciones empresariales jurídica, social y económicamente implantas en el mercado son sus verdaderos valedores[7]. Es decir, la necesidad de intervención

4 Quizás todavía suceda lo que denunciaba Caro Coria, 1992: 75, al constatar el desconocimiento de estas medidas por parte de los operadores jurídicos. Este autor sostenía entonces: »...su operatividad no parece responder principalmente de una campaña de información sino, como siempre, del efectivo convencimiento y voluntad de aplicación, difíciles de encontrar en nuestro medio tratándose de instituciones nuevas».

5 Resulta llamativo el reducido número de decisiones judiciales en las que se aplican consecuencias accesorias tanto en Perú (art. 105 CP), como en España (art. 129 del CP español). Aunque se hará un análisis más extensivo de las principales resoluciones que tanto en Perú como en España resuelven imponer consecuencias accesorias a las personas jurídicas, conviene presentar los casos más sonados. En Perú destaca el Auto de 26 de febrero de 2002 por el que se resuelve la solicitud del Procurador Público *Ad-hoc* del caso Fujimori-Monstesinos de comprender como parte pasiva del proceso penal a la empresa América Televisión S.A., para posibilitar en su día la aplicación de las consecuencias accesorias a dicha persona jurídica. El caso (conocido como caso Crousillat) se resolvió en la sentencia de la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima (Exp. N. 011-2001), del 8 de agosto de 2006 (Vid. texto en Diálogo con la Jurisprudencia, Nº 96, septiembre 2006: 19 ss.).
En España se cuenta con un estudio específico sobre la aplicación del art. 129 CP español, de Silva Sánchez 2006: 10 ss., donde el autor después de analizar prácticamente todos los casos de aplicación, lanza una serie de hipótesis sobre las causas del fenómeno de la práctica inaplicación de las mismas. Ahora bien, de todas las resoluciones judiciales, destaca sin duda el auto de 26 de agosto de 2002 del juzgado N. 5 de la Audiencia Nacional (juez Baltasar Garzón), por el que se suspende por tres años las actividades del partido vasco Batasuna, se dispone la clausura de sus locales culturales, negocios, empresas vinculadas, etc. Este auto ha sido confirmado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional con fecha 8 de octubre de 2002. Nótese, sin ánimo de agotar los fundamentos de estas resoluciones, objeto de análisis a lo largo de este trabajo, que las consecuencias accesorias en el caso español se pueden aplicar como medidas cautelares, cuestión prevista expresamente en el párrafo 2 del citado art. 129, no sucede así en el caso peruano.

6 Véase acápite IV.

7 Véase más ampliamente: Prado Saldarriaga 1993: 13 ss.; Zúñiga Rodríguez 2003: 85 ss.; Albrecht 2001: 274 ss. Siguiendo la vinculación entre criminalidad organizada y empresas, la

penal con sanciones para las personas jurídicas no es solo una necesidad político-criminal de la lucha contra los delitos socioeconómicos, sino también contra la propia criminalidad organizada que tantos estragos está ocasionando en el mundo actual[8].

Pero la preocupación por la aplicabilidad de las consecuencias accesorias se convierte ya en desazón cuando nos percatamos de que en Francia, país donde desde el año 1994 se admitió expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aún se duda mucho sobre los criterios a tener en cuenta para aplicar las correspondientes sanciones[9], con clara merma de la seguridad jurídica. Esto significa que el tema va más allá de unos simples problemas de aplicación y quizá se trate de sustanciales problemas de imputación[10]. Es decir, si no está clarificado

Acción Común de Lucha contra la delincuencia Europea de 21 de diciembre de 1998 establece en su art. 3 que los Estados miembros garantizarán que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables penalmente o, en su defecto, responsables de los delitos contemplados en el apartado 1 del art. 2 de la misma (tráfico de drogas, tráfico de personas, corrupción, tráfico de armas, etc.). Además, el art. 10 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, establece »la responsabilidad de las personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención». Estos delitos son de participación en grupo delictivo organizado, corrupción, blanqueo de dinero y obstrucción a la justicia, respectivamente.

8 El reportaje de *El País* de 21 de octubre de 2001, titulado «ETA después del 11 de septiembre», destaca que en las últimas operaciones antiterroristas se han incautado documentos que comprueban la existencia de una verdadera trama financiera, de empresas «satélites» de la organización, así como empresas legales que constituyen estructuras para blanquear dinero y proveerse de dinero negro. La caída de la cúpula de ETA en Bidart (Francia) el 29 de marzo de 1992, permitió desvelar el Proyecto Udaletxe: el diseño teórico de una estructura financiera legal para crear fondos a partir del desarrollo económico de las organizaciones y empresas afines, situando a militantes de ETA en los consejos de administración. De ahí que las últimas intervenciones penales hayan ido por el camino de «estrangular económicamente» a la organización, estableciendo el cierre de empresas vinculadas a la organización terrorista como el auto de 1999 citado anteriormente, tendencia que, como se desarrollará más adelante, se ha acrecentado con las medidas europeas adoptadas después del 11 de septiembre de 2001.

9 Véase Pradel 1996: 91 s., quien pone de manifiesto sentencias disímiles, unas estableciendo la necesidad de determinar primero la responsabilidad de un autor del delito para sancionar a la persona jurídica (responsabilidad derivada) y otras estableciendo que puede existir responsabilidad directa de la persona jurídica sin necesidad de comprobar previamente la responsabilidad de un autor individual (responsabilidad directa). Hay un trabajo más reciente del autor en español, en el que incorpora nueva jurisprudencia: Pradel 1999: 665 ss. Véase más ampliamente acápite V.

10 Conceptualmente *imputación* se entiende como un juicio de atribución de responsabilidad consensuado por la sociedad, de acuerdo a sus coordenadas histórico-culturales, en el que intervienen criterios empíricos y normativos. Véase Hardwig, uno de los fundadores de la teoría de la imputación en Alemania, 1957, *passim*. También Hassemer 1999: 158 ss., últimamente Mir

cuál es el supuesto de hecho al que corresponden dichas consecuencias accesorias, mal podemos saber cómo y cuándo se aplican. Precisamente, esto es lo que intento demostrar en este trabajo: los problemas de aplicación de las consecuencias accesorias provienen de que, en el fondo, lo que no está resuelto y mantiene los vaivenes de las decisiones judiciales es que no se han desarrollado unos criterios de imputación propios para sancionar directamente a las personas jurídicas, más allá de que adjetivemos dichas consecuencias como penales o administrativas. En la medida en que resolvamos el problema del supuesto de hecho, podremos absolver las cuestiones concernientes a las consecuencias jurídicas[11]. Y es que el debate sobre la naturaleza jurídica de las nuevas consecuencias accesorias, que tanto ha enfrascado a la doctrina, posiblemente no haya estado exento —como todo estudio jurídico, además— del parecer ideológico de quienes han intervenido, señalando si se trata o no de verdaderas sanciones penales según estén de acuerdo o no con la viabilidad de una propia responsabilidad de las personas jurídicas[12]. Es decir, todo estudio al respecto ha estado influido por el prejuicio acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pareciera que, con este proceder, en el que me incluyo, estamos quizá confundiendo dos planos distintos: el de lege lata, esto es, lo que realmente el legislador considera que son las consecuencias accesorias imponibles a las personas jurídicas y, otro, el de lege ferenda, lo que en una futura reforma sería deseable para solucionar la demanda de sanción a las personas jurídicas.

Sin embargo, a pesar de que en la discusión se suelen mezclar ambos planos, lo cierto es que el legislador tampoco da luces respecto de lo que son las consecuencias accesorias; esto es, de lege lata tampoco permite la norma interpretar cuáles son los criterios de atribución, para resolver los problemas que plantea su aplicación. Prueba de esto son justamente las divergencias existentes en su resolución. En realidad, como ya se ha puesto en evidencia reiteradamente en la doctrina española, pero es plenamente aplicable para la discusión peruana, el legislador ha soslayado una discusión de fondo sobre la responsabilidad penal de las personas

Puig 2001: 66 s. En sentido similar para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Heine 1995: 265; Hurtado Pozo 1996: 157; Zúñiga Rodríguez, 2003: 222 ss.

11 Aunque parezca redundante anotar, la consecuencia jurídica debe estar conectada a un supuesto de hecho (lesión de un bien jurídico y juicio de responsabilidad de un sujeto), por lo que es importante definir cuál es el supuesto de hecho que desencadena las consecuencias jurídicas del art. 105 CP. En los últimos tiempos, la política criminal centrada en la eficacia, soslaya la cuestión lógica previa de la discusión sobre el supuesto de hecho, pretendiendo resolver la demanda de prevención de determinadas conductas regulando simplemente las consecuencias jurídicas aplicables.

12 Véase infra notas 19 y 20.

jurídicas, estableciendo una serie de medidas aplicables a las mismas, sin regular bajo qué criterios se imponen ni cómo. Es decir, acogiendo una demanda de necesidad de responder a la creciente criminalidad que se efectúa bajo el manto de las personas jurídicas, el legislador dispuso una serie de consecuencias, y dejó de lado las reglas de aplicación, problema al cual ahora nos enfrentamos crudamente. Para no comprometerse dogmáticamente, utilizó el término de «consecuencias accesorias», con lo cual creyó así obviar la discusión de fondo.

No creo que sea sustancial decir qué son las consecuencias accesorias atribuyéndole un nomen iuris, «pena», «medida de seguridad» o «sanción administrativa» como tradicionalmente se suele hacer, pues no existe un concepto ontológico de cada una de estas y, en todo caso, siempre estamos ante atribuciones de sentido cambiantes e intersubjetivas, nunca ante conceptos cerrados y acabados[13]. Más que pretender definir lo que son encuadrándolas dentro de una categoría conocida, por lo demás esfuerzo que parece haberse mostrado infructuoso, considero importante establecer qué función cumplen dentro del sistema de sanciones en que fueron diseñadas, detectando las bondades y dificultades que presentan para lograr los objetivos propuestos. En definitiva, más que aplicar un método deductivo de análisis buscando deducir características generales en las consecuencias accesorias que permitan conceptuarlas dentro de una categoría dogmática, propongo un método inductivo de análisis de las mismas, desentrañando de la realidad práctica sus principales problemas de aplicación. Con este fin he tomado como fuente de análisis la (escasa) jurisprudencia generada en el derecho nacional y el foráneo en el que se estatuyen medidas similares.

Con esto se logran dos objetivos: primero, soslayar una discusión academicista teñida por consideraciones preconcebidas que están entrampadas en el debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y, segundo, avanzar en la resolución de los problemas más acuciantes de aplicación dotando de utilidad a la norma. Como objetivo indirecto, mediato, se pondrán en evidencia los límites del modelo de imputación de responsabilidad penal personal para sancionar los delitos cometidos en el ámbito de personas jurídicas. En suma, investigar sobre la función real que cumplen las consecuencias accesorias y si se logran los objetivos político-criminales de la institución. Además, esta opción metodológica no es más que expresión de una concepción abierta del sistema penal, inaugurada

13 Por ejemplo, pretender catalogar a la multa como pena o sanción administrativa puede llevar a resultados bastante frustrantes. Una vez que la multa entra en el catálogo de penas y que la Administración, en la realidad, puede imponer multas más graves que las que impone un juez penal, se debilitan las fronteras entre una y otra.

por Roxin[14], a la cual me adscribo; concepción funcional del derecho penal más acorde con las modernas necesidades de intervención en una sociedad cambiante como la que vivimos.

Por otro lado, no hay que perder de vista que la introducción en la parte general de unas medidas para las personas jurídicas, junto con el decomiso de las ganancias obtenidas ilícitamente (arts. 104 y 105 CP) responde a una tendencia actual dentro de la política criminal moderna que, incidiendo en los fines preventivos de la pena, pone énfasis en el tipo de sanciones a aplicar, sin reflexionar detenidamente sobre el supuesto de hecho desencadenante de dicha consecuencia jurídica[15]. Bajo esta tendencia, el desarrollo de sanciones no personales de tipo patrimonial ha sido espectacular, especialmente después de los atentados del 11 de septiembre de 2001[16]. Esto es congruente, también, con el auge de la criminalidad de grupo, especialmente la criminalidad organizada y de tipo empresarial, vinculadas al lucro ilícito, a las que se intenta hacer frente con medidas de embargo de su patrimonio[17], con el objeto de estrangularlas económicamente y así impedir u obstaculizar el ciclo económico de las actividades ilícitas.

14 A propósito, Roxin ha sido tradicionalmente reacio a admitir la posibilidad de penas para las personas jurídicas. Sin embargo, en su trabajo sobre el futuro del derecho penal (Roxin 1997b: 462 s.) admite que en el futuro las sanciones a los entes colectivos jugarán un gran papel. Dice: «Ellas constituirán medidas que van desde considerables pagos de dinero hasta el cierre de la empresa. Estas sanciones contra entes colectivos, cuya elaboración jurídica todavía está en sus inicios, tampoco constituyen verdaderas penas [...] la pena contra entes colectivos constituye en todo caso una sanción similar a la penal, vinculada con la realización de tipos penales [...]».

15 Tal cambio de perspectiva se debe a las demandas actuales político-criminales de satisfacer y reparar los intereses de la víctima, mientras que hasta ahora la pena se había centrado en sus efectos preventivo-generales para el autor y la Sociedad. Cfr. Dölling 1992: 265. En otros ámbitos delictivos, también se observa esta tendencia que muestra el desencanto de los fines resocializadores y el aumento de la sensibilidad de la opinión pública por el riesgo y la seguridad. Cfr. Silva Sánchez 2001: 701. Más adelante este mismo autor señala (2001: 707): «El debate acerca de las consecuencias jurídicas específicas de la sociedad de la inseguridad no ha hecho, probablemente, más que empezar».

16 Destacan en este ámbito las medidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo internacional, por la Comisión europea (Documento 501PC0596), la cual ha propuesto una serie de medidas para enfrentarlo, atajando la financiación de las organizaciones terroristas, sin que existan criterios claros de atribución de responsabilidad que previamente sirvan para determinar cuándo estamos ante una organización terrorista, con clara merma de la seguridad jurídica y del derecho de asociaciones.

17 Cfr. Vervaele 1998: 67, quien pone de manifiesto la tendencia de las normas internacionales y especialmente europeas, orientadas a perseguir el patrimonio criminal, mediante el embargo y la confiscación, con clara influencia del modelo norteamericano, configurándose esta última como sanción independiente.

II. ¿En qué medida es importante la discusión sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias?

Dentro de este proceso de transformaciones de la política criminal de las consecuencias jurídicas, en el que las respuestas del legislador no se centran en sanciones personales, como tradicionalmente lo ha hecho, sino en sanciones de tipo patrimonial no vinculadas directamente con la persona que realiza el delito, indagar cuál es el sustrato de las consecuencias accesorias para a partir de esta categorización deducir los criterios de aplicación, resulta un esfuerzo un tanto inútil. Sobre todo porque, como ya hemos dicho, esta búsqueda está teñida de las preconcepciones que cada autor tiene sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, podríamos encontrar una relativa[18] correlación entre quienes, por un lado, consideramos la necesidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, para los que estas consecuencias accesorias constituirían materialmente una pena o una sanción punitiva[19] y, por otro, quienes no ven posible pensar en la punibilidad de las personas jurídicas, para los que de ningún modo se estaría ante consecuencias de tipo penal[20]. Es decir, lamentablemente no salimos del círculo

18 Y decimos *relativa* porque no siempre, como es lógico, es posible clasificar una opinión en esta dicotomía. Así Fernández Teruelo 2001: 280 s., sostiene que «nos encontramos ante una *nueva categoría penal* con características propias... porque las mismas *están previstas en el Código Penal y consecuentemente deben ser impuestas por el juez penal, con todas las garantías jurisdiccionales que ello supone*» y más delante afirma «Sin embargo, siendo cierto que estas no adquieren indefectiblemente naturaleza penal solo por estar ubicadas en el CP, entiendo que las mismas sí *obtienen una presunción («iuris tantum») de penalidad* que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario» (las cursivas son del autor). Asimismo, para varios autores se trata de medidas *sui generis*, como Del Rosal Blasco/pérez Valero, 2001: 42 (aunque después señalan que algunos supuestos del art. 129 CP sí pueden ser considerados como sanciones a personas jurídicas, Del Rosal Blasco/pérez ValerO, 2001: 46).

19 Cfr. a favor de la naturaleza penal de las consecuencias accesorias, en la doctrina peruana: Hurtado Pozo 1996: 151; Abanto Vásquez, 1997: 158; Prado Saldarriaga , 2000: 179 s. Cfr. en la doctrina española, Zugaldía, 1997: 327, Bacigalupo Saggese, 1998: 278; Muñoz Conde, 1998: 71; Zúñiga Rodríguez, 2003: 213. Vid. más recientemente el trabajo monográfico de Zugaldía, 2008, especialmente: 190 ss. donde establece la consideración de las consecuencias accesorias como auténticas penas. En contra TamariT, 2002: 1161 SS.

20 Cfr. en contra de la naturaleza penal de las consecuencias accesorias, en la doctrina peruana: Prado Saldarriaga, 1992: 76; Peña Cabrera, 1995: 587 s.; Meini Méndez, 1999: 192 s. En la doctrina española esta postura es dominante Cfr. Gracia Martín, 1996: 457, para quien serían «medidas preventivas, que pueden tener un carácter asegurativo o coercitivo». Citando solo la doctrina más actual: Del Rosal Blasco/pérez Valero, 2001: 41 según los cuales «ni son penas ni medidas de seguridad, lo cierto es que guardan más semejanza con estas últimas».

vicioso[21] de asociar la naturaleza jurídica de la consecuencia jurídica a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sosteniendo que son o no penas, según estemos de acuerdo o no con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En realidad, así se avanza muy poco en la resolución de los problemas prácticos que la ley plantea, olvidando que hay un principio de realidad: el legislador contempla una serie de medidas aplicables a las personas jurídicas en cuyo seno se cometen delitos, la realidad criminológica nos muestra una cantidad importante de delitos de estas características y, por tanto, el juez tendrá que aplicar dichas medidas[22].

Tampoco consideramos relevante discutir si la incorporación al catálogo de consecuencias jurídicas del delito de medidas aplicables a las personas jurídicas supone o no el reconocimiento de su responsabilidad penal. Aunque conviene recordar que el catálogo de consecuencias accesorias previstas por el legislador corresponde prácticamente con las penas estatuidas por los ordenamientos que sí admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas[23]. Si bien, como decía von Kirschmann, «tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel de desecho»[24], en este caso concreto parece suceder todo lo contrario: el legislador ofrece pocas luces sobre los criterios de atribución de estas consecuencias, incluso en legislaciones que como la francesa optan claramente por la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Lo que hay que discutir, más que la naturaleza jurídica, son los criterios de aplicación, es decir, los principios que rigen el proceso de atribución de las consecuencias accesorias[25]. Esto es, los presupuestos de imputación de las mismas. No

21 Círculo vicioso que, por otro lado, está patente en toda la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: las personas jurídicas no son capaces de acción y/o culpabilidad, por lo tanto no pueden ser sujetos activos de delito y no se les puede imponer una pena. Para una resolución real de las demandas de prevención de la criminalidad de empresa y de acuerdo con las insuficiencias del sistema de responsabilidad penal fundado en una persona individual, es necesario salir de esa argumentación circular, fundamentando un sistema de imputación penal propio para las personas jurídicas. Cfr. más ampliamente Zúñiga Rodríguez, 2003: 227, 234 s. (la construcción de un injusto personal ha dominado toda la teoría del delito).

22 Como pone de manifiesto Arroyo 1998:14: «la responsabilidad es ya un hecho, sea mediante sanciones administrativas sea a través de consecuencias accesorias».

23 El art. 131 del CP francés establece el catálogo de «penas aplicables a las personas morales»: multa, disolución, prohibición de actividades, intervención judicial, cierre temporal, prohibición de concurrir a manifestaciones, comiso, publicación de sentencia, etc.

24 Citado por Kaufmann, 1999: 129, haciendo clara alusión al carácter acientífico de una ciencia que tiene por objeto algo tan azaroso como la ley positiva.

25 Cfr. en este sentido también Octavio de Toledo, 2002: 1141, para quien las consecuencias accesorias del art. 129 CP español (muy similar, como decimos, al peruano), plantea los siguientes problemas de aplicación: no se aclara el papel que debe jugar la persona física, existen dudas sobre la responsabilidad civil, no se establece nada sobre el descuento de las medidas cautelares

solo porque en la realidad se soslayan los principios o garantías que deben regir todo proceso de aplicación de una consecuencia jurídica[26], que suponga limitaciones graves de derechos, como lo son las consecuencias accesorias previstas en el art. 105 CP, sino porque incluso el debate de los últimos tiempos sobre el alcance de las garantías aplicables está en función de la clase de consecuencia jurídica aplicable[27].

En realidad, dado que se trata de medidas aplicables a las propias personas jurídicas por un juez penal, dentro de un proceso penal, por la comisión de delitos (hechos punibles), y tenemos un sistema penal basado en la responsabilidad personal, nos enfrentamos ante una serie de problemas que es importante dilucidar para lograr una cierta seguridad jurídica, necesaria si se quiere alcanzar los efectos preventivos invocados por la ley. Consideramos importante esclarecer y llegar al consenso, al menos, sobre los siguientes temas:

1.- ¿A qué personas jurídicas se pueden aplicar?
2.- ¿Cuál es el supuesto de hecho que da lugar a la imposición de una consecuencia jurídica: la responsabilidad individual de una persona o de la propia persona jurídica?
3.- ¿Qué principios rigen el proceso de imposición de las consecuencias accesorias?
4.- ¿Cómo se ejecutan estas consecuencias accesorias?

Dado que se ha optado por una metodología de análisis funcional de la institución consecuencias accesorias, antes de responder a dichas cuestiones, debe abordarse los alcances de los fines que el legislador pretende lograr con dichas medidas, esto es, qué objetivos pretende cumplir dentro del sistema de penas del

aplicadas y no se establece cuál debe ser el rol procesal de los « titulares » de la empresa a quienes debe darse audiencia.

26 Véase Vervaele, 1998: 71, quien destaca sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que la imposición de la confiscación, se ha sustraído peligrosamente a los principios y garantías tradicionalmente reconocidos en el Derecho penal.

27 No le es extraño a nadie que la rigidez de los principios penales ha estado asociada tradicionalmente a la gravedad de la sanción penal pena privativa de libertad. La discusión sobre repensar los principios de acuerdo al tipo de sanción ha sido introducida en España por Silva Sánchez (1999: 116 ss.), quien postula un derecho penal de dos velocidades: un sistema de reglas de imputación rígido en cuanto a las garantías cuando el hecho esté sancionado con pena privativa de libertad, y otro, sistema de imputación con principios más flexibles cuando se trata de penas no personales como las que estamos estudiando. Uno de los tantos problemas que podría traer esta propuesta es que con base en una decisión del legislador de no sancionar con pena privativa de libertad, podría rebajarse el nivel de garantías. Véase más ampliamente los inconvenientes de una rebaja del nivel de garantía en los nuevos ilícitos, Zúñiga Rodríguez 2001: 1437 ss.

ordenamiento penal. Un derecho penal orientado por el fin (Zweckrationalität) solo puede encontrar respuesta a las cuestiones fundamentales de sus instrumentos penales indagando qué objetivos político-criminales persigue con estos. En suma, el fundamento de las consecuencias accesorias se halla en sus fines, en lo que con ellas se busca alcanzar.

III. Fines perseguidos con las consecuencias accesorias: el fundamento en la prevención de conductas de la persona jurídica o la de sus miembros

Aunque el CP no hace expresa mención de los fines, el CP español —cuyos anteproyectos inspiraron al legislador peruano— sí lo hace inequívocamente. El párrafo 3 del art. 129 dice: «Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma».

Esta mención de ley ha dado pie a entender, como fundamento de las mismas, el fin de prevención especial perseguido con estas medidas. En efecto, hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia en entender que las medidas de intervención deben estar encaminadas a evitar la continuidad de la actividad delictiva y de sus efectos, por tanto, este fin debe ser expresado en la motivación de la sentencia, vinculando la medida al fin perseguido[28]. Sin embargo, cuando tratamos de desentrañar qué actividad delictiva se pretende prevenir, la de la persona jurídica o la de sus miembros, los acuerdos ya son mucho menores. Creemos que este es un tema fundamental para establecer si el supuesto de hecho se refiere a la responsabilidad de la propia persona jurídica o de las personas que actúan bajo su amparo.

Nuevamente estamos, indefectiblemente, ante un tema teñido por las preconcepciones que se tiene sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Quienes sostenemos que las personas jurídicas son capaces de delinquir no dudamos en afirmar que las mismas, en tanto sujetos distintos de sus miembros, son capaces de motivarse por la norma, esto es, se puede admitir respecto de ellas los efectos preventivos generales y especiales que el legislador demanda[29]. En cambio, para quienes las personas jurídicas no pueden realizar delitos, estas serían

28 Cfr. por todos Prats Canut, 1996: 627 s.

29 Cfr. Zúñiga Rodríguez, 2003: 227 ss., especialmente 230. Zugaldía, 2001: 886. Incluso desde posiciones finalistas Hirsch, 1993: 1113 reconoce que la prevención general y la prevención especial puede predicarse respecto a las asociaciones de personas. Para Bacigalupo Saggese, 1998: 366, el fin primordial de la pena en cuanto a la persona jurídica, al igual que a la persona física, es el establecimiento de la vigencia de la norma.

simplemente un instrumento en manos de los miembros con poder de decisión, a quienes el derecho penal debe dirigirse.

Dentro de este último grupo, destaca la postura de Gracia Martín[30], que ha tenido mucha acogida en la doctrina peruana[31]. Fundamenta este autor la imposición de estas medidas sobre la base de la «peligrosidad objetiva de la cosa», esto es, que la reacción penal responde a la peligrosidad de la persona jurídica, puesta de manifiesto a través de las acciones antijurídicas que realizan las personas físicas que actúan para ella. Según esta postura, claro está, las personas jurídicas no tendrían ninguna virtualidad para el derecho penal en tanto son meros instrumentos en manos de personas individuales que son a quienes debe sancionarse. No creemos que proceda ahora debatir sobre si las personas jurídicas son una ficción o una realidad, para así fundamentar si la norma penal debe dirigirse a las personas físicas que actúan en el seno de las personas jurídicas o a estas mismas. Este camino es a todas luces infértil. Nino[32] nos ofrece desde la filosofía analítica del derecho una concepción funcional de lo que debe entenderse por persona jurídica. Nos dice:

El enfoque correcto consiste en desistir de intentar definir la expresión «persona jurídica» de tal modo que ella denote algún tipo de entidades —sean seres humanos, organismos supraindividuales, o entes ficticios—, y centrar en cambio el análisis en las funciones que esta expresión cumple en distintos contextos, mostrando en cada caso cómo puede traducirse las frases en que ella aparece en otras frases que hacen referencia a hechos observables[33].

En tal sentido, lo importante es si en el contexto actual podemos sostener que las actividades de las personas jurídicas se asemejan a la de la persona física en cuanto capacidad criminógena y capacidad de determinación por la norma. En la medida en que la norma de determinación está vinculada no a la voluntariedad del comportamiento humano, sino a los destinatarios de la norma (Normadressaten), lo importante es a quién se pretende motivar con la misma. Es decir, a qué sujetos capaces de ser motivados se dirige la norma[34]. De hecho, la mayoría de las

30 Tamarit, 1996: 457.

31 Muy próximos Meini MéndeZ, 1999:195; Prado Saldarriaga , 2000: 184.

32 Nino, 1991: 232.

33 Véase en similar sentido Kaufmann, 1999: 216 s. «Correcta podría ser la concepción que no ve en la persona jurídica ni una persona en el mismo sentido y de la misma estructura real del hombre, ni, tampoco, solo una ficción que carece de toda realidad, sino una configuración real (de acuerdo con la *teoría de la finalidad patrimonial* una personalidad con finalidad) la cual, en comparación con los hombres, se puede caracterizar como *persona en sentido analógico*» (las cursivas son del autor).

34 En sentido similar Bacigalupo Saggese, 1998: 368; Zugaldía, 2001: 889.

disposiciones represoras de delitos socioeconómicos se dirige a la contención de riesgos en el ámbito de empresas, como los delitos laborales, financieros, societarios, contra la libre competencia, etc. Incluso puede sostenerse que las empresas y otras asociaciones, por moverse en el mundo jurídico y económico, son sujetos muy sensibles de ser motivados, pues sus comportamientos se rigen por la reputación, la fama, en suma, por la fiabilidad de sus consumidores[35].

En todo caso, consideramos que deben distinguirse dos supuestos muy distintos[36] desde el punto de vista teórico, aunque en la práctica muchas veces las fronteras se diluyen:

1.- La persona jurídica es un mero instrumento en manos de unos sujetos individuales que poseen fines criminales.
2.- La persona jurídica posee fines lícitos, pero por un defecto de organización pone en peligro o lesiona bienes jurídicos importantes.

En el primer caso, la instrumentalización de la persona jurídica es clara y se configura como un objeto peligroso en manos de unos sujetos que actúan dolosamente. Este actuar es propio de la criminalidad organizada que crea, mantiene, transforma y disuelve sociedades según sus fines ilícitos. En estos casos es de aplicación el tipo penal de asociación para delinquir del art. 317 CP. Nótese que en este supuesto está claro que la finalidad de la norma es prevenir la continuidad de la propia asociación, en tanto organización que tiene como fines o medios la comisión de delitos[37].

Distinto es el supuesto en el que una persona aprovecha el contexto de una persona jurídica para cometer un delito o este se produce por un defecto de organización o por políticas de empresa que desbordan los riesgos para bienes jurídicos. En estos casos es más fácil ver que la persona jurídica no es un mero instrumento en manos de unos determinados sujetos, sino que se produce un injusto

35 De hecho los escándalos económicos de los últimos tiempos en los Estados Unidos, casos Enron, Ercross, han dado lugar a una crisis de fiabilidad tal en los consumidores que ha revertido en una caída de los mercados bursátiles. Incluso, se han tipificado nuevos delitos de control de entidades financieras para atajarlos. Esto prueba que las empresas se mueven por su reputación y que esta es fundamental para sus logros económicos.

36 Véase más ampliamente Zúñiga Rodríguez 2003: 230 s. Siguiendo a Lampe, 1994: 706 ss., quien hace esta clasificación de injustos de sistemas complejos, aunque considera los dos supuestos enunciados más un tercero que sería el caso de las corporaciones criminales estatales (aparatos de poder organizados), a las que se les puede dar el mismo tratamiento que el de las asociaciones ilícitas, pero criminológicamente tienen algunas peculiaridades. A los efectos de la aplicación de las consecuencias accesorias que nos interesa, para las que claramente están fuera del supuesto de hecho las organizaciones estatales, nos basta con ambos supuestos.

37 Cfr. Reaño Peschiera, 2002: 300.

de organización; es decir, una lesión a bienes jurídicos fruto de un contexto de organización defectuosa[38]. Ejemplo de estos serían los delitos por infracción de las normas de prevención de accidentes laborales, los delitos contables de los casos Enron o Ercross, etc. Parece claro que aquí sí estamos ante actividades de empresa que se pretenden prevenir (defecto de organización, omisión por los delitos cometidos por los subordinados, etc.). El fundamento de prevenir la actividad delictiva de la propia empresa o de las actividades de los miembros que la conforman determinará un supuesto de hecho distinto, como se desarrollará en el acápite V. En todo caso, no se puede desconocer la capacidad real de dominio en el mercado y en el poder político de las grandes empresas, en momentos históricos en los que existen empresas multinacionales que poseen un volumen de negocios superior al de muchos Estados[39]. Dicha capacidad real de las grandes empresas las centra como eje de la criminalidad empresarial y la criminalidad organizada dentro del mercado internacional de nuestros días. Se estima que la criminalidad económica ligada al mundo financiero y a la gran banca recicla sumas de dinero superiores al billón de euros por año, esto es, más que el producto nacional bruto (PNB) de un tercio de la humanidad[40]. Sostener que las personas jurídicas no pueden ser sujetos directos de imputación penal significa realmente dejar fuera del alcance de sanciones graves a los sujetos económicos y políticos más importantes de nuestra era.

Por otro lado, debe resaltarse que el fundamento de las consecuencias accesorias del art. 105 CP es preventivo (general y especial) y no reparador[41], lo cual las acerca a las sanciones punitivas[42]. Significa esto que la amenaza de restricciones de derechos juega un papel motivador en los sujetos que la pueden padecer a los efectos de

38 Sobre los problemas de injusto, culpabilidad y penalidad, véase más ampliamente Zúñiga Rodríguez, 2000: 230 ss.

39 Cfr. Ramonet, 2002: 20: «El volumen de negocios de General Motors es superior al PIB de Dinamarca; el de Exxon Mobil excede al PIB de Austria. Cada una de las cien empresas globales más importantes del mundo vende más de lo que exporta cualquiera de los ciento veinte países más pobres. Estas macro-empresas controlan el 70% del comercio mundial».

40 Ramonet 2002: 14.

41 Como sí parece serlo el decomiso de los beneficios obtenidos por la persona jurídica del art. 104 CP, cuando se cometen delitos en su seno, pues están encaminados a cubrir subsidiariamente la responsabilidad civil. Sobre los aspectos sustantivos del comiso, véase Aguado, 2000, *passim* y, sobre los aspectos procesales y el carácter cautelar, San Martín Castro, 2002: 394 ss.

42 No es pacífico este concepto, pero mayoritariamente se entiende que las sanciones que suponen graves restricciones de derechos y tienen efectos preventivos, son de naturaleza punitiva, al margen de que se encuentren en el ordenamiento penal, penal especial o administrativo. Esta es una concepción que responde al derecho comparado que intenta establecer criterios comunes para las sanciones más allá del tipo de legislación. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que la confiscación es una pena por lo que le es de aplicación los principios del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, atendiendo a que la medida se impone

que se abstengan de delinquir. Hay dos elementos que deben analizarse para determinar el alcance preventivo de las medidas: la gravedad de las mismas y cómo este elemento redunda en la necesidad de proporcionalidad en su aplicación.

La gravedad de las consecuencias accesorias puede analizarse bajo dos aspectos acumulativos: primero, constituyen una grave restricción de derechos para la propia persona jurídica; segundo, despliegan una serie de efectos —incluso no buscados expresamente— para personas distintas de la persona jurídica objeto de sanción. En primer lugar, las medidas dispuestas por el art. 105 CP, pese a ser muy limitadas, si tenemos en cuenta las posibilidades existentes en la legislación extranjera[43], constituyen cuatro modalidades de graves limitaciones para el ejercicio social de la persona jurídica[44], y llegan incluso a la posibilidad de la disolución, que en términos análogos constituiría la pena de muerte. En segundo lugar, es preciso reconocer que la aplicación de dichas medidas despliega una serie de efectos sobre otras personas físicas o jurídicas, trabajadores, acreedores, socios minoritarios, consumidores, personas que han negociado con la persona jurídica, etc. Esto puede plantear serios problemas en la ejecución de la sentencia, incluso no previstos expresamente en la resolución en que se establece la medida. Por ejemplo, con la medida de suspensión de actividades se producen una serie de efectos, según sea el objeto social de la asociación. Es el caso del auto de suspensión de las actividades del partido político vasco Batasuna, que ha tenido como efectos la suspensión del derecho de reunión y manifestación, la suspensión de la actividad parlamentaria de sus miembros, el embargo de sus cuentas, el cierre de los locales vinculados a la actividad terrorista, la suspensión de las subvenciones estatales que tenía, etc. En cuanto a la suspensión de las actividades de cualquier

después de la acusación por una infracción, la naturaleza y finalidad de la medida y la gravedad de la misma. Cfr. Aguado, 2000: 81; Vervaele 1998: 79.

43 Por ejemplo, en otros ordenamientos se prevén las medidas de multa, pérdida de subvenciones, pérdida de beneficios fiscales, aplicación de beneficios económicos a fines sociales, publicación de la sentencia, prohibición de contratar con empresas públicas, reparación del daño causado, etc.

44 La titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas es un tema también hoy discutido en el derecho constitucional. Ni la Constitución Peruana ni la Constitución Española contienen ninguna disposición al respecto, pero el TC ha reconocido, en relación con ciertos derechos fundamentales vinculados a la tutela judicial efectiva, la titularidad de las personas jurídicas. Cfr. Figueruelo, 1990: 62: »...la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de estos no corresponde solo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se insertan en grupos y organizaciones. De este modo se reconoce la titularidad de los derechos fundamentales a la persona jurídica de derecho privado (art. 18.2 CE) –Cfr. sentencia del TC 137/1985, de 17 de octubre». Precisamente este es uno de los argumentos fundamentales de quienes consideramos recomendable la punibilidad de las personas jurídicas, el del reconocimiento de sus derechos y garantías.

empresa nos podemos enfrentar a limitaciones en los derechos de los trabajadores, como restricciones salariales, suspensión de pagos a acreedores, suspensión de las obligaciones contraídas con los consumidores, suspensión de reparto de beneficios a los accionistas, etc. Nótese que las medidas pueden tener efectos para terceras personas absolutamente ajenas a la comisión de delitos, como puede ser un proveedor de un bien legal para la persona jurídica.

Dado el extraordinario despliegue de efectos que puede tener la aplicación de las consecuencias accesorias contempladas en el art. 105 CP, solo pueden ser legítimas en un Estado de derecho en la medida en que sean idóneas para prevenir la actividad delictiva que desarrollan quienes son sancionados, esto es, solo están justificadas cuando cumplan con el principio de proporcionalidad que rige toda forma de intervención que suponga, como es el caso, una grave restricción de derechos.

En efecto, dado el extraordinario poder criminógeno que pueden desplegar las personas jurídicas, sujetos centrales de muchos delitos socioeconómicos, el fundamento de las sanciones como las contempladas en el art. 105 CP no puede ser otro que la intervención proporcional (idónea y necesaria) para prevenir la continuidad de la actividad delictiva de las mismas. Así se establece expresamente en el párrafo 3º del art. 129 del CP español[45]. El principio de proporcionalidad posee una triple dimensión[46]: la intervención restrictiva de derechos por parte de los poderes públicos debe ser adecuada, necesaria y proporcionada. Adecuación o idoneidad significa que la consecuencia accesoria seleccionada debe ser apta para alcanzar el fin de prevenir la actividad delictiva de la persona jurídica[47]. Necesidad

45 También la jurisprudencia española lo entiende así. En el Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª), de 26 julio 1999, Recurso de Queja N. 55/1999 (ARP 1999\2608, Base de Datos Aranzadi), por el que se desestima la medida consistente en la clausura y suspensión de las actividades de las empresas «Orain, SA», «Ardatza, S.A.», «Hernani Imprimategia, SA» e «Irigane, SL», que se extiende a los medios de comunicación «Egin» y «Egin Irratia», medios de prensa y propaganda vinculados a la organización terrorista ETA. El juez argumenta »... resulta lógico que el art. 129.3 CP condicione la aplicación de las medidas consistentes en la clausura de la empresa y la suspensión de sus actividades, a que se encuentre orientada a prevenir la continuidad de la actividad delictiva, único fin que, consiguientemente, puede justificar su adopción y mantenimiento.

46 Véase más ampliamente, Aguado 1999: 147 ss.

47 La Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 23/2001 Salamanca (Sección Única), de 12 marzo (ARP 2001\418, Base de Datos Aranzadi), que acordó el cese de la actividad ilegal de alquiler de toda clase de fonogramas, prohibiendo al condenado expresamente su reanudación en lo sucesivo, ya sea bajo su titularidad personal ya bajo la cobertura de la Asociación Charra del Compact, a la cual se deberá hacer extensiva dicha prohibición o cese de la actividad y acordando el comiso de todos los fonogramas del establecimiento y la publicación, fundamenta la adecuación de la medida en los siguientes términos. «En cuanto a la finalidad de la medida es

denota que el juez no podía optar por otra medida igualmente eficaz para lograr el fin de prevenir la continuidad delictiva de la persona jurídica[48]. Proporcionalidad estricta significa que el sacrificio del derecho correspondiente debe guardar una razonable proporción o equilibrio con los bienes jurídicos que se pretenden salvaguardar, esto es, que el juez deberá tener en cuenta si la medida seleccionada, los efectos restrictivos de derechos que supone para la propia persona jurídica y otras personas, guardan razonable equilibrio con el fin preventivo de impedir la continuidad delictiva de la persona jurídica. Todos estos extremos han sido tenidos en cuenta en la jurisprudencia española, fundamentalmente en lo atinente a la criminalidad organizada terrorista[49].

---

evidente que se hace necesario en el presente caso, dado el tiempo de permanencia del acusado en la ilícita actividad, articular un mecanismo encaminado a prevenir la continuidad en la misma así como sus efectos. Pero esta finalidad difícilmente se consigue si solo se acuerda el cese de la actividad llevada a cabo respecto de los compactos a que se refiere la presente causa, pues no cabe duda de que el acusado podrá continuar alquilando fonogramas con otros títulos de los mismos o de distinto sello de las mismas o de otras casas discográficas y esto hace necesario que la medida a adoptar sea la de prohibición temporal de realizar en el futuro cualquier actividad, operación mercantil o negociar con cualquier fonograma (CD de contenido musical, ya que en el establecimiento se realizan otras actividades lícitas) con carácter temporal durante 2 años y 6 meses, según lo puesto en el art. [129.1.d] del Código Penal».

48 Nótese que la temporalidad de las medidas de los arts. 105, inc. 1º, 2º y 4º, debe fundamentarse en este subprincipio de necesidad. Así, el Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª), de 26 julio 1999, Recurso de Queja núm. 55/1999 (ARP 1999\2608, Base de Datos Aranzadi) fundamenta: «Hemos de insistir ahora en que la situación de necesidad que justifica la limitación del derecho debe estar presente no solo en el momento mismo de la adopción de la medida, sino también durante todo el tiempo en que esta despliega sus efectos, cuestión fundamental cuando, como sucede en este caso, se trata de la aplicación de medidas con efectos duraderos. De ahí, nuestra preocupación por imponer una evaluación constante de la necesidad de mantener la clausura del medio de comunicación, aquilatando al máximo la temporalidad de la intervención, pues lo que en un determinado momento puede resultar necesario y, por tanto, justificado, puede dejar de estarlo transcurrido un cierto tiempo por la desaparición de los elementos fácticos que constituyen la base jurídica de la medida, de tal modo que desaparecida la situación de peligro, una vez se haya alcanzado el fin o incluso cuando resulte patente que el fin ya no podrá ser alcanzado, dicha medida dejará de estar justificada por inadecuación temporal sobrevenida de la situación de necesidad».

49 Así, en el Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª), de 26 julio 1999, Recurso de Queja núm. 55/1999 (ARP 1999\2608, Base de Datos Aranzadi, se fundamenta. «Por último, hemos de señalar que el hecho de que una medida sea adecuada y suponga el menor menoscabo posible para los derechos de los particulares y los intereses de la generalidad no significa que se encuentre indefectiblemente justificada. En efecto, también es preciso que la eventual lesión sobre los derechos afectados no se encuentre fuera de toda proporción con relación a los beneficios derivados de la efectiva realización del fin puesto en peligro y a cuya protección se atiende. Rebasado dicho límite, la medida no puede considerarse justificada por provocar unos efectos negativos sobre los bienes o intereses de los particulares o de la

IV. ¿A qué personas jurídicas se pueden aplicar?

El precepto analizado contempla la posibilidad de aplicar consecuencias accesorias cuando un hecho punible fuere cometido «en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización».

Un primer aspecto a analizar para establecer el ámbito de aplicación de estas medidas es qué sujetos pueden ser objeto de este tipo de consecuencias accesorias. El segundo aspecto, «el actuar en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica» va a ser analizado en el siguiente acápite. El legislador es bastante formalista al establecer como sujeto de imputación para estas medidas solo la persona jurídica, pues los términos «o utilizando su organización» tienen que entenderse referidos siempre a una persona jurídica, ya que una interpretación disyuntiva que permitiese su aplicación a una sociedad de hecho sería realizar una interpretación extensiva impropia cuando se trata de extender la punibilidad. Los términos «en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización» deben entenderse simplemente como las dos modalidades de actuación delictiva en el ámbito de personas jurídicas antes reseñadas: delito en el ámbito de organización-persona jurídica o delito instrumentalizando la persona jurídica.

El CC, en la Sección Segunda del Libro I de Personas, regula las personas jurídicas de derecho privado, pues las de derecho público se rigen por su ley de creación (art. 76), señalando como clases de personas jurídicas a la asociación, la fundación y el comité. El CP (art. 105.2) se refiere también a otros entes colectivos susceptibles de personalidad jurídica como la sociedad y la cooperativa. La Ley General de Sociedades y el Código de Comercio tampoco ofrecen muchas luces. Dado que la legislación no parece brindar un concepto definido de lo que es persona jurídica, conviene acudir a la doctrina especializada.

Federico De Castro[50], una de los mayores especialistas en el tema, define la persona jurídica como «un conjunto de personas (tipo asociación) o en una organización (tipo fundación), que constituyen unidades cerradas herméticamente, con propia e inviolable zona íntima; y, siempre, como la persona física,

generalidad, manifiestamente desproporcionados en relación con los efectos positivos derivados de la realización del fin. Lógicamente, desde esta perspectiva, cuanto más importante sea el fin y más inminente y grave la situación de riesgo mayores serán las limitaciones admisibles. De igual modo, cuanto mayor sea el interés jurídico del particular o de la comunidad afectado por la injerencia, mayor deberá ser la importancia del fin y más actual e inminente la situación de riesgo para que resulte justificada la medida adoptada por la situación de necesidad. De esta forma, a través de la noción de proporcionalidad en sentido estricto se proscribe cualquier medida que provoque un perjuicio fuera de toda proporción en relación con el resultado pretendido».

50 De Castro, 1991: 268.

con la capacidad de sujeto de derechos y obligaciones, participando como tal en el tráfico jurídico por medio de sus órganos». El mismo autor señala que:

> La energía intrínseca de la persona jurídica se ha visto en el aislamiento de su patrimonio, respecto al que tendrán condición de terceros los patrimonios de sus miembros. Bautizar de persona jurídica una organización cualquiera llevaría siempre consigo el mismo efecto mágico, la irresponsabilidad personal de quienes la manejan y se aprovechan de ella [...] Este resultado, no puede negarse, producirá grandes ventajas prácticas en el campo financiero e industrial. Los socios confían sus aportaciones a los gerentes de la empresa, se desentienden de todo lo que no sea embolsar las ganancias, y lo hacen con la tranquilidad de no poner en riesgo su patrimonio personal; mientras que los administradores pueden actuar con la libertad que da el utilizar dinero ajeno. Procedimiento de capitalización de las empresas, tan facilitado por la figura de la Sociedad Anónima persona jurídica, que hace de esta un instrumento de la mayor eficacia, decisivo, para el desarrollo económico moderno[51].

La meridiana claridad de las palabras del autor nos demuestra la utilidad de la institución persona jurídica, precisamente, para el ámbito de las sociedades que se constituyan como tal, esto es, con la inscripción en el registro respectivo (art. 77 CC), por lo que no creo que queden dudas sobre la aplicabilidad de las consecuencias accesorias a las mismas[52]. El CC español sí considera claramente entre las personas jurídicas tipo asociación a las asociaciones mercantiles o industriales (art. 35).

La formalidad que supone la constitución de una persona jurídica (inscripción en los registros) plantea la cuestión de si pueden ser sujetos de consecuencias accesorias las asociaciones de hecho, las organizaciones no formalizadas, las sociedades de hecho. Según una interpretación de lege lata no pueden serlo porque el legislador expresamente se refiere a persona jurídica «o utlizando su organización». Se tendría que entender una organización formalizada y así el legislador alude a los dos supuestos planteados: personas jurídicas reales y personas jurídicas «fantasmas» que utilizan su organización, pero siempre son personas jurídicas. Ahora bien, se les podrá aplicar el tipo penal de asociación ilícita del art. 317 CP. De lege ferenda debería admitirse de la responsabilidad penal de las organizaciones de hecho.

51 De Castro, 1991: 270.

52 En sentido similar Meini, 1999: 73: «Optamos pues por un concepto empresarial de persona jurídica que nos permita, sobre la base de su participación en el mercado, evaluar la posibilidad de imponerle sanciones».

Importancia adquiere la aplicación de las consecuencias accesorias en el ámbito de la criminalidad organizada. En España, Silva Sánchez ha destacado cómo a lo largo de 10 años de vigencia del CP se han aplicado mayoritariamente las consecuencias accesorias en este ámbito (principalmente tráfico de drogas, prostitución, propiedad intelectual) y en el del terrorismo, y son prácticamente inexistentes las resoluciones judiciales que conciernen a la criminalidad de empresa[53].

Otra cuestión que se puede dilucidar de lege ferenda, pues el art. 105 CP es taxativo, es si se podría aplicar las consecuencias accesorias a las personas jurídicas de derecho público, en relación con su responsabilidad penal. El art. 121 CP francés se pronuncia afirmativamente de manera expresa, exceptuando de la responsabilidad penal al Estado, así como a otros sujetos de especial trascendencia pública, como los partidos políticos y los sindicatos. Esto se explica por los antecedentes históricos franceses de utilización de la penalización de estas asociaciones con finalidades de persecución política. Respecto a los partidos políticos y sindicatos, parece más aconsejable considerarles exentos de responsabilidad penal, dado que también en España, por la vía del delito de asociaciones ilícitas, se les ha perseguido penalmente[54], y así se ha podido utilizar otras vías legislativas, como la Ley de Partidos o las leyes laborales para someterlos a la ley. Más controvertida resulta la cuestión de la responsabilidad penal del Estado y de los organismos públicos. El legislador francés, en su momento, se planteo el problema y decidió que, teniendo el Estado el monopolio del derecho penal no se puede castigar a sí mismo[55]. Aun así, estableció excepciones, en el art. 121.2 inc. 2 CP: «cuando se trata de infracciones cometidas en el marco de las actividades que pueden ser objeto de convenciones de delegación de servicio público» (transporte escolar, recogida de basura, distribución de agua, etc.), las personas jurídicas sí responden penalmente. El legislador estaba refiriéndose a los casos, muy frecuentes en nuestros días, de delegación a empresas privadas del servicio público. No se entendería que estas empresas, por desarrollar un servicio público estén exentas de responsabilidad penal. En general, las demandas mayores de esta responsabilidad se centran en las empresas públicas y en las empresas privadas subcontratadas por el Estado para desarrollar un servicio público. En estos casos, el tratamiento penal debería ser como el de cualquier empresa, asumiendo su responsabilidad, incluso penal.

53 Silva Sánchez, 2006: 4: «la disolución de la sociedad, asociación o fundación no se ha acordado nunca; la intervención de la empresa solo en una ocasión. La consecuencia accesoria aplicada de modo general ha sido la clausura temporal de establecimientos». Se observa cierta renuencia de los jueces para imponer consecuencias accesorias en el ámbito de la criminalidad de empresa. Cfr. Tamarit, 2002: 1164.

54 Cfr. García Pablos, 1977: 17 ss.

55 Cfr. Pradel, 1996: 84.

El asunto de la responsabilidad penal de los organismos públicos resulta más debatido. En España, lamentablemente, tenemos ejemplos de estos supuestos en los que todo el organismo público, como el ayuntamiento de Marbella, se dedicaba a realizar una serie de delitos de corrupción y socioeconómicos. Al margen de la imputación por el delito de asociación ilícita del art. 515.1 CP español, cabe preguntarse, de lege ferenda, por la propia responsabilidad penal del ente. En Holanda, se ha debatido este tema vivamente a propósito de casos de catástrofes seguidas de muertes en las que se apreciaban errores de la administración en la concesión, autorización y control de las actividades de riesgos. Parece que para estos casos debería seguirse ciertas reglas: 1) El organismo público no puede considerarse penalmente responsable por el servicio público o la función pública que desempeña, porque esto daría lugar a la utilización de la vía penal frente a la que debería primar, que es la responsabilidad política o administrativa en estos casos. La huida hacía la vía judicial para la resolución de los conflictos políticos no parece una solución deseable. 2) Tanto el Estado, como los Tribunales y el Ministerio Público, deberían ser excluidos de responsabilidad penal, pues ellos mismos encarnan la potestad punitiva[56]. En todo caso, cualquier demanda de responsabilidad penal a los organismos públicos debería centrarse en las infracciones graves de control y vigilancia que les corresponde, que ocasionen daños graves a bienes jurídicos importantes.

Todos estos aspectos no hacen más que mostrar la inmensa complejidad del tema de lo sujetos a los que se les puede aplicar consecuencias accesorias desde un punto de vista teórico, cuestión vinculada a la posible responsabilidad penal de los mismos.

V. El supuesto de hecho de las consecuencias accesorias

De acuerdo a que se entienda que el fundamento de las consecuencias accesorias es la prevención de la actividad de la propia persona jurídica o la de sus miembros responsables del delito, se podrá establecer que dichas medidas tienen como supuesto de hecho la imposición de una pena a un sujeto responsable (responsabilidad derivada) o no requieren la previa imposición de una pena a un sujeto, sino la comisión de un delito en el seno de la persona jurídica (responsabilidad directa).

56 Cfr. en este sentido Vervaele 2006: 62 ss. Ahora bien, distinta es la cuestión de la responsabilidad penal por crímenes internacionales en la que responden los miembros de un Estado por delitos contra la Humanidad, quienes responderían con una responsabilidad individual por un hecho colectivo. Cfr. Ambos, 2006: 160 ss.

La cuestión va más allá de la mera descripción legal, como se ha puesto en evidencia en el caso francés, pues aunque el legislador contemple la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas y/o, como es nuestro caso, establezca un catálogo de medidas aplicables a las mismas, lo que no está resuelto de ningún modo es si se requiere previamente la imposición de una pena a un sujeto responsable o si se pueden aplicar independientemente de la responsabilidad personal. En realidad, como enseguida se verá, se trata de un problema de fondo, de concepción sobre el supuesto de hecho que da lugar a la consecuencia jurídica. Es de destacar la experiencia francesa que, ante la misma disposición legal (art. 121 CP francés), la jurisprudencia ha resuelto en diferentes casos de manera disímil. En algunos supuestos ha requerido la imposición de una pena y, en otros, ha dispuesto la aplicación de la medida independientemente de la responsabilidad personal de los autores. En el primer caso, la mayoría de resoluciones judiciales francesas han dispuesto que la persona jurídica solo puede incurrir en responsabilidad si se ha identificado una persona física en la que pueda apreciarse dolo o culpa. Según esta postura, la responsabilidad del ente jurídico no es más que una responsabilidad por reflejo. No obstante, hay casos en que se presentan dificultades para determinar la persona física responsable, en cuyo caso la práctica judicial francesa no ha dudado en admitir que «basta con que la infracción pueda ser imputada a una persona física, aunque no esté identificada, para que la persona jurídica sea condenada»[57].

Nuevamente, la decisión sobre el supuesto de hecho tiene como presupuesto la concepción que se tenga sobre la posibilidad de imputar responsabilidad penal al propio ente jurídico. Cabe afirmar que la mayoría de autores, siguiendo esa lógica, consideran que las consecuencias accesorias requieren previamente de la imposición de una pena, teniendo como juicio previo la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas[58]. Sin embargo, es preciso hacer ciertas matizaciones. Hay autores que, aunque no admiten la responsabilidad penal de las asociaciones de personas, consideran como un supuesto de hecho la actuación antijurídica del ente, esto es, la comisión de un delito sin necesidad de determinar la responsabilidad personal basándose en la peligrosidad propia del mismo[59]. También hay autores que, aun admitiendo la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, consideran que es necesario buscar un sustrato humano, esto es, que la

57 Cfr. Pradel, 1999: 668 s.

58 En este sentido Pradel, 1999: 669 s.

59 Cfr. Tamarit, 1996: 457: «su aplicación no debe encontrar su principio legitimador en la comisión real del hecho antijurídico sino únicamente en el *peligro* de que este se realice y concretamente, a partir de él, en la *necesidad de protección de bienes jurídicos*».

persona jurídica solo es responsable de manera derivada de la responsabilidad de la persona física[60].

Este es uno de los temas más controvertidos y quizá el más importante porque determina la aplicabilidad de las consecuencias accesorias. ¿Se requiere una condena previa de una persona física para imponerlas? Una primera aproximación interpretativa literal pareciera indicar que sí, puesto que la palabra «accesorias» podría interpretarse como accesorias a las penas, pero esto restaría vigencia a la norma en la medida en que todos los supuestos de dificultades de determinación de la responsabilidad penal dentro del ámbito empresarial —que son muchos— quedarían impunes. En España, una gran mayoría de autores se decanta por la necesidad de, al menos, la realización de un hecho típico y antijurídico por parte de sujetos individuales[61]. Es decir, la declaración de una culpabilidad restringida —al menos— sería necesaria para imponer las consecuencias accesorias.

Incluso entre quienes estamos a favor de diseñar criterios de imputación para sancionar penalmente a las personas jurídicas, el tema del hecho de conexión o hecho de referencia resulta discrepante. Así, en España, Zugaldía, uno de los principales defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considera: «para que una persona jurídica pueda responder criminalmente es necesario que la acción realizada por la persona física (hecho de referencia) pueda ser considerada jurídicamente como propia de la persona jurídica»[62]. Aquellos que desde el año 2000 planteamos la necesidad de la construcción de una responsabilidad directa y propia de la persona jurídica, no creemos necesario que se requiera previamente la afirmación de la responsabilidad de una persona física para imponerle una sanción penal a la persona jurídica. Los trabajos doctrinales sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se basan en la autorresponsabilidad empresarial fundamentada en el reforzamiento de la corporate governance, como el de Heine[63] en Alemania y Gómez Jara[64] en España, se inclinan por un modelo autónomo de responsabilidad pues solo este modelo puede ser idóneo para vigorizar el mensaje de la norma de promover una cultura jurídica de respeto al control de los riesgos que se desarrollan al interior de la empresa. Creo que esta es la línea de investigación que se debe seguir en el futuro, puesto que la única manera de generar

60 Cfr. Pradel, 1999: 670. Aunque admite que en casos de extrema dificultad, «si por ejemplo, del examen del organigrama de la sociedad no permite determinar al responsable, podría adoptarse un sistema de presunciones (simples) de responsabilidad en cascada, como en materia de prensa».

61 Cfr. García Arán 2007: 88. También Tamarit, 2002: 1166 y Guardiola Lago, 2004: 127.

62 Cfr. Zugaldía 2008: 215 s.

63 Heine 1995: 271 ss. También hay trabajos en español.

64 Gómez Jara, 2005: 296 ss.

autorresponsabilidad en las empresas es declarándolas sujeto de imputación penal para todos los efectos. Claro que todavía quedan cuestiones por responder, pero deben ser poco a poco analizadas y discutidas por la doctrina[65].

Además, quienes asumen la necesidad de un hecho de conexión de una persona física para sancionar a la persona jurídica se encuentran con el problema de determinar la actuación de quiénes puede vincular a la persona jurídica[66]. Normalmente, se entiende que quienes representan a la persona jurídica u ocupan cargos de dirección en la misma vinculan con su actuación, dentro de los fines de la empresa, a la misma. Mayores problemas plantea el llamado «representante de hecho», la persona que aun no siendo representante legal ni miembro del equipo de dirección actúa en nombre de la empresa y la vincula con su actuación; por ejemplo, un contable, un asesor fiscal, un asesor legal, etc. Esta cuestión se ha analizado detalladamente respecto a la figura del actuar en nombre de otro, y cobra vigencia la tesis de considerar vinculante la actuación de estos miembros de la persona jurídica, en tanto realicen funciones relevantes en la misma (teoría funcional del representante)[67]. Para aquellos que consideran que se trata de una responsabilidad derivada, este sería el contenido de «actuar en el ejercicio de la actividad de una persona jurídica», ya sea que se asuma simplemente el representante formal o el representante funcional; para aquellos que fundamentamos la responsabilidad directa de la persona jurídica habría que establecer si se da un injusto de organización, como un injusto atribuible a la persona jurídica por defecto de organización u omisión del deber de vigilancia de la empresa[68].

Siempre la responsabilidad de un ente jurídico tiene que ser una responsabilidad vicaria[69], esto es, indirecta, pues el ente como es lógico no actúa por sí solo. Esto plantea problemas con la responsabilidad personal que ha caracterizado tradicionalmente al modelo de imputación penal, en el que coincide el sujeto que

65 Cfr. más ampliamente Zúñiga Rodríguez, 2007: 101 ss.

66 Cfr. Meini, 1999: 207 s.

67 Esta es la postura seguida por Meini, 1999: 207: «[...] cualquier persona puede, en principio, ser el autor del hecho punible a que se refiere el supuesto de hecho del art. 105 CP, esto es, no solo quienes representan a la empresa u ocupan cargos de dirección o gerenciales al interior de ella, sino incluso una persona que no tenga relación alguna con la persona jurídica». Sobre el representante de hecho en el derecho penal, véase García Cavero, 1999, *passim*. La tesis del representante funcional como hecho de conexión de la responsabilidad de la organización ha sido asumida por el Corpus Juris (art. 14 de la primera versión de 1997 y art. 13 en la versión 2000), el cual constituye el resultado del trabajo de un grupo de expertos encargados de armonizar los principios generales penales de los Estados miembros de la UE, en clara influencia de Tiedemann.

68 Cfr. Zúñiga Rodríguez, 2003: 230 ss.

69 Cfr. sobre las clases de responsabilidad en la teoría general de derecho, Nino, 1991: 187 ss.

cometió el injusto y el que es objeto de sanción. Sin embargo, ya se ha visto cómo la proliferación de nuevas sanciones y la complejidad de las organizaciones, en cuyo seno se cometen delitos, hacen que hoy no siempre coincida el sujeto que actúa con el que es objeto de sanción, sino se imponen sanciones de tipo patrimonial a las propias organizaciones, como las consecuencias accesorias que comentamos y el decomiso. Esto es, la aplicación de las consecuencias accesorias siempre puede conculcar el principio de personalidad de las penas, en tanto afecte intereses de terceros ajenos al comportamiento delictivo. Este no puede ser, entonces, un argumento para fundamentar la necesidad previa de imposición de una pena.

Lo importante es si, desde el punto de vista del fundamento de las consecuencias accesorias, esto es, de la prevención de conductas delictivas que se realizan en el seno de personas jurídicas, debe requerirse previamente la individualización de la pena para su imposición o es posible imponerlas al margen de la responsabilidad individual de sus miembros. Silva Sánchez[70] ya denunció en España que si se requiere la individualización previa del delito cometido, el alcance efectivo de la regulación del art. 129 del CP español es bastante limitado, pues precisamente no se podrá aplicar cuando más se necesita, cuando no se ha logrado individualizar la responsabilidad de los autores del delito, cuestión que es precisamente la dificultad mayor de los delitos cometidos en el ámbito de organizaciones. Cabe afirmar que cuando hablamos de la dificultad para individualizar la responsabilidad penal en los delitos cometidos en el seno de organizaciones, no estamos hablando de un problema de prueba, sino de auténticas dificultades de imputación. Esto es, en muchos casos el comportamiento delictivo está disociado en su parte volitiva y ejecutiva en muchas personas que actúan aportando diversas clases de conductas que dan lugar a la lesión del bien jurídico[71]. Esta complejidad se hace aún más evidente cuando hablamos de la moderna empresa en la sociedad de la información y en el mercado globalizado, donde la organización de la misma ya no es vertical-jerárquica como tradicionalmente lo ha sido, sino que se organiza en redes multidireccionales, la mayoría de las veces vinculadas a una gran empresa, donde las estructuras son altamente descentralizadas y muy flexibles de acuerdo a la flexibilidad de los mercados[72]. Siguiendo la definición de Castells[73]: «La "empresa horizontal" es una red dinámica y estratégicamente concebida de unidades autoprogramadas y autodirigidas basadas en la descentralización, la participación

70 Silva Sánchez, 1996: 363.

71 Véase sobre las deficiencias del modelo de responsabilidad individual para sancionar los delitos cometidos en el seno de organizaciones Zúñiga Rodríguez, 2003: 163 ss.

72 Cfr. Castells, 2001: 201 ss. Llamado también modelo postfordista de organización empresarial.

73 2001: 216 s.

y la coordinación». Es decir, el modelo organizativo propiciado por el cambio tecnológico y las nuevas necesidades de un mercado muy competitivo y cambiante, donde los riesgos se diversifican en la red, ya no se define como un conjunto de medios orientados a unos fines comunes, sino que la empresa-red está constituida por un sistema de redes interconectados, pero a la vez autónomos en sus fines.

En una red-horizontal, flexible, autónomamente regulada, con fines propios, pero vinculados a una gran empresa, difícilmente se puede establecer el núcleo de decisión de los comportamientos ilícitos. Precisamente parece ser este nuevo modelo organizativo el que ha propiciado el avance de la gran criminalidad organizada internacional en la última década[74]. La mafia de corrupción y poder de Fujimori-Montesinos, la red terrorista de Osama Bin Laden o la organización terrorista ETA[75] son ejemplos paradigmáticos de este nuevo modelo en red, en el que empresas y asociaciones lícitas y organizaciones criminales con fines terroristas se entrecruzan orientadas por unos fines de tipo político, pero también de lucro ilícito. Sin desmedro de las responsabilidades personales, hay una serie de personas —pero también empresas y asociaciones— que han colaborado en la realización de los ilícitos, en las que la responsabilidad individual es difícil de deslindar. Además del procesamiento por delitos concretos de personas determinadas, contamos con el delito de asociación para delinquir del art. 317 CP, pero igualmente se aplica a personas concretas y no se puede sancionar la participación de asociaciones en asociaciones ilícitas. En organizaciones o empresas-red, y en los momentos actuales que muchas grandes empresas tienen más poder político y económico que muchos Estados del mundo, si no se puede detectar el núcleo directivo de las organizaciones ni el grado de contribución al delito de los diversos participantes, lo que va a suceder es la «irresponsabilidad organizada» que predicaba ya en 1979 Schünemann.

El escollo dogmático más importante que existe para sancionar penalmente a las asociaciones y, por tanto, establecer como supuesto de hecho de las consecuencias accesorias la realización de una conducta de organización, es que se considera que de estas no se puede predicar el dolo o la culpa, elemento esencial de toda

74 Felizmente este modelo organizativo no solo sirve para el asociacionismo *malo*, sino también ha servido para que las ONGs del mundo se intercomuniquen y crezcan en la coordinación de sus objetivos, llegando a liderar un movimiento contundente contra los efectos nocivos de la globalización (El Foro Social de Porto Alegre).

75 El Auto de 8 de octubre de 2002 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España que confirma los autos del Jugado de Instrucción N. 5 (Juez Baltasar Garzón), por los que se suspenden las actividades del partido político vasco Batasuna, establece que del sumario indiciariamente se desprende «no solo la sinergia y la mutua instrumentalidad entre ETA militar y Batasuna, sino también que la primera dirige a la segunda en el campo de actividades de Batasuna».

infracción penal. Es decir, las personas jurídicas carecerían de los elementos subjetivos para imputar una sanción en clave penal. Esta postura de imposibilidad conceptual de elementos subjetivos en la persona jurídica se basa en una concepción de los mismos a partir de la persona humana, concretamente a partir de la voluntad humana. A ello cabe responder con dos argumentos concretos. Primero, sí es posible concebir elementos subjetivos en empresas y organizaciones. No solo debido a la práctica real de la imposición de sanciones a empresas por el derecho de la libre competencia de la Unión Europea, sino también desde el punto de vista doctrinal se puede concebir una construcción de dolo o culpa de organización. El dolo, abandonando el elemento volitivo, puede conceptuarse como la conciencia del riesgo para los bienes jurídicos; y la culpa se puede concebir como la ausencia de conciencia evitable del riesgo para bienes jurídicos[76].

Segundo, no solo es posible concebir, sino incluso es obligatorio requerir los elementos subjetivos de dolo o culpa en la infracción de la propia persona jurídica, según lo predican las últimas tendencias en el derecho sancionador administrativo y como ya sucede en este mismo. Si estamos ante consecuencias jurídicas que no solo restringen derechos de las propias personas jurídicas, sino que tienen efectos restrictivos en personas físicas, como pueden ser los trabajadores, los acreedores o los socios minoritarios, etc., indudablemente habrá que predicar la garantía de culpabilidad para sancionarla. Así el TC español, en sentencia N. 246/1991, considera que para establecer la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas debe aplicarse también criterios de dolo o culpa derivados de su propia naturaleza. La misma fundamenta: «Falta en ellas el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidas. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz».

En suma, no solo es importante concebir desde un punto de vista político-criminal como fundamento de las consecuencias accesorias la prevención de conductas dolosas o culposas de la propia persona jurídica, sino que es posible hacerlo desde el punto de vista dogmático concibiendo categorías de dolo y culpa especialmente pensadas para las organizaciones. Además, ya se reconoce la posibilidad de penalizar directamente a la asociación, independientemente de la responsabilidad penal de los autores que concretamente intervinieron en la ejecución de

76 Siguiendo la teoría del Tribunal de Justicia de Comunidad Europea para los delitos contra la libre competencia se han desarrollado estos conceptos, teniendo en consideración la teoría cognitiva del dolo (Laurenzo Copello 1999, *passim*), más ampliamente, véase Zúñiga Rodríguez 2003: 237 ss.

los delitos programados por la asociación, fundamentalmente cuando se trata de personas jurídicas instrumentalizadas por sujetos u organizaciones ilícitas[77]. Para dar paso de establecer como supuesto de hecho de las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas es necesario siempre un injusto de la propia organización, no solo por las dificultades de individualización de responsabilidad ya consignadas, sino, sobre todo, porque de lo contrario la aplicación de las mismas dependería invariablemente de una responsabilidad personal (responsabilidad derivada), y ello limitaría sobremanera el alcance preventivo de las medidas.

VI. El proceso de imposición de las consecuencias accesorias

El hecho de que las consecuencias accesorias sean impuestas en un proceso penal, donde las personas imputadas son personas físicas, plantea una serie de problemas. Está claro que el aparato de garantías asociadas al derecho de defensa del imputado en el proceso penal está concebido en función de la gravedad de los derechos conculcados con la pena. Se ha visto que las consecuencias accesorias, si bien no son penas personales, sí despliegan una serie de efectos que suponen restricciones de derechos no solo para la propia persona jurídica, sino también para una serie de personas físicas o jurídicas, por lo que el asunto de las garantías procesales es de suma relevancia. Vamos a analizar los problemas procesales más puntuales:

1. Situación procesal de la persona jurídica en el procedimiento penal

La persona jurídica no es parte en un proceso penal, por eso mal puede defender sus derechos[78]. A lo sumo puede constituirse en tercero civilmente responsable en

77 Cfr. Tamarit, 1996: 457 (véase nota 53). Además la jurisprudencia última de suspensión de las actividades del partido político vasco, el Auto de 8 de octubre de 2002 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional que confirma el auto de 26 de agosto de 2002, admite la tesis de que «bien puede ocurrir que durante la instrucción del proceso queden antes evidenciadas las actividades delictivas en el seno y en el objeto real de la organización, y una vez descubiertas, se puedan perfilar nítidamente los indicios racionales de criminalidad en personas individuales». Esto es, respecto a las vinculaciones entre responsabilidades individuales y responsabilidad de la organización, si bien lo normal es que la responsabilidad penal de sus miembros denoten la responsabilidad de la organización, no se puede desdeñar la posibilidad de que antes de comprobar la responsabilidad penal individual queden evidenciadas las actividades delictivas de grupo y en el objeto real de la organización. Por tanto, la jurisprudencia asume una responsabilidad directa e independiente de la organización respecto de sus miembros.

78 El auto de 26 de febrero de 2002 que comentamos el juez lo dice claramente. «en el ordenamiento penal y procesal penal vigente, no se ha previsto la inclusión de la persona jurídica en el

lo referente a la aplicación del comiso de las ganancias de manera subsidiaria del art. 104 CP. Por otro lado, el objeto del proceso penal tiene que ser la resolución de la causa sometida a conocimiento del juez, esclareciendo el hecho criminal imputado[79]. En un proceso de estas características orientado a establecer la responsabilidad individual de un(os) sujeto(s), la determinación del supuesto de hecho que lleva a aplicar una medida a una persona jurídica es bastante extraña al objeto procesal. Si se entiende, como la mayoría de autores, que estas medidas son accesorias a la responsabilidad individual de un sujeto, ello no plantea demasiados problemas pues bastará condenar a un sujeto que haya realizado el delito en el ámbito de una persona jurídica para poder aplicarle a esta alguna de las consecuencias accesorias del art. 105 CP[80], caso en el cual, como se ha visto, restringimos notablemente el ámbito de aplicación de las mismas. Pero como hemos indicado, para aquellos que consideramos que el supuesto de hecho de las mismas es la prevención de la actividad delictiva de la propia persona jurídica, la aplicación de las consecuencias accesorias será independiente de la responsabilidad criminal del autor, por lo que en estos casos no se ha agenciado un procedimiento para articular los derechos de la persona jurídica[81].

2. Medidas definitivas o medidas cautelares

Aunque el CP peruano no lo diga expresamente como sí lo hace el Código Penal español, nos planteamos si estas consecuencias accesorias pueden ser aplicadas como medidas cautelares[82]. Esto es, si antes de finalizar el proceso el juez penal puede establecer la suspensión de las actividades de la sociedad. De acuerdo a la letra literal del art. 105 CP y a las normas de procedimiento penal vigentes, solo se podría pensar en la suspensión inmediata de la actividad de la empresa, así

proceso». Finalmente la comprende como parte pasiva en el proceso, situación procesal que es en todo caso muy limitada para ejercer sus derechos de defensa.

79 Cfr. Oré Guardia, 1999: 17.

80 Esta es, por otro lado, la postura mayoritaria de la doctrina en el Perú (Meini, 1999: 211 y Prado Saldarriaga , 2000: 185) y también la de la jurisprudencia. El auto objeto de análisis dice.» [...] dichas consecuencias o medidas son de carácter facultativo para el juzgador, las mismas que además serán de aplicación, de ser el caso, al momento de expedirse la sentencia condenatoria». Nótese que la doctrina y jurisprudencia hablan de condena, con lo cual, no basta con la existencia de un hecho antijurídico sino que además debe ser culpable. Si el sujeto actúa en estado de justificación o inculpabilidad no podrían aplicarse tales medidas accesorias.

81 Demandando la necesidad de articular un proceso penal contra la persona jurídica, cfr. Zugaldía, 2001: 898.

82 Para Meini 1999: 212, sí es posible la aplicación de las consecuencias accesorias como medidas cautelares.

como la clausura temporal o definitiva del establecimiento, en el supuesto que contempla el art. 314 CP para los delitos contra el medio ambiente. Incluso en estos casos, las consecuencias accesorias no son facultativas como generalmente se entienden, sino obligatorias para el juez cuando se está realizando la actividad contaminante (p. 502).

De lege lata, si la doctrina mayoritaria establece que la consecuencia accesoria solo puede imponerse a resultas de la condena definitiva de una persona física y no existe una previsión legal[83] expresa lo autorice, el juez no podría establecer una medida tan grave que supone una seria restricción de derechos incluso para personas ajenas a la actividad delictiva.

De lege ferenda, esto es, para una futura reforma, el CP peruano debería habilitar legalmente al juez penal para que establezca las consecuencias accesorias temporales del art. 105 CP como medidas reales cautelares. Es verdad que estas están ideadas para garantizar el efectivo cumplimiento de las sanciones civiles de carácter reparador, por lo que serían de plena aplicación para las medidas contra las personas jurídicas dentro del supuesto del art. 104 CP (privación de los beneficios obtenidos por la persona jurídica para cubrir la responsabilidad civil subsidiaria). Pero si concebimos que la actividad de la persona jurídica puede ser peligrosa objetivamente (peligrosidad objetiva de la cosa), sobre todo cuando se refiere a la criminalidad organizada, pocas armas tiene el juez para intervenir cuando constata la existencia de una persona jurídica que está demostrando con su actuación una gran capacidad criminógena[84]. Lo que no resulta lógico es que la Administración tenga esta potestad, como sucede con INDECOPI y el juez penal carezca de esta potestad cuando se encuentra ante la posibilidad de hechos ilícitos graves.

3. Motivación judicial

Tratándose de uno de los principios constitucionales del debido proceso, art. 139.5 Const., en el caso de las consecuencias accesorias del art.105 CP —medidas de extraordinaria gravedad que tienen efectos contra terceros y teniendo el carácter de facultativas— el juez tendrá que motivar su imposición de acuerdo al principio de proporcionalidad anteriormente desarrollado (acápite III). Esto es, el juez deberá fundamentar que la medida impuesta es idónea, necesaria

83 El Proyecto de Código Procesal Penal incorpora un catálogo de medidas de cautela real, entre ellas la clausura, la vigilancia de locales e inmovilización (suspensión de la actividad) (art. 181).

84 Por ejemplo, una empresa que inescrupulosamente vende alimentos adulterados peligrosos para la salud (art. 287 CP).

y proporcional para prevenir la actividad delictiva de la persona jurídica. No es cuestión pues de una simple motivación habitual, sino de una verdadera justificación de la medida argumentando detalladamente si la medida es adecuada en cuanto a su especie, proporcional y necesaria para prevenir la actividad criminógena. El juez tendrá que tener en cuenta no solo las restricciones de derechos que le supone al objeto social de la persona jurídica, sino los posibles efectos que para terceros puede tener la misma.

4. ¿Quién tiene la carga de la prueba?

En un proceso penal, el imputado tiene el derecho a la presunción de inocencia y a que se le pruebe la imputación penal. Cuando se trata de imponer una consecuencia accesoria como las que contiene el art. 105 CP, la persona jurídica no es titular jurídica de esos derechos y, además, como no se le reconoce elementos subjetivos (dolo o culpa) en su actuación, no es necesario comprobarlos. Esta situación puede dar lugar a casos flagrantes de imposición de la medida sin requerir ninguna prueba de culpabilidad e incluso materialmente recayendo la carga de la prueba en la propia persona jurídica. Esto se ha evidenciado particularmente respecto al decomiso de las ganancias o del instrumento del delito, en el caso en que han recaído sobre un bien, cuyo propietario legítimo no está implicado en el asunto penal[85], pero es perfectamente comprendido en las medidas que estudiamos[86].

5. Posible vulneración del *non bis in idem*

Muchos de los ilícitos que fundamentan la imposición de las consecuencias accesorias del art. 105 CP tienen su correlato en el orden administrativo sancionador. Es el caso, por ejemplo, de los delitos tributarios (Ley penal tributaria, D. Leg. N. 813 de 24-04-96), delitos aduaneros (Ley N. 26461 de 08-06-95). La

85 Cfr. Vervaele, 1998: 72, cuenta el caso de una empresa Agosi contra el Reino Unido, Asunto de 24 de octubre de 1986, donde la Aduana inglesa constata la importación ilegal de piezas de oro y embarga las piezas de oro y el coche por delito de contrabando.

86 En la sentencia del Tribunal Supremo español de 28 de septiembre de 1996, n. 599/1996 (RJ 1996/7562), sobre tráfico de drogas, en aplicación del art. 344 bis CP anterior, deja sin lugar la medida de clausura del bar a la señora propietaria que ha sido absuelta en el proceso, por el delito comprobado a su conviviente, con el que formaban una «unidad familiar de hecho». Es de resaltar que el juez de primera instancia consideró que aunque ella era la propietaria real y había sido absuelta por no haberse comprobado de culpabilidad, consideraba que la apertura del bar, al estar regularmente atendido por el condenado, constituía una actividad que propicia la tendencia al delito, por lo que consideró, desde el punto de vista de la prevención especial, recomendable la clausura del local.

Ley N. 27444 de 11-04-2001 de Procedimiento Administrativo General, en el art. 230.10, reconoce que la potestad sancionadora de la Administración debe respetar el *non bis in idem*[87], por lo que no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Esta es una muestra de que la potestad punitiva del Estado puede resolverse por ambas vías[88] y, de acuerdo al principio de ultima ratio, la jurisprudencia administrativa se subordina a la penal que es la que debe decidir o no la aplicación de las medidas del art. 105 CP en el caso de ilícitos graves que sean tipificados como delito; la jurisdicción administrativa debe acatar lo dispuesto por el juez penal. Es decir, la gravedad de la infracción es la que determinará la jurisdicción y no es posible pensar en una dualidad según el sujeto: la vía penal para el sujeto individual infractor y la vía administrativa para la persona jurídica, pues esto contradiría esa unidad de la potestad punitiva.

Precisamente, la irresponsabilidad penal de la persona jurídica y la admisión de la responsabilidad administrativa de la misma pueden conllevar dificultades vinculadas a este principio de prohibición de la doble imposición. Así ha sucedido en España en supuestos de accidentes laborales donde concurren infracciones administrativas e infracciones penales prácticamente idénticas[89]. El principio non bis in idem, entendido en el sentido que no se puede sancionar dos veces cuando existe identidad de sujeto, fundamento y objeto de protección, no plantea problemas en cuanto a la identidad de fundamento, puesto que la doctrina tanto penalista como administrativista consideran, mayoritariamente, que no existen diferencias cualitativas entre ambos tipos de injustos, sino simplemente de grado. En cambio, más discutido resulta el tema de la identidad de sujetos y de bien jurídico. Respecto al requisito de la identidad de sujetos, el asunto resulta problemático, puesto que, como se viene resaltando, en el ámbito administrativo se

87 Sobre el alcance constitucional de este principio, véase San Martín, 2002: 386 ss.

88 Prácticamente está consensuado que no es posible hablar de una distinción cualitativa de los ilícitos, sino de una diferencia cuantitativa. Véase más ampliamente Zúñiga Rodríguez, 2001: 1425 ss.

89 En materia de prevención de accidentes laborales existe un delito de peligro en el Código Penal, el art. 316, y en la Ley de Infracciones y Sanciones al Orden Social, una infracción administrativa, del art. 13.10, con redacciones prácticamente idénticas: el empresario que incumple la normativa de prevención de riesgos laborales y pone en peligro grave la vida o la salud de los trabajadores, comete dichas infracciones. La paradoja está en que si se califica el hecho como delito no responde la persona jurídica, en cambio, si calificamos como infracción administrativa sí. Una prueba más de que no existen diferencias ontológicas entre injustos penales e injustos administrativos en el ámbito socioeconómico y que el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el principal escollo para la asimilación de garantías.

puede imputar responsabilidad a la persona jurídica y en el ámbito penal no, por consiguiente, solo habría concurrencia de una y otra responsabilidad cuando el empresario sea persona física, algo que a todas luces resulta paradójico desde el ámbito de las consecuencias jurídicas y los efectos preventivos del régimen sancionador. En los casos de incumplimiento normativo de la legislación preventiva de riesgos laborales con peligro para la vida y salud de los trabajadores imputables a empresas personas jurídicas (la mayoría), habría que disociar los sujetos de imputación: responsabilidad administrativa para la persona jurídica y responsabilidad penal para el autor —si lo hubiere— de la infracción penal[90]. Así lo ha resuelto la jurisprudencia española, señalando que no existe identidad del sujeto de la sanción (SAP de Cádiz, Nº 76/2002, Aranzadi, ARP/2003/848). Como podrá observarse, urge, pues, asimilar las responsabilidades penales y administrativas de las personas jurídicas, para no llegar a conclusiones jurídicas tan disonantes.

VII. Consecuencias accesorias y otras consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas

Resulta conveniente distinguir las consecuencias accesorias de otras consecuencias jurídicas que podrían recaer en las personas jurídicas por la comisión de delitos. Como es sabido, un delito puede acarrear una serie de consecuencias jurídicas de distinta naturaleza y con diferentes finalidades (punitivas, reparadoras, preventivo-generales, preventivo-especiales, etc.). En el derecho comparado, la consecuencia jurídica más importante, hasta este momento, para las personas jurídicas ha sido la responsabilidad civil por delito, como tercero civilmente responsable (art. 99 CP). Este tema ha sido particularmente relevante en una sentencia reciente, de gran envergadura porque se inscribe dentro de los procesos contra la organización mafiosa Fujimori-Montesinos. El caso Crousillat, resuelto por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima del 8 de agosto de 2006, consideró a la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión, Canal Cuatro, como tercera civilmente responsable y solidaria al pago de 80 millones de soles, conjuntamente con el imputado Crousillat. El caso ha sido polémico[91] porque el art. 99 CP no contempla expresamente que las personas jurídicas sean terceros civilmente responsables por los delitos que se cometan desde su organización, como sí lo hace expresamente el art. 101 CP español. Estamos ante el caso de la responsabilidad

90 Cfr. García Murcia, 2000: 107

91 Ha habido un voto discrepante en contra de la declaración de tercero civilmente responsable de la empresa. Vid. *Diálogo con la Jurisprudencia*, N. 46, septiembre 2006: 43 ss. En el voto se debe destacar que propone que se «*absuelva* de la pretensión resarcitoria a la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión». El subrayado es nuestro.

por resarcimiento de la empresa persona jurídica, por los hechos cometidos por el titular de la misma.

Teniendo en cuenta que se admite la posibilidad de considerar a la persona jurídica como sujeto civilmente responsable por los daños ocasionados por los delitos cometidos por los subordinados dentro de su establecimiento y en el desempeño de su profesión (art. 1981 CC peruano). Esto es, se trata de la responsabilidad civil por un delito cometido por una persona distinta a la condenada en la sentencia. La pregunta que hay que formular ahora es si cabe esta misma responsabilidad civil por los delitos cometidos por el propio empresario o titular de la empresa. Se debe resaltar que tratándose de responsabilidad civil es posible la interpretación analógica, concretamente la regla a fortiori: si el ordenamiento jurídico hace responder civilmente a la persona jurídica por los hechos cometidos por los subordinados, con mayor razón ha de comprenderse dentro del grupo de sujetos cuya actuación compromete a la persona jurídica la del propio empresario, el titular de la empresa, el presidente del consejo de administración (coloquialmente conocido como «el dueño»).

La afirmación de la responsabilidad civil, como tercero civilmente responsable, de la persona jurídica por delitos cometidos por sus directivos, se fundamenta, además, en un principio de justicia material de derecho civil, que proviene del derecho romano: quien se beneficia de una actividad responde también por los daños que esta cause. Últimamente, se sigue más la teoría del riesgo, importada de Alemania, como fundamento de quién debe responder frente a los daños causados. Meini la ha explicado bien: «quien se organiza para realizar una determinada actividad económica (y, en general, cualquier actividad) en cuya virtud despliega cursos causales de riesgo, así como hace suyos los beneficios que se obtienen por la explotación de la referida actividad, debe hacer suyos también los perjuicios»[92]. Nótese que esta fundamentación es para justificar la posición de garante de los directivos respecto de los delitos cometidos por sus subordinados, a los efectos de afirmar la responsabilidad penal en comisión por omisión. Nuevamente, con mayor razón, servirá para afirmar la responsabilidad civil de la propia empresa, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los directivos.

Además, las consecuencias accesorias del art. 105 del CP deben distinguirse de la posible obligación del pago de la multa por la persona jurídica, cuando desde su organización se cometa delito, institución existente en otros países, mas no en Perú. En España, la LO 15/2003 ha incorporado la obligación del pago de la multa que se impone al administrador de hecho o de derecho (art. 31.2 CP español) a la persona jurídica. El carácter penal de esta responsabilidad se confronta

92 Meini, 2003: 313.

con el principio de la inadmisibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero tampoco podría considerarse una responsabilidad civil porque esta está contemplada para fines de reparación del daño y no para asegurar el pago de la pena como parece desprenderse de la ratio de la norma. Según Silva Sánchez, se trata de una medida de aseguramiento de una deuda de derecho público que trae como causa una sanción[93]. Sin duda, esta es otra prueba de la difícil solución de consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas cuando no se ha admitido la responsabilidad penal de la misma.

VIII. Conclusión: necesidad de la construcción de criterios de imputación y de un procedimiento para la imposición de sanciones a personas jurídicas

Seguramente, existen más cuestiones importantes por dilucidar para la aplicación de estas consecuencias accesorias, como son el análisis de cada medida dispuesta por el legislador en el art. 105 CP —catálogo bastante parco, por cierto—, lo cual llevaría inevitablemente a prolongar considerablemente este estudio. También es importante establecer el proceso de ejecución de dichas medidas. La práctica de la ejecución de este tipo de medidas puede plantear una serie de problemas, pues, por ejemplo, la suspensión de la actividad de la empresa puede tener una serie de efectos para los trabajadores, los acreedores, los socios minoritarios, suspensión de una serie de derechos conexos que pueden plantear conflictos con otros órganos del Estado, etc. En principio, ¿corresponde al juez penal que instruye el delito disponer sobre todos estos extremos de los efectos de la suspensión o a la autoridad correspondiente a la especialidad del derecho conculcado? Por ejemplo, respecto a los derechos laborales, ¿es el mismo juez penal o el juez laboral quien tiene que salvaguardar sus derechos? Como puede observarse, no hemos agotado todos los problemas que presentan las consecuencias accesorias, simplemente hemos podido subrayar los aspectos más controvertidos de su aplicabilidad, en tanto puntos a los que necesariamente tenemos que llegar a consensos para que las mismas no caigan en la inutilidad jurídica, mientras las empresas, sociedades y organizaciones criminales lucran ilícitamente aprovechando todas estas diferencias doctrinales.

La concepción abierta y funcional del derecho penal permite una discusión amplia de los criterios de imputación para sancionar a las personas jurídicas. No se trata de que cataloguemos las consecuencias accesorias como «penales» o «administrativas», ya que en ambos casos nos topamos con el escollo de los criterios

93 Silva Sánchez, 2005: 39.

de imputación subjetivos. Lo importante es llegar a acuerdos sobre los presupuestos de aplicación que, como vemos, son discutibles desde el punto de vista sustancial y procesal. Un avance en esta discusión podrá llenar de contenido la aplicación de las normas que regulan las consecuencias accesorias, haciendo que sean viables y útiles en una política criminal racional contra la instrumentalización de las personas jurídicas y contra estas mismas cuando obvian medidas de control y vigilancia y provocan defectos en su organización que llevan a las lesiones de bienes jurídicos.

Resoluciones judiciales sobre imputación objetiva e imprudencia

Joseph du Puit

I. Introducción. **II.** Resumen teórico. **III.** Sentencias. **1.** Caso Rock en Río **A.** Hechos. **B.** Argumentos. **C.** Comentarios. **2.** Beber hasta la muerte. **A.** Hechos. **B.** Argumentos. **C.** Comentario. **3.** Motociclista temerario. **A.** Hechos. B. Punto de partida. **C.** Comentario. **a.** Aspecto formal. **b.** Comportamiento. **D.** Observaciones. **4.** Travesía fatal. **A.** Hechos. **B.** Argumentos. **C.** Comentario. **5.** Dextrosa mortal. **A.** Hechos. **B.** Argumentos. **C.** Comentarios. **6.** Velocidad excesiva. **A.** Hechos. **B.** Argumentos. **C.** Comentario. **7.** Intervención policial. **A.** Hechos. **B.** Argumentos. **C.** Comentario. **8.** Control aduanero mortal. **A.** Hechos. **B.** Argumentos. **C.** Comentario. **9.** Forcejeo letal. **A.** Hechos. **B.** Argumentos. **C.** Comentario. **10.** Travesía peligrosa. **A.** Hechos. **B.** Argumentos. **C.** Comentario. **11.** Zona de exclusiva circulación fatal. **A.** Hechos. **B.** Argumentos. **C.** Comentario. **12.** Vehículo menor riesgoso. **A.** Hechos. **B.** Argumentos. **C.** Comentario. **13.** Cruce intempestivo. **A.** Hechos. **B.** Argumentos. **C.** Comentario. **14.** Penicilina mortal. **A.** Hechos. **B.** Argumentos. **C.** Comentario.

I. Introducción

Es una convicción generalizada que no se puede conocer el derecho de un país leyendo simplemente sus leyes. Así mismo, que tampoco es suficiente consultar la doctrina elaborada a partir de estas últimas. Para lograrlo es indispensable saber

cómo son aplicadas, en consecuencia interpretadas, por los diversos órganos encargados de aplicarlas y, en particular, por los órganos judiciales. Esto es debido a que los jueces, en la medida en que de manera constante y coherente justifican jurídicamente sus decisiones, otorgan un sentido determinado a las disposiciones legales. Estos criterios que van sedimentando constituyen la jurisprudencia, la misma que no debe ser comprendida como la simple suma de resoluciones judiciales. Cada una de estas es un pronunciamiento sobre un caso particular y los criterios aplicados solo deben ser generalizados, en tanto doctrina jurisprudencial, cuando son admitidos de manera regular por el órgano judicial correspondiente (por ejemplo, por la Corte Suprema).

En países como el Perú, en donde las decisiones judiciales no son publicadas, resulta bastante difícil conocer la manera como son interpretadas y aplicadas las leyes. La publicación por particulares de compilaciones de sentencias o de textos legales anotados con resúmenes de resoluciones judiciales colma solo en parte este vacío. Estas obras cubren, como no podía ser de otra manera, algunos períodos y, cuando no se transcriben completamente las sentencias, la información dada se limita a la contenida en los resúmenes que terceros redactan como encabezamientos de las sentencias publicadas.

II. Resumen teórico

El derecho penal es un derecho penal de actos[1], en consecuencia, la represión penal supone que se haya cometido una acción. Todo comienza, por tanto, por comprobar si un comportamiento ha sido cometido. El mismo que puede consistir tanto en una acción como en una omisión. En el primer caso, mediante un hacer positivo, el agente puede crear una situación de peligro o aumentar un peligro ya existente. En ambos casos, el peligro puede permanecer dentro de los límites permitidos por el ordenamiento jurídico[2]. Así, se puede conducir un coche y, de esta manera, hacer surgir el riesgo de perjudicar a los intereses de terceros. Igualmente, un médico al tratar a un paciente le hace correr riesgos tolerados. En estos casos, el proceder del agente puede producir un resultado perjudicial para bienes jurídicos ajenos.

En el caso de la omisión, el autor no realiza el comportamiento esperado o exigido por el ordenamiento jurídico[3] y, de esta manera, no evita la producción de un perjuicio a pesar de estar obligado a hacerlo (omisión impropia o comisión

1 Hurtado Pozo, 2002, N. 23; Stratenwerth, 2000: § 7, N. 1.

2 Cf. Jakobs, 1995: 9/7 ss.; el mismo, 1974: 6 ss.; Roxin, 1997: § 24 N.. 12.

3 Kaufmann, 1959: 3.

por omisión). Mediante su abstención, no descarta el peligro dando lugar a que este se concretice. En buen número de casos, la obligación de intervenir está determinada por un comportamiento previo y peligroso del mismo agente. En la constatación del carácter peligroso prohibido del comportamiento, desempeña un papel decisivo tanto la violación del deber de prudencia como la aplicación del principio de confianza[4], según el cual cada uno confía, tanto en los comportamientos individuales como los efectuados en equipo, que los demás actuarán prudentemente.

En ambos casos, el problema consiste en determinar si el resultado puede ser imputado al agente[5]. No es una cuestión de afirmar si la comisión o la omisión es la causa del resultado; tampoco, en caso de duda, si el agente actúo con dolo o con culpa. Afirmar la causalidad no basta para sostener que el hecho previsto en el tipo legal ha sido realizado. Esto implica algo más que la realización de estos elementos, ya que mediante el tipo legal no solo se busca prever la producción de un resultado como base de la represión penal.

Además, se debe prestar atención para no confundir los casos de omisión con los de comisión a la ocasión de los cuales se incurre en una omisión, la misma que consiste en la inobservancia del deber de cuidado. Dicho de otro modo, no todo delito imprudente es un delito de omisión. La omisión determina, en los casos indicados, la índole imprudente del comportamiento de comisión.

Nadie puede ser responsabilizado por un suceso que no puede controlar ni evitar, debido a que no es previsible (teniendo en cuenta las características personales del agente, así como de sus conocimientos al momento de actuar[6]). Si no hay relación de causa a efecto entre la acción y el resultado, se está en el ámbito del azar. La relación de causalidad es indispensable, pero no suficiente para fundamentar la reacción penal. El derecho penal es uno de los medios para orientar el comportamiento de las personas y supone que los destinatarios de los mandatos y prohibiciones legales son capaces de comprenderlos y respetarlos.

El comportamiento del autor debe crear un peligro o aumentar uno ya existente[7]. De esta manera, sobrepasa los límites del riesgo permitido. Deja de actuar, en consecuencia, de manera socialmente adecuada. La cuestión es entonces determinar cuándo una persona debe ser castigada por no haber respetado los límites del riesgo permitido y perjudicado los intereses ajenos. No se trata de un

4 Cf. Cramer, 2001: § 15 N.. 211 ss.

5 Roxin, 1970: 133 ss.; Honig, 1930: 174 ss.; Stratenwerth, 2000, N. 225.

6 Roxin, 1997: § 24 N.. 50.

7 Roxin, 1997: § 11 N.. 42, 59 ss.; Oehler, 1961: 232 ss.; cf. Rehberg, 1962; Kienapfel; Roeder, 1969; cf. Jakobs, 1997, 7/35 ss.

problema de causalidad, ya que el resultado perjudicial puede ser, igualmente, producido mediante un comportamiento socialmente adecuado[8]. De acuerdo con las leyes precisadas por las ciencias naturales, la relación de causalidad existe o no existe. Pero como esta relación no basta para imputar penalmente el resultado perjudicial al autor del comportamiento, hay que establecer bajo qué condiciones procede poner a la carga de este último dicho resultado.

La creación de un peligro o la intensificación de uno existente tampoco es suficiente para imputar objetivamente el resultado al autor del acto. Es indispensable que dicho resultado constituya la realización del riesgo no autorizado[9]. Como ejemplo, se cita frecuentemente el caso de la persona que, herida en un accidente de tránsito, es traslada a un hospital, en donde fallece a causa de un incendio. Dicha muerte no puede ser imputada al conductor que provocó el accidente, porque si bien de esta manera creó un peligro para la víctima, en la muerte de esta no se concretiza dicho peligro.

La imputación del resultado implica, igualmente, que el peligro esté cubierto por la norma jurídica, más exactamente por los alcances del tipo legal y, en los delitos por negligencia, por la norma de precaución. Si el perjudicado ha colaborado a sabiendas a crear la situación de peligro o ha aceptado correr el riesgo[10] que implica el comportamiento de un tercero, a este o a los participantes en el comportamiento peligroso no se les puede imputar el daño experimentado por la víctima (por ejemplo, muerte o lesiones) porque el tipo legal de homicidio o de lesiones no comprende el hecho de ponerse a sí mismo en riesgo de sufrir el perjuicio de su bien jurídico. Este es el caso cuando el lesionado aceptó participar en el escalamiento de una montaña con plena conciencia de los serios riesgos que corría debido a las condiciones materiales y personales en que se realizaba dicha actividad. En cuanto a los alcances de la norma de prudencia, hay que admitir que en el caso muy citado de los ciclistas que circulan uno detrás del otro sin los faros encendidos, las lesiones causadas por el primero al atropellar a un peatón no pueden ser imputadas al segundo, reprochándole que el accidente no se hubiera producido si él hubiese iluminado la vía. La norma de cuidado que impone, conforme a las disposiciones sobre el tráfico, la obligación de circular en vehículos en buenas condiciones no tiene por objeto impedir que los otros usuarios de las vías públicas cometan daños a bienes de terceros.

8 Welzel, 1939: 516 ss., 527 ss.; Stratenwerth, 2000 § 9 N.. 32 ss.; cfr. Trechsel/Noll, 1998: 137; Schultz, 1982: 174.

9 Donatsch, 1987: 187 ss.; Walder, 1977: 114 s., 149 s.; Burgstaller, 1974: 96 ss.; Frisch, 1988: 397 ss.

10 Wessels/Beulke, 2001, N. 186; Rudolphi, 1969: 556 ss.

III. Sentencias

1. Rock en Río[11]

Homicidio culposo: actuar a propio riesgo - exclusión de tipicidad.
La conducta del agente de organizar un festival bailable de rock no creó ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado, pero existió por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por lo que conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva el obrar a propio riesgo de los agraviados tiene una eficacia excluyente del tipo penal.

El tipo objetivo de los delitos culposos o imprudentes exige la presencia de dos elementos: a) la violación de un deber objetivo de cuidado, plasmado en normas jurídicas, normas de la experiencia, normas del arte, ciencia o profesión, y b) la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante.

> VISTOS; por sus fundamentos pertinentes; y CONSIDERANDO: que, es derecho de toda persona el ser considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, conforme a lo dispuesto por el parágrafo «e» del inciso vigesimocuarto del artículo segundo de la Constitución Política en vigor, que, el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Penal proscribe la responsabilidad objetiva, entendida esta como la responsabilidad fundada en el puro resultado sin tomar en cuenta la concurrencia del dolo o culpa en la conducta del autor, que, el tipo objetivo de los delitos culposos o imprudentes exige la presencia de dos elementos: a) la violación de un deber objetivo de cuidado, plasmado en normas jurídicas, normas de la experiencia, normas del arte, ciencia o profesión, destinadas a orientar diligentemente el comportamiento del individuo, y b) la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante, que se ha materializado en el resultado lesivo del bien jurídico, que, en el caso de autos no existe violación del deber objetivo de cuidado en la conducta del encausado José Luis Soriano Olivera al haber organizado el festival bailable «Rock en Río» el tres de junio de mil novecientos noventicinco en la localidad de Caraz, contando con la autorización del Alcalde del Consejo Provincial de dicha ciudad, el mismo que fuera realizado en una explanada a campo abierto por las inmediaciones de

11 Expediente 4288-97, Sala Penal, Recurso de nulidad Nº 4288-97. Ancash. Lima, trece de abril de mil novecientos noventa y ocho.

un puente colgante ubicado sobre el Río Santa, tal como se desprende de las tomas fotográficas obrantes a fojas cincuentisiete, cincuentiocho, noventicinco y noventiséis, aconteciendo que un grupo aproximado de cuarenta personas en estado de ebriedad se dispusieron a bailar sobre el mencionado puente colgante ocasionando el desprendimiento de uno de los cables que lo sujetaba a los extremos, produciéndose la caída del puente con su ocupantes sobre las aguas del Río Santa en el que perecieron dos personas a causa de una asfixia por inmersión y traumatismo encéfalo craneano, conforme al examen de necropsia obrante a fojas tres y cinco, quedando asimismo heridos mucho otros; que, en efecto, no puede existir violación del deber de cuidado en la conducta de quien organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad competente, asumiendo al mismo tiempo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento, porque de ese modo el autor se está comportando con diligencia y de acuerdo al deber de evitar la creación de riegos; que, de otra parte, la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión; que, en consecuencia, en el caso de autos la conducta de la gente de organizar un festival de rock no creó ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por lo que conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva en el caso de autos «el obrar a propio riesgo de los agraviados tiene una eficacia excluyente del tipo penal» (Cfr. Günther Jakobs. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid 1995, p. 307), por lo que los hechos subexamine no constituyen delito de homicidio culposo y consecuentemente tampoco generan responsabilidad penal, siendo del caso absolver al encausado José Luis Soriano Olivera, conforme a lo previsto en el artículo doscientos ochenticuatro del Código de Procedimientos Penales: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas doscientos ochenta, su fecha tres de julio de mil novecientos noventisiete, que absuelve a Walter Máximo Meléndez Sotelo de la acusación fiscal por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud —homicidio culposo— en agravio de Zaida del Milagro Alegre Alegre y Félix Tuya Santos; y a Marcos Rodríguez Monge de la acusación fiscal por delito contra la administración pública usurpación de autoridad— en agravio de la Policía Nacional del Perú; declararon HABER NULIDAD en la propia sentencia en cuanto condena a José Luis Soriano Olivera por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud —homicidio culposo— en agravio de Zaida del Milagro Alegre Alegre y Félix Tuya Santos, a dos años de pena privativa de la

> libertad, suspendida en su ejecución; con lo demás que al respecto contiene; reformándola en este extremo: ABSOLVIERON a José Luis Soriano Olivera de la acusación fiscal por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud —homicidio culposo— en agravio de Zaida del Milagro Alegre Alegre y Félix Tuya Santos; MANDARON archivar definitivamente el proceso; y de conformidad con lo establecido por el Decreto Ley número veinte mil quinientos setentinueve: DISPUSIERON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del citado ilícito; y los devolvieron.
>
> SS. SIVINA HURTADO / ROMÁN SANTISTEBAN / FERNÁNDEZ URDAY / GONZALES LÓPEZ / PALACIOS VILLAR

A. Hechos

José Luis Soriano Olivera organizó, con la autorización del Alcalde del Concejo Provincial, el festival de baile «Rock en Río», el 3 de junio de 1995 en Caraz, el mismo que fue realizado en una explanada a campo abierto, en las inmediaciones de un puente colgante ubicado sobre el Río Santa. Un grupo de aproximadamente cuarenta personas, en estado de ebriedad, bailaron sobre el mencionado puente colgante, hecho que ocasionó el desprendimiento del cable que sujetaba uno de sus extremos, y produjo la caída del puente y de las personas que allí se encontraban. Dos de estas perecieron ahogadas por traumatismo encéfalo craneano, además, otras resultaron heridas.

B. Argumentos

Punto de partida, la Constitución y al artículo séptimo del Título Preliminar del Código Penal, el que se «proscribe la responsabilidad objetiva, entendida esta como la responsabilidad fundada en el puro resultado sin tomar en cuenta la concurrencia del dolo o culpa en la conducta del autor».

Sin relación directa a las circunstancias particulares de los hechos, se afirma respecto a la conducta del procesado:

> No puede existir violación del deber de cuidado en la conducta de quien organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad competente; asumiendo al mismo tiempo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento, de ese modo el autor se está comportando con diligencia y de acuerdo al deber de evitar la creación de riegos; en consecuencia, en el caso de autos la conducta de la gente de organizar un festival de rock no creó ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado; de otra parte, la experiencia

> enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión.

En cuanto al comportamiento de las víctimas, se dice:

> Existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por lo que conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva en el caso de autos «el obrar a propio riesgo de los agraviados tiene una eficacia excluyente del tipo penal» (Cfr. Günther Jakobs. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1995, p. 307); los hechos subexamine no constituyen delito de homicidio culposo y consecuentemente tampoco generan responsabilidad penal, siendo del caso absolver al encausado.

En la sentencia, se define el delito culposo o imprudente afirmando que deben presentarse, por un lado, (a) «la violación de un deber objetivo de cuidado, plasmado en normas jurídicas, normas de la experiencia, normas de arte, ciencia o profesión, destinadas a orientar diligentemente el comportamiento del individuo»; y, por el otro, (b) «la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante que se ha materializado en el resultado lesivo del bien jurídico».

C. Comentarios

El análisis de la sentencia presenta dificultades debido a que de su lectura no puede determinarse con claridad las circunstancias personales y materiales en que tuvieron lugar los hechos. Asimismo, la argumentación no es tan clara, no se fundamentan suficientemente las afirmaciones y no se les relaciona con las circunstancias fácticas. De modo que solo queda aceptarlas como correctas. A pesar de estas deficiencias, resulta de interés tratar de comprender la decisión adoptada por los jueces.

La cuestión principal es la de saber si el agente es responsable de la muerte de varias personas y de las lesiones sufridas por otras. Perjuicios que se produjeron cuando cayó el puente colgante, en el que las víctimas y otras personas bailaban, hecho que tuvo lugar a la ocasión del Festival de baile que organizó el procesado en las inmediaciones de dicho puente. Así mismo, es de determinar si tomó o no las medidas de seguridad indispensables para asegurar que la actividad a su cargo no constituya fuente de peligro para los bienes jurídicos de terceros.

Si un proceso contra el organizador del Festival ha tenido lugar es porque se ha tratado de atribuírsele responsabilidad penal, por la manera cómo ha actuado,

respecto de las muertes y lesiones que se produjeron. Con este objeto, ha sido indispensable considerar, inicialmente, que su comportamiento, como sucede con cierta frecuencia, ha consistido tanto en una acción de comisión (organizar el Festival) como en una omisión (no tomar las medidas adecuadas para evitar prejuicios a terceros). En este sentido, debido a que la primera no se haya comprendida en tipo legal alguno, la segunda desempeña un papel decisivo para poder responsabilizar al agente de los resultados producidos.

La organización del Festival es una actividad permitida y, en el caso concreto, autorizada por el órgano administrativo competente. La autorización es necesaria, entre otras cosas, para establecer las condiciones en que debe llevarse a cabo la actividad y controlar que sean debidamente respetadas. La intervención de la autoridad se explica por la índole de la actividad y por los peligros a que puede dar lugar su realización (por ejemplo, riesgos de incendio, mala aireación, tumulto debido al número excesivo de participantes, riñas). Sin embargo, estos peligros son socialmente adecuados y, por tanto, jurídicamente tolerados.

La importancia penal del comportamiento surge en la medida en que, debido a la manera como es ejecutado, se intensifican los riesgos hasta constituir una situación de peligro no permitida. En esta evolución juega un papel importante la inobservancia de las medidas de seguridad que deben tomarse para impedir la intensificación del peligro propio a la actividad autorizada y, por tanto, permitido.

Como el procesado no ha actuado con la intención de matar o lesionar personas, solo queda la posibilidad de hacerlo responsable de los daños a título de negligencia. En otras palabras, de haber cometido homicidios y lesiones por negligencia. En esta perspectiva, resulta pertinente la referencia que, en la sentencia, se hace al art. VII del Título preliminar del Código penal. Ya que para responsabilizar a una persona por un perjuicio determinado no basta comprobar que lo ha causado, sino que es indispensable imputársele también subjetivamente (a título de dolo o culpa). Sin embargo, la afirmación puede dar lugar a confusión en la medida en que podría comprenderse en el sentido de que los problemas relativos a la relación de causalidad deberían ser resueltos mediante la determinación de si el agente ha obrado con dolo o con culpa.

Esta imprecisión parece confirmarse en la medida en que los jueces, después de recordar la exclusión de la responsabilidad objetiva o por el solo resultado, plantean el análisis y la constatación de la culpa. Con este objeto, parten de la idea de que el primer factor que caracteriza al delito por negligencia es la violación de un deber de cuidado. Y, solo después plantean la cuestión de si se le puede imputar objetivamente el resultado producido. Del hecho de que el inculpado contase con la autorización respectiva, por la manera como está redactada la sentencia, se

deduce que los jueces admiten que se comportó «con diligencias y de acuerdo al deber de evitar la creación de riesgos». Lo que significa que estiman que no actúo de tal manera como para crear un peligro de muerte o lesiones para las personas y, al mismo tiempo, que no violó ningún deber de cuidado que las circunstancias le imponían. De modo que pasan de inmediato a negar que el procesado haya violado sus deberes; y afirman, por el contrario, que se comportó con diligencia y de acuerdo con el deber de evitar riesgos.

Esta manera de proceder no está conforme a los criterios establecidos por la «moderna teoría de la imputación objetiva», según la terminología empleada por los mismos jueces.

De acuerdo con esta concepción, el primer paso consiste en constatar si el procesado, mediante su comportamiento, creó o no una situación de peligro, la que debe producir el resultado (muerte y lesiones). Con este fin, debió tenerse en cuenta las condiciones de lugar y tiempo en que se desarrolló el festival; principalmente, en el caso concreto, la cercanía del puente colgante. Análisis que no se hace en la sentencia, así no se establece la distancia existente entre la explanada donde tuvo lugar el festival y el puente colgante, tampoco si, por su cercanía, era fácil el acceso de los asistentes al puente colgante; menos aún, si en razón de que se vendían bebidas alcohólicas era muy probable que los participantes se embriagaran y, en este estado, realizaran comportamientos peligrosos. Todo lo que hubiera permitido demostrar si se creó un peligro socialmente inadecuado y que superaba el riesgo permitido en la organización de este tipo de actividades.

Si los jueces hubieran procedido de esta manera, habrían tenido que, habiendo aceptado que el procesado respetó su deber de prudencia, afirmar que este actuó de manera socialmente adecuada, pues no creó una situación de peligro ni aumentó un riego ya existente. Al desarrollar su actividad, permaneció dentro de los límites del riesgo permitido. Al mismo tiempo, hubieran considerado insuficiente la relación existente entre la organización del Festival y las muertes y lesiones acaecidas. Para considerar suficiente esta relación hubiera tenido que aplicarse el principio de la causalidad natural de modo puramente lógico. En este sentido, hubiera bastado afirmar que si, hipotéticamente, se suprime el comportamiento del procesado, desaparecería también el resultado y que, por tanto, el primero es causa del segundo. Sin embargo, como se admite mayoritariamente, la comprobación debe hacerse, más bien, en concreto. Para lo cual hay que tomar en cuenta las reglas admitidas por las ciencias naturales en relación con la producción del resultado acontecido y no de lo que puede suceder en abstracto y en general.

Teniendo en cuenta que la omisión de tomar las precauciones debidas está anclada en el comportamiento de comisión atípico y autorizado, hay que plantearse la cuestión de si el resultado era o no previsible. Es decir, si el agente, de acuerdo

con las circunstancias y sus conocimientos personales, podía y debía prever que algunas personas se comportarían de modo que provoquen un accidente como el que tuvo lugar. Como nada preciso se dice en la sentencia sobre la proximidad del puente al lugar donde se realizó el festival, resulta imposible apreciar debidamente este factor. Si el accidente era previsible, los jueces no lo dicen, limitándose a afirmar que el agente actúo diligentemente. Lo que significa que, si se plantearon la cuestión y respondieron afirmativamente, es porque admitieron que el procesado tomó las medidas para evitarlo.

Sin embargo, bien puede aceptarse que, dadas las circunstancias materiales y personales, el resultado era imprevisible para el agente. Por lo tanto, no era posible exigirle que adopte medidas de precaución respecto a hechos que no podía imaginar como de posible realización durante el desarrollo del Festival de rock. Cabría aún la posibilidad de interrogarse si, durante su realización, el procesado pudo darse cuenta de que algunos de los asistentes podían y, en efecto, realizaban comportamientos peligrosos. Circunstancias que le hubieran impuesto el deber de tomar medidas para evitar que bienes jurídicos de terceros sean dañados. Pero esto también es negado implícitamente en la sentencia, pues de manera global se afirma que el procesado actúo diligentemente y nada se dice sobre las circunstancias en que un grupo de participantes se puso a bailar sobre el puente.

Todo esto muestra que era superfluo, para no imputar los resultados al procesado, invocar que las víctimas, debido a su comportamiento imprudente, se expusieron ellas mismas a una situación de peligro, hecho que, a su vez, impediría imputárselos al procesado. El comportamiento del procesado es atípico no porque su conformidad con el tipo legal sea excluida por la «asunción del riesgo» de parte de las propias víctimas, como lo afirman los jueces citando a Jakobs. Este argumento funciona sobre todo cuando concurren el comportamiento peligroso del agente, lo que no sucede en el caso estudiado, y el comportamiento igualmente peligroso de la víctima. La acción del procesado es atípica porque no ha creado una situación de peligro prohibida, debido a que el autor no violó su deber de prudencia y, en consecuencia, no puede considerarse que haya causado de manera penalmente relevante los resultados perjudiciales. Por tanto, no puede sostenerse que no puede imputársele las muertes y lesiones debido a que las víctimas se pusieron ellas mismas en peligro y, en consecuencia, asumen los perjuicios que sufren.

2. Beber hasta la muerte[12]

Homicidio de persona en estado de ebriedad. Caso fortuito. Imputación objetiva.

> [...] al existir un resultado lesivo de un bien jurídico que no ha sido producido por la intervención humana, sino que ha sobrevenido un hecho fortuito atribuible solamente a la leyes que rigen la causalidad, no puede sostenerse que la conducta de los agentes haya estado precedida por un dolo eventual [...].
>
> [...] mal puede imputarse objetivamente el resultado a un autor que no ha creado ningún peligro relevante para el bien jurídico, y con mayor razón sin haber obrado con dolo y culpa, por lo que sostener una opinión en diferente sentido implicaría violar el principio de culpabilidad [...]
>
> VISTOS; por sus fundamentos pertinentes; y CONSIDERANDO; que, es derecho de toda persona el ser considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, conforme a lo dispuesto por el parágrafo «e» del inciso vigesimocuarto del artículo segundo de la Constitución Política en vigor; que, se advierte de autos que en horas de la tarde del cinco de agosto de mil novecientos noventicuatro, los encausados Luis Alberto Bulnes Sotelo y Emerson Ulderico Méndez Torres se encontraron casualmente con la agraviada Rocío Burgos Sánchez en las inmediaciones de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo-Ancash, centro de estudios en donde cursaban estudios superiores, habiendo iniciado una conversación sobre temas relacionados a sus actividades académicas entre otros más, tomando la decisión después de ir a la habitación de Méndez Torres en donde los tres estudiantes escucharon música y libaron licor hasta altas horas de la noche, al extremo de alcanzar la citada agraviada un estado de inconsciencia por el exceso de consumo de alcohol, quedándose dormida sobre una cama en posición de cúbito dorsal, siendo encontrada posteriormente muerta en el mismo lugar y en la misma posición por los citados encausados luego que estos regresaran al amanecer a la habitación en donde solamente se había quedado la agraviada descansando a fin de que desaparezca los efectos de la ebriedad; que, en mérito de las pruebas recabadas a nivel policial, en la instrucción, así como a nivel del juicio oral, se ha establecido que la referida agraviada no fue pasible de violación sexual conforme a las pruebas periciales de biología forense de fojas cincuentidós y ochenta, toda vez que no se encontraron restos espermáticos en los órganos genitales ni en las prendas íntimas

12 Expediente 6239-97, Sala Penal, R.N. Nº 6239-97. Ancash. Lima, tres de junio de mil novecientos noventiocho.

de esta, así tampoco muestras visibles del ejercicio de violencia sobre el cuerpo de la víctima, que, en relación al homicidio que se les imputa a los encausados Bulnes Sotelo y Méndez Torres, es de apreciar que este ilícito tampoco se ha demostrado fehacientemente en razón que el fallecimiento de la víctima fue motivado por su avanzado estado de ebriedad provocando su asfixia por sofocación, tal como lo explica el protocolo de autopsia que corre de fojas cinco a fojas siete vuelta, concluyendo que la agraviada Burgos Sánchez falleció por «muerte rápida por asfixia por sofocación a consecuencia de aspiración de vómitos en estado etílico», prueba que se corrobora con los dictámenes periciales obrantes a fojas ochocientos cincuentisiete y ochocientos sesentisiete, los que concuerdan en que la causa de muerte ha sido la asfixia por aspiración de vómitos, no existiendo en particular ninguna lesión compatible con cuadros clínicos de ahorcadura o estrangulación como para inferir la concurrencia de mano ajena para acelerar o quitar la vida, que, en consecuencia, al persistir la conclusión originaria del protocolo de necropsia que señala como causa de la muerte la asfixia por aspiración de vómitos en estado etílico, subsecuentemente el deceso de la aludida agraviada se ha producido por un caso fortuito o hecho accidental, por lo que el hecho global no constituye así de ningún modo delito de homicidio y tampoco genera responsabilidad penal para los agentes, quienes uniformemente han mantenido sus dichos de inocencia a lo largo del proceso penal; que, haciendo una valoración de los hechos y las pruebas obrantes en autos, se tiene que al existir el resultado lesivo de un bien jurídico que no ha sido producido por la intervención humana, sino que ha sobrevenido por un hecho fortuito atribuible solamente a las leyes que rigen la causalidad, no puede sostenerse que la conducta de los agentes haya estado precedida por un dolo eventual como incorrectamente lo sostiene la Sala Penal Superior, puesto que, el dolo, sea en su modalidad directa, eventual o de consecuencia necesarias, integra como elementos configuradores de su concepto al conocimiento, y la voluntad de realización del resultado, elementos que no concurren en el caso de autos en el que los agentes no quisieron, no conocieron, ni pudieron prever el fallecimiento de la víctima; que, para afirmar que los citados sentenciados actuaron con dolo eventual en los hechos submat eria, habría que aceptar el descabellado razonamiento que estos en el momento de haber ingerido licor conjuntamente con la víctima se representaron como probable el hecho que esta, al arrojarse en posición de cúbito dorsal sobre la cama, debía vomitar los sólidos y líquidos del estómago y luego debía absorvérselos, actuando los agentes con el pleno dominio del acontecer causal, como si humanamente pudieran predecir matemáticamente los desenlaces funcionales y orgánicos del cuerpo de la agraviada; que, en consecuencia, como ya se ha establecido que

el hecho fortuito ha sido la causa determinante del fallecimiento de la aludida agraviada, mal puede imputarse objetivamente el resultado a un autor que no ha creado ningún peligro relevante para el bien jurídico, y con mayor razón sin haber obrado con dolo y culpa, por lo que sostener una opinión en diferente sentido implicaría el violar el principio de culpabilidad previsto en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Penal, que, por tanto, tratándose el caso de autos de una forma tan especial de fallecimiento, incompatible sustancialmente con el contenido dogmático del dolo eventual cuya característica fundamental es su previsibilidad, los hechos subexamine no constituyen delito de homicidio y consecuentemente tampoco generan responsabilidad penal, por lo que es del caso absolver a los encausados Bulnes Sotelo y Méndez Torres, conforme a lo previsto en el artículo doscientos ochenticuatro del Código de Procedimientos Penales: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas novecientos uno, su fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos noventisiete, que absuelve a Luis Alberto Bulnes Sotelo y Emerson Ulderico Méndez Torres de la acusación fiscal por el delito contra la libertad violación de la libertad sexual en agravio de Rocío Burgos Sánchez; declararon HABER NULIDAD en la propia sentencia en cuanto condena a Luis Alberto Bulnes Sotelo y Emerson Ulderico Méndez Torres, por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud — homicidio con dolo eventual en agravio de Rocío Burgos Sánchez, a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años; con lo demás que al respecto contiene reformándola en este extremo: ABSOLVIERON a Luis Alberto Bulnes Sotelo y Emerson Ulderico Méndez Torres de la acusación fiscal por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud — homicidio con dolo eventual en agravio de Rocío Burgos Sánchez, MANDARON archivar definitivamente el proceso y de conformidad con lo establecido por el Decreto Ley número veinte mil quinientos setentinueve DISPUSIERON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del citado declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que dicha sentencia contiene; y los devolvieron.

SS. SIVINA HURTADO / ROMÁN SANTISTEBAN / FERNÁNDEZ URDAY / GONZALES LÓPEZ / PALACIOS VILLAR.

A. Hechos

El 5 de agosto de 1994, por la tarde, Luis y Emerson se encontraron casualmente con su condiscípula Rocío en las inmediaciones de la Facultad de Ciencias de la Universidad Nacional de Ancash. Luego de conversar, decidieron ir a la habitación

de Emerson, en donde escucharon música y libaron licor hasta altas horas de la noche. Rocío bebió hasta alcanzar un «estado de inconsciencia por el exceso de consumo de alcohol». Luis y Emerson se retiraron y Rocio quedó sola en la habitación, dormida sobre una cama en posición de cúbito dorsal. Al amanecer, fue encontrada por Luis y Emerson muerta en el mismo lugar y en la misma posición.

B. Argumentos

En la sentencia se afirma:

> Primero, que la muerte de Rocío fue debida a «asfixia por sofocación a consecuencia de aspiración de vómitos en estado etílico» y que la víctima no fue golpeada, ni estrangulada, ni violada, conforme al protocolo de autopsia. Así mismo, que el resultado perjudicial al bien jurídico vida no se debe a intervención humana, sino que sobrevino «por un hecho fortuito atribuible solamente a las leyes que rigen la causalidad»;
>
> Segundo, que la conducta de los agentes no ha estado precedida por un dolo eventual como incorrectamente lo sostiene la Sala Penal Superior, puesto que, el dolo, sea en su modalidad directa, eventual o de consecuencia necesarias, integra como elementos configuradores de su concepto al conocimiento, y la voluntad de realización del resultado, siendo su característica fundamental su previsibilidad; Estos elementos no concurren en el caso de autos en el que los agentes no quisieron, no conocieron, ni pudieron prever el fallecimiento de la víctima; Para afirmar que los citados sentenciados actuaron con dolo eventual en los hechos submateria, habría que aceptar el descabellado razonamiento que estos en el momento de haber ingerido licor juntamente con la víctima se representaron como probable el hecho de que esta, al arrojarse en posición de cúbito dorsal sobre la cama, debía vomitar los sólidos y líquidos del estómago y luego debía absorbérselos;
>
> Tercero, que tampoco se puede admitir que han actuando con el pleno dominio del acontecer causal, como si humanamente pudieran predecir matemáticamente los desenlaces funcionales y orgánicos del cuerpo de la agraviada;
>
> Concluyen afirmando que, en consecuencia, como ya se ha establecido que el hecho fortuito ha sido la causa determinante del fallecimiento de la aludida agraviada, mal puede imputarse objetivamente el resultado a un autor que no ha creado ningún peligro relevante para el bien jurídico, y con mayor razón sin haber obrado con dolo ni con culpa; Sostener una opinión en diferente sentido implicaría violar el principio de culpabilidad previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. Los hechos no constituyen delito de

homicidio y consecuentemente tampoco generan responsabilidad penal, por lo que es del caso absolver.

C. Comentario

De esta manera, se afirma que la muerte era imprevisible y que fue, únicamente, fruto del azar. Si esto es así, resulta superfluo recurrir a la imputación objetiva para no reprimir a los procesados.

La imputación objetiva supone que el resultado sea el efecto del comportamiento realizado. Por lo que cabe preguntarse sobre cuál es el comportamiento que se tiene en cuenta. Hay dos posibilidades: la primera es la de considerar que los encausados, por decisión común con la fallecida, bebieron bebidas alcohólicas en exceso. Se trataría de una acción de comisión comportando un riesgo para la salud y vida, en la medida en que se puede producir un peligro debido al alto grado de intoxicación alcohólica. En la sentencia, no se reprocha a los procesados haber incitado a Rocío para que partícipe, ni que la hayan hecho beber mediante engaño o coacción. De modo que su comportamiento no ha estado dirigido a causar un perjuicio a Rocío. Así, resulta imposible afirmar que hayan incurrido en un acto delictuoso a título de dolo.

En la sentencia, se analiza, en particular, la posibilidad de que los agentes hubieran actuado con dolo eventual debido a que este fue admitido por el Tribunal Correccional, el que los sentenció por homicidio. Con este objeto, se sostiene que el dolo está constituido por conocimiento y voluntad; al mismo tiempo se subraya que la previsibilidad es su característica esencial. La referencia a esta última sirve, sobre todo, para fundamentar la idea de que se trata de un caso fortuito, en la medida en que los casos en los que el resultado es imprevisible no es factible fundamentar ni el dolo ni la culpa.

En esta perspectiva, es correcto afirmar, como se hace en la sentencia, que es «descabellado» razonar diciendo que los acusados, en el momento de haber ingerido licor conjuntamente con la víctima se representaron como probable el hecho de que la víctima, al arrojarse en posición de cúbito dorsal sobre la cama, debía vomitar los sólidos y líquidos del estómago y que luego volvería a absorberlos. Asimismo, que actuaron con «pleno dominio del acontecer causal, como si humanamente pudieran predecir matemáticamente los desenlaces funcionales y orgánicos del cuerpo de la agraviada».

La segunda posibilidad es la de que los acusados actuaron culposamente. Los jueces no se plantearon esta alternativa debido a que negaron el dolo eventual afirmando que el resultado era imprevisible y admitieron, por tanto, de que se trata de un hecho fortuito. De modo que al negar que los agentes hubieran podido prever el fallecimiento de Rocío, no necesitaban plantearse si los agentes

actuaron sin darse cuenta de esta probabilidad y, menos aún, que lo hicieran sin tenerla en cuenta.

En el texto de la sentencia no existen elementos para saber por qué no se analizó la posibilidad de que los procesados hubieran incurrido en un delito culposo, debido a que habrían participado en la creación de una situación de peligro y no hicieron lo necesario para evitar la muerte de Rocío. La negligencia hubiera podido ser analizada, de acuerdo con la perspectiva adoptada por los jueces, en relación con el hecho de beber conjunta y excesivamente bebidas alcohólicas.

En este sentido, habría tenido que precisarse el comportamiento respecto al cual podría imputárseles el resultado. Se puede pensar que se trata, en realidad, de una omisión impropia en la que su deber de garante está determinado por haberse entrometido en la vida de Rocío (*Ingerenzprinzip*). La omisión consiste en la omisión imprudente de auxilio a una persona que se encuentra en peligro de muerte o, al menos, de daño grave para su salud.

La «causa» de la muerte sería entonces la omisión de socorro, ya que, si se hubieran preocupado del estado personal de Rocío, esta hubiera sido cuidada y no hubiera fallecido tal como sucedió. De modo que, mediante su omisión, habrían aumentado el peligro («peligro relevante para el bien jurídico») en el que se encontraba Rocío y, por tanto, sería posible de imputárseles objetivamente el resultado.

La cuestión sería entonces la de precisar si se les puede imputar objetivamente dicho resultado. Como con su participación y manera de actuar han creado un peligro para la salud y la vida tanto de Rocío como de ellos mismos, habría que preguntarse si la participación voluntaria de Rocío y el hecho de que haya asumido el riesgo de embriagarse como lo hizo impiden que se les impute el resultado letal. Aquí, cabría invocar la propia puesta en peligro de la víctima para no imputar la muerte a Luis y Erasmo, como lo hizo la Corte Suprema en el caso Festival de Rock y para lo cual citó a Jakobs.

Sin embargo, todo este razonamiento resulta inadmisible desde que se admite, como lo hacen los jueces, que los agentes no «pudieron prever el fallecimiento de la víctima» y que, por tanto, se trata de un caso fortuito. Por tanto, no existiría la condición mínima que permita vincular la muerte de Rocío al comportamiento de los dos procesados, ni para imputarles objetivamente la realización del tipo objetivo del homicidio culposo.

Ante esto, solo sería posible plantearse la cuestión referente a la omisión simple de prestar auxilio a persona en peligro grave para su vida; pero no con respecto al comportamiento de comisión de beber alcohol en exceso voluntaria y conjuntamente con la fallecida, ni con la comisión por omisión respecto a la muerte.

La absolución de los agentes respecto de la muerte de Rocío, sosteniendo que este resultado es debido al azar, supone en realidad que se haya excluido su responsabilidad por dolo y culpa. La negación del dolo eventual, admitido por el Tribunal Correccional, implica que se planteó si el resultado muerte era previsible y, al admitirse su imprevisibilidad, se rechazó la presencia tanto de la culpa consciente como inconsciente. Diferencia de culpa que es admitida en la medida en que se consideran al conocimiento y a la voluntad como elementos del dolo eventual. La exclusión de la previsibilidad supone, a su vez, que se haya comprobado que la conducta de los agentes no comportó un riesgo prohibido.

Debido a que los jueces se aferran, sobre todo, al aspecto natural de la muerte de la víctima y no tienen suficientemente en cuenta la manera como actuaron los procesados, no llegan a plantearse los aspectos que hemos destacado y, por tanto, tampoco exponen de manera suficiente las razones jurídicas que los conducen a considerar que no se les puede imputar objetivamente el resultado (la realización del tipo legal respectivo).

3. Motociclista temerario[13]

> VISTOS: la instrucción seguida contra NN, por delito contra La Vida, El Cuerpo y La Salud, en su modalidad de Lesiones Culposas, en agravio de X. Y. RESULTA DE AUTOS que a mérito de la denuncia de parte obrarte en autos de fojas tres a treintisiete, el atestado policial número treinta guión JAP guión cuatro guión R guión SJL punto SIAT que sirve de recaudo a la presente instrucción el que obra de fojas cuarentitrés a cincuentisiete, y denuncia debidamente formalizada por la señora representante del Ministerio Público a fojas veintiséis, el Vigésimo Segundo Juzgado Penal de Lima mediante resolución de fojas noventinueve instauró acción penal contra NN, por el delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud — Lesiones Culposas, que tramitaba la causa conforme a su naturaleza sumaria se remitió los actuados en su oportunidad a la señora representante del Ministerio Público quien a fojas ciento sesenticuatro ha emitido acusación sustancial; puesto los autos a disposición de las partes a efectos de que presenten sus alegatos escritos, estos se han verificado por parte del acusado a fojas ciento setenticinco — ciento setentiséis. Habiendo llegado en este estadio la oportunidad procesal de emitir resolución final con los elementos que se tienen a la vista; y CONSIDERANDO.— que siendo las ocho y treinta horas del día diez de marzo de mil novecientos noventiséis,

13 Vigésimo segundo juzgado penal de Lima. Expediente 5931-96, Secretaria: Vilma Abramonte Ballesteros. Lima, once de junio de mil novecientos noventisiete., en Villa Stein, 2000: 541 ss.

en circunstancias que el acusado había detenido su vehículo que conducía de placa de rodaje número GG guión seis mil quinientos cincuenticuatro, a la altura de la intersección de los jirones Arándamos y Coralinas, de San Juan de Lurigancho, el agraviado que venia conduciendo una motocicleta a alta velocidad, colisionó violentamente contra el vehículo antes referido, a consecuencia de ello resultó con fractura expuesta de pierna —miembro inferior derecho, más herida avulsiva en el mismo miembro, conforme se detalla en el certificado médico legal adherido a fojas ciento treinticuatro.

Que para los efectos de la resolución a emitirse debe precisarse lo siguiente: Primero.— a fojas ciento catorce y ciento quince NN. rinde su declaración instructiva, manifestando no ser responsable de los hechos cuya autoría se le imputa, acotando que el día de los hechos en circunstancias que había detenido su vehículo en la calle los Arándamos para preguntar sobre la dirección de una iglesia, fue colisionado por la motocicleta conducida por el agraviado, quien cayó al suelo, procediendo el encausado juntamente con un amigo a levantar al agraviado, trasladándolo al hospital Cayetano Heredia, donde pagó los gastos de medicina y de curación en la medida de sus posibilidades, luego de unos minutos se retiró, para dirigirse a la Delegación a prestar su manifestación y someterse a los peritajes respectivos: Segundo.— a nivel judicial pese a las notificaciones y requerimientos efectuados por esta judicatura, no ha sido posible recepcionar la declaración preventiva de XY, pero a nivel policial a fojas cuarentinueve este ha prestado su manifestación, donde refiere que el día de los hechos siendo las ocho y treinta, en circunstancias que conducía una motocicleta por el jirón las Coralinas, al tratar de evitar un rompe muelles, viró hacia la izquierda y como habían unos arbustos no vio al vehículo del inculpado que se encontraba estacionado, produciéndose el impacto en la parte baja de su pierna derecha, siendo trasladado por el inculpado al hospital Cayetano Heredia. Refiere, además, que al momento de producirse el impacto venía conduciendo la motocicleta a cincuenticinco o sesenta kilómetros por hora aproximadamente y que no cuenta con licencia de conducir, pero que maneja desde los quince años. Tercero.— que para los efectos de la toma de decisión del Juzgador debe anotarse que en la vida social moderna el riesgo de la producción de lesiones de bienes jurídicos es paralelo al avance de la mecanización del mismo, por ello es que se autoriza la realización de acciones que entrañan peligros para bienes jurídicos, siempre y cuando se cumpla con ciertos cuidados, circunstancias que es conocida en doctrina como la Teoría del Riesgo Permitido, dentro de dicha teoría debe considerarse también el comportamiento del que ha obrado suponiendo que los demás cumplirán con sus deberes de cuidado (Principio de Confianza). Por lo que, el que obra sin

tener en cuenta que otros pueden hacerlo en forma descuidada no infringirá el deber de cuidado, de donde se concluye que si la tipicidad del delito culposo depende de la infracción del cuidado debido, es claro que el que obra dentro de los límites de la tolerancia socialmente admitidos no infringe el deber de cuidado y por lo tanto no obra típicamente, más aún si en el evento que nos ocupa ha quedado acreditado que el factor predominante para la materialización de los hechos ha sido la acción del agraviado quien venía conduciendo la motocicleta a una velocidad no razonable ni prudente para la circunstancias del lugar, circunstancia que ha sido analizada y detallada en el atestado policial anteriormente referido. Siendo que la amenaza penal está dirigida a sancionar al agente que se comporta de manera indiferente ligera o desconsiderada para con los bienes jurídicos penalmente tutelados, lo cual en los delitos culposos debe ser determinante para la producción del resultado, circunstancia que en el sub examine no acontece lo que conlleva a está Judicatura a determinar que en autos no se encuentra acreditada la comisión del delito instruido y menos aún la responsabilidad penal del agente. Debiéndose además reseñar que nuestro ordenamiento procesal penal exige para los efectos de emitir una sentencia condenatoria la actuación de pruebas en que se funda la culpabilidad del imputado, hechos que no acontecen en el evento submateria. Por tales fundamentos de conformidad con lo preceptuado por el artículo doscientos ochenticuatro del Código de Procedimientos Penales vigente; el Vigésimo Segundo Juzgado Penal de Lima, administrando Justicia a nombre de la Nación y con el criterio de conciencia que le autoriza, FALLA: ABSOLVIENDO de la acusación Fiscal a NN por el delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud — Lesiones Culposas, en agravio de XY., MANDO: Que consentida y/o ejecutoriada que sea la presente resolución, se archive definitivamente lo actuado, debiéndose cursarlos oficios pertinentes para la anulación de los antecedentes que hubiere generado al acusado la presente instrucción, de conformidad con el DL N. 20579, notificándose a los sujetos de la relación procesal, con citación.

A. Hechos

Un día del mes de marzo de 1996, a las 8.30 a.m., el acusado estacionó su vehículo a la altura de la intersección de los jirones Arándamos y Coralinas, de San Juan de Lurigancho, para indagar sobre una dirección. El agraviado, conduciendo su motocicleta a la velocidad de 50 a 60 km, por hora, chocó violentamente contra el vehículo estacionado, y resultó con fractura de pierna y herida en el mismo miembro, conforme el certificado médico legal. El acusado y un tercero trasladaron al herido al hospital. En su declaración ante la policía, la víctima explicó

que, al tratar de evitar un rompe muelles, viró hacia la izquierda y como había unos arbustos no vio al vehículo del inculpado que se encontraba estacionado, y se produjo así el accidente.

B. Argumentos

En la sentencia se afirma:

> Por un lado, que en «la vida social moderna, el riesgo de lesionar bienes jurídicos es paralelo al avance de la mecanización de la misma; Por esto, se autoriza la realización de acciones que entrañan peligros para bienes jurídicos, siempre y cuando se cumpla con ciertos cuidados (riesgo permitido)».
>
> Por otro, que, «en este contexto, debe considerarse también el comportamiento del que ha obrado suponiendo que los demás cumplirán con sus deberes de cuidado (principio de confianza); por lo que, el que obra sin tener en cuenta que otros pueden hacerlo en forma descuidada no infringe el deber de cuidado».
>
> De esto se concluye que, «si la tipicidad del delito culposo depende de la infracción del cuidado debido, es claro que el que obra dentro de los límites de la tolerancia socialmente admitidos no infringe el deber de cuidado y, por lo tanto, no obra típicamente. Más aún, en el caso presente ha quedado acreditado que el factor predominante para la materialización de los hechos ha sido la acción del agraviado: conducir la motocicleta a una velocidad no razonable ni prudente para las circunstancias del lugar. Siendo que la amenaza penal está dirigida a sancionar al agente que se comporta de manera indiferente ligera o desconsiderada para con los bienes jurídicos penalmente tutelados, lo que en los delitos culposos debe ser determinante para la producción del resultado, circunstancia que en el subexamine no acontece. Por tanto, no se encuentra acreditada la comisión del delito instruido y menos aún la responsabilidad penal del agente».

C. Comentario

a. *Aspecto formal*

La redacción es defectuosa, de modo que la argumentación resulta confusa. En particular, en la última parte, en la que no se dice claramente si la circunstancia que no acontece es el hecho de que el agente no se comportó de manera indiferente, ligera o desconsiderada respecto de los bienes jurídicos o de la producción del resultado.

Además, no se relacionan los criterios teóricos invocados con las circunstancias en que tuvo lugar el accidente.

Debió indicarse en qué consistió el comportamiento imputado al procesado y si existió una relación suficiente con el resultado. Esto es en qué condiciones estacionó su vehículo para determinar si creó una situación de peligro no permitida. Para lo cual se debía precisar si había tomado las precauciones necesarias para permanecer dentro de los límites del riesgo permitido. Momento en el que se hubiera debido recurrir al principio de confianza, como límite del riesgo permitido. Al estacionar su vehículo, debidamente, el procesado no tenía por qué tener en cuenta que un conductor, como la víctima, podía no respetar las reglas de tránsito y chocar contra su vehículo. En caso de comprobarse la existencia de un peligro prohibido, se hubiera analizado si el resultado fue la materialización del peligro no permitido creado por el procesado.

b. *Comportamiento*

Estacionar un vehículo en las cercanías de un cruce de calles.

Conducir motocicleta a velocidad y sin tener una buena visibilidad del sitio.

Se ha admitido que el primer conductor obró «dentro de los límites de la tolerancia socialmente admitidos», de donde se deduce que «no infringe el deber de cuidado y, por tanto, no obra típicamente».

Asimismo, se acepta que «el factor predominante para la materialización de los hechos ha sido la acción del agraviado».

También, aunque en forma de afirmación general, se dice implícitamente que si bien obró «sin tener en cuenta que otros [la víctima] pueden hacerlo en forma descuidada», no se puede deducir de esto que infringió «el deber de cuidado».

D. Observaciones

El hecho de estacionar un vehículo junto al borde de una calzada constituye un acto permitido y regulado por el reglamente de tránsito. Esta regulación está orientada a garantizar el orden y la seguridad de la circulación en las vías públicas. De modo que de su respeto depende que el acto no constituya una fuente de peligro para los demás usuarios. Esto es particularmente importante en los casos en que el hecho de aparcar el vehículo es más peligroso; uno de estos casos es el de detener el vehículo cerca de una encrucijada de calles.

Este fue el acto cometido por el procesado. De modo que para comprobar si, al realizar este comportamiento, creó un riesgo prohibido o aumentó uno ya existente, se debió comprobar si, conforme a las circunstancias concretas, el agente respetó dichas reglas. Especialmente, si este respetó la distancia en la que se permite estacionar respecto a una bocacalle. Norma que está dirigida a evitar accidentes y que los demás conductores confían en que será respetada.

En la sentencia, no se da información sobre el comportamiento del procesado. Sin mayores explicaciones se afirma que este actúo dentro de los límites del peligro permitido y de allí se deduce que no violó el deber de cuidado, así como que no realizó el tipo legal de lesiones corporales.

Establecida esta conclusión resulta desafortunado referirse al comportamiento imprudente de la víctima afirmando que este es el «factor predominante» para la producción del resultado lesiones corporales. El comportamiento del agente no puede ser considerado como un factor secundario de la realización del tipo legal, pues no constituyó una situación de peligro prohibida. Solo de haberse producido este hecho, y ante la posibilidad de imputar el resultado al agente, se hubiera tenido que invocar que no procedía debido a que la víctima misma se había puesto en una situación de peligro. La misma que se habría materializado en el resultado, no así la que hubiera sido originada por el agente en la hipótesis imaginada.

Dicho de otra manera, si el conductor estacionó debidamente su vehículo no ejecutó un comportamiento peligroso, pues respetó las reglas de tránsito. De modo que, aun cuando su comportamiento fuera considerado, de acuerdo con la causalidad natural, la causa del resultado, este no puede imputársele ya que no creó un peligro no permitido.

4. Travesía fatal[14]

Lesiones culposas: aplicación de la teoría de la imputación objetiva del resultado.

Si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno; pues la acción objetivamente imprudente, es decir, realizada sin la diligencia debida que incrementa de forma ilegítima el peligro de que un resultado se produzca, es junto con la relación de causalidad, la base y fundamento de la imputación objetiva.

> VISTOS: Interviniendo como vocal ponente la doctora Elizabeth Mac Rae Thays, y por los propios fundamentos de la recurrida y de conformidad con el Dictamen Fiscal de fojas ciento cincuentiséis; y CONSIDERANDO: Primero.— que, son exigencias de la función jurisdiccional en materia penal, que el delito materia de juzgamiento, se encuentre previsto como tal en el Código sustantivo vigente y que en el debido proceso se determine su comisión y exis-

14 Expediente 550-98 Lima. Lima, veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho, en Rojas Infante, 2001: 78 ss.

tencia; así como la responsabilidad del autor o autores, queden plenamente acreditados; teniéndose presente al respecto que la culpabilidad se prueba y la inocencia se presume; principios y derechos contenidos en los incisos tercero y quinto del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política, del artículo segundo del acotado cuerpo legal; Segundo.— que, respecto al tipo de injusto imprudente hay que tener en cuenta lo señalado por la doctrina en el sentido que: —actúa culposa o imprudentemente el que omite la diligencia debida—, [...], se trata, por lo tanto de la infracción del deber de cuidado, o sea, de las normas de conducta exigibles para el caso, las cuales se extraen de la experiencia común y no depende necesariamente de la transgresión de Leyes o reglamentos. Se trata de un deber objetivo en cuanto que es el que hubiera observado un ciudadano medio en tales condiciones y con los conocimientos específicos del agente» [...].(Alfonso Serrano Gómez. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I: Delitos contra las Personas. Madrid: Dykinson, 1996, p. 47); Tercero.— que, por lo tanto, si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno; pues, la acción objetivamente imprudente, es decir, realizada sin la diligencia debida que incrementa de forma ilegítima el peligro de que un resultado se produzca es, junto con la relación de causalidad, la base y fundamento de la imputación objetiva del resultado; Cuarto.— que, en este sentido lo contrario sería afirmar que el riesgo socialmente aceptado y permitido que implica conducir un vehículo motorizado, desemboca definitivamente en la penalización del conductor, cuando produce un resultado no deseado; ya que sería aceptar que el resultado es una pura condición objetiva de penalidad y que basta que se produzca, aunque sea fortuitamente, para que la acción imprudente sea ya punible; sin embargo, tal absurdo se desvanece en el ámbito doctrinario con la teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que solo son imputables objetivamente los resultados que aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito en la propia acción; en consecuencia, la verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar ese resultado al autor de la acción; Quinto.— que del caso sub examine se tiene que, si bien es cierto el atestado número veintidós DR — SIAT obrante a fojas dos, concluye que el factor predominante es que el peatón, esto es la agraviada, intentó cruzar una vía peligrosa, por las condiciones imperantes determinadas, sin adoptar las medidas de precaución y seguridad, existiendo carencia de iluminación en la zona, llegando en un momento dado el interponerse delante del eje de circulación del vehículo conducido por el inculpado, sin utilizar el puente peatonal existente en el lugar para tal fin, exponiendo de esta manera su vida, a lo que

> hay que agregar que por la circunstancias en que se producen los hechos se colige la falta de previsibilidad de la producción del resultado; siendo así, que en la presente investigación judicial no se ha probado la actitud negligente del encausado, por lo que de conformidad con el artículo Sétimo del Título Preliminar del Código Penal, esto es que la pena tiene como fundamento la responsabilidad del agente; fundamentos por cuales CONFIRMARON: la resolución de fojas ciento cuarentisiete, su fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos noventisiete, la que Falla Absolviendo de la Acusación Fiscal al procesado José Lindenver Zamora Sánchez por el delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud — Lesiones Culposas en agravio de Marcelina Fores Paredes; con lo demás que contiene; Notificándose y devolvieron.
>
> SS. MAC RAE THAYS / EYZAGUIRRE GARATE / CAYO RIVERA SCHREIBER

A. Hechos

La víctima es atropellada por el vehículo conducido por el acusado, en circunstancias en que, en lugar de utilizar el puente peatonal, trataba de cruzar una vía peligrosa debido a «las condiciones imperantes», en particular a «la carencia de iluminación en la zona». Así, la víctima obró «sin adoptar las medidas de precaución y seguridad», y expuso de esta manera su vida.

B. Argumentos

En la sentencia se recurre a la noción de tipo de injusto imprudente y se considera que actúa culposa o imprudentemente quien:

> Omite la diligencia debida, mediante:
>
> La infracción del deber de cuidado; la cual consiste en la violación de las normas de conducta exigibles para el caso concreto. Además, se agrega que:
>
> (1) esas reglas se deducen de la experiencia común; (2) la trasgresión de leyes o reglamentos no implica necesariamente la violación del deber objetivo de cuidado; (3) «en cuanto es el que hubiera observado un ciudadano medio en tales condiciones y con los conocimientos específicos del agente».

Luego, se sostiene que una acción cometida con la diligencia debida, aunque haya sido previsible el resultado producido, es permitida jurídicamente y que, por tanto, «no se plantea problema alguno». Se llega a esta conclusión porque se admite la imputación objetiva solo cuando se trata de una acción objetivamente

imprudente que incrementa, de forma ilegítima, el peligro de que el resultado se realice.

Enseguida, se señala que conducir un vehículo motorizado comporta un «riesgo socialmente aceptado y permitido». Si, en la realización de esta acción, se produce un «resultado no deseado», aun fortuitamente, no basta para reprimir al conductor imprudente; ya que esto significaría aceptar que el resultado, en los delitos culposos, es una pura condición objetiva de penalidad.

Admitir esto último sería un «absurdo», el mismo que es superado recurriendo al criterio de la imputación objetiva. La misma que, conforme a la sentencia, requiere que:

> (1) el resultado sea la realización de un riesgo no permitido; (2) este sea implícito en la acción del agente y que (3) exista relación de causalidad entre la acción y el resultado, la que no es suficiente para imputar el resultado al autor de la acción.

De esta manera, se llega a la conclusión de que no debe castigarse al conductor por homicidio culposo.

C. Comentario

El razonamiento, sin embargo, no es claro ni coherente. Esto se debe a que se parte de criterios dogmáticos sin hacer referencia a los hechos, los mismos que no son suficientemente expuestos. Así, no se da ninguna información sobre la manera cómo el conductor conducía su vehículo ni el estado de su persona o del vehículo. Se da por supuesto que no ha incurrido en imprudencia alguna por no haber violado el deber de cuidado que le imponían las circunstancias, como lo hubiera hecho «un ciudadano medio en tales condiciones y con los conocimientos específicos del agente» (afirmación discutida en doctrina). Si esto es así, el agente, mediante su acción diligente, no ha creado ni aumentado un riesgo prohibido.

Sin embargo, los jueces, para reforzar su decisión, dicen, textualmente, que «hay que agregar que por las circunstancias en que se producen los hechos se colige la falta de previsibilidad de la producción del resultado». De esta manera, afirman, en buena cuenta, que el resultado era imprevisible.

Sin embargo, los jueces no conciben el carácter fortuito del resultado en el sentido de que se trataría de un hecho de la naturaleza que escapa al control del agente. Ellos se refieren más bien, pero sin la debida claridad, a la comprobación de la previsibilidad del resultado como una de las condiciones del tipo legal de los delitos imprudentes. Solo si el resultado es previsible puede reprochársele al agente que hubiera podido darse cuenta de la peligrosidad de su comportamiento y, así mismo, que omitió tomar las medidas necesarias para no

perjudicar involuntariamente a terceros. Del carácter imprevisible del resultado se deduce que el agente no podía violar el deber de prudencia. Por tanto, no es correcto, como lo hacen los jueces, afirmar que se trata de un caso fortuito porque el agente no ha actuado imprudentemente.

La argumentación debió ser más simple. Como la muerte de la víctima se explica, según las leyes naturales, como causada por la acción de comisión realizada por el agente, se cumple con el requisito mínimo para proceder a determinar si se le puede imputar objetivamente el resultado. Para esto, debía establecerse si creó una situación de peligro. Con este fin, se requería establecer si superó el riesgo permitido en la conducción de vehículos, para lo cual tendría que comprobarse si violó una de las reglas de la circulación automotriz. Lo que supone que el agente está en situación de prever el resultado perjudicial. La negación de este último factor, permite afirmar que no actuó antirreglamentariamente y, por tanto, que lo hizo de manera diligente. Así, se concluiría negando que el conductor haya realizado el tipo legal. Dicho de otra manera, no se le imputaría objetivamente el resultado perjudicial.

En esta sentencia, no se comprende plenamente por qué se pone en primer plano el comportamiento de la víctima, considerado altamente imprudente y como una exposición voluntaria al peligro de sufrir un accidente. La culpa de la víctima no excluye que el agente haya podido también incurrir en una imprudencia, por la que debe responder. El carácter súbito e inesperado del comportamiento de la agraviada puede constituir un elemento para afirmar que el resultado era imprevisible para el agente. Tanto la culpa grave de la víctima como su inesperada manera de actuar eran consideradas, según los criterios tradicionales, como circunstancias que interrumpen la causalidad. Ahora, se trata más bien de comprobar si el resultado puede imputarse objetivamente al autor. Por lo que, en la sentencia, debió negarse o afirmarse, primero, si el agente creó una situación de peligro. Para hacerlo, era indispensable comprobar si se había incumplido alguna norma de precaución. Si esta violación no se había producido porque el resultado era imprevisible, no era posible exigir al agente que actuase diligentemente en relación con un resultado que él no podía prever. De modo que debía considerarse, más bien, que se trataba de un caso fortuito y, por consiguiente, era inútil analizar la imputación objetiva o la imprudencia. En caso contrario, debía procederse a determinar la imputación objetiva y una vez comprobado que era posible tener el resultado como obra del agente, plantearse si no procedía hacerlo debido a la manera imprudente como la víctima se había comportado. Si esta había asumido el peligro mediante su actuación voluntaria, no debía imputársele objetivamente el resultado (asunción del peligro por acto voluntario).

El hecho de que se afirme el carácter fortuito del resultado en la sentencia hace confusa la argumentación.

5. Dextrosa mortal[15]

A. Hechos

Enfermera aplica dextrosa al 50 %, en lugar de al 5 %, a una niña internada en el hospital. Este hecho desencadena un proceso que culmina con la muerte de la paciente. La enfermera, para ocultar su error, cubrió la etiqueta del frasco que indicaba 50 % con otra en la que escribió 5 %. El hecho de que este error fuera descubierto horas después, debido a que la enfermera no confesó su equivocación, determinó que la niña no pudiera ser salvada.

La enfermera no reconoció su error, lo que implicaba la violación del deber de cuidado.

Este comportamiento imprudente causó lesiones graves que llevaron al estado de coma a la víctima.

B. Argumentos

En la sentencia, se afirma que:

> [...] en todo contacto social es siempre previsible que otras personas van a defraudar las expectativas que se originan de su rol. No obstante sería imposible la interacción si el ciudadano tuviese que contar en cada momento con un comportamiento irreglamentario de los demás. Se paralizaría la vida en comunidad si quien interviene en ella debe organizar su conducta esperando que las otras personas no cumplieran con los deberes que les han sido asignados. El mundo está organizado de una forma contraria, pese a que se presentan frecuentes defraudaciones, quien participa en la interacción social puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a su status, él puede confiar que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido asignada.

Asimismo, se indica que:

> [...] en los supuestos de trabajo en equipo, que implica una distribución de trabajo, no es posible que alguien pueda cumplir acertadamente su tarea si tiene el deber de controlar y vigilar la conducta de los demás colaboradores, y

15 Exp. 86-96 Sec. Alvarado Lima 22-08-1997, en Villa Stein, 2000: 541 ss.

> que en el caso que nos ocupa no le es exigible al personal médico de dicha unidad el estar supervisando el contenido de los frascos ni de los medicamentos de todos los pacientes de la Institución, suministrados por el personal auxiliar para determinar si son conforme con lo indicado.

Igualmente, se señala que «el médico no es responsable de si el instrumento está debidamente esterilizado, lo que es tarea de la instrumentadora». Su deber es el de «asignar correctamente las funciones», asimismo «dar órdenes claras». Por lo que, «solo respondería, en consecuencia por defecto de comunicación y coordinación en su equipo de trabajo o por instrucciones que no sean lo suficientemente claras». Según los jueces, el pediatra no incurrió en estas deficiencias con respecto al tratamiento de la niña.

La argumentación es fundamentada en «el principio de confianza, parte de la moderna teoría de la imputación objetiva». Según la sentencia, esta tiene la:

> [...] finalidad de determinar la atribuibilidad del resultado, que tiene como uno de sus fundamentos el principio de la autoresponsabilidad y que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta que no se le puede imputar el resultado lesiones graves culposas, al médico pediatra, ni a la segunda enfermera que intervino en el suministro de la dextrosa, ocurrido por la frustración de la expectativa de una conducta adecuada al debido cuidado por parte de la primera enfermera.

C. Comentario

No existe mayor problema respecto a la responsabilidad de la enfermera que, debido al error que cometió, provocó la muerte de la víctima. Salvo, si se piensa que, por la manera en que trató de ocultar lo que había hecho, ella se dio cuenta de que impediría o dificultaría que la víctima fuera tratada debidamente y, por tanto, salvada. Así, se habría representado la posibilidad de causar la muerte de la víctima y, sin embargo, continuar actuando de la manera como lo hizo (ocultar la acción por la que había creado el peligro), lo que significaría que aceptó la realización del resultado que se representó como posible. Si este fuera el caso, habría actuado con dolo eventual respecto de la muerte de la niña.

El problema, en el caso concreto, se centró sobre la responsabilidad del médico y de la segunda enfermera. ¿Debieron vigilar la intervención de la primera enfermera o no? Los jueces determinan el papel del médico pediatra afirmando que su responsabilidad está en relación con la comunicación y coordinación que debe establecer y mantener entre los miembros de su equipo de trabajo, así como con la manera en que les dicta las instrucciones. Al respecto, indican que no existe

ningún defecto en cuanto a las primeras y que dictó las instrucciones correctas. Asimismo, que no se puede exigir «al personal médico de dicha unidad el estar supervisando el contenido de los frascos ni de los medicamentos de todos los pacientes de la institución, suministrados por el personal auxiliar». Esta afirmación se basa en la idea, expresada previamente por los jueces, de que, en caso de trabajo en equipo, «no es posible que alguien pueda cumplir acertadamente su tarea si tiene el deber de controlar y vigilar la conducta de los demás colaboradores». En cuanto a la segunda enfermera procesada, la misma que reemplazó durante dos horas a la que cometió el error, se dice que «verificó que la vía estaba permeable y que el goteo estaba según lo indicado». En relación con ambos casos se invoca el principio de confianza en actividades conjuntas practicadas con distribución de tareas. Sin embargo, llama la atención que, por un lado, se parta de un criterio general sin precisar si, según los reglamentos del hospital, el médico y la enfermera tenían que controlar que el tratamiento se efectuaba correctamente. Por otra parte, que ninguno de los concernidos por el tratamiento de la menor haya percibido el burdo cambio de etiqueta efectuado por la enfermera que se equivocó. Esto se explica quizá por las condiciones materiales y personales imperantes en los hospitales públicos; pero no deja ser cuestionable la manera cómo se aplica el principio de confianza para excluir la responsabilidad del médico y de la enfermera. La sentencia no da los elementos suficientes para comprender mejor la argumentación de los jueces.

6. Velocidad excesiva[16]

Homicidio culposo: actos que incrementaron el riesgo imputable al procesado.

Tanto la materialización del delito como la responsabilidad penal del procesado se encuentran debidamente acreditadas, pues además de la verificación del nexo causal existente, se tiene que el resultado le es imputable objetivamente, toda vez que la excesiva velocidad con que conducía su vehículo le impidió detenerse y ceder el paso al agraviado, circunstancia que objetiviza la infracción del deber del cuidado incurrida por el acusado, lo que finalmente significó un incremento del riesgo permitido materializado en el resultado.

> VISTOS: Interviniendo como Vocal Ponente la doctora Saquicuray Sánchez, con lo expuesto por la señora Fiscal Superior en su dictamen de fojas doscientos veintiocho; y CONSIDERANDO: Primero.— Que se advierte de autos que la imputación por el delito de homicidio imprudente o culposo contra el

16 Expediente 5032-97 Lima 2.11.98, en Rojas Infante, 2001: 71 ss.

acusado ROBERTO RÍOS ZÚÑIGA se fundamenta en el incidente de tránsito ocurrido el día primero de diciembre de mil novecientos noventitrés, a la altura del cruce formado por los jirones Estados Unidos y Diego de Almagro, del distrito de Jesús María; en circunstancias que al venir conduciendo la camioneta rural de placa RGL— cuatrocientos cincuentisiete de propiedad de su padre, el Tercero Civilmente Responsable don Arturo Ríos Toscano, colisionó con el vehículo Volkswagen de placa de rodaje EG seis mil ciento nueve, conducido por el agraviado, causándole traumatismo toráxico y cefálico, lo que motivo su posterior deceso al sobrevenirle un Shock Hipovolémico, tal como se puede apreciar del protocolo de autopsia que obra a fojas noventinueve y de la Partida de Defunción de fojas veintiséis; Segundo. — Que, siendo así, de la revisión y análisis de lo actuado se advierte que tanto la materialización del delito así como la responsabilidad penal del acusado se encuentran debidamente acreditadas; pues, además de la verificación del nexo causal existente entre la conducta del procesado con el fallecimiento del agraviado, se tiene que este resultado le es objetivamente imputable, toda vez que la excesiva velocidad con que conducía su vehículo le impidió detenerse y ceder el paso al agraviado, circunstancia que objetiviza la infracción de cuidado incurrida por el acusado; lo que finalmente significó un incremento del riesgo permitido, materializado en el resultado materia de autos; y, si bien es cierto no solo el encausado señala que el agraviado también conducía a una velocidad inapropiada pues, a fojas nueve obra la declaración de Villacorta Ramírez Solís, vendedor de golosinas y testigo presencial de los hechos, quien refiere que ambos vehículos se desplazaban a gran velocidad, sin embargo, no es menos cierto que dicha circunstancia no enerva la responsabilidad del procesado, ya que en este caso, su infracción fue determinante para materializar el evento materia de autos, toda vez que, estando conduciendo en una vía secundaria, debía estar atento de los vehículos que se desplazaban por la preferencial, aunándose a esto las declaraciones de los testigos Augusto Carrasco Romero y Dominga Bernabé Nina, de fojas setentitrés y setenticuatro, respectivamente, quienes refieren que la combi corría a mayor velocidad que el Volkswagen; además, advirtiéndose de la fotocopia de la licencia de conducir del procesado, obrante a fojas veinticuatro, que corresponde a la de categoría Profesional, en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo ciento once, que tipifica el delito de homicidio culposo, el resultado ocasionado por su conducta se agrava en vista que el procesado tenía la obligación de observar reglas técnicas previstas a los titulares de estos tipos de licencia de conducir, circunstancia que además, impide la prescripción de la acción penal al no haberse satisfecho el plazo extraordinario para que se extinga la acción penal; que, por estos fundamentos, CONFIRMARON: la

sentencia apelada de fojas doscientos veintiuno, su fecha seis de julio del presente año; que falla: CONDENANDO a ROBERTO RÍOS ZÚÑIGA como autor del delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud — homicidio culposo — en agravio de Carlos Amador Velásquez Jara; que le impone DOS años de pena privativa de la libertad, suspendida por el mismo plazo, e INHABILITACIÓN conforme a los incisos cuatro, seis y siete del artículo treintiséis del Código Penal, por el término de un año; bajo reglas de conductas, bajo apercibimiento de aplicarse lo dispuesto en el artículo cincuentinueve de la norma penal citada; y que fija en DIEZ MIL nuevos soles el monto por reparación civil que abonará el sentenciado, en forma solidaria con el tercero civilmente responsable, a favor de los herederos legales de la víctima, con lo demás que contiene notificándose y los devolvieron.

S.S. BACA CABRERA / SAQUICURAY SANCHEZ / SÁNCHEZ ESPINOZA

A. Hechos

Accidente de tránsito provocado por los conductores de dos vehículos. El mismo se produjo tanto porque conducían con exceso de velocidad, como porque el procesado no prestó la debida atención a los vehículos que circulaban por la pista lateral. El conductor que circulaba por la vía principal resultó muerto.

B. Argumentos

Se ha verificado tanto el nexo causal entre la conducta del procesado y el fallecimiento del agraviado. Este resultado es objetivamente imputable al procesado, toda vez que la excesiva velocidad con que conducía su vehículo le impidió detenerse y ceder el paso al agraviado. Esta circunstancia «objetiviza» la infracción de cuidado incurrida por el acusado. Lo que finalmente significó un incremento del riesgo permitido, el mismo que se ha materializado en el resultado materia de autos. La circunstancia de que el agraviado también conducía a una velocidad inapropiada no enerva la responsabilidad del procesado. En consecuencia, tanto la materialización del delito así como la responsabilidad penal del acusado se encuentran debidamente acreditadas.

C. Comentario

La argumentación para afirmar que el procesado ha realizado el tipo legal del delito de homicidio no es suficientemente clara. La creación del riesgo prohibido, fundamento de la imputación objetiva, se produce por el exceso de velocidad con que conducían tanto el procesado como la víctima. No es correcto afirmar que el procesado «incrementó el riesgo permitido»: lo que hizo es sobrepasar este límite,

y creó así la situación de peligro prohibida. El resultado muerte está condicionado por el comportamiento de ambos conductores, por lo que era necesario determinar la imprudencia en que incurrieron ambos conductores. En la sentencia, en cuanto a la víctima, solo se indica que no conducía a la velocidad apropiada; respecto al procesado, se señala que, además de conducir con exceso de velocidad, no respetó la prioridad de los vehículos circulando por la vía principal. Los jueces han considerado que este último factor ha sido determinante para la materialización del resultado. Según ellos, la concurrencia de culpa de parte de la víctima no constituye obstáculo para que se impute el resultado al procesado. Esta afirmación no es satisfactoria en la medida en que la apreciación de la imprudencia de ambos conductores no es suficientemente analizada. Esta deficiencia se debe a que el razonamiento no parte de la comprobación correcta de la existencia de la situación de peligro prohibida. Para constatar esta, hay que plantear ordenadamente las cuestiones relativas a la violación del deber de prudencia, la realización del resultado prohibido por la norma, la posible asunción del riesgo por parte de la víctima y la posible influencia del criterio de confianza en el correcto comportamiento de los demás participantes en la circulación. De esta manera, se hubiera determinado mejor el papel desempeñado por la víctima para delimitar la responsabilidad del procesado.

7. Intervención policial[17]

> Lima, veinte de enero de dos mil cinco, VISTOS; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Adolfo Barrientos Peña; Con expuesto en el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: Primero: Que este Supremo Tribunal conoce del presente proceso al haberse concedido el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Alberto Rodríguez Pacheco o Alberto Enrique Rodríguez Pacheco contra la sentencia de fojas dos mil ciento cincuentinueve, su fecha catorce de julio de dos mil tres. Segundo: Que es derecho de toda persona ser considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, conforme a la disposición contenida en el literal «e» del inciso vigésimo cuarto del articulo segundo de la Constitución Política del Perú. Tercero: Que conforme al Parte Policial número seiscientos treintiocho —IC-DIR que obra en et expediente seguido ante el fuero militar se tiene el personal policial de la DININCRI al tener conocimiento que en el local ubicado en la avenida Miguel Grau número cuatrocientos cuarenta de

17 R.N. N° 2161-2003; Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Penal Transitoria. Cono Norte. 20 de enero 2005.

la Urbanización Piñonate — Distrito de San Martín de Porras se reunía una banda de delincuentes, efectuó el trece de junio del año dos mil un operativo policial logrando intervenir a varios sujetos, entre ellos al agraviado Pedro quien resultó herido por arma de fuego que le causé traumatismo encéfalo craneano grave en occipital izquierdo. Cuarto: Que el único cargo contra et acusado Rodríguez Pacheco, proviene de la sindicación efectuada por la testigo Jucela Raquel Arce Loero, ex conviviente del agraviado así como del otro intervenido Saúl Máximo Peña Flores o Saúl Peña Flores, quienes refieren que el día de la intervención policial, no existió ningún forcejo, y que el acusado Rodríguez Pacheco disparó directamente en la cabeza al agraviado Canales Cobián; por su parte et citado justiciable ha sostenido reiteradamente que, al ingresar en la vivienda, se percató que el agraviado trataba de dirigirse hacia la puerta de salida par lo que de inmediato la sujetó por el hombro, empero el intervenido sorpresivamente volteó y le cogió la mano derecha con la cual sujetaba su arma de reglamento pretendiendo quitársela, circunstancias en que se produjo el disparo impactando el proyectil en la parte posterior de la cabeza del agraviado. Quinto: Que de la revisión de los actuados no se aprecia la existencia de elementos de prueba suficientes que determinen la culpabilidad del procesado en la comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud — lesiones culposas que se le atribuye; pues durante la secuela del proceso las testigos y principalmente Arce Loero ha brindado versiones contradictorias sobre los pormenores del hecho así como la participación de los protagonistas, pues a fojas trescientos sesenta y tres se? que «cuando su conviviente, el agraviado intentaba acercársele, el acusado b cogió del hombro diciéndole alto, apuntándole a la cabeza y casi de inmediato salió el disparo», mientras que a fojas mil ochocientos sesenta en el juicio oral llevado a cabo en el fuero militar refirió «cuando el policía llegó, ella y su conviviente estaban bien juntos y este ni siquiera le dijo alto», y por último en el nuevo juicio oral a fojas dos mil veintiocho manifestó no haber visto nada ya que se encontraba en el interior de la vivienda y cuando salió todos estaban intervenidos; que asimismo con la pericia de fojas ciento veintitrés ha quedado establecido que entre los protagonistas si hubo un forcejo, dado que la bala impactó en el parietal izquierdo y su trayectoria fue en forma diagonal de abajo hacia arriba, conforme así también lo señala el informe neurológico que corre a fojas mil quinientos ochenta y cinco; pruebas que corroboran la versión del acusado quien a la largo del proceso reiteradamente ha sostenido que trató de impedir la huida del agraviado produciéndose el forcejo ante la intención del agraviado de despojarlo de su arma. Sexto: Que abundante jurisprudencia ha señalado que, tratándose de la comisión de delitos por negligencia, la imputación culposa no se funda

en la intención del agente sino en su falta de previsión de b previsible, esto es, cuando el autor no ha hecho uso de tas precauciones impuestas par las circunstancias, infringiendo un deber de prudencia y de cuidado; que en el presente caso, tratándose de un operativo policial el acusado estaba obligado a tener lista su arma de reglamento para disparar y ante la repentina intención de huída del agraviado, este tuvo que reaccionar de inmediato para impedirla, produciéndose el forcejeo en el cual ambos trataron de proteger su integridad física. Por tales fundamentos: declararon HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas dos mil ciento cincuentinueve, su fecha catorce de julio de dos mil tres, que condena a ALBERTO RODRÍGUEZ PACHECO ô ALBERTO ENRIQUE RODRÍGUEZ PACHECO por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud — lesiones culposas, en agravio de ibm Pedro Canales Cobián a dos años de pena privativa de libertad suspendida; Con lo demás que contiene; y REFORMÁNDOLA lo absolvieron de la acusación fiscal por el citado delito; DISPUSIERON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales conforme al Decreto Ley ni veinte mil quinientos setentinueve; MANDARON archivar definitivamente la causa; con la demás que contiene. Interviene el señor Vocal Supremo Echevarría Adrianzén, por impedimento del señor Vocal Supremo Gonzáles Campos; y los devolvieron.

S.S. ECHEVARRIA ADRIANZÉN / BALCAZAR ZELADA / BARRIENTOS PEÑA / VEGAVEGA / PRINCIPE TRUJILLO

A. Hechos

El acusado hirió, en el occipital izquierdo, con arma de fuego a la víctima. Hecho que se produjo cuando como miembro de un grupo policial intervino un local en el que se reunían algunas personas, sospechosas de constituir una banda de delincuentes, entre las que se encontraba el agraviado. La herida se produjo en un forcejeo debido a que la víctima trató de despojar al policía de su arma.

B. Argumentos

Los jueces, primero, expresan de manera general que «abundante jurisprudencia ha señalado que, tratándose de la comisión de delitos por negligencia, la imputación culposa no se funda en la intención del agente sino en su falta de previsión de lo previsible, esto es, cuando el autor no ha hecho uso de las precauciones impuestas par las circunstancias, infringiendo un deber de prudencia y de cuidado». Enseguida, afirman que «en el presente caso, tratándose de un operativo policial, el acusado estaba obligado a tener lista su arma de reglamento para disparar y ante la repentina intención de huida del agraviado, este tuvo que reaccionar de

inmediato para impedirla, produciéndose el forcejeo en el cual ambos trataron de proteger su integridad física».

C. Comentario

La argumentación es insuficiente porque no hay relación lógica entre los dos argumentos expuestos. Si bien mediante el primero se excluye la intención, no se exponen las razones para admitir que hubo culpa por parte del acusado. Afirmándose la previsibilidad del resultado y la no violación del deber de prudencia en general, se admite que el acto fue culposo. De esta manera, no se recurre a los criterios de la imputación objetiva. Como si esta conclusión no fuera suficiente, los jueces sostienen, por un lado, que tratándose de un operativo policial el procesado estaba obligado a «tener lista su arma de reglamento para disparar». Circunstancia que no permite deducir, necesariamente, que se usara el arma con la debida prudencia. Por otro, que en el forcejeo «ambos trataron de proteger su integridad física». Hecho que tampoco permite afirmar que el procesado actúo con la debida prudencia, sino que más bien abre la posibilidad de que haya actuado en legítima defensa. La insuficiente descripción de los hechos y, sobre todo, los incompletos fundamentos de la sentencia no permiten comprender cabalmente la corrección de la decisión adoptada.

8. Control aduanero mortal[18]

> VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado JORGE FERNÂNDEZ ARONI contra la sentencia de vista de fojas mil cuatrocientos setenta y siete, su fecha nueve de agosto de dos mil uno, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas mil trescientos ochenta y nueve, su fecha catorce de mayo de dos mil uno, lo condena como autor de la comisión del delito de homicidio culposo o la pena de dos años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente y al pago de mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de cada agraviado: y
>
> CONSIDERANDO: Primero: Que este Supremo Tribunal conoce del presente recurso de nulidad por haberse declarado fundada la queja excepcional interpuesta por el acusado Jorge Fernández Aroni conforme aparece de la Ejecutoria de fojas mil quinientos veintiocho.

18 R.N. N° 502-2003-Puno. Corte Suprema. Sala Penal Permanente. Lima. cuatro de junio de dos mil cuatro.

Segundo: Que la sentencia de primero instancia, confirmada por la de segunda instancia, declara como hechos probados que el día dos de junio de mil novecientos noventa y cinco. como o las seis y media de la tarde, o la altura del kilómetro ciento catorce de la carretera Panamericana de Desaguadero a Puno —lugar denominado «crucero Chacachaca»—, el camión conducido por el sentenciado Cecilio Castro Choquehuanca disminuyó la velocidad sorpresivamente pues había una columna de carros que impedían la continuación de la marcha, la que dio lugar —al no contar incluso con luces de stop ni salirse de la pista a la berma— a que por la excesiva velocidad que imprimió el chofer de una combi conducida por Luis Guerra Churata no pueda frenar o tiempo y. finalmente, se estrelle contra la parte posterior del camión, o /consecuencia de la cual fallecieron doce pasajeros de la camioneta rural y otros siete resultaron con lesiones traumáticas de menor (consideración. Tercero: Que. por otro lado, se imputa al acusado Fernández Aroni, Oficial de Aduana, quien integraba un grupo de efectivos aduaneros al mando de su coacusado José Alberto Ruiz Carvajal, que por el hecho de efectuar una inspección de rutina selectiva a los vehículos que transitaban por la referida carretera, y en un lugar impropio para hacerlo, ocasionó un embotellamiento y posibilitó que se produzca el accidente en cuestión por no señalizar adecuadamente la vía dado el fuerte flujo vehicular que los días viernes se produce en dicha carretera. Cuarto: Que el encausado Fernández Aroni en su instructiva de fojas doscientos noventa y ocho acota que las dos unidades móviles de Aduanas se encontraban en el kilómetro ciento once y que se constituyó al lugar de los hechos, kilómetro ciento catorce, porque algunos chóferes les dijeron que había ocurrido un accidente, consecuentemente, no es cierto que se había producido una fila de vehículos detenidos en la carretera como consecuencia de la revisión vehículos realizada. Quinto: Que si bien la prueba testifical permite sostener que el motivo por el que sobreparó el camión conducido por el sentenciado Castro Choquehuanca fue por la revisión vehicular que realizaba personal de Aduanas, única explicación razonable a ese hecho, es de acotar que la facultad de realizar tales revisiones tiene fundamento razonable y es propia de actividades de prevención delictiva en materia de contrabando que la ley encarga a Aduanas; igualmente, es de puntualizar que el factor causal inmediato del choque objeto del presente proceso recae, de un lado, en la conducta observada por el sentenciado Castro Choquehuanca al sobreparar intempestivamente y porque el camión que conducía no contaba con luces posteriores; y, de otro lado, en la conducción inadvertida y a excesiva velocidad del chofer de la combi Luis Guerra Churata, el mismo que lamentablemente falleció; que la conducta observada por los chóferes

Castro Choquehuanca y Guerra Churata permite estimar, a su vez, que la realización de una revisión vehicular inopinada en dicho lugar por el personal de Aduanas no se erige en un factor de riesgo tal que permita imputarles objetivamente el resultado muerte y lesiones producidas como consecuencia de la colisión automovilística en cuestión; que, en efecto, se trató de una intervención realizada en una carretera en línea recta, según se aprecia del croquis de fojas veinticinco, el accidente no se produjo inmediatamente o la orden de detener vehículos para su revisión, y en la colisión operó un curso causal propio y distinto de la conducta de los aduaneros: velocidad excesiva de los chóferes, falta de atención a su eje de circulación, inobservancia de una distancia razonable con el vehículo que iba delante suyo y, en et caso del sentenciado Castro Choquehuanca, conducción de un camión sin contar con luces posteriores que debían orientar y alertar a los vehículos que iban detrás suyo. Sexto: Que, siendo así, no puede imputarse objetivamente el resultado muerte y lesiones al citado efectivo aduanero, par la que es del caso dictar sentencia absolutoria de conformidad con b dispuesto en los artículos doscientos ochenta y cuatro y trescientos primer párrafo, del Código de Procedimientos Penates: declararon HABER NULIDAD en sentencia de vista de fojas mil cuatrocientos setenta y siete, su fecha nueve de agosto de dos mil uno, que confirma la sentencia de primera instancia de fojas mil trescientos ochenta y nueve, su fecha catorce de mayo de dos mil uno, condena a Jorge Fernández Aroni como autor de la comisión del delito de homicidio culposo en agravio de Luis Guerra Churata, Teofilo Medina Quispe, Manuel Pari Mamani, Genoveva Córdova Sumo, Mari Edelmira Araca Carita, Julia Ramos Quispe, Julisa Katerian Mamani Araca, Omar Pari Córdova, Mayra Melisa Medina Araca, Candi Pari Córdova, Laura Magali Medina Ramos y Adonis Jason Mamani Ramos, a la pena de dos años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente y al pago de mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de cada agraviado, reformando la primera y revocando la segunda: ABSOLVIERON a dicho encausado de la acusación fiscal formulada en su contra por et citado delito en agravio de los mencionados agraviados; en consecuencia, ORDENARON se anulen sus antecedentes policiales y judiciales, y se archive definitivamente b actuado en ese extremo; y los devolvieron.

A. Hechos

El acusado, miembro del personal de Aduanas, ordenó un control de rutina selectiva de vehículos, y ello dio lugar a un embotellamiento. Circunstancia en la que el conductor de una combi, transitando con exceso de velocidad, chocara contra

un camión, desprovisto de luces de stop, cuyo conductor disminuyó sorpresivamente de velocidad debido a que la columna de carros le impedía continuar y, además, no salió de la pista hacía la berma. En este accidente murieron dos personas y siete resultaron heridas. Se reprochó al acusado el haber efectuado el control «en un lugar impropio» y hecho posible que se produzca el accidente «por no señalizar adecuadamente la vía dado el fuerte flujo vehicular que los días viernes se produce».

B. Argumentos

Según los vocales la «única explicación razonable» al hecho de que el conductor del camión sobreparó su vehículo fue la realización del control ordenado por el acusado. Sin embargo, «la facultad de realizar tales revisiones tiene fundamento razonable y es propia de actividades de prevención delictiva en materia de contrabando que la ley encarga a Aduanas». Así mismo, «el factor causal inmediato del choque […] recae, de un lado, en la conducta observada por [el conductor del camión] al sobreparar intempestivamente y porque el camión que conducía no contaba con luces posteriores; y, de otro lado, en la conducción inadvertida y a excesiva velocidad del chofer de la combi».

De donde deducen que «la realización de una revisión vehicular inopinada en dicho lugar por el personal de Aduanas no se erige en un factor de riesgo tal que permita imputarles objetivamente el resultado muerte y lesiones producidas como consecuencia de la colisión automovilística en cuestión»; puesto que se trató: «de una intervención realizada en una carretera en línea recta […], el accidente no se produjo inmediatamente a la orden de detener vehículos para su revisión». Y, concluyen diciendo que «en la colisión operó un curso causal propio y distinto de la conducta de los aduaneros: velocidad excesiva de los chóferes, falta de atención a su eje de circulación, inobservancia de una distancia razonable con el vehículo que iba delante suyo y, en el caso del [camionero], conducción de un camión sin contar con luces posteriores que debían orientar y alertar a los vehículos que iban detrás suyo».

C. Comentario

Llama la atención que no se mencionen, como sucede en otras sentencias, los criterios teóricos referidos a «la mejor y más moderna doctrina» para negar la imputación objetiva del resultado al acusado. La demostración se orienta más bien a mostrar que los comportamientos de los demás implicados en el accidente (uno condenado y el otro fallecido) son el factor causal inmediato del choque y, por tanto, del resultado. Si además se afirma que «en la colisión operó un curso causal propio y distinto de la conducta de los aduaneros», debía concluirse que no se

dio el fundamento mínimo de causalidad que supone el criterio de la imputación objetiva.

De modo que, primero, lo que debió hacerse es admitir o rechazar la existencia de una relación causal conforme a las leyes naturales. Luego, si la respuesta era afirmativa, se plantearía la cuestión de si el riesgo creado o aumentado era o no permitido. En caso contrario, resultaba superfluo hacerlo. Sin embargo, en la sentencia, a pesar de que dice que se niega dicha relación causal, al afirmarse que el resultado es debido a otro curso causal «propio y distinto», se sostiene que el control ordenado por el procesado «no se erige en un factor de riesgo tal que permita [imputarle] objetivamente el resultado muerte y lesiones». Lo cierto, en nuestra opinión, es que el comportamiento del procesado fue causa del resultado, pero que no constituyó, de acuerdo con la descripción de los hechos que se hace en la sentencia, un riesgo no permitido, indispensable para imputar el resultado al agente.

9. Forcejeo letal[19]

> VISTOS; interviniendo como ponente el Señor Vocal Supremo José Maria Balcazar Zelada; de conformidad con el Sr. Fiscal Supremo; y CONSIDERANDO: Primero.— Que es materia de grado la sentencia de fecha veintiséis de enero de dos mil cinco, que condena a Alejandro Venero Toyco, como autor del delito de homicidio y de encubrimiento real, al haber sido impugnada por el reo condenado, quien considera que el Colegiado no ha valorado que en el momento de los hechos se encontraba en estado etílico y que no existen elementos probatorios que demuestren que el recurrente haya procedido por orden de Carlos Alberto Giraldo Pintado a registrar las habitaciones contiguas de lugar donde se dio muerte al agraviado. Segundo Que de la revisión de autos, se aprecia que ya se ha condenado a Carlos Alberto Giraldo Pintado por los mismos hechos imputados al recurrente, subsumiendo el Colegiado Superior su conducta dentro de las alcances del tipo penal de homicidio culposo, habiendo establecido que entre la acción realizada —apretar el gatillo del revólver, haciendo percutar una bala dirigida a la victima— y el resultado producido —muerte por shock hipovulémico— existe no solo una relación causal en el plano ontológico — naturalístico, sino también de una de imputación objetiva, pues con su actuar sin guardar el cuidado debido ha creado un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico vida en el plano valorativo normativo, lo cual excluye de toda acción homicida a título de dolo o culpa

19 R.N. N°723-05. Ancash. Corte Suprema. Primera Sala Penal Transitoria. Lima, siete de julio de dos mil cinco.

> al procesado recurrente en este sentido, no habiéndose comportado ni como autor ni como participe, teniendo en cuenta que la participación en un delito culposo es una figura inexistente en el derecho penal sustantivo; razones par las cuales, resulta procedente su absolución, de conformidad con el articulo doscientos ochenticuatro del Código de Procedimientos Penales. Tercero Que, sin embargo, se ha acreditado la responsabilidad del procesado por el delito de encubrimiento real, toda vez que, luego que Giraldo Pintado diera muerte al agraviado, trasladó el cadáver a un lugar distinto al de la ocurrencia de los hechos, con la finalidad de dificultar las investigaciones posteriores; en consecuencia: Declararon HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas mil ciento noventicinco, su fecha veintiséis de enero de dos mil cinco, en el extremo que condena a ALEJANDRO VENERO TOYCO como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud — homicidio — en agravio de Luis Alberto Urbina Morales; y reformándola, ABSOLVIERON A ALEJANDRO VENERO TOYCO de la acusación fiscal por el mencionado delito; NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y las devolvieron. —
>
> S.S. GONZALES CAMPOS / BALCAZAR ZELADA / BARRIENTOS PEÑA / VEGA VEGA / PRINCIPE TRUJILLO

A. Hechos

La parquedad y mala redacción de la sentencia no permite hacerse una idea clara de lo acontecido. Parece que con ocasión de la muerte de la víctima producida por un tercero (ya condenado), el procesado estuvo presente e intervino ocultando el cadáver. Lo que dio lugar a que se le procesara como partícipe en la comisión del homicidio, calificado de culposo.

B. Argumentos

Los jueces parten de la constatación que la Sala Penal Superior ha «establecido que entre la acción realizada —apretar el gatillo del revólver, haciendo percutar una bala dirigida a la victima— y el resultado producido —muerte por shock hipovulémico— existe no solo una relación causal en el plano ontológico - naturalístico, sino también de una de imputación objetiva, pues con su actuar sin guardar el cuidado debido ha creado un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico vida en el plano valorativo normativo». De lo que concluyen que esto «excluye de toda acción homicida a título de dolo o culpa al procesado recurrente en este sentido, no habiéndose comportado ni como autor ni como participe, teniendo en cuenta que la participación en un delito culposo es una figura inexistente en el derecho penal sustantivo; razones par las cuales, resulta procedente su absolución».

C. Comentario

La trascripción literal de los argumentos de los jueces muestra la notoria deficiencia de los fundamentos de la sentencia. Debieron establecer con claridad en qué consistió el comportamiento del recurrente, lo que hubiera permitido comprender por qué en la instancia inferior se le imputó la participación en la comisión del homicidio culposo. También hubiera sido comprensible por qué se afirma que el hecho de imputar objetivamente al ya condenado la muerte de la víctima y considerar que actúo culposamente «excluye de toda acción homicida a título de dolo o culpa al procesado recurrente».

Presentar esta sentencia solo tiene como lado positivo el mostrar un ejemplo de cómo deben dictarse decisiones, sobre todo cuando pueden servir de modelo a jueces de primera y segunda instancia.

10. Travesía peligrosa[20]

> VISTOS; por sus propios fundamentos; interviniendo como ponente el Sr. Vocal Supremo Javier Villa Stein; y CONSIDERANDO: Primero. — Que este Supremo Tribunal conoce del presente proceso por haberse declarado fundada la queja interpuesta por presuntas irregularidades. Segundo. — Que con fecha cuatro de setiembre del año dos mil uno, siendo las cinco y media de la tarde, en circunstancias que el agraviado se encontraba a la altura de la Avenida Panamericana Norte, cuadra tres, trató de cruzar la avenida siendo impactado en forma sorpresiva con la llanta delantera de la motocicleta Honda de propiedad de Rolando Reyes Velarde, la misma que era conducida por el inculpado Víctor Miguel Reyes Velarde, produciéndole lesiones que se acreditan con et certificado médico legal de fojas doce, siendo auxiliado par la policía, y haciendo cargo de los gastos ocasionados el inculpado y su hermano, dueño del vehículo. Tercero.— Que de lo actuado en autos y conforme la mejor doctrina, no se ha acreditado par parte del encausado, que hubiere infringido el deber de cuidado; par el contrario, ha quedado establecido que el agraviado actuó omitiendo et deber de autocuidado al proceder aumentando en su contra el riesgo permitido, virando intempestivamente, sin dar las señales de tránsito establecidas, por lo que en aplicación del principio de imputación objetiva, competencia de la victima, debe tomarse en cuenta en la oportunidad de sentenciar la contribución que hace la víctima a la producción del resultado. Cuarto.— Que teniendo en cuenta que a la fecha la acción penal ha prescrito,

20 R.N. Exp. 1913-2002. Lambayeque. Corte Suprema. Sala Penal Transitoria. Lima, uno de abril del dos mil cuatro.

empero tratándose que la sentencia es absolutoria, este Colegiado resuelve pronunciarse por lo más favorable para et justiciable; en consecuencia; Declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas doscientos setenticuatro, su fecha veinte de junio del dos mil uno, que confirmando la apelada de fojas doscientos sesenta y dos, su fecha diecinueve de abril del dos mil uno, absuelve a Víctor Miguel Reyes Velarde de los cargos que se le imputan por el delito de lesiones culposas graves, en agravio de Basilio Chávez Vega; con la demás que contiene; y los devolvieron

S.S. GONZALES CAMPOS R.O./ VILLA STEIN / VALDEZ ROCA / CABANILLAS ZALDIVAR /VEGA VEGA

A. Hechos

El procesado, conduciendo una motocicleta, atropelló a la víctima en circunstancias en que esta trató de cruzar la avenida y por tanto resultó lesionada. Accidente que se produjo debido a que la víctima viró «intempestivamente, sin dar las señales de tránsito establecidas».

B. Argumentos

Según los jueces, «de lo actuado en autos y conforme la mejor doctrina, no se ha acreditado par parte del encausado, que hubiere infringido el deber de cuidado». Consideran, por el contrario, que «ha quedado establecido que el agraviado actuó omitiendo el deber de autocuidado al proceder aumentando en su contra el riesgo permitido, virando intempestivamente, sin dar las señales de tránsito establecidas». En consecuencia, estiman «que en aplicación del principio de imputación objetiva, competencia de la víctima, debe tomarse en cuenta en la oportunidad de sentenciar la contribución que hace la víctima a la producción del resultado».

C. Comentario

Si se tiene en cuenta la complejidad de los criterios teóricos, resulta demasiado esquemática la argumentación de los jueces, en particular tratándose un caso de culpa. Además, las deficiencias de la explicación aumentan por la descripción insuficiente de las circunstancias en que se produce el resultado. Sobre todo, porque no resulta claro qué «señales de tránsito establecidas» debió hacer la víctima al momento de cruzar la avenida para no aumentar «en su contra el riesgo permitido».

La autopuesta en peligro significa decidir, voluntaria y libremente, colocarse en una situación riesgosa asumiendo las consecuencias. Pero, hay que también tener en cuenta, por un lado, que en derecho penal no funciona la compensación de culpas y, por tanto, la puesta en peligro propia no implica la exclusión necesaria

de la culpa del otro participante en la situación que culmina con la producción de un resultado perjudicial. Por otro lado, sobre todo en el caso del tránsito, debe prestarse atención al criterio de la «confianza respecto al comportamiento de terceros» (mencionado por el mismo vocal Villa Stein en p. 240). Una de cuyas limitaciones de aplicación concierne a las circunstancias personales y materiales del comportamiento del tercero. Si el conductor de un vehículo percibe que el peatón es un niño, anciano, discapacitado, ebrio o que su comportamiento es manifiestamente descuidado o riesgoso, debe tomar las precauciones debidas para evitar un accidente y adecuar la conducción de su vehículo a la situación especial. De esta manera, se tiene en cuenta de manera singular los alcances de la denominada «competencia» de la víctima.

Formalmente, cabe destacar, primero, que no se comprende qué tiene que hacer «la mejor doctrina» con la prueba de que el procesado actúo conforme al deber de cuidado y el agraviado no. Segundo, que si se admite que el conductor no ha «infringido el deber de cuidado», esto implica que se ha aceptado previamente que no ha creado una situación de peligro no permitida. La creación o el aumento de un peligro no autorizado es el primer factor para analizar la imputación objetiva. Si este no existe, resulta superfluo plantearse la influencia del comportamiento de la víctima, ya que el resultado no puede imputarse objetivamente al agente porque su comportamiento es peligroso en los límites permitidos o autorizados. Preocupante es también que a pesar de que se habla de la violación del deber de prudencia, factor determinante para admitir o excluir la culpa, no se argumenta por qué se niega que haya sido violado.

El efecto negativo de sentencias como la comentada es que —cada vez que se presente un caso, en rasgos generales, semejante al tratado— se invoquen automáticamente los criterios expuestos en la argumentación esquemática. De esta manera, se debilita la protección de las personas, sobre todo en el campo del tránsito vehicular, caracterizado en nuestro medio por la frecuente violación de las reglas de circulación.

11. Zona de exclusiva circulación fatal[21]

> VISTOS; interviniendo como ponente el Vocal Supremo Raúl Alfonso Valdez Roca; por los propios fundamentos de la recurrida; y CONSIDERANDO además: número. Que conoce del presente recurso de nulidad este Supremo Tribunal al haberse declarado fundado en su oportunidad el recurso de queja

21 R.N. N 2389-2004. Lima. Corte Suprema. Sala Penal Transitoria. Lima, quince de noviembre del dos mil cuatro.

por presuntas irregularidades. Segundo. Que en materia penal la inocencia se presume, la culpabilidad se prueba, resultando el solo cargo incriminatorio, sin ninguna prueba que lo corrobore, insuficiente para poder sustentar una sentencia condenatoria. Tercero. Que para que un resultado sea objetivamente imputable a su autor, este no solo tuvo que causar naturalísticamente aquel con su conducta, sino que con ella debió también haber creado un riesgo no permitido que haya aumentado el peligro de lesión de un bien jurídico cuya protección se encuentra dentro de los alcances del radio de acción de la norma infringida el cual no comprende las conductas de auto exposición al peligro por la propia víctima. Cuarto. Que, siendo ello así, de la revisión de autos se advierte la muerte del agraviado no se debió a la acción dolosa o culposa del procesado Felipe Ortega Velásquez, sino por el contrario, en las conclusiones tanto del atestado policial obrante a fojas uno y siguientes, (como en el informe técnico elaborado por la unidad de investigación de de tránsito de la Policía Nacional, se considera como factor predominante de producción del accidente, a la acción del propio agraviado al ingresar a la zona de exclusiva circulación vehicular de alta velocidad por un lugar no autorizado, sin tomar las medidas de precaución y seguridad tendientes a salvaguardar su integridad física y sin tener en cuenta además que existía un cerco de metal en el separador central, así como la existencia de un puente peatonal por donde debió de cruzar; más aun si el procesado conducía su vehículo a una velocidad prudencial y sin infringir las reglas del tráfico rodado, por lo que no puede imputársele objetivamente a este el desenlace fatal; siendo ello así, se tiene que lo resuelto por el Colegiado se encuentra arreglado a ley; en consecuencia:

Declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas ciento ochenta, su fecha veinte de noviembre del año dos mil, que CONFIRMA la sentencia de fojas ciento cuarentiocho, su fecha nueve de mayo del dos mil, que ABSUELVE a FELIPE ORTEGA VELÁSQUEZ de la acusación fiscal por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud —homicidio culposo— en agravio de Ponciano Auqui Calderón; con i que contiene; y los devolvieron

S.S. GONZALES CAMPOS R.O./VALDEZ ROCA /VEGA VEGA BARRIOS ALVARADO / PRADO SALDARRIAGA

A. Hechos

El procesado, conduciendo su vehículo, a una velocidad prudencial y sin violar las reglas del tráfico rodado, atropelló al agraviado, en circunstancias en que este ingresó «a la zona de exclusiva circulación vehicular de alta velocidad por un lugar no autorizado, sin tomar las medidas de precaución y seguridad tendientes a

salvaguardar su integridad física y sin tener en cuenta además que existía un cerco de metal en el separador central, así como la existencia de un puente peatonal por donde debió de cruzar».

B. Argumentos

Los jueces afirman que no puede imputarse objetivamente al procesado el resultado letal, en primer lugar, porque este último «no se debió a la acción dolosa o culposa del procesado […], sino por el contrario […] al factor predominante de producción del accidente, [a] la acción del propio agraviado» y, en segundo lugar, porque «conducía su vehículo a una velocidad prudencial y sin infringir las reglas del tráfico rodado».

C. Comentario

En esta sentencia se observa, igualmente, que se excluye la imputación objetiva en consideración a que la víctima misma se coloca en situación de peligro. El comportamiento de esta es estimado como el «factor predominante», y ello deja suponer que, al menos, existe otro. Como solo se indica además el comportamiento del conductor, hay que suponer que este acto es considerado como secundario. Si este ha sido el razonamiento, no es correcto, pues se considera que el conductor no ha creado un riesgo no permitido y, por tanto, su comportamiento no puede ser tomado en cuenta para apreciar la imputación. Como lo hemos señalado en comentarios anteriores, sin creación o aumento de un peligro no se da imputación objetiva.

A diferencia de la sentencia anterior, sí se dicen las razones concernientes a la conformidad del comportamiento del procesado con el deber de prudencia. Sin embargo, los argumentos son demasiado sucintos y, además, no se establece una relación con el comportamiento de la víctima, del cual no se dice si hubo algo de especial respecto de la persona de la víctima o al contexto material en que tuvo lugar.

12. Vehículo menor riesgoso[22]

> VISTOS; con lo expuesto por el Sr. Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como ponente el Sr. Vocal Supremo Javier Villa Stein; y CONSIDERANDO además: Primero.— Que este Supremo Tribunal conoce del presente proceso, por haberse declarado fundada la queja interpuesta por presuntas irregularida-

22 EXP. N° 2867 – 2003. Cañete. Corte Suprema. Sala Penal Transitoria. Lima, once de mayo del año dos mil cuatro.

> des. Segundo.— Que se le incriminó a Víctor Oscar Olivares, que con fecha diecisiete de abril del año de mil novecientos noventinueve, siendo aproximadamente las nueve horas con treinta minutos, en circunstancias que conducía un ómnibus de marca Mercedes Benz, con placa de rodaje VG-veinticinco treinta y uno, por la autopista imperial a Lunahuaná, en sentido de este a oeste, colisionó con el agraviado Máximo Aurelio Chumbe Puma cuando pretendía ingresar con su vehículo menor (bicicleta) a la carretera arrastrándolo a una distancia de diez metros, ocasionando de esta forma su deceso. Tercero.— Que de lo actuado en autos y conforme la mejor doctrina, no se ha acreditado por parte del encausado que hubiere infringido el deber de cuidado; por el contrario, ha quedado establecido que el agraviado actuó omitiendo el deber de auto cuidado, al proceder aumentando en su contra, el riesgo permitido, virando intempestivamente, sin dar las señales de tránsito establecidas, por lo que en aplicación del principio de amputación objetiva, competencia de la víctima, debe tomarse en cuenta en la oportunidad de sentenciar la contribución que hace la victima a la producción del resultado; en consecuencia; Declararon NO HABER ULIDAD en la revolución de fojas doscientos sesentinueve, su fecha veintitrés de abril de dos mil dos, que revoca la revolución apelada de fojas doscientos cuarenticuatro, de fecha nueve de enero del dos mil dos, y deformándola ABSUELVE a VICTOR OSCAR OLIVARES HILARIO de la acusación fiscal por el delito contra la vida el cuerpo y la salud —homicidio culposo— en agravio de Máximo Aurelio Chumbe Puma; con lo demás que contiene; interviniendo el Sr. Echevarria Adrianzen por impedimento del Sr. Gonzáles Campos; y los devolvieron.
>
> S.S. ECHEVARRÍA ADRIANZEN / VILLA STEIN / VALDEZ ROCA / CABANILLAS ZALDIVAR / VEGA VEGA

A. Hechos

En circunstancias que conducía un ómnibus por la autopista Imperial a Lunahuaná, el procesado colisionó con el agraviado cuando este «pretendía ingresar con su vehículo menor (bicicleta) a la carretera arrastrándolo a una distancia de diez metros, ocasionando de esta forma su deceso».

B. Argumentos

En la sentencia se dice textualmente:

> Que de lo actuado en autos y conforme la mejor doctrina, no se ha acreditado por parte del encausado que hubiere infringido el deber de cuidado; por el contrario, ha quedado establecido que el agraviado actuó omitiendo el deber

de auto cuidado, al proceder aumentando en su contra, el riesgo permitido, virando intempestivamente, sin dar las señales de tránsito establecidas, por lo que en aplicación del principio de amputación objetiva, competencia de la víctima, debe tomarse en cuenta en la oportunidad de sentenciar la contribución que hace la victima a la producción del resultado.

C. Comentario

Sin describir de manera completa los hechos y sin mayor explicación, se repite literalmente la argumentación expuesta en la R.N. Exp. 1913-2002, presentada anteriormente. De modo que la opinión vertida sobre esta vale para la presente. Así, se confirma el temor de que de manera pretoriana se resuelvan una serie de casos sin exponer las similitudes que justifican recurrir a argumentaciones idénticas. En concreto se explica por el hecho de que el ponente haya sido el mismo en ambas ocasiones.

13. Cruce intempestivo[23]

VISTOS; interviniendo coma ponente el Señor Vocal Supremo Robinsón Octavio Gonzáles Campos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal Supremo; y CONSIDERANDO: Primera. — Que las integrantes de este Tribunal Supremo emiten pronunciamiento par haberse declarado fundada la queja de derecho interpuesta por el imputado Jasé Luis Zamalloa Choque, a través del escrito de fojas doscientos cuarentiocho, al existir presuntas irregularidades, según se advierte del contenido de la ejecutoria que en copia certificada corre agregada a fojas doscientos sesenta y seis. Segundo.— Que teniéndose a la vista el expediente principal, se aprecia que, siendo las veintiuno y diez de la noche del doce de febrero de mil novecientos noventa y nueve personal policial, dio cuenta mediante la ocurrencia policial transcrita a fojas dos, que se habia producido un accidente de tránsito par inmediaciones del cruce de las Avenidas Garcilazo de la Vega y Uruguay, evento en el que, según se precisa, tenía coma principal autor del mismo al referido encausado, quien habría atropellado al peatón Rubén Manuel Mallaupoma Pinto, en circunstancias que conducía su vehículo AOC— doscientos sesenta y dos, cruzando intempestivamente en la luz verde cuando todos los vehículos circulaban de Norte a Sur, mientras que el peatón transitaba de Este a Oeste. Tercero. — Que pese a

23 N.R. NULIDAD N° 2915-2003. Lima. Corte Suprema. Sala Penal Transitoria. Lima, trece de agosto de dos mil cuatro.

la expuesto, efectuada las investigaciones, tanto a nivel policial coma judicial se ha podido llegar a la inferencia de que si bien es cierto et aludido accidente de tránsito que ocasionó las lesiones del agraviado conforme aparece descrita en el certificado médico legal de fojas veinte, ello se debió principalmente a un factor preponderante como lo constituye el hecho de que el agraviado se encontraba en estado etílico, según se aprecia del contenido del oficio número doscientos treinta y tres — HNAL — DRAME —noventinueve, remitido par el Jefe del Departamento de Estadística del Hospital Nacional Arzobispo Loayza, anexado a fojas veintiuna, aspecto convalidado con la manifestado por el sub oficial de segunda de la Policía Nacional del Perú, Hedi Demetrio Zamudio Bustillos, quien resultó ser testigo presencial de los hechos e intervino luego de acontecido el accidente, quien manifestó que el agraviado cruzó intempestivamente la calzada con la luz roja, cuando el vehículo que conducía el procesado se desplazaba correctamente. Cuarto. — Que par la tanto la negativa del acusado de haber cometido con dolo el ilícito penal instruido, plasmada en su manifestación policial de fojas diez y en su declaración instructiva de fajas setenticuatro, se ve reflejada con el hecho de que el día del accidente, el precitado se encontraba totalmente sobrio, conforme aparece del certificado de dopaje etílico de fojas diecinueve, signa demostrativa de haber estado consciente cuando conducía vehiculo en su calidad de chofer profesional —categoría I— según se observa de la licencia de conducir y tarjeta de propiedad, fotocopiado a fojas veinticuatro; que además resulta sintomática la determinación a la que se llega en el aludido informe técnico, puesto que en el rubro C del punto III de la «Descripción Analítica» especifica que no se ha podido determinar fehacientemente la velocidad mínima probable a la que se desplazaba la unidad vehicular, para luego entre sus conclusiones precisar que el factor contributivo lo produjo la conducta del acusado al desplazar su vehiculo a una velocidad tal que resultó no razonable y pertinentes para las circunstancias del lugar. Quinto.— Que en consecuencia, no se advierte que haya existido culpa en la conducta del incriminado y si bien se han producido las lesiones en el agraviado, estos se deben a un factor preponderante que se circunscribe a que la victima se encontraba en estado de ebriedad, cuando se produjo al evento delictivo instruido; que a mayor abundamiento, tenemos que el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal prevé taxativamente que «la pena requiere de la responsabilidad penal del autor, queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva…» dispositivo con el que se pretende enfatizar que para imponer una sanción a titulo de pena se hace imprescindible demostrar en et proceso que el imputado actuó deliberadamente para lograr el resultado, lo que ha sido desvirtuado fehaciente e indubitablemente

> con todo la señalado precedentemente; tanto más, si al artículo ciento once del citado Código sustantivo, que tipifica el delito de homicidio culposo, establece como requisito «sine qua non» la existencia de negligencia por parte del agente; par estos argumentas y dándose las presupuestos del articula doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales: Declararon HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas doscientos veinte, su fecha trece de noviembre del dos mil uno, que revocando la sentencia apelada de fajas ciento ochenta y siete, fechada et dieciocho de abril del dos mil uno, fija en mil quinientas nuevas soles par concepto de separación civil; y REFORMÁNDOLA, ABSOLVIERON a JOSÉ LUIS ZAMALLOA CHOQUE, de las cargos contenidas en el dictamen acusatorio, par el delito contra la vida el cuerpo y la salud, lesiones culposas, en agravio de Rubén Manuel Mallaupama Pinta; en consecuencia, DISPUSIERON que se proceda con arreglo a la dispuesto en el Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve; y se devolvieron.
>
> S.S. GONZALES CAMPOS R.0./ VILLA STEIN / VALDEZ ROCA / CABANILLAS ZALDIVAR / VEGA VEGA. elg

A. Hechos

El procesado atropelló a la víctima, en circunstancias que conducía su vehículo. El agraviado, en estado de ebriedad, cruzó intempestivamente en luz verde, cuando todos los vehículos circulaban de norte a sur, mientras que él transitaba de este a oeste.

B. Argumentos

Los jueces afirman que las lesiones del agraviado se debieron «principalmente a un factor preponderante como lo constituye el hecho de que el agraviado se encontraba en estado etílico». El mismo que «cruzó intempestivamente la calzada con la luz roja, cuando el vehículo que conducía el procesado se desplazaba correctamente».

Además, afirmando una contradicción en la «descripción analítica» del accidente, desechan que no se «haya podido determinar fehacientemente la velocidad mínima probable a la que se desplazaba la unidad vehicular».

Así mismo, consideran necesario recordar que el Código Penal proscribe la responsabilidad objetiva. De donde deducen que de este modo se enfatiza «que para imponer una sanción a titulo de pena se hace imprescindible demostrar en el proceso que el imputado actuó deliberadamente para lograr el resultado». Esto, según ellos, «ha sido desvirtuado fehaciente e indubitablemente con todo la señalado precedentemente» «tanto más si al artículo ciento once del citado Código

sustantivo, que tipifica el delito de homicidio culposo, establece como requisito *sine qua non* la existencia de negligencia por parte del agente».

C. Comentario

De la argumentación se deduce que la orientación no es negar expresamente la imputación objetiva, en la medida en que no se alude a la creación de un riesgo. El objetivo es más bien el de excluir que el agente haya actuado dolosamente y afirmar que su comportamiento es culposo. Sin embargo, se sigue dando una importancia grande al comportamiento de la víctima, en particular a su estado de ebriedad.

Las citaciones de las disposiciones legales, si no son del todo pertinentes, tampoco era indispensable mencionarlas de la manera como se hace.

14. Penicilina mortal[24]

> VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Carlos Torres Acosta contra la sentencia condenatoria de fojas trescientos cincuenta y dos, su fecha treinta de junio de dos mil cuatro; y CONSIDERANDO: Primero: Que el acusado en la formalización de su recurso de nulidad de fojas trescientos sesenta y cuatro cuestiona la condena sosteniendo que obró de buena fe atendiendo a un miembro de la comunidad en su condición de boticario, que el encausado ya estaba enfermo de tuberculosis pulmonar, y que no hay prueba objetiva para imputarle cl resultado muerte del agraviado. Segundo: Que el propio encausado en su instructiva de fojas sesenta y seis y en el acto oral (fojas trescientos veintitrés) reconoce que vendió bencil bensatinica de mil dos unidades, en cantidad de diez unidades, al agraviado Vargas Tangoa, así como administró una ampolla, la cual generó una reacción alérgica que ocasionó su deceso, según es de verse del protocolo de necropsia de fojas diez, que determinó que la causa de la muerte del agraviado se debió a un shock anafiláctico por hipersensibilidad a penicilina. Tercero: Que, por consiguiente, está probada la causalidad entre la penicilina administrada y el resultado muerte, así como la respectiva relación de riesgo imputable al imputado al vender y suministrar un producto que requería autorización médica para su expendio y que debía ser aplicado por un profesional de la salud, que no era el imputado; que esa impericia del imputado explica que no haya tenido el debido cuidado —debiendo tenerlo— de advertir si el agraviado era alérgico a la penicilina, lo que

24 R.N. N° 3274-2004. Ayacucho. Corte Suprema. Sala Penal Permanente. Lima, veinticinco de noviembre de dos mil cuatro.

> le era conocible, por lo que su actuación a titulo de imprudencia se encuentra plenamente acreditada; que es de precisar que si bien el agraviado padecía de Tuberculosis Pulmonar, ello en modo alguno importó una ruptura del nexo causal entre la penicilina que se le aplicó y el fallecimiento resultante, en tanto que esta fue provocada causalmente por la acción del imputado. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas trescientos cincuenta y dos, su fecha treinta de junio de dos mil cuatro, que condena a Carlos Torres Acosta como autor del delito de homicidio culposo en agravio de Segundino Vargas Tangoa, a cuatro años de condena condicional —entendiéndose que la suspensión de la ejecución está referida a la pena privativa de libertad— con el plazo de suspensión de tres años, y fija en veinte mil nuevos soles el monto de la reparación civil que abonará a los herederos legales de la víctima; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.
>
> S.S. SAN MARTÍN CASTRO / PALACIOS VILLAR / BARRIENTOS PEA / LECAROS CORNEJO / MOLINA ORDOEZ

A. Hechos

El procesado vendió «bencil bensatínica de mil dos unidades, en cantidad de diez unidades», al agraviado Vargas Tangoa, y le administró una ampolla, la cual generó una reacción alérgica que ocasionó su deceso debido a un «shock anafiláctico por hipersensibilidad a penicilina».

B. Argumentos

Los jueces afirmaron, primero, que existe causalidad entre la penicilina administrada y la muerte de la víctima, enferma de tuberculosis pulmonar; segundo, que esta última circunstancia no importó «una ruptura del nexo causal entre la penicilina que se le aplicó y el fallecimiento resultante»; tercero, que se dio un «riesgo imputable al imputado al vender y suministrar un producto que requería autorización médica para su expendio y que debía ser aplicado por un profesional de la salud, que no era el imputado». De esto, deducen «que esa impericia del imputado explica que no haya tenido el debido cuidado —debiendo tenerlo— de advertir si el agraviado era alérgico a la penicilina, lo que le era conocible».

C. Comentario

El criterio de la imputación objetiva sirve para superar las dificultades que presentaba la simple aplicación de la noción de causalidad. La causalidad «naturalística», como se le denomina en algunas sentencias, constituye la base de dicha

imputación. A este factor se refiere la afirmación que existió entre el medicamento administrado y la muerte de la víctima. La afirmación de que no hubo ruptura del nexo causal no concuerda con la explicación de la imputación objetiva, en la medida en que con esta categoría se superan las deficiencias de la teoría de la causalidad relativas justamente a determinar cuándo se interrumpía la relación de causalidad. También es deficiente la referencia que hacen al «riesgo imputable al imputado [sic]». Lo que se imputa es el resultado (y así admitir la realización del tipo legal objetivo). El riesgo ilícito debe ser creado o aumentado mediante el comportamiento. Hacen bien los jueces en no plantearse la cuestión de la puesta en riesgo propio de parte de la víctima, de quien hubiera podido decirse que se expuso a un peligro por haber consultado una persona sabiendo que no era un profesional de la salud o sin tomar la precaución de comprobar si lo era. Circunstancia que se presenta con frecuencia en nuestro medio por la falta de acceso de un gran sector de la población a un sistema de salud mínimo.

Para admitir la culpa del agente, los jueces hablan de impericia de parte del procesado por haber expedido y administrado un medicamento sin contar con la debida prescripción de un medico y sin tener en cuenta o sin indagar (como parece indicar la sentencia con la fórmula «lo que le era conocible») que la víctima era alérgica a la penicilina. En realidad, el procesado por no tener la formación necesaria para prescribir y suministrar un medicamento debió abstenerse de realizar el comportamiento que provocó la muerte de la víctima.

IV. A manera conclusión

La renovación de los criterios de interpretación y de aplicación de la ley es siempre deseable. El logro de este objetivo depende de si los nuevos métodos y conceptos han sido bien asimilados. Los fracasos o insuficiencias se deben, con frecuencia, a una deficiente comprensión de los nuevos criterios y a la falta de adaptación a los contextos legislativo y judicial marcados por las concepciones e ideas que se trata de superar. Con frecuencia, se olvida que los criterios que se importan han sido elaborados en una realidad social y legislativa diferente a la nuestra. De modo que cabe esperar que no se les adopte bajo el impulso de su carácter novedoso, sino que su recepción sea el resultado de su estudio serio con el objetivo de adecuarlas a nuestra realidad de modo a aplicarlas en la medida en que sea indispensable y de interés práctico.

Si bien es cierto que en diversas sentencias de las Salas Penales tanto de la Corte Suprema como de las Cortes Superiores se hace referencia a los criterios de la imputación objetiva, también es verdad que se nota una repetición casi literal de los mismos argumentos doctrinarios. Esto puede constituir la manifestación

de un conocimiento superficial de la categoría aplicada, lo que comportaría graves riesgos en el juzgamiento de los casos *sub iudice*. En el caso de los tribunales inferiores esto puede deberse a que en las resoluciones de la Corte Suprema en las que se recurre a la noción de imputación objetiva solo se presentan de manera incompleta los hechos. Lo que impide apreciar si los argumentos, aun cuando sean doctrinariamente correctos, corresponden a la manera como se desarrolló el comportamiento delictuoso. Por esto, la jurisprudencia de la Corte Suprema solo cumplirá cabalmente su función de orientar las instancias inferiores en la aplicación de la ley penal cuando las sentencias presenten de manera suficiente los hechos admitidos como probados y la argumentación sea no solo completa sino coherente y bien informada doctrinalmente. Esto es una exigencia propia de un Estado de derecho en garantía de los derechos fundamentales de todos.

Bibliografía

En las notas se citan los libros y los artículos de revista por nombre del autor, año de publicación y número de página. Cuando los textos de un autor han sido publicados el mismo año, la referencia se hace agregando al año una letra (a, b, c…). Debido a que los colaboradores no han consultado siempre la misma edición de una obra, se mencionan en la bibliografía las ediciones citadas.

Abanto Vásquez, Manuel

2001 *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra editores.

1997 *Derecho Penal Económico*. Lima: IDEMSA.

Acale Sánchez, María

2000 *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*. Granada: Comares.

Agostinetti, Marcelo J.

2000 «La culpabilidad», en Lascano, Carlos Julio (director), *Lecciones de Derecho Penal. PG*. II, Córdoba (Argentina), p. 189 ss.

Aguado Correa, Teresa

1999 *El principio de proporcionalidad*. Madrid: Edersa.

2000 *El comiso*. Madrid: Edersa.

Albrecht, Hans-Jörg

2001 «Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas». En *Actas del Congreso Internacional de la UNED. Modernas tendencias en la ciencia del derecho Penal y en la criminología*. Madrid: UNED.

Alibrandi, Luigi
1993 *Il Codice Penale. Commentato per articolo con la giurisprudenza*. 2ª ed. Piacenza: Editrice la Tribuna.

Alimena, Bernardino
1915 *Principios de Derecho Penal*. T. I. Traducción y notas de Eugenio Cuello Calón. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

Ambos, Kai
1999 «Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones». Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid), en *RDPC*, N. 3, p. 133 ss. Este artículo fue originalmente publicado en *GA* 4/1998.
2002 *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*. Ansätze einer Dogmatisierung, Berlin.
2005 *La Parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Traducción De Ezequiel Malarino, Montevideo, Konrad Adenauer.
2007 «Dominio por organización. Estado de la discusión», en: *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*. Nelson Salazar Sánchez (coordinador), IDEMSA, p. 75 ss.

Ambos, Kai y Cristoph Grammer
2003 «Dominio del hecho por organización. La responsablidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elizabeth Kaseman», en: *Retos de la Judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima, p. 237 ss.

Amelung, Knut
1982 «Die Zulässigkeit der Einwilligung bei den Amtsdelikten». En Ernst-Walter Hanack et al. *Festschrift für Hans Dünnebier*, p. 487 ss.
1981 «Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsguts»,en *Schriften zum öffentlichen Recht* Bd. 392, Verlag Duncker und Humblot, Berlin.

Amry, René Paul
2006 «Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate». En ADP, Lima, p. 73 ss.

Anderson, Benedict
1997 *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. México D.F.: Fondo de cultura económica.

Antolisei, Francesco
1930 *L'offesa e il danno nel reato*. Bérgamo.
1960 *Manual de Derecho penal. PG*. Traducción de Juan del Rosal y Angel Torío. Buenos Aires: UTHEA.
1982 *Manuale de Diritto Penale. PGe*. 9ª ed. Luigi Conti (ed.). Milano: Giuffrè Editore.

1988 *Manual de Derecho penal. PG*. Traducción de la octava edición italiana por Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis.

Antón Oneca, José
1949 *Derecho Penal. PG*. T. I: PG. Madrid: Gráfica Administrativa.

Aparicio Pérez, Antonio
1990 *Delitos contra la Hacienda Pública*. Oviedo: Universidad de Oviedo.

Aranibar Ramírez, F.
1995 *Comentarios al Código penal*. Cusco: Imprenta Estudio 2001, E. I. R. L.

Arloth, Frank
1990 «Zur Abgrenzung von Untreue und Bankrott bei der GmbH». En *NStZ*, p. 570 ss.

Armaza Galdós, Julio
1998 «La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico». En *RDPC*, segunda época, T. I, Madrid.
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.
2001 «Influencia de los códigos penales españoles en la legislación peruana decimonónica». En *Libro-Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam*. T. I. Cuenca: Ediciones de las Universidades de Castilla - La Mancha y Salamanca.

Arroyo Zapatero, Luis
1998 «Derecho penal económico y Constitución». En *Revista Penal* N. 1, p. 1 ss.

Arteaga Sánchez, Alberto
1989 *Derecho penal venezolano. PG*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 5ª ed.

Artz, Günter
1970 *Willensmängel bei der Einwilligung*, Frankfurt a. M.
1990 «Erfolgsdelikts und Tätigkeitsdelikt». En ZStrR, 2, p. 168 ss.

Asociación de Magistrados
1985 «Observaciones al Proyecto de Código Penal». En *Boletín de la Asociación de Magistrados*, 1, mayo.

Atanasio Fuentes, Manuel y Antonio de la Lama
1877 *Diccionario de Jurisprudencia y de legislación peruana. Parte Criminal*. T. III. Lima: Imprenta del Estado.

Bacigalupo Zapater, Enrique
1981 «La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código Penal de 1980», en *La Ley*, p. 919 ss.
1983 *Delito y punibilidad*. Madrid: Tecnos.

1984 *Manual de Derecho Penal. PG*. Bogotá: Temis-Ilanud.
1985 «Responsabilidad de órganos directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)». En Cobo del Rosal (dir.). *Comentarios a la legislación penal*. T. V, T. 1, Edersa, p. 315 ss.
1987 *Derecho penal. PG*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, S. R. L.
1996 «Problemas del error», en *La Ley*, p. 1429 ss.
1997a *Principios de Derecho Penal. PG.* 4a ed. Madrid.
1997b «Artículo 11». En Conde-Pumpido Ferreiro (director). *Código Penal, Doctrina y jurisprudencia*. T. I. Madrid, p. 435 ss.
1998a *Principios de derecho penal. PG.* 5ª ed. Madrid: Ed. Akal.
1998b «Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el Derecho penal actual». En *AA.VV. Teorías actuales en el Derecho penal*. 75º Aniversario del Código Penal. Buenos Aires, p. 131 ss.

Bacigalupo, Silvina
1998 *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch.
2007 *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Madrid: Marcial Pons, p. 122 ss.

Bajo Fernández, Miguel y Silvina Bacigalupo Saguesse
2001 *Derecho Penal Económico*. Madrid: Ceura.

Bajo Fernández, Miguel, Mercedes Pérez Manzano y Carlos Suárez González
1993 *Manual de Derecho penal. PE: Delitos patrimoniales y económicos*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Baldó Lavilla, Francisco
1994 *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las situaciones de necesidad de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*. Barcelona: Bosch.

Ballón Aguirre, Francisco
1980 *Etnia y represión*, Lima: Centro de Investigación y Promoción Amazónica.
2002 *Introducción al derecho de los pueblos indígenas*. Lima: Defensoría del Pueblo.

Baumann, Jürgen
1960 *Strafrecht, AT*, Bielefeld.
1981 *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Baumann, Jürgen, Ulrich Weber y Wolfgang Mitsch
1995 *Strafrecht. AT*, 10. Aufl. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking.
2003 *Strafrecht, AT*, 11. Aufl. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking.

Beling, Ernst von
1932 «Der gegenwärtige Stand der strafrechtllichen Verursachungslehre». En *GS* 101.
1944 *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, traducción de Sebastián Buenos Aires, Depalma.

Benítez, Ignacio
2007 *La participación en el delito imprudente en el código penal español de 1995*, Madrid: Dykinson S.L.

Benites Sánchez, Santiago
1952 *Derecho penal peruano*. T. II. Lima: Taller del servicio de prensa y publicación técnicas de la policía.
1958 *Derecho penal peruano. Comentarios a la PG del Código penal*. Lima: Taller del servicio de prensa y publicación técnicas de la policía.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio
1981 «El consentimiento en las lesiones», en *CPC*, p. 206 ss.
1982 *El delito de lesiones*. Universidad de Salamanca.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y J.C. Ferré Olivé
1994 *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona: Cisspraxis.

Bernal del Castillo
2001 «Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses». Quintero Olivares y Prats Morales (coordinador). *El nuevo Derecho penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Valle Muñiz*. Navarra, p. 81 ss.

Bettiol, Giuseppe
1978 *Diritto penale*. 10a ed. Padova: Cedam.
1965 *Derecho Penal. PG*. Traducción de José León Pagano. Bogotá: Temis.

Binding, Karl
1911 *Die Formen des verbrecherischen Subjekts*, GS, Bd. 78.
1885 *Handbuch des Strafrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot.

Blauth, Peter
1968 *Handeln für einen anderen nach geltendem und kommendem Strafrecht*, Winter/ Universität Verlag: Heidelberg.

Blei, Hermann
1977 *Strafrecht I. AT*. München, C. H.: Beck, 17ª ed.
1983 *Strafrecht I, AT*, 18ª. Ed., München.

Bloy, Rene
1985 *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*. Berlin.
1996 «Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung», en *GA*, p. 424 ss.

Bockelmann, Paul
1979 *Strafrecht, AT*, 3ra. Ed., München.
1973 *Strafrecht. AT*. Darstellung der ab 1. Januar 1975 geltenden reformierten Fassung, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.

Bockelmann, Paul y Klaus Volk
1987 *Strafrecht. AT*, 4, neubearbeitete Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.

Bolea Bardon, Carolina
2000 *Autoría mediata en Derecho Penal*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

Bonetto, Luis M., Enrique R. Buteler, María N. Costa, Carlos J. Lascano, José E. Piñero y María de las M. Suárez.
2000 *Lecciones de Derecho Penal. PG.* T. I, Córdoba: Advocatus.

Boscarelli, Marco
1982 *Compendio di Diritto Penale. PGe.* 4ª ed. Milano: Giuffrè Editore.

Bottke, Wilfried
1991 *Empfiehlt es sich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsstraftaten zu verstärken?* WISTRA, p. 81 ss.
1992 *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*. Heidelberg.
1996 «Reform des Wirtschaftsstrafrechts der Budesrepublik Deutschland». En *Deutsche Wiedervereinigung, Schünemann* (Hrsg.), Band III, Carl Heymanns Verlag, Köln, p. 73 ss.

Bramont Arias, Luis
1966 *Código penal anotado*, Lima: El Ferrocarril.
1978 *Derecho penal. PG*. 3ª ed. T. I. Lima.

Bramont Arias, Luis y Luis Alberto Bramont-Arias Torres
1995 *Código Penal Anotado*. Lima: Ed. San Marcos.
2002 *Código Penal Anotado*. 4a ed. Lima: San Marcos, 2001.

Bramont-Arias Torres, Luis Miguel
2000 *Manual de Derecho Penal. PG.* Lima: Editorial Santa Rosa.
2002 *Manual de Derecho Penal. PG.* 2a ed. Lima: Eddili.

Bricchetti, Renato
2002 *Codice penale. E legi complementari*. Roma: Guida al Diritto.

Briceño, C.
2000 *Los delitos culposos*. *Derecho Penal I*. 2a ed. Lima.

Bruns, Hans Jürgen
1931 *Könne die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden? Schletter'sche Buchhandlung, Breslau*.
1954 «Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht». En *JZ*, p. 12 ss.
1958 «Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung». En *JZ*, p. 461 ss.
1982 Grundprobleme der strafrechtlichen Organ-und Vertretenhafttung (§ 14 StGB, § 9 OWiG). En *GA*, p. 1 ss.

Burgstaller, Manfred
1974 *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht: unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*. Wien, Manz.

Buri, Maximilian von
1870 «Ueber Teilnahme am Verbrechen». En *GS* 22.
1873 «Die Mitthäterschaft im Sinne des deutschen Strafrechts». En *GS* 25, p. 237 ss.
1873 *Über die Causalität und deren Verantwortung*. Leipzig.
1882 «Über Kausalität und Teilnahme». En *ZStW* 2.
1885 *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehungen*. Der Gerichtssaal: Beilageheft; 37. Stuttgart.
1891 «Bemerkung zu dem Buche von Proffessor Dr. Birkmeyer in München: Die Lehre von der Theilnhame und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts 1890». En *GS* 45.

Bustos Ramírez, Juan
1984 *Política criminal y dolo eventual*. RJCat 2.
1985 «El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a». En *ADPCP*, p. 703 ss.
1989 *Manual de Derecho penal. PG.* 3ª ed. Barcelona: Ariel.
2001 «*Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad*». En *RDP*, N. 12, Montevideo, p. 163 ss.

Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée
1997 *Lecciones de Derecho penal*. T. 1. Madrid: Trotta.
1999 *Lecciones de Derecho Penal*. T. II: Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. Madrid: Trotta.
2004 *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Madrid: Trotta.
2006 *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Madrid: Trotta.

Cabral, Luis C.
1987 *Compendio de Derecho penal. PG.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Cadoppi, Alberto
1989 «"Non evento" e beni guiridici "relativi": spunti per una reinterpretazione dei reati omissivi propri in chiave di ofensività». En *L'Indice Penale* 2, p. 373 ss.

Calle, Juan José
1927 *Código Penal (Ley No. 4868) anotado y concordado con los anteproyectos de códigos penales de Alemania (1909), Suiza (1915), Suecia (1916) e Italia (1921) y con el Código Penal de la Argentina (1921)*, Lima: Libreria e Imprenta Gil.

Camargo Hernández, César
1951 *El delito continuado*. Barcelona. Bosch.

Cancino Moreno, Antonio
1979 *El objeto material del delito*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cancio Meliá, Manuel
2001 *Conducta de la víctima e Imputación objetiva en Derecho penal*. 2ª. Ed. Prólogo de Agustín Jorge Barreiro. Barcelona y Bogotá: Universidad Externado de Colombia y José María Bosch Editor.

Canestrari, Stefano
1999 *Dolo eventuale e colpa cosciente. Al confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*. Milán: Giuffrè.
2004 «La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo», en *Ius et Praxis*, T. 10, N. 2.

Cano Suárez, B.
s/f. *Algunas notas sobre el Derecho penal, PG*. Arequipa,

Cantarero Bandrés, Rocío
1990 *Problemas penales y procesales del Delito continuado*. Barcelona: PPU.

Caraccioli, Ivo
1998 *Manuale di Dirittto Penale. PGe*. Padova: CEDAM.

Caro Coria, Dino Carlos
1992 *La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP de 1991*. Bogotá: Thémis
1999 *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*. Lima: Gráfica Horizonte.
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*. Lima, p. 21 ss.
2002 *Código penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal*. Lima: GJ.

Caro John, José Antonio
2003 *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Lima: Grijley.
2006 *Imputación Subjetiva*. RPDJP. N. 7. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Grijley. Lima., p. 235 ss.
2007 *Diccionario de Jurisprudencia Penal*. Lima: Grijley.

Carrara, Francesco
1975 *Programa de Derecho Criminal*. T. I. Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1971; T. II, 1973, 2ª ed.; T. X, 3a ed.
1988 *Reminiscencias de Cátedra y Foro*. Traducción de Jorge Guerrero. Bogotá: Temis.

Casas Barquero, Enrique
1987 *El consentimiento en el Derecho penal*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Sección Delegada en la Universidad de Córdoba, Colección Estudios Criminológicos, Serie Minor, 4, Servicio de Publicaciones. Córdoba: Universidad de Córdoba.

Castells, Manuel
2001 *La era de la información. La sociedad red*. Vol 1. 2a ed. Madrid: Alianza Editorial, 1ª reimpresión de 1997.

Castillo Alva, José Luis
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.
2004 «Comentario al Art. 11 del Código Penal», en: Castillo Alva, José (Coord.), *Código Penal Comentado*, T. I, GJ, Lima, p. 367 ss.

Castiñeira Palou, María Teresa
1977 *El delito continuado*. Barcelona: Bosch.

Cerezo Mir, José
1989 «El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación», en *Estudios de derecho penal y Criminología en homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa*, T. I, UNED, Madrid.
1996 *Curso de Derecho penal español, PG*, II, Teoría jurídica del delito / I, 5ª. ed., basada en el nuevo Código penal de 1995, Tecnos, Madrid.
1997 «El delito como acción culpable». En Romeo Casabona, Carlos María (ed.), *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*. La Laguna, p. 17 ss.
1998 *Curso de Derecho penal español. PG II*. Teoría jurídica del delito. Madrid: Editorial Tecnos, 6a ed.
2001 *Curso de Derecho Penal Español. PG III*. Teoría jurídica del delito. Madrid: Tecnos.

Cesano, José Daniel y Beatriz Kalinsky
2000 «Delito y diversidad cultural una lectura interdisciplinaria de un fallo», en *Ley, Razón y Justicia*. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, Neuquén, año 2, n.° 3, enero-julio, p. 231 ss.

Cirino Dos Santos, Juarez
2005 *A Moderna Teoria do Fato Punível*, 4ª ed., Curitiba: Gráfica Vicentina Editora Ltda.

Cobo del Rosal, Manuel
1962 «El artículo 426 del Código penal y el problema del consentimiento en las lesiones en la reforma penal española», en *ADPCP*, T. XV, fasc. I, Madrid, enero-abril, p. 303 ss.

Cobo del Rosal, Manuel y Tomás Salvador Vives Antón
1999 *Derecho penal. PG*. 5a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
1984 *Código Penal y Legislación Complementaria*. 9a ed. Madrid: Civitas.
1999 *Código Penal*. 4ª ed. Sumillado, concordado, notas, índice analítico, cuadro de modificaciones. Lima: Grijley.

Congreso de los Diputados
1980 *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. I Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 17 de enero, n.º 106, p. 657 ss.

Corcoy Bidasolo, Myrentxu
1985 «En el límite entre dolo e imprudencia» (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983). En *ADPCP*, T. XXXVIII.
1989 *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona: PU.
1996 «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva», en *ADPCP*, T. XLIX, fasc. I, Madrid, enero-abril, p. 289 ss.
2007 «Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los "delitos de peligro"», in *RDP*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007-2, p. 81

Córdoba Roda, Juan
1976 *Comentarios al Código penal*. T. I. Barcelona: Editorial Ariel.

Córdoba Roda, Juan y Gonzalo Rodríguez Morullo y Alejandro del Toro Marzal y José Ramón Casabó Ruiz
1972 *Comentarios al Código Penal*. T. II. Barcelona: Ariel.

Córdoba Roda, Juan y Gonzalo Rodríguez Mourullo
1972 *Comentarios al Código Penal*, t. I, Ariel, Barcelona-Caracas-México.

Cornejo, Ángel Gustavo
1926 *Comentario al nuevo Código penal*. Lima: Librería Francesa Científica y Casa Editorial E. Rosay.

Correa, Pedro
1959 *El delito continuado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Corso Masías, Alfredo y Raúl Cuadros Escobedo
1955 *El delito, el proceso y la pena. Prontuario de derecho penal y procesal penal*, 5 v, Arequipa, El Deber, 1955-1959

Cousiño Mac Iver
1979 *Derecho penal chileno*. T. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Creus, Carlos
1990 *Derecho penal. PG.* 2a ed. Buenos Aires: Astrea.
1988 *Derecho penal. PG.* Buenos Aires: Astrea.

Cuba Salerno, Ricardo
1997 *Manual de Derecho penal. PG.* Lima: Editorial Rodhas.

Cuello Calón, Eugenio
1924 *El Proyecto de Código Penal alemán de 1919*. Madrid: Reus.
1975 *Derecho Penal*. 9ª ed. México: Editora Nacional.

1980 *Derecho Penal. PG.* 18ª ed. Ed. revisada y puesta al día por Camargo Hernández. Barcelona: Bosch.

Cury Urzúa, Enrique
1982 *Derecho penal. PG.* T. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
1985 *Derecho penal. PG.* T. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Charchulla, Tim
2000 *Die Figur der organisations-herrschsft im Lichte des Beteiligungsystem*, Aachen.

Chocano Núñez, Percy Constantino
1992 *Instituciones de Derecho penal. PG.* Arequipa: Instituto de Derecho Aplicado.

Chirinos Soto, Francisco
1993 *Comentarios al nuevo Código penal del Perú*. T. I. Lima: Editorial Bekos.

Choclan Montalvo, José Antonio
1997 *El Delito continuado*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S. A.
1998 *Deber de cuidado y delito imprudente*. Barcelona: Bosch.

Da Costa Andrade, Manuel
1990 *Consentimento e acordo em Direito penal. Contributo para a fundamentaçao de um paradigma dualista*, Coimbra.

De Castro Y Bravo, Federico
1991 *La persona jurídica*, 2a ed. Madrid: Civitas.

De la Cuesta Aguado, Paz Mercedes
1999 *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

De Vicente Remesal, Javier
2001 «Die Einwilligung in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. Bemerkungen über Tatbestandsausschluss und Rechtfertigung». En *Festschrift für Claus Roxin zum 70*. Geburtstag am 15. Mai 2001, Herausgegeben von Bernd Schünemann/ Hans Achenbach/Wilfried Bottke/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi, Walter de Gruyter, Berlin - New York, p. 379 ss.

Del Castillo, Enrique
2007 *La imprudencia: autoría y participación*. Madrid: Dykinson S.L.

Del Rosal, Juan
1948 «Sobre el delito continuado (hurto)». En *Estudios penales*. Madrid: Ministerio de Justicia, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, p. 135 ss.
1998 *Derecho Penal. Código Penal*, 2ª. ed. Madrid: Mc Graw Hill.

Del Rosal Blasco, Bernardo
1995 «Consecuencias jurídicas de la inimputabilidad, situación actual y perspectivas de futuro». En *AA.VV. II Congreso Nacional de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal*, Alicante, p. 69 ss.

Del Rosal Blasco, Bernardo e I. Pérez Valero
2001 «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código penal español». En Hurtado Pozo/Del Rosal Blasco/Simons Vallejo. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 77 ss.

Derksen, Roland
1993 «Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft - Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft». En *GA*, 161 ss.

Deutscher, Jörg y Peter Körner
1996 «Strafrechtlicher Gläubigerschutz in der Vor-GmbH». En *WISTRA*, p. 8 ss.

De Doelder, Hans y Klaus Tiedemann
1996 *La criminalisation du comportement collectif, XIVème Congrès international de droit comparé*, International Congress on Comparative Law. Atenas 1994, La Haya.

De Trazegnies Granda, Fernando
1994 «Pluralismo jurídico: posibilidades, necesidad y límites», en *RPCP*, N. 4, p. 689 ss.

Díaz Palos, Fernando
1960 «Delito-masa: delitos de fraude colectivo». En *Revista de Derecho Judicial*, 1960, Madrid, p. 75 ss.

Díaz Pita, María del Mar
1994 *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Díaz y García Conlledo, Miguel
1991 «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?». En *Poder Judicial* 24.

Dölling, Dieter
1992 «Die Weiterentwicklung der Sanktionen ohne Freiheitsetzung im deutschen Strafrecht». En *ZStW* 104 (1992), p. 259 ss.
2002 «Einwilligung und überwiegende Interesen». En Festschrift für Karl-Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 1932, herausgegeben von Dieter Dölling und Volker ERB, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, p. 209 ss.

Donatsch, Andreas
1987 *Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelik*. Zürich.

Donna, Edgardo Alberto
1998 «La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos». En *AA.VV. Teorías actuales en el Derecho penal*. 75º Aniversario del Código Penal. Buenos Aires, p. 251 ss.

Finzi, Marcelo y Ricardo C. Núñez
1945 *El Código Penal Alemán*. PG. Buenos Aires: Traducción, Depalma.

Istok, Egether
2002 *Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt*, Zürich.

Enderle, Bettina
2000 *Blankettstrafgesetze, verfassungs- und strafrechtliche Probleme von Wirtschaftsstraftatbeständen*. Lang, Frankfurt am Main; Berlin; Bern; Wien.

Engisch, Karl
1930 *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín: O. Liebmann.

Ensthaler, Jürgen
1983 *Einwilligung und Rechtsgutpreisgabe beim Fahrlässigen Delikt*, Göttingen.

Eser, Albin
1980 *Strafrecht I. Schwerpunkt. Allgemeine Verbrechenselemente*, C. H. Beck, Munich, 3ª ed.
2001 § 22. En Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., München.

Ezaine Chávez, Amado
1989 *Diccionario de derecho penal*. 1 T., Chiclayo: Ed. Jurídicas Lambayecanas.
1999 *Diccionario de derecho penal*. 2 T. Lima: A. F. A. Editores Importadores, S. A.

Faraldo Cabana, Patricia
2004 «La comisión de delitos mediante la utilización de persona interpuesta. La discusión doctrinal acerca de la autoría medita con aparatos organizados de poder», en Collantes Gonzales, Jorge Luis (Coord.): *Temas actuales de Derecho penal. Desafíos del Derecho penal contemporáneo*, Lima: Ediciones Legales, p. 39 ss.

Feijóo Sánchez, Bernardo
1998 «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo». En *CPC* 65, p. 269 ss.
1999 *Límites de la participación criminal. ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en derecho penal?* Granada: Editorial Comares.
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: J.M. Bosch Editor.
2002 *Imputación objetiva en Derecho penal*. Instituto Peruano de Derecho Penal. Lima: Grijley.

Felip I Saborit, David
2000 *Error Iuris. El Conocimiento de la Antijuricidad y el Artículo 14 del Código Penal*. Barcelona: Atelier.

Fernández Carrasquilla, Juan
1984 *El delito continuado*. Bogotá: Temis.
1998 *Derecho Penal Fundamental. Teoría General del Delito y Punibilidad*. T. II. 2a ed. Bogotá: Temis.

Fernández Ibañez, Eva
2006 *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada: Editorial Comares.

Fernández Teruelo, Javier Gustavo
2001 «Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP». En Quintero Olivares y Morales Prats (coord.). *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Navarra: Aranzadi, p. 273 ss.

Ferri, Enrico
1933 *Principios de Derecho Criminal*. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Reus.

Von Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter
1989 *Tratado de Derecho penal*. Traducción al castellano por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeir. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Fiandaca, Giovanni y Enzo Musco
1995 *Diritto penale. PGe.* 3ª ed. Bologna: Zanichelli.
2004 *Diritto penale, PGe*, 4ª ed. puesta al día, Bologna: Zanichelli.
2006 *Derecho penal. PG*, Traducción de Luis Fernando Niño de la 4º ed. italiana, Bogotá: Temis.

Figueruelo Burrieza, Ángela
1990 *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos.

Fischer, Thomas
2008 *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Ed., München: Beck

Florescano, Enrique
2001 *Etnia, Estado y Nación*, México: Taurus.

Florián, Eugenio
1929 *Derecho penal*. Traducción de Ernesto Digo y Félix Martínez Giralt. 2 T.s. La Habana: Imprenta y Librería La Propagandista.

Fontán Balestra, Carlos
1977 *Tratado de Derecho Penal*. T. III. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Fragoso, Heleno Claudio
1986 *Lições de Direito Penal*. A nova, 10ª ed. PG. Rio de Janeiro: Forense.

Francia, Luis
1993 «Pluralidad cultural y derecho penal». En *Derecho*, 47, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 493 ss.

Freund, Georg
1998 *Strafrecht. AT*. Personale Straftatlehre, Berlin/Heidelberg/New York.

Frisch, Wolfgang
1983 *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München.
1988a *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg.
1988b «Besprechung von H. Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen», en *JZ*, p. 655.
1994 «La atenuación del marco penal en la tentativa». Traducción de M. Sancinetti. En *ADPCP*, II, p. 159 ss.
1996 «Problemas fundamentales de la responsabilidad de los órganos de dirección de la empresa». Traducción de Paredes Castañón. En Mir Puig y Luzón Peña (coord.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: J.M. Bosch, p. 99 ss.

Gallas, Wilhelm
1968 «Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs». En *ZStW* 80, p. 1 ss.
1982 «La struttura del concetto di illecito penale». Traducción de Francesco Angioni. En *RIDPP* 2, p. 447 ss.

García Albero, Ramón
1994 «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, fasc. II, Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, p. 211 ss.

García Arán, Mercedes
1988 «Culpabilidad, legitimación y proceso», en *ADPCP*. Madrid, p. 71 ss.
2007 «Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código penal vigente y en el Proyecto de reforma de 2007», en Consejo General Del Poder Judicial, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho Comparado y Derecho Comunitario,* Madrid, p. 235 ss.

García Belaunde, Domingo
1992 *Esquema de la Constitución Peruana*. Lima: Ediciones Justo Valenzuela E. I. R. L.

García Calderón, Francisco
1864 (1834-1905). *Suplemento del Diccionario de la Legislación Peruana*, Lima.

García Cavero, Percy
1999 «Consideraciones críticas a la reforma de los delitos concursales». En *Cathedra* 5, p. 229 ss.
1999 *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*. Barcelona: J.M. Bosch.
2000 «La imputación objetiva en los delitos imprudentes». En *Revista de Derecho*. Universidad de Piura. T. I, p. 191 ss.

2002 «La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro». En *RDPC* 9, p. 103 ss.
2004a «La imputación subjetiva en Derecho penal», en *RPDJP*. N. 5. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Grijley. Lima. 2004, p. 157 ss.
2004b «Comentario al Artículo 12 del Código Penal», en: Castillo Alva, José (Coord.), *Código Penal Comentado*, GJ, Lima.
2005 «La normativización del dolo en el derecho penal. ¿Por qué no debe más entenderse al dolo como conocimiento y voluntad?», en *Actualidad Penal*, T. 139 (Junio 2005). *GJ*, p. 81 ss.
2007 *Derecho Penal Económico. PG*. T. I. 2da. Lima: Ed. Grijley.

García Murcia, Joaquín
2000 *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi.

García-Pablos de Molina, Antonio
1977 *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*. Barcelona: Bosch.

García Rada, Domingo
1985 *Sociedad anónima y delito*. Lima: Studium.

García Rivas, Nicolás
1998 *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*. Barcelona: Praxis.

García Vitor, Enrique
«Diversidad cultural y derecho penal. Aspectos criminológicos, políticos criminales y dogmáticos». En *Colección Jurídica y Social*, 36, p. 27 ss.

Geerds, Friedrich
1953 *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*, tesis doctoral presentada en la Universidad de Kiel.
1954 «Einwilligung und Einverständnis des Verletzten», en *GA*, p. 262 ss.
1960 «Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf». En *ZStW*, Band 72, p. 42 ss.

Geilen, Gerd
1963 *Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht*, tesis doctoral presentada en la Universidad de Bonn.

Geppert, Klaus
1971 «Rechtfertigende "Einwilligung" des Verletzten Mitfahres bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Strassenverkahr? (Ein Beitrag zur dogmatischen Struktur der Einwilligung)», en *ZStW*, Band 83, p. 952 ss.
1982 Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB). En *Juristische Ausbildung* (JURA), año 4, Berlin-New Cork, Walter de Gruyter, p. 358 ss.

Gimbernat Ordeig, Enrique

1966 *Autor y cómplice en Derecho Penal*. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones e Intercambios.

1972 *Notas a Antonio Quintano Ripollés, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, T. I, 2ª. ed., Editorial Revista de Derecho privado, Madrid.

1979 *Introducción a la PG del Derecho Penal Español*. Madrid: Universidad Complutense.

1990a «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?». En *Estudios de Derecho Penal*. 3ª ed. Madrid.

1990b «El estado de necesidad un problema de antijuricidad». En *Estudios de derecho penal*. Madrid.

1990c *Estudios de Derecho penal*. 3ª ed. Madrid: Tecnos.

1992 «Concurso de leyes, error y participación (a propósito del libro del mismo título del prof. Peñaranda Ramos». En *ADPCP*, p. 833 ss.

1994 «Causalidad, omisión e imprudencia». En *ADPCPI,* p. 45 ss.

1995 «Justificación y exculpación en Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por situaciones de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)», en Eser A./Gimbernat E./Perron, W. (edit.) *Justificación y exculpación en Derecho Penal* (coloquio Hispano - Alemán de Derecho Penal), Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, p. 63 ss.

1996a *Delitos cualificados pro el resultado y relación de causalidad.* (Reimpresión de la edición de 1990). Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres.

1996b *Prólogo a la 1ª ed. del Código Penal de Civitas*. Madrid.

1997 «La omisión impropia de la dogmática penal alemana: una exposición». En *ADPCP*, p. 5 ss.

1999a «Justificación y exculpación en derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (Legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes». En *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año V, n.° 9 p. 63 ss.

1999b «El delito de omisión impropia». En *RDPC* 4, p. 525 ss.

1999c «Artículo 11». En Cobo del Rosal (dir.). En *Comentarios al Código Penal*. T. I. Madrid, p. 409 ss.

Göbel, Alfred A.

1992 *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main - Bern - New York - Paris.

Gómez Benítez, José Manuel

1984 *Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal. PG*, Madrid: Civitas.

1997 «Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad». En J.M. Silva Sánchez (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona, p. 269 ss.

Gómez Jara, Carlos
2005 *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid: Marcial Pons.

Gómez Martín, Víctor
2006 *Los delitos especiales*, Buenos Aires: Edisofer/Editorial B de F.

Gómez Méndez, Alfonso
1978 *El Delito continuado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gómez Pavón, Pilar
1998 *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*. Barcelona: Bosch.

Gonzáles Rivero, Pilar
2001 *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre*, Berlin.
2004 «Imputación jurídico-penal en estado de defecto, Dogmática y Ley Penal». En *Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. I, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, p. 263 ss.

Gracia Martín, Luis
1985 *El actuar en lugar de otro en Derecho penal.* T. I. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
1986 *El actuar en lugar de otro en Derecho penal.* T. II. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
1993 «Instrumentos de imputación en la criminalidad de empresa y reforma penal». En *AP* 16, p. 213 ss.
1995 «La comisión por omisión en el Derecho Penal español». En *Actualidad Penal*, N. 2, 1995, marginales 683 ss.
1996 «Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP». En Gracia Martín, Boldova Pasamar/Alastuey Dobón. Valencia: Tirant lo blanch.
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, Madrid, 2001, p. 411 ss.
2004 «Los delitos de comisión por omisión», en *Estudios de Derecho penal*, IDEMSA, Lima, p. 172 ss.

Graf Zu Dohna, Alexander
1958 *La estructura de la teoría del delito*. Traducción de Fontán Balestra (con la colaboración de Eduardo Friker). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Groizard y Gómez De La Serna, Alejandro
1923 *El Código penal de 1870*, concordado y comentado. T. I. Burgos: Imprenta de D. Timoteo Arnáiz, 1870 (Madrid: Sucesores de Rivadeneyra, S.A., 3ª ed.).

Gropp, Walter
2001 *Strafrecht, AT*, 2. Aufl., Springer, Heidelberg

Guardiola Lago, María Jesús
2004 *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 CP*, Valencia: Tirant lo blanch.

Gutiérrez Rodríguez, M.
2001 *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia: Tirant lo blanch.

Haft, Fritjof
1992 *Strafrecht. AT*, München, C. H. Beck, 5º ed.

Hardwig, Werner
1957 *Die Zurechnung. Ein Zentralsproblem des Strafrechts*, Hamburg: de Gruyter,.

Hassemer, Wilfred
1971 «Mordmerkmale, insbesondere heimtückisch und niedrige Beweggründe». En *JuS*, p. 626 ss.
1990 «Los elementos característicos del dolo». Traducción de Díaz Pita, en *ADPCP*, T. XLIII, p. 909 ss.
1999 *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich
1821 *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin.
1955 *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1821. (Aquí según la edición dirigida por Johannes Hoffmeister que incluye las anotaciones del propio Hegel en sus manuscritos de Filosofía del Derecho. Hamburg: Editorial de Felix Meiner,).
1993 «Texte zur Philosophischen Propädeutik». En *Nürnberger und Heidelberger Schriften 1808-1817*. (Aquí según la edición de Eva Moldenhauer y Karl Markus Michel, Werke 4: Ediciones Suhrkamp,).

Hegler, August
1915 «Die Merkmale des Verbrechens». En *ZStW* 36, p. 19 ss.

Heine, Günter
1995 *Die strafrechtliche Veratwortlichkeit von Unternehmen, von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlenwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Bade-Baden: Nomos-Verlag.
2006 «Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa», en Gómez Jara, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, Navarra: Aranzadi, p. 25 ss.

Heine, Günter y Volker Meinberg
1990 «Das Umweltstrafrecht - Grundlagen und Perspektiven einer erneuten Reform». En *GA*, p. 1 ss.

Heredia, Ricardo
1884 *Lecciones de Derecho Penal filosófico*, Lima: Impr. Calle del P. Gerónimo.

Hernández Plascencia, J. U.
1996 *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada: Comares.

Herrera Moreno, Myriam
1996 *La Hora de la Víctima. Compendio de Victimología*, Publicaciones de Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Colección de Criminología y Derecho Penal, Editoriales de Derecho Reunidas S.A. (Edersa), Madrid.
2002 *Violencia en la violación*, Barcelona: noticias Jurídicas Bosch (edición en internet).

Herzberg, Rolf Dietrich
1977 *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*. Beck. München.
1986 «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit -ein Problem des objektiven Tatbestandes». En *JuS*, N. 4, p. 262 ss.
1988 «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten». En *JZ* 12, p. 638 ss
2000 «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in: Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten». En Knut Amelung (editor), *Bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, p. 33 ss.

Hippel, Robert von
1971 *Deutsches Strafrecht*, T. II, Berlin/Heidelberg/New York: Springer Verlag.

Hirsch, Hans-Joachim
1974 «Einwilligung und Selbstbestimmung». En *Festschrift für Hans Welzel zum 70 Geburtstag am 25*. März 1974, Herausgegeben von Günther Stratenwerth, Armin Kaufmann, Gerd Geilen, Hans Joachim Hirsch, Hans-Ludwig Schreiber, Günther Jakobs und Fritz Loos, Walter de Gruyter, Berlin - New York, p. 783 ss.
1985 *Vor § 32*. En Strafgesetzbuch. LK. Großkommentar, 10. völlig neu bearbeitete Aufl., herausgegeben von Hans-Heinrich Jescheck/Wolfgang Ruß/Günther Willms, 2. Band §§ 32 bis 60, Walter de Gruyter, Berlin - New York.
1993 «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas». En *ADPCP*, p. 1112 ss.

Hobsbawm, Eric
1991 *Naciones y nacionalismo de 1978*, Barcelona: Crítica.

Höffe, Otfried
1999 *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*. Frankfurt, Suhrkamp.

Honig, Richard
1919 «Die Einwilligung des Verletzten», en *Die Geschichte des Einwilligungsproblems um die Methodenfragen*, Teil I, Mannheim - Berlin – Leipzig: Bensheimer.
1930 *Kausalität und objektive Zurechnung*. Festgabe reinhard von Frank, Band I.

Hormazábal Malarée, Hernán
1999 «Imputación objetiva y principio de lesividad». En *AAVV, El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Libro-Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López. Granada: Comares, p. 411 ss.

Hortal Ibarra, Juan Carlos
2008 «El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 in fine y 380)», en Mir Puir, S./Corcoy Bidasolo, M. (dir.)/Cardenal Montraveta, S. (coord.), *Seguridad Vial y Derecho penal*. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de seguridad vial. Valencia: Tirant lo Blanch.

Huerta Tocildo, Susana
1980 «El error de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980». En *CPC* 12, p. 75 ss.
1997 *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Hungria Hoffbauer, Nelson
1949 *Comentarios ao Código penal*. T. I. Río de Janeiro: Ediçâo Revista Forense.

Hurtado Pozo, José
1973 «La teoría del delito», en la *RDCP* de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, T. 37, núm. 1, Lima, p. 123 ss.
1979 *La Ley Importada*. Lima: Cedys. También en www.unifr.ch/derechopenal/leyimp/li.htm
1987 *Manual de Derecho penal. PG.* 2ª ed. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros S. A. (EDDILI).
1991 *Droit pénal P.S. I. (Notions fondamentales et loi pénale)*. Fribourg: Editions Universitaires.
1995 «Impunidad de personas con patrones culturales distintos». En *Derecho* 49, p. 157 ss.
1996 «Personas jurídicas y responsabilidad penal». En *ADP*, p. 141 ss.
2000 *Nociones básicas de Derecho Penal*. Guatemala: Imprenta del Organismo Judicial.
2002 *Droit pénal, partie générale*, II. Schulthess.
2003 «Artículo 15 del Código Penal peruano: ¿incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?», en *ADP*, Lima, p. 357 ss.
2005 *Manual de derecho Penal. PG.* I. 3 º, Lima: Ed. Grijley.

Hurtado Pozo, José y Joseph Du Puit
2006 «Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general con respecto a la situación en el Perú». En *ADP*, Lima, p. 211 ss.

Ingelfinger, Ralph
1992 *Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit*, Berlin.

Jakobs, Günther
1974 "Das Fahrlässigkeitsdelikt". En *ZStW*, Beiheft Theran, p. 6 ss.
1991 *Strafrecht, AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Ed., Berlin/New York.
1993a «El principio de culpabilidad». En *RPCP*, N. 2, Lima, p. 503 ss.
1993b *Beteiligung bei Herraschaftdelikten und bei Pflichtdelikten* (manuscrito).
1996a «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation». En *GA*, p. 253 ss.
1996b *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*. Opladen.
1996c «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation». En *GA*, p. 253 ss.
1996d *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Traducción de Javier Sánchez-Vera. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
1996e *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Traducción y estudio preliminar de Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas.
1996f *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid.
1997a «El delito imprudente», en Günther Jakobs, *Estudios de derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio. Meliá, Madrid: Civitas S.A., 1997.
1997b *Derecho penal, PG. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de la 2a edición por Cuello Contreras Joaquín/Serrano González de Murillo, José Luis, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995,
1997c «La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre acción y omisión». Traducción Peñaranda Ramos. En *Estudios de Derecho penal*. Madrid, p. 347 ss.
1997d «El concepto jurídico-penal de acción». Traducción Cancio Meliá. En *Estudios de Derecho*, Madrid: Civitas, p. 101 ss.
1997e «Criminalización en el Estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de derecho penal*, Traducción de Rodríguez Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, Civitas, Madrid, p. 293 ss.
1998a *Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma*. Traducción J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Poder Judicial 1, p. 387 ss.
1998b *La imputación objetiva en derecho penal*. Traducción Manuel Cancio. Lima: Grijley.
1999 «Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit». En Höver (ed.). *Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität*. Hamburg.

2000a «Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung». En Neumann y Schulz (eds.). *Verantwortung in Recht und Moral*. Stuttgart. Archiv für Rechts-und Sozailphilosophie. Beiheft 74, p. 57 ss.

2000b «¿Qué protege el Derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?» Traducción Cancio Meliá. En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, T. 1, p. 57 ss.

2000b «La omisión: el estado de la cuestión». En Roxin, Jakobs, Schünemann y Frisch/Köhler. Traducción de Sánchez-Vera. Silva Sánchez (ed.). *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, p. 131 ss.

2000c «Imputación jurídicopenal. Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma». Traducción de Sánchez-Vera. En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, T. 1.

2000d «El ocaso del dominio del hecho: Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos». Traducción Cancio Meliá. En Jakobs y Cancio. *El sistema funcionalista del Derecho penal*. Lima, p. 165 ss.

2002 *Sobre los grados de incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de permisión*. Traducción de Feijoo Sánchez, manuscrito expuesto en el IV Curso Internacional de Derecho Penal, Teoría del delito en el nuevo sistema del Derecho penal funcional. Organizado por el Instituto Peruano de Ciencias Penales. Lima 30 sept. - 02 oct. de 2002.

2001 «Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person. Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils». En Schünemann y otros (editores), *Festschrift für Claus Roxin zum 70*. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin, p. 793 ss.

2003 *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernando Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas.

2004 «Indiferencia como dolo indirecto, traducción a cargo de Carlos Pérez del Valle, Dogmática y Ley Penal». En *Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. I, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, p. 345 ss.

Jescheck, Hans-Heinrich

1955 «Die Konkurrenz». En *ZStW* 67, p. 529 ss.

1981 *Tratado de Derecho penal. PG*. Traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, I. Barcelona: Casa Editorial Bosch.

1985 *§ 13*. En *LK*, 10ª ed. De Gruyter, Berlin.

1987 «Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen an der Straftat». En *ZStW* 99, p. 111 ss.

1993 *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 4ª ed. alemana.

Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend

1996 *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin.

2002 *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada, Editorial Comares, reimpresión.

Jesús, Damásio E, de
1999 *Direito penal. PG*, T. I. Sâo Paulo: Editora Saraiva.

Jiménez de Asúa, Luis
1926 *El Derecho penal en la República del Perú*. Valladolid.
1949 *El Criminalista*. T. III. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina.
1952 *Tratado de Derecho penal*. T. IV. Buenos Aires: Editorial Losada.
1976 *Tratado de Derecho Penal*. 3ª ed. T. V: La culpabilidad. Buenos Aires: Losada.
1978 *La Ley y el Delito*. 8ª ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.

Jordan, Adolf-Dietrich
1999 «Eine günstige Gelegenheit». En *Jura*, p. 304 ss.

Jorge Barreiro, Agustín
1982 «La relevancia jurídico-penal del consentimiento en el tratamiento médico-quirúrgico», en *CPC*, núm. 16, p. 5 ss.

Kälin, Walter
2000 *Grundrechte im Kulturkonflikt. Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft*, Zürich.

Kantorowicz, Hermann
1910 «Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft». En *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*. Año 7, abril de 1910 - marzo de 1911.

Kaufmann, Armin
1959 *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwarts & Co, Göttingen.
1960 «El dolo eventual en la estructura del delito. Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo». Traducción de Suárez Montes. En *ADPCP*, t. XIII, p. 185 ss.
1983 «Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung». En *Festschrift für Ulrich Klug zum 70*. Geburtstag, Herausgegeben von Günter Kohlmann, Band II (Strafrecht). Köln: Dr. Peter Deubner Verlag GmbH, p. 277 ss.

Kaufmann, Arthur
1999 *Filosofía del Derecho*. Traducción de la 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Kawaguchi, Hirokazu
2005 Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht. Eine Einführung, en Jörg Arnold / Björn Burkhardt / Walter Gropp / Günter Heine / Hans-Georg Koch / Otto Lagodny / Walter Perron / Susanne Walther (Comp.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, München, p. 140 ss.

Kienapfel, Diethelm
1966 *Das Erlaubte Risiko im Strafrecht*, Frankfurt.

Kientzy, Dieter
1970 *Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers. Auf Grund einer kritischen Betrachtung der Differenzierung in Einwilligung und Einverständnis*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

Killias, Martin, André Kuhn, Nathalie Dongois y Marcelo F. Aebi
2008 *Précis de droit pénal general*, 3a ed., Stämpfli, Berne

Kymlicka Will
2001 *La citoyenneté multiculturelle, Une théorie libérale du droit des minorités*, éditions La découverte.

Kindhäuser, Urs Konrad
1984 «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», en *ZStW*, p. 1 ss.
2002a «Fundamentos y sistemática de los delitos contra los derechos patrimoniales». Traducción de Caro John. En *Estudios de Derecho penal patrimonial*. Lima, p. 14 ss.
2002b *Strafrecht, AT, 2. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft*, Baden-Baden.
2006a *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar.* 3ra. Ed. Nomos. Baden Baden.
2006b *Strafrecht. AT,* 2da. Ed., Baden - Baden.
2007 *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*, Lima: Grijley.

Köhler, Michael
1982 *Die bewußte Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Carl Winter, Heidelberg.
1997 *Strafrecht, AT*, Springer-Verlag.

Kohlrausch, Eduard y Richard Lange
1950 *Strafgesetzbuch*. Berlin.

Kress, Claus
2006 «Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht», en *GA*, p. 304 ss.

Kühl, Kristian
2000 *Strafrecht. AT*. 3. Aufl., Verla g Franz Vahlen, München.
2002 *Strafrecht, AT*, 4. neu bearbeitete Aufl., Verlag Franz Vahlen, München.
2005 *Strafrecht, AT*, 5 Ed. Verlag Vahlen, München.

Küper, Georg
1998 «Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen», en *GA*, p. 519 ss.

Küper, Wilfried
1986 «Autonomie, Irrtum und Zwang bei mittelbarer Täterschaft und Einwilligung», en *JZ*, p. 219 ss.

Kussmann, Michael
1988 *Einwilligung und einverständnis bei Täuschung, Irrtum und Zwang*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Frie drich-Wilhelms-Universität Bonn.

Labatut Glena, Gustavo
1990 *Derecho penal*. T. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Lackner, Karl, Kristian Kühl y Eduard Dreher
1999 *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 23a ed., München: Beck.

Lampe, Ernst-Joachim
1994 «Systemunrecht und Unrechtssysteme», en *ZStW* 106, p. 683 ss.
1995 «Was ist Rechtspluralismus?», in *Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus*, Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat, Baden-Baden, p. 8 ss.

Landrove Díaz, Gerardo
1978 *Los fraudes colectivos*. Barcelona: Bosch.

Langer, Winrich
1972 *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*. Berlin.

Laurenzo Copello, Patricia
1992 *El resultado en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
1999 *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Lenckner, Theodor
1988 Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 23a ed.
1997 Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 25ª ed.
2001 «Vorbem §§ 13». En Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 26ª ed.

Lenckner, Theodor y Walter Perron
2001 «§ 14». En Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., Verlag C.H. Beck, München.

Leone, Giovanni
1976 «Reato continuato». En *Novisimo Digesto Italiano*. T. XIV. Torino: UTET, p. 967 ss.

Lesch, Heiko
1992 *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main.
1993 «Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung». En *ZStW* 105.
1995 *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Traducción Sánchez-Vera. Bogotá.

1997 «Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición» En *Revista del Poder Judicial* N° 45, p. 139 ss.
1999 *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln/Berlin/Bonn/München.

Levene, Ricardo y Eugenio Raúl Zaffaroni
1978 *Códigos penales latinoamericanos*. 4 T.s. La Ley: Buenos Aires, 1978-1980.

Liszt, Franz von
1927 *Tratado de Derecho penal*. Traducción de Jiménez de Asúa y adicciones de Quintiliano Saldaña, Madrid: Reus.
1929 *Tratado de Derecho Penal*. T. III. 2ª ed. Traducción de Luis Jiménez de Asúa y adiciones de 1929 de Quintiliano Saldaña. Madrid: Reus.

Londoño Berrío, Hernando León y Alicia Eugenia Vargas Restrepo
2000 «El indígena ante el derecho penal». En *NFP* 63, p. 87.

López Díaz, Claudia (traductora)
Código Penal alemán. Universidad Externado de Colombia.

Luhmann, Niklas
1987 *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.

Luzón Peña, Diego Manuel
1978 *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona: Casa Editorial Bosch.
1990 *Ingerencia, comisión por omisión y omisión de socorro. (Comentario a la Sentencia TS 24-4-1974). Estudios de Derecho penal*. Barcelona, 2ª ed.
1993 «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito». *ADPCP*, Madrid.
1996 *Curso de derecho penal, PG*. España.
1997 «Actio ilícita in causa y provocación en las causas de justificación». En Silva Sánchez (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho penal*. Libro Homenaje a Roxin.
1999 *Curso de Derecho Penal. PG*. T. 1, Madrid: Universitas.

Madariaga, Francisco
1957 «Delito continuado». En *Enciclopedia Jurídica Omeba*. T. VI. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, p. 263 ss.

Maggiore, Giuseppe
1971 *Derecho penal*. Vols. I y II. Traducción de José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1971-1972.

Maia Gonçalves, M.
1998 *Código Penal Portugués*. Anotado e comentado e legislação complementar. Coimbra: Almedina.

Malo Camacho, Gustavo
1997 *Derecho penal mexicano*. México: Porrúa.

Manso Porto, Teresa
2002 «La regulación del error en el Código Penal peruano». En *RPCP* 12, p. 61 ss.

Mantovani, Fernando
1979 *Diritto Penale*. Padova: Cedam.
2001 *Diritto penale, PG*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, CEDAM.

Manzini, Vicenzo
1949 *Tratado de Derecho Penal*. T. 3, Primera Parte. Teorías generales, T. III. Traducción de Santiago Sentís Melendo y notas de Ricardo C. Nuñez y Ernesto R. Gavier. Buenos Aires: Ediar.

Mapelli Caffarena, B. y Juan Terradillos Basoco
1996 *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed. Madrid.

Maqueda Abreu, María Luisa
1992 *Los delitos de propia mano*. Madrid: Tecnos.
2002 «El error sobre las circunstancias: insuficiencias de una regulación desafortunada». *RPCP* 12, p. 111 ss.

Martínez-Buján Pérez, Carlos
1998 *Derecho Penal Económico. PG*, Valencia: Tirant lo Blanch.
1999 *Derecho Penal Económico. PE*. Valencia: Tirant lo Blanch.
2005 *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. *PE*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Martínez Escamilla, Margarita
1992 *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho reunidas.
1994 La imputación objetiva del resultado. Una primera aproximación. *Cuadernos de Derecho Judicial*, p. 81 ss.

Marxen, Klaus
1995 «§ 14». En *Nomos Kommentar*, Band 1, Neumann/Puppe/Schild (Gesamtredaktion), Nomos Verlag, Baden-Baden.

Masías Zavaleta, Demetrio
1998 *Teoría general del delito*. Cusco: Ediciones de la Universidad Nacional San Antonio de Abad del Cusco.

Maurach, Reinhart
1962 *Tratado de Derecho Penal*. 2 T.s. Traducción de Juan Córdoba Roda. Ariel: Barcelona.
1971 *Deutsches Strafrecht. AT*, Karlsruhe, 4ª ed.

Maurach, Reinhart y Heinz Zipf
1987 *Strafrecht, AT*, *Teilband 1, Grundlagen des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch*, 7, neubearbeitete und erweiterte Aufl., Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, ,
1994 *Derecho penal. PG*, T. I, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible, traducción de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, supervisada por Edgardo A. Donna, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires,

Maurach, Reinhart, Karl Gössel y Heinz Zipf
1995 *Derecho penal. PG* 2. Trad. de Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea.
1989 *Strafrecht, AT*, *Band II: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 7. Ed, Heidelberg.

Mayer, Hellmuth
1953 *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart: W, Kohlhammer Verlag.

Mazuelos Coello, Julio
1995 «El fundamento de la posición de garante emergente del actuar precedente y la ingerencia». En *Control social y dogmática penal*. Lima: San Marcos.
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, p.173 ss.

Mazzacuva, Nicola
1983 *Il disvalore di evento nell'illecito penale*. Milán: Giuffrè.

Meini Mendez, Ivan Fabio
1996 «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos de gestión. Entre la dogmática y la política criminal». En *Ius et veritas* VII, 13, p. 119 ss.
1999a *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
1999b «El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano. Análisis del art. 27 del Código penal. *NFP* 52». Publicado también en *Revista jurídica del Perú* 28, noviembre 2001, p. 127 ss.
1999c «Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados». En *Derecho* 52, diciembre 1998/ abril 1999. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 883 ss.
2001 «El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano. Análisis del art. 27 del Código penal», en *Revista jurídica del Perú*, Nº 28, noviembre, p. 127 ss.
2003a *Responsabilidad penal del empresario por los delitos cometidos por sus subordinados*, Valencia: Tirant lo Blanch.
2003b «La comisión por omisión. Una interpretación alternativa del art. 13 CP», en *ADP 2003: Aspectos fundamentales de la PG del Código Penal peruano* (dir.: José Hurtado Pozo), PUCP/U. Friburgo (Suiza), Lima, p. 427 ss.

2005 «Responsabilidad penal del superior jerárquico», en: *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs* / dir. Guillermo Jorge Yacobucci -- Lima: ARA, p. 457 ss.

Mendoza, Fidel
2006 «Conductas neutrales, conocimientos especiales e imputación objetiva. Un estudio sobre los límites de la participación criminal». En *RPDJP*. N. 7. Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales. Grijley, p. 29 ss.

Merkel, Adolf
s/f. *Derecho penal*. Traducción de Pedro Dorado Montero. T. I. Madrid: Editorial La España Moderna.

Meurer, Dieter
1987 «Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen. Buchbesprechung», en *NJW*, p. 2424 ss.

Meyer, Maria-Katharina
1984 *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*, Köln/Berlin/Bonn, München.

Mezger, Edmund
1935 *Tratado de Derecho penal*. 2 T. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
1949 *Strafrecht. AT,* 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin.
1955 *Tratado de Derecho Penal*, traducción española y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz, T. I, nueva edición revisada y puesta al día, Madrid: Editorial Revista de Derecho privado.
1957 *Tratado de derecho penal*, T. II, Traducción y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz y Antonio Quintano Ripollés, 3ª ed. anotada y puesta al día, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
1958 *Derecho Penal. PG*. Libro de estudio. Traducción de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina.
Tratado de Derecho penal. T. II. Traducción y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz y Antonio Quintano Ripollés. Edición anotada y puesta al día. Madrid.
1989 *Derecho penal. PG*. Libro de estudio. Traducción de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: DIN Editora.

Mir Puig, Santiago
1996 *Derecho Penal. PG*. 4º Ed. Barcelona.
1996 *Derecho Penal. PG*. 4ª ed. Barcelona: PPU.
1998 *Derecho Penal. PG*. 5ª ed. Bosch, Barcelona.
2001 «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal». En *AA. VV. Nuevas formulaciones en las ciencias penales*. Homenaje al Profesor Claus Roxin. Lerner, Buenos Aires. También en http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf.

2002a *Derecho Penal. PG*. 6a ed. Barcelona: Reppertor.
2002b «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal». En *RPDJP* 3. Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, p. 245 ss.
2004 *Derecho Penal. PG*, Barcelona: Editorial Reppertor.
2006 *Derecho Penal. PG*, Barcelona: Editorial Reppertor.

Mir Puig, Santiago y M. Corcoy Bidasolo (directores) y S. Cardenal Montraveta (coordinador)
2008 *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de seguridad vial*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Mitsch, Wolfgang
2007 «Actio libera in causa und mittelbare Täterschaft». En: Michael Hettinger/ Jan Zopfs/AA (editores), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70*. Geburtstag, Heidelberg, p. 347 ss.

Molina Fernández, Fernando
2000 «El estado de necesidad como ley general». En *RDPC*, número extraordinario 1, p. 199 ss.

Montoya Manfredi, Ulises
1977 *Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas*. 3 T., 2ª ed. Lima: P.L. Villanueva.

Morales Prats, Fermín y José María Tamarit Sumalla
2001 «Comentario al art. 319». En G. Quintero Olivares (director)/ F. Morales Prats (coordinador). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. 2ª ed. Pamplona: Aranzadi.
2005 «Comentario al art. 319». En G. Quintero Olivares (director)/ F. Morales Prats (coordinador). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. 4ª ed. Pamplona: Aranzadi. 1681 ss.

Morriberón, P.
1982 *Derecho penal general*, II. Arequipa: Tipografía e Imprenta Rosas.

Morselli, Elio
1991 «Disva lore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato». En *RIDPP* 3, p. 792 ss.

Muñoz Baños, Cipriano
1996 *Infracciones tributarias y delitos contra la Hacienda Pública*. Madrid: Editoriales de Derecho reunidas.

Muñoz Conde, Francisco
1977 «La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles». En *CPC* 3, p. 151 ss.
1981 «Introducción a Roxin, C». En *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Traducción de Muñoz Conde, Madrid.

1982 *Teoría General del Delito*. Jerez de la Frontera, Facultad de Derecho, Universidad de Cádiz.
1984 *Teoría General del delito*. Bogotá: Editorial Temis.
1998 «Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos». En *RP* N. 1, p. 67 ss.
2001 «Hacia una construcción latinoamericana de la culpabilidad». En *RDP*, N. 12, Montevideo, p. 171 ss.

Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Aran
2000 *Derecho Penal. PG*. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
2002 *Derecho Penal. PG*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
2007 *Derecho Penal. PG*. 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Muñoz Sánchez, J.
1995 *El agente provocador*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Müssig, Bernd J.
2002 *Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht, Bonn*, (ponencia presentada el 29.04.2002 en el marco del Seminario Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Strafrechtstheorie, correspondiente al Semestre de Verano 2002 en la Universidad de Bonn, dirigido por Günther Jakobs).

Nagler, Johannes
1903 *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann.
1954 LK, II, 7. Aufl., Nagler/Jagusch/Mezger(Hrsg.), Walter De Gruyter, Berlin.

Náquira Riveros, Jaime
1998 *Derecho penal, Teoría del delito*. T. I. Santiago: McGraw-Hill/Interamericana de Chile Ltda.

Neudecker, Gabriele
1995 *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen*, Frankfurt a. M.: Peter Lang.

Neumann, Ulfried
1985 «Maria-Katharina Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung. Buchbesprechung», en *GA*, p. 474 ss.

Neumann, Ulfrid y Hans-Jörg Albrecht
1995 *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges.

Niedermaier, Harald
1999 *Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten. Zum Funktionsverlust einer Generalklausel*, C.H. Beck.

Nieto Martín, Adán
1999 *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*. Barcelona.

Nino, Carlos Santiago
1972 *El Concurso en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Astrea.
1982 *La legítima defensa, Fundamentación y régimen jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
1991 *Introducción al análisis del Derecho*. 4ª ed. Barcelona: Ariel.

Novoa Monreal, Eduardo
1966 *Curso de Derecho penal chileno. PG*. T. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Nuevo Código Penal
1991 *Presentación de Hernán Figueroa Estremadoyro*. Lima: Editorial Inkari.

Nuñez, Ricardo
1965 *Derecho penal argentino. PG*. T. II. 2ª ed. Buenos Aires: Bibliográfica Ameba.
1984 *Manual de Derecho penal. PG*. 3a ed. Córdoba: Marcos Lerner.
1987 *Manual de Derecho penal. PG*. Córdoba: Marcos Lerner.

Núñez Castaño, Elena
2000 *Responsabilidad penal de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Octavio de Toledo Ubieto, Emilio
1984 «El actuar en nombre de otro». En *ADPCP*, p. 23 ss.
2002 «Las consecuencias accesorias de la pena, de los arts. 129 y similares del CP», en Diez Ripollés, Romeo, Gracfia Casabona y Martín Higuera Guimerá, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. Libro Homenaje al Prof. Cerezo Mir, Madrid, p. 1113 ss.

Octavio de Toledo Ubieto, Emilio y S. Huerta Tocildo
1986 *Derecho penal. PG*. 2.ª ed. Teoría jurídica del delito. Madrid.

Oehler, Dietrich
1961 «Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fafrlässigkeit». En FS Schmidt, Göttingen.

Oré Guardia, Arsenio
1996 *Derecho Procesal Penal*. Lima: Alternativas.

Ostendorf, Heribert
1982 «Grundzüge des konkreten Gefährdungs-delikts», en *JuS* 6, 1982, p. 426 ss.

Harro, Otto
1984 «Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)» -Dogmatischer Teil I- Beitrag zum XIII. Internationalen Strafrechtskongreß in Kairo T. 1.-7.10.1984. En *ZStW* 96 (1984), p. 339 ss.
1987 «Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft», en *Jura*, p. 246 ss.
1992 *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin/New York; Walter de Gruyter, 4ª ed.

2000 *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 6, neubearbeitete Aufl., Berlin - New York: Walter de Gruyter,.
2004 Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Ed., Berlin.

Paeffgen, Hans-Ullrich
1995 «§ 228». En Ulfrid Neumann/Ingeborg Puppe/Wolfgang Schild (Gesamtredaktion), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, 1. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, (con actualizaciones posteriores).

Pagliaro, Antonio
1980 *Principi di Diritto Penale*. Milán: Giuffré.

Paredes Pérez
1994 *Para conocer el código penal*. Lima.

Paredes Vargas, César A.
1993 «El miedo insuperable en la Jurisprudencia». En *RPCP*, N. 2, Lima, p. 631 ss.

Pawlik, Michael
1995 «Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und sytstematische Struktur». En *GA*.

Peco, José
1942 *Proyecto de Código Penal. Exposición de Motivos*. Buenos Aires: Instituto de Altos Estudios Jurídicos de la Universidad Nacional de la Plata.

Peña Cabrera, Raúl
1978 *Derecho Penal Peruano*. Lima.
1994 *Tratado de Derecho Penal I. Estudio programático de la PG*. Lima: Grijley.
1995 *Tratado de Derecho Penal I. Estudio programático de la PG*. 2ª ed. Lima: Grijley.
1997 *Estudios de derecho penal*, 5. ed. Lima: Ed. San Marcos.
1999 *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la PG*. 3º Ed. (1º Reimpresión). Lima: Grijley.

Peña-Cabrera Freyre, Alfonso
2007 *Derecho Penal. PG*, Lima: Editorial Rodhas.

Peñaranda Ramos, Enrique
1991 *Concurso de leyes, error y participación*. Madrid: Civitas.

Pérez Álvarez, Fernando
1995 *Contribución al estudio de las categorías de objeto material del delito y de los delitos de mera actividad, al hilo del concepto de resultado en Derecho Penal* (inédito). Salamanca.

Pessina, Enrico
1936 *Elementos de derecho penal*, 4. ed. Madrid: Reus.

Piña, Juan Ignacio
2008 *Rol social y sistema de imputación. Una Aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Lima: Ara Editores.

Polaino Navarrete, Miguel
1974 *El bien jurídico en el Derecho penal. Anales de la Universidad Hispalense*. Serie Derecho, 19, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Editorial Católica Española S.A., Sevilla.
2000 *El injusto típico en la Teoría del delito*. Mave: Mario A. Viera Editor, Corrientes/ Argentina.
2000 *Derecho Penal. PG*. T. II. Teoría jurídica del delito. T. I. Barcelona: Bosch Casa Editorial, S.A.
2001 *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, con la Colaboración de Miguel Polaino-Orts, México: Editorial Porrúa.
2004a «Naturaleza del deber jurídico y función ético-social del Derecho penal», en *Cuadernos de Conferencias y Artículos* núm. 31, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá / Colombia (cit. 2004a).
2004b «Derecho Penal», en *PG*, T. I, Fundamentos científicos del Derecho penal, 5ª ed. actualizada con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Barcelona: Bosch (cit. 2004b).
2007 «El moderno funcionalismo jurídico-penal: algunas reflexiones críticas sobre su configuración científica», en Carlos Daza Gómez (dir.)/María Eloísa Quintero/Miguel Polaino-Orts (Coord.) *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., México DF, p. 135 ss.
2007 «Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht». En Michael Pawlik/Rainer Zakzik (Comp.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70*. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag KG, Köln Berlin Bonn München, p. 529 ss.

Polaino Navarrete, Miguel y Miguel Polaino-Orts
2004 *Cometer delitos con palabras (teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal)*, Madrid: Dykinson.
2006 «Sprechakttheorie und funktionales Strafrechtssystem. Skizze einer Wechselwirkung», en Andreas Hoyer/Henning Ernst Müller/Michael Pawéik/ Jürgen Wolter (Comp.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, p. 99 ss.

Polaino-Orts, Miguel
2003 «Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto», en Eduardo Montealegre Lynett (Coord.) *El Funcionalismo en Derecho Penal*. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs, T. II, Universidad Externado de Colombia, p. 61 ss.
2006 *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Prólogo de Günther Jakobs, , Lima: Editora Jurídica Grijley.

2008 *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Barcelona: Bosch.

Pradel, Jean
1996 «La responsabilidad penal de la persona moral». En *ADP*, p. 75 ss.
1999 «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: algunas cuestiones». *RDPC* N. 4 *RDPC*, p. 661 ss.

Prado Saldarriaga, Víctor
1985 *Política criminal peruana*. Lima: Editorial Cusco, S. A.
1993 *Comentarios al Código Penal de 1991*. Lima.
1994 *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento legal y bancario en el Perú*. Lima: IDEMSA.

Pupe, Ingeborg
1992 «Error de hecho, error de Derecho y error de subsunción». Traducción por Manuel Cancio Meliá y Gustavo Buzzone. En *CPC*, p. 349 ss.
2001 *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*. Editorial Comares. Traducción a cargo de Percy García Cavero. Granada.
2004 «Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit». En *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70*. Geburtstag, Klaus Rogall (editor), Neuwied, p. 231 ss.

Quillmann, Hella-Regina
1978 *Die Bedeutung der Einwilligung in riskantes Handeln bei der Fahrlässigkeitstat, M. Schadel*, Bamberg.

Quintano Ripollés, Antonio,
1950 «El consentimiento de la víctima». En *ADPCP*. T. III, fasc. I, Madrid, enero-abril, p. 329 ss.
1958 *Derecho penal de la culpa (Imprudencia)*. Barcelona: Bosch.
1962 *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. T. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado.
1963 *Curso de Derecho Penal*. T. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
1966 *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Quintero Olivares, Gonzalo
1978 «El nuevo delito fiscal». En *RDFHP* 137, p. 1313 ss.
1999 *Locos y culpables*. Pamplona.
2000 *Manual de Derecho Penal. PG* (con la colaboración de Fermín Morales Prats y Josep Miquel Prats Canut). 2ª ed. Navarra: Aranzadi.

Quintero Olivares, Gonzalo y Fermín Morales Prats
2005 *PG del Derecho Penal*, Pamplona: Aranzadi.

2005 «Comentario al art. 205», en G. Quintero Olivares (dir.)/F. Morales Prats (coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4ª ed., Pamplona: Aranzadi, p. 1114 ss.
2001 «Comentario al art. 205». En G. Quintero Olivares (dir.) y F. Morales Prats (coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. 2ª ed. Pamplona: Aranzadi.

Quintero Olivares, Gonzalo, Fermín Morales Prats y J. Miguel Prats Canut
2000 *Manual de Derecho Penal. PG*. Pamplona: Aranzadi.

Radbruch, Gustav
1950 *Rechtsphilosophie*, 4. Aufl., nach dem Tode des Verfassers besorgt und biographisch eingeleitet von D. Dr. Erik WOLF, K: F. Koehler Verlag, Stuttgart.

Ragués i Vallès, Ramón
1999 *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.
2002a *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Bosch.
2002b «Consideraciones sobre la prueba del dolo», *Diario La Ley*, N° 5633, 15 de octubre, p. 1 ss.

Ramonet, Ignacio
2002 *Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas*. Traducción de J. A. Soriano. Barcelona: Mondadori.

Ranieri, Silvio
1974 *Manual de Derecho Penal. PG*. T. II. Traducción de Jorge Guerrero. Bogotá: Temis.

Ransiek, Andreas
1996 *Unternehmensstrafrecht*, C.F. Müller, Heidelberg.

Reaño Peschiera, José Leandro
2002 «Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita», en San Martín Castro/Caro Coria/Reaño Peschiera. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurista Editores.
2005 «Autoría y participación delictiva. El sistema único de intervención», en: *Estudios de Derecho Penal*, ARA Editores, Lima, p. 189 ss.

Reátegui, James
2002 *El delito de omisión impropia*. Lima: Jurista Editores.

Rebollo Vargas, R.
2006 «La culpabilidad: reflexiones y bases para su fundamentación», en *Alter. Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho*, n. 2, p. 197 ss.

Regis Prado, Luiz
2000 *Curso de Direito penal brasileiro, Parte geral*. Säo Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Rehberg, Jörg
1962 *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*. Zürich.

Rehberg, Jörg y Andreas Donatsch
2001 *Strafrecht I, Verbrechenslehre*, Zurich, Schulthess, 7a. ed.

Renzikowski, Joachim
1997 *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen.

Reol Suárez, Antonio
1958 «El sujeto pasivo masa en delitos continuados y únicos de estafa». En *ADPCP*. T. XI, fascículo 1. Madrid, p. 21 ss.

Reyes Alvarado, Yesid
1990a *El concurso de delitos*. Bogotá: Ediciones Reyes Echandía Abogados.
1990 *Derecho penal, PG*. Bogotá: Editorial Temis.
1994 *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis.

Ribka, Heinz
1950 *Strafbares Handeln als Organ einer Körperschaft*, Diss., München.

Rimmelspracher, Bruno
1967 «Strafrechtliche Organ-Vertreter-und Verwalterhaftung, erörtert am Beispiel der Vollstreckungsvereitelung». En *JZ*, p. 472 ss.

Rivacoba y Rivacoba, Manuel
1965 *Del fundamento a la defensa en la legítima defensa*, volumen colectivo Estudios Penales. Homenaje al P. Julián Pereda, S. J., en su 75 Aniversario. Universidad de Deusto: Bilbao.
1995 *Las causas de justificación*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, (aparecido realmente en 1996), p. 244 y 245.
1997 *Programa analítico de Derecho penal*. 4ª ed. Ed. revisada y actualizada por Guzmán Dálbora. Valparaíso: EDEVAL.

Robles, Ricardo
2000 «Participación en el delito e imprudencia». En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal* 1, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, p. 301 ss.

Rodríguez, Julio
2007 *El tipo imprudente. Una visión funcional desde el derecho penal peruano*, Lima: Grijley.

Rodríguez Devesa, José María
1981 *Derecho penal español. PG*. Madrid: Artes Gráficas Carasa.

Rodríguez Devesa, J. y A. Serrano Gómez
1992 *Derecho Penal español. PG*. 15ª ed. Madrid: Dykinson.
1995 *Derecho Penal español. PG*. 18ª ed. Madrid: Dykinson.

Rodríguez Mesa, María José
2000 *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada: Comares.
2005 *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Pamplona: ed. Aranzadi.
2006 «Autoría y participación en comisión por omisión», en: *RDP*-1. Autoría y participación 3 (dirigido por Edgardo A. Donna), Buenos Aires, p. 191 ss.

Rodríguez Montañes, T.
1994 *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales.
2002 «Actio libera in causa». En Luzón Peña (dir.) *Enciclopedia Penal Básica*. Granada, p. 33 ss.

Rodríguez Mourullo, G. (dir.)
1997 *Comentarios al Código penal*. Madrid: Civitas.

Rodríguez Muñoz, José Arturo
1955 «Notas a Edmund Mezger». En *Tratado de Derecho Penal*. Traducción española y notas de Rodríguez Muñoz. T. I. Nueva edición revisada y puesta al día. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado.

Rodríguez Ramos, Luis
1980 «Error de Tipo y Error de Prohibición en el Proyecto de Código Penal». En *La Ley*, p. 1072 ss.

Roeder, H.
1969 *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematisches Stanort im Verbrechensaufbau*, Berlin.

Rojas Infantes
2001 *Código Penal. 10 años de jurisprudencia sistematizada*. Lima.

Rojas Vargas, Fidel
1999 *Jurisprudencia penal*, T. I. Ejecutorias de la Corte Suprema 1996-1998, Lima: Gaceta Jurídica.
2000 *Delitos contra la administración pública*. 2ª ed. Lima.

Román Quiróz, V.
2000 *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*. México D.F.

Romeo Casabona, Carlos María
1981 *El médico y el Derecho penal. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*. Barcelona: Bosch.
1982 «El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código penal de 1980». En *CPC* 17, 1982, p. 263 ss.

1994 «Los límites de los delitos de comisión por omisión». En Gimbernat, Schünemann y Wolter (eds.) *Omisión e imputación objetiva*. Madrid.
1999 «Los delitos contra la integridad corporal y la salud». En *AAVV, El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Libro-Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López. Granada: Comares, p. 923 ss.
2007 «La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo», en *RDP*-2, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 29 ss.

Rönnau, Thomas
2001 *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

Ropero Carrasco, Julia
2002 *La provocación del estado de necesidad en derecho penal. Provocación de situaciones de riesgo en el tráfico automovilístico y otros estados de conflicto*. Granada: Comares.

Rossy, Juan
1989 *El delito fiscal*. Barcelona: Bosch.

Roxin, Claus
1963 *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1a ed., de Gruyter, Hamburg.
1963 «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate". En *GA*, p. 193 ss.
1970 «Gedanken zur Problematik de Zurechnung im Strafrecht». En. *FS Honig*, Göttingen.
1970 *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin.
1972 *Política criminal y sistema del Derecho penal*. Traducción Muñoz Conde. Barcelona.
1973a «Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch». En *JuS*, p. 197 ss. y p. 329 ss.
1973b *Kriminalpolitik und Strafrechtssystems*, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin.
1976a «Sentido y límites de la pena estatal». En *Problemas básicos del Derecho penal*. Madrid.
1976b «Bemerkungen zum Täter hinter dem Täter», in: Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, Günter Warda/Heribert Waider/AA, Berlin, p. 173 ss.
1981 *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Traducción Muñoz Conde. Madrid.
1984 Strafrecht, *AT*, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 4a ed.
1985 «§ 14». En *LK*, Jescheck/Ruß/Willms(Hrsg.), 10. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin.
1987 «Über die Einwilligung im Strafrecht». En *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*. T. III, Coimbra, 1984 (publicado en), p. 396 ss.
1992 *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. Barcelona: PPU.
1993 *LK*, Berlin/New York, 11ª ed.

1997a *Strafrecht, AT*, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.

1997b *Strafrecht, AT*, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München,

1997c *Derecho Penal, PG*, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción española de la 2ª, ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña / Miguel Díaz y García-Conlledo / Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas S.A., Madrid.

1998a *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (Traducción de la sexta edición alemana- 1994- por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles), Barcelona: Marcial Pons Ediciones.

1998b «El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo». En *Dogmática penal y Política Criminal*. Traducción y edición de Abanto Vásquez. Lima: IDEMSA.

1998c «Acerca del consentimiento en el Derecho penal». En *Dogmática penal y Política Criminal*. Traducción y edición de Abanto Vásquez. Lima: IDEMSA, p. 125 ss.

2000a *Täterschaft und Tatherrschaf*, Berlin/New York, 7ª ed., [a].

2000b «I compiti futuri della scienza penalistica». En *RIDPP* 1, Milán, p. 3 ss.

2000c «Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der höchtsrichterlichen Rechtsprechung». En Canaris et al. (eds.), 50 *Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, München 2000 [b].

2003a «Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik», en: *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70*. Geburtstag, Dieter Dölling, editor, Duncker & Humblot, Berlin, p. 423 ss.

2003b *Strafrecht, AT*, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München.

2006a *Strafrecht, AT*, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl.,

2006b *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. Ed., Berlin 1963, 8.

Rudolphi, Hans-Joachim

1969 «Vorhersehrbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrläassigkeitslehre». En *JuS*.

1974 «Literaturbericht», en *ZStW*, Band 86, p. 68 ss.

2000 «Vor § 13». En Rudolphi/Horn/Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, Allegeminer Teil, 7. Aufl., Neuwied/Kriftel/Berlin: Hermann Luchterhand Verlag.

Rudolphi, Hans-Joachim, Eckard Horn y Erich Samson

2000 *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, Allegeminer Teil, 7. Aufl., , Neuwied/Kriftel/Berlin: Hermann Luchterhand Verlag.

Rueda, María
2001 *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.

Ruiz Antón, Luis Felipe
1982 *El agente provocador*, Publicaciones del Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa.

Sainz Cantero, José A.
1971 «El delito masa». En *ADPCP*, fascículo 3, Ministerio de Justicia. Madrid, p. 649 ss.
1982 *Lecciones de Derecho penal. PG*. T. II. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S. A.
1985 *Lecciones de Derecho penal. PG*. T. III. Barcelona: Bosch.

Salas Arenas, Jorge Luis
2001 *Derecho penal peruano*. Materiales esquemáticos de estudio para aspirantes en el PROFA de la Academia de la Magistratura, Arequipa.
2001 *Problemas en la aplicación de la Ley N° 27472*. Lima: Academia de la Magistratura.

Salazar, Alfonso
2001 «Error de tipo y error de prohibición en la dogmática hispanoamericana: España, Argentina y Costa Rica como ejemplos de la influencia de la ciencia jurídica alemana en la ciencia jurídica extranjera». En *RDPC* 7, p. 209 ss.

San Martín Castro, César Eugenio
1999 *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
2002 «El procedimiento penal por delitos contra la Administración Pública». En San Martín Castro, Caro Coria, Reaño Peschiera. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurista.
2006 *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*, Lima: Palestra.

Sánchez-Vera y Javier Gómez-Trelles
1995 «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloracibn del aporte», en *ADPCP* 1995, p. 187 ss.
1997 *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Universidad de externado de Colombia, Bogotá, Primera reimpresión.
1999 *Pflichtdelikt und Beteiligung: zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlin.
2004 *Atribuciones normativistas en derecho penal*. Lima: Grijley.

Sancinetti, Marcelo
1991 *Teoría del delito y disvalor de acción. Consecuencias prácticas del ilícito personal*. Buenos Aires: Hammurabi.

2003 «Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la PG de los códigos penales», en *El funcionalismo en Derecho penal*. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. También publicado en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Sancinetti1.pdf

Sanz Morán, Ángel José
1986 *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*. Valladolid: Universidad de Valladolid.
2007 «Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena», en *Alter. Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho*, N. 3, p. 143 ss.

Satzger, Helmut
2008 *Internationales und europäisches Strafrecht*, 2. Ed. Baden-Baden.

Sauer, Wilhelm
1956 *Derecho penal. PG*. Traducción de Juan del Rosal y José Cerezo Mir. Barcelona: Bosch. 40

Schaffstein, Friedrich
1930 *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin.
1954 *Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, Göttingen
1989 «Der Täter hinter dem Täter bei vermeidbarem Verbotsirrtum und verminderter Schuldfähigkeit des Tatmittlers», en *NStZ*, p. 153 ss.

Schild, Wolfgang
1994 *Täterschaft als Tatherrschaft*, Berlin/New York.

Schmidhäuser, Eberhard
1975 *Strafrecht*, AT, 1. Ed., Tübingen 1970; 2. Ed., Tübingen.
1980 «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit». En *JuS*, N. 4.
1980 «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit»., En *JuS*, N. 4.
1982 *Strafrecht.* AT, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
1984 *Strafrecht,* AT. Studienbuch, 2a ed., Tuebingen.
1987 «Über einige Begriffe der teleologischen Straftatlehre». En *JuS*, N. 5.

Schmidtt, Rudolf
1968 «Nochmals: Die strafrechtliche Organ- Vertreterhaftung». En *JZ*, p. 123 ss.

Schoch, Friedrich, Hans Stoll y Klaus Tiedemann
1996 *Freiburger Begegnung. Dialog mit Richtern des Bundesgerichtshofs*. C.F. Müller, Heidelberg.

Schönke, Adolf y Horst Schröder
2001 *Strafgesetzbuch*, 26. Ed., bearbeitet von Theodor Lenckner, München: Beck.
2006 *Strafgesetzbuch*, 27. Ed., bearbeitet von Theodor Lenckner/Albin Eser/Peter Cramer/Walter Stree/Gunter Heine/Walter Perron/Detlev Sternberg-Lieben, München: Beck.

Schröder, Horst
1949 «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs». En AAVV, Festschrift für Wilhelm Sauer, Berlín: Walter de Gruyter.

Schröder, Friedrich-Christian
1965 *Der Täter hinter dem Täter*, Berlin.

Schroth, Hans-Jürgen
1993 *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, Gießen: Brühlscher Verlag.

Schultz, Hans
1982 *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts: ein Grundniss*, 4. Aufl. Bern.

Schumann, Heribert
1986 *Straftrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen: Mohr.

Schünemann, Bernd
1971 Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen: Schwarz.
1975 Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA.
1979 Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Carl Heymanns Verlag, Berlin.
1984 «Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichtkeit für Unterlassungen». En ZStW 96 , p. 317 ss.
1990 Voz: Handeln für ein anderes, en Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), Peter Deubner, Heidelberg, estado mayo. 41
1993 § 14 LK, Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin.
1994 «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania», en: Enrique Gimbernat/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter (Hrsg.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*. Jornadas Hispano-Alemanas en Homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor Honoris causa por la Universidad Complutense de Madrid, p. 11 ss.
1999 «Nuevas tendencias en el concepto jurídico penal de culpabilidad». En *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*. México D.F., número especial 1, p. 93 ss.
2006 «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro», en:

Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio (traducción a cargo de la Dra. Mariana Sacher de la Universidad de Munich), Lima: IDEMSA, p. 281 ss.

2007 «Kommentar des § 25 ff. StGB», in: *LK, Großkommentar zum Strafgesetzbuch*, 12. Ed., Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Sann/Klaus Tiedemann (editores), Berlin.

Schünemann, Bernd y Carlos Suárez

1994 *Bausteine des Europäischen Wirtschaftsstrafrechts*. Madrid Symposium für Klaus Tiedemann. Carl Heymans, Köln.

Seelmann, Kurt

1978 Das Verhaltnis von § 34 StGB zu abderen Rechtfertigungsgrunden, Heidelberg, Hamburgo.

1995 § 13, en Neumann/Puppe/Schild (Gesamtredaktion), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Baden-Baden.

Serrano Maíllo, Alfonso

1999 *Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia. Acerca de su construcción*. Madrid: Dykinson.

Silva Sánchez, Jesús María

1981 «Aberratio ictus e imputación objetiva». En *ADPCP*, p. 347 ss.

1982 «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español». En *ADPCP*.

1986 *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona: Edersa.

1987 «Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad». En *ADPCP*, T. XL.

1988 «La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a) 1ª (A la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la actio libera in causa)». En *Revista de Derecho de la Circulación*, núm. 4, Madrid, p. 168 ss.

1989 «Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario». En *CPC* 38, p. 388 ss.

1992 *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.

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 *VVAA, Derecho de la circulación. Aspectos civiles y penales*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 25 ss.

1994 «Blankettstrafgesetze und die Rückwirkung der lex mitior», en *Bausteine des Europäischen Wirtschaftsstrafrechts*. Madrid Symposium für Klaus Tiedemann. Carl Heymans, Köln, p. 135 ss.

1996 «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español». En Silva Sánchez (ed.). *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*. Libro-Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch.

1997a *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Bosch: Barcelona.

1997b «La regulación de la comisión por omisión (art. 11)», en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: Bosch, p. 51 ss.
1997c «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites». En J.M. Silva Sánchez (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro-Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch.
1998 «Zur Gestaltung des strafrechtlich missbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen». En: Eser/Huber (eds.). *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*. Freiburg.
1999a *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.
1999b «Sobre las actuaciones en una situación de necesidad que no implican deberes de tolerancia». En *AA.VV., Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid.
1999c «Artículo 12». En Cobo del Rosal (dir.). *Comentarios al Código Penal*. T. I. Edersa, p. 569 ss.
2000 «El actuar en lugar de otro (artículo 31) en el nuevo Código penal español». En *Estudios de Derecho penal*. Lima: Grijley.
2001 «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jur ídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos». En *AAVV*. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam. T. 1, Universidad Castilla La Mancha/ Universidad de Salamanca, Cuenca.
2004a «¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad», en *Dogmática y Ley Penal*. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, T. I, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, p. 867 ss.
2004b *Atribuciones normativistas en derecho penal*, Lima: Grijley.
2006 «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas», en www.indret.com, Nº 342.

Silva Sánchez, Jesús Maria y Gimeno Íñigo Ortiz de Urbina
2005 «El art. 31.2 del código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», en www.indret.com, Nº 343,

Silva Sánchez, J.M., M. Corcoy Bidasolo y F. Baldo Lavilla
1993 *Sistema de casos prácticos de Derecho penal. PG*, con soluciones. Barcelona.

Silva Santisteban, José
1863 *Curso de Derecho penal*. Lima: Tipografía del Autor.

Soler, Sebastián
1944 *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires: Depalma.
1951 *Derecho penal argentino*. T. I-V. Buenos Aires: TEA.
1978 *Derecho penal argentino*. T. II, Buenos Aires: TEA, 8a reimpresión total.

Solís Espinoza, Alejandro
1994 «Aspectos psicopatológicos de la inimputabilidad». En *RPCP* 4, Lima, p. 635 ss.

Sommaruga, Alberto V.
1951 «La antijuridicidad elemento del delito». En *RDCP* 1, año XV, Lima, p. 310 ss.
1953 «La legítima defensa en la doctrina y en el Código Penal peruano». Sobretiro de la *RDCP* III, año XV, Lima, p. 520 ss.

Sotomayor Acosta, Juan Orberto
1996 *Inimputabilidad y sistema penal*. Bogotá.

Spendel, Günter
2002 «Zum Begriff der Täterschaft», in: *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70*. Geburtstag, Cornelius Prittwitz/Michael Baurmann/AA, Baden-Baden, p. 605 ss.

Spitèri, Pierre
1966 «L'infraction formelle», en *RSCDPC*, N. 3, p. 497 ss.

Stein, Ulrich
1988 *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*. Berlín.

Sternberg-Lieben, Detlev,
1997 *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen 84, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

Stratenwerth, Günter
1982 *Derecho Penal. PG*, I. El hecho punible. Traducción de la 2ª ed. alemana de G. Romero. Madrid: Edersa.
1996 *Schweizerisches Strafrecht. AT* I: Die Straftat, Bern, Verlag Stämpfli Cie AG, 2ª ed.
2000 *Strafrecht Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 4. völlig neu bearbeitete Aufl., Köln - Berlin - Bonn – München: Carl Heymanns Verlag KG.

Stratenwerth, Günter y Lothar Kuhlen
2004 *Strafrecht, AT* I, Die Straftat, 5. Ed., Köln/Berlin/München.

Stree, Walter
2001 «§ 13». En Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch Kommentar, München, 26ª Aufl.

Struensee, Eberhard
1991 «Atribución objetiva e imprudencia». Traducción J. L. Serrano Gómez de Murillo. En *CPC* 44, p. 449 ss.

Suárez González, Carlos
1997 *Comentarios al nuevo Código Penal*. En Rodríguez Mourullo (dir.) Jorge Barreiro (coord.). Madrid.
2001 «Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios públicos». En Silva Sánchez y Suárez González. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho penal*. Lima.

Suárez Montes, Rodrigo Fabio
1959 *El consentimiento en las lesiones*. Pamplona: Gráficas Iruña.
1963 *Consideraciones en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*. Madrid: Editorial Rialp.
1983 *Las lesiones consentidas en el Proyecto de Código penal de 1980*. Servicio de Publicaciones, Universidad de Oviedo.

Tamarit Sumalla, Josep Maria
2002 «Las consecuencias accesorias del art. 129 CP: un primer paso para la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Diez Ripollés, José Luis/ Romeo Casabona, Carlos María/Gracia Martín, Luis / Higuera Guimerá, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. Libro Homenaje al Prof. Cerezo Mir, Madrid, p. 1153 ss.

Terán Lomas, Roberto
1980 *Derecho penal. PG*. T. 2. Buenos Aires: Astrea.

Terradillos Basoco, Juan María
1981 «La satisfacción de las necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela penal». En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 63, p. 123 ss.
1997 «Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente». En Terradillos Basoco (ed.), *Derecho Penal del medio ambiente*. Madrid: Trotta, p. 35 ss.
1998 «Teoría del delito. Nuevos planteamientos. Acción». En J.M. Terradillos Basoco y P.M. de la Cuesta Aguado (coord.). *Cuestiones fundamentales del Derecho Penal*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, p. 7 ss.
2001a «Culpabilidad y prevención: anotaciones desde el Derecho Penal Español», en Lascano, C. J. (edit.), *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, Córdoba (Argentina), p. 227 ss.
2001b «Peligro abstracto y garantías penales». En Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (coord.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi.
2001c «La ocultación y el alzamiento de bienes por parte del deudor». En Terradillos Basoco (ed.). *Empresa y Derecho Penal*, Buenos Aires: Ad Hoc, p. 141 ss.
2002 *La culpabilidad*. México D.F.
2007 «La imputabilidad en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal», en *Alter. Revista Internacional de Teoría, Filosofía y Sociología del Derecho*, n. 3, p. 177 ss.

Tiedemann, Klaus
1969a *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 27, Tübingen(Mohr/Siebeck).
1969b «Le criminel par conviction et la réforme du droit pénal politique dans la République Féderale d'Allemagne». En *Revue de science criminelle*, p. 252 ss.
1976 *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*. Bd. 1: AT; Bd. 2: Besonderer Teil. Reinbek bei Hamburg (rororo-Studium).

1985 «Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Straf-rechts», in: *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Berlin, p. 1411 ss.
1986 «Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung», en *NJW*, 1842 ss.
1993a «Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht», in *NJW*, p. 28 ss.
1993b *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*. Barcelona:PPU.
1995 «Zum Stand der Irrtumslehre, insbesondere im Wirtschafts- und Nebenstrafrecht - Rechtsvergleichende Überlegungen und Folgerungen». En *Festschrift für Friedrich Geerds*, Lübeck, p. 95 ss.
1996a «Das neue Strafgesetzbuch Spaniens und die europäische Kodifikationsidee». En *JZ*, 647 ff (versión en español: *Anuario Derecho Penal* 1995, 35 ss)
1996b «Strafbarkeit juristischer Personen - Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme mit Ausblicken für das deutsche Recht». En: Schoch/Stoll/Tiedemann, Freiburger Begegnung - *Dialog mit Richtern des Bundesgerichtshofes*, Karlsruhe, p. 30 ss.
1996c *Freiburger Begegnung. Dialog mit Richtern des Bundesgerichtshofs*. C.F. Müller (Heidelberg) (gemeinsam mit Friedrich Schoch und Hans Stoll).
1998a «Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht - Stand, Harmonisierungstendenzen und Modellvorschläge». En: *Festschrift für Haruo Nishihara*, Baden-Baden, p. 496 ss.
1998b «Re-Europäisierung des Strafrechts versus Nationalismus der (deutschen) Strafrechtslehre», en *GA*, 107 ss.
1999 «Exigencias fundamentales de la PG y propuesta legislativa para un Derecho Penal Europeo», en *Revista Penal*, (3) p. 76 ss.
2001a «Grunderfordernisse einer Regelung des Allgemeinen Teils», en *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union (Rechtsdogmatik- Rechtsvergleich-Rechtspolitik)*, Freiburg-Symposium, Carl Heymanns Verlag KG. München, p. 3 ss.
2001b «Die EU als Rechtsquelle des Strafrechts», in: *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin, p. 1401 ss.
2002 *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik. Rechtsvergleich. Rechtspolitik*. Freiburg-Symposium, Carl Heymanns, Köln/München.
2007 *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und AT; mit wichtigen Rechtstexten*, Karl Heymanns Verlag, Köln/Manchen.

Tiedemann, Klaus y Gerhard Dannecker
1985 *Die Gesetzliche Milderung Im Steuerstrafrecht: Dargestellt Am Beispiel Der Abzugsfahigkeit Von Parteispenden,* Köln: O. Schmidt.

Tissot, Claude Joseph
1880 *El derecho penal estudiados en principios y en la legislación vigentes en España*, traducción Ortega Garcí, J, Madrid.

Tomas Tio, José María
1987 «El Delito continuado en el Código Penal (Art. 69 bis)». En *CPC*, 31, p. 111 ss.

Torío López, Ángel
1984 «Límites político-criminales del delito de comisión por omisión». En *ADPCP* I.

1986 «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva». En *ADPCP*, N. I, p. 33 ss.
1989 «Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito». En *ADPCP*, N. I, p. 489 ss.
1998 «Schweizerisches Strafrecht», en *AT* I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, Zurich, Schulthess, 5a. ed.

Trazegnies Granda, Fernando de
1994 «Pluralismo jurídico: posibilidades, necesidad y límites», en *RPCP*, N. 4, p. 689

Trechsel, Stefan y Peter Noll
1998 *Schweizerisches Strafrecht*, *AT* I, *Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, Zurich, Schulthess, 5a. ed.

Tribunal Supremo
1992 *Estudios de Jurisprudencia* 3. Madrid.

Tröndle, Herbert y Thomas Fischer
1999 *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49 Auf., Verlag C.H. Beck, München.
2003 *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 51ª. Ed. München.
2004 *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 52ª. Ed. München.

Varona Gómez, Daniel
2000 *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*. Granada.

Velásquez Velásquez, Fernando
1997 *Derecho penal. PG*. 3ª ed. Bogotá: Temis.
2002 *Manual de Derecho penal. PG*. Bogotá: Temis.
2007a *Manual de Derecho penal, PG*, Medellín, 3ª, Comlibros.
2007b «El delito continuado y la ley penal (A propósito del Art. 77 del C. P. de Costa Rica)», en Javier Llobet Rodríguez: *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Homenaje a Francisco Castillo González, San José, Editorial Jurídica Continental, p. 285 ss.
2008 *Los delitos continuado y masa. A propósito del Art. 31 del C.P.*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana.

Vélez Vélez, L. F.
1981 «El problema de la inimputabilidad de los indígenas en el nuevo Código Penal». En *NFP* 11, Bogotá, p. 360.

Vervaele, John
1998 «Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el Derecho Penal?». En *Revista Penal*, 2, España, p. 67 ss.
2006 «La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Historia y desarrollo reciente». En, Vervaele, John, *El Derecho Penal Europeo,*

Del Derecho Penal económico y financiero a un Derecho Penal federal, Lima: ARA Editores, p. 33 ss.

Villa Stein, Javier
1998 *Derecho Penal. PG*. Lima: Ed. San Marcos.
2001 *Derecho Penal. PG*. Lima: Ed. San Marcos. 2. ed., Lima.

Villavicencio Terreros, Felipe
1995 *Delitos culposos. Derecho Penal. PG* (materiales de enseñanza). Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p. 443 ss.
1984 «De indígenas y penas en el Proyecto de Código Penal». En *La República*, 21 de diciembre de 1984, Opinión, p. 15.
1990 *Lecciones de derecho Penal*, Lima: Cultural Cuzco.
1993 «Ley penal y hecho punible en el Código penal peruano de 1991 y en el Anteproyecto de Código penal para Guatemala de 1990». En *Revista de los abogados del valle del Cauca* 27/28, Cali, p. 101.
2001 *Código Penal Comentado*. 3ª ed. Lima: Grijley.
2003 *Código Penal Comentado*. Lima: Grijley, reimpresión.
2006 *Derecho Penal. PG*, Lima: Grijley.

Viterbo Arias, José
1900 *Exposición comentada y comparada del código penal de 1863*, 2 T., Lima: Librería e Imprenta Gil.

Vives Antón, Tomás Salvador
1996 «Comentario al artículo 11», en el mismo (coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 83 ss.

Vives Antón, Tomás Salvador y AA.VV.
1996 *Comentarios al Código Penal de 1995*. T. I. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vogel, Joachim
1993 *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*. Berlin: Duncker & Humblot.
2002 «Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht. Zugleich ein Beitrag zu den Regelungsmodellen der Beteiligung», en *ZStW*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 114 (2002), 403 ss.

Volk, Klaus
2002 «Concepto y prueba de los elementos subjetivos». Traducción por Ramón Ragués I Vallès. En *RPDJP* 3, p. 411 ss.

Vossgätter Niermann, Isabel
2004 *Die sozialen Handlungslehren und ihre Beziehung zur Lehre von der objektiven Zurechnung*. Frankfurt am Main.

Wagemann Markus
1992 «Die Geschichte des Betrugsstrafrechts in England und den amerikanischen Bundesstaaten», en *ZStW* 64, p. 111 ss.
1992 *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im Bussgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften*, Heidelberg.

Walder, Hans Ulrich
1977 «Die Kausalität im Strafrecht». En *RPS* 93, p. 113 ss.

Warda, Günther
1964 «Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre». En *JuS*, año 4, cuaderno 3, 1964, Müchen/Berlin/Frankfurt, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, p. 81 ss.
1972 «Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgrunden». En *Festschrift für R. Maurach*, Karlsruhe.

Weber, Ulrich
1984 «Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts. (Einschließlich Verbraucherschutz)». En *ZStW* 96 (1984), p. 376 ss.
1988 «Anmerkung». En *StV*, p. 16 ss.

Weigend, Thomas
1981 «Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit». En *ZStW* 2.
1986 «Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung». En *ZStW*, Band 98, p. 44 ss.

Welzel, Hans
1969 *Derecho penal alemán* (12 ed. alemana y 3ra ed. castellana), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
1939 «Studien zum System des Strafrechts». En *ZStW* 58, p. 491 ss.
1949 *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*. Berlín.
1964 *Nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción final*. Traducción de Cerezo Mir. Barcelona: Ediciones Ariel, 4a ed.
1969 *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. Aufl., Walter de Gruyter & Co.,
1976 *Derecho penal alemán*. Traducción de la 11a ed. alemana de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez P. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
1987 *Derecho penal alemán: PG*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
1993 *Derecho Penal Alemán*. (11º Ed. Alemana). Traducción Juan Bustos y Sergio Yánez. 4º Ed. Castellana. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
2003 «Estudios sobre el Sistema de Derecho Penal», en: *Estudios de Derecho Penal* (Traducido por el profesor Cerezo Mir del texto publicado originalmente en *ZStW* 58 en 1939), Editorial B de F, Buenos Aires.

Wessels, Johannes
1980 *Derecho Penal. PG*. Traducción de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma.
1997 *Strafrecht. AT*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 27ª ed.

Wessels, Johannes y Werner Beulke
2002 *Strafrecht. AT*, 32 neubearbeitete Aufl., C.F. Müller Verlag, Heidelberg,
2003 *Strafrecht, AT*, Die Straftat und ihr Aufbau, 33ª. Ed., Heidelberg.
2006 *Strafrecht, AT*. 36ª Aufl., Heidelberg, C. F. Müller Verlag.
2007 *Strafrecht, AT*, 37. ed., Heidelberg.

Wiesener, Axel
1971 *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen. Athenäum*, Frankfurt a. M.

Winkelbauer, Wolfgang
1988 «Anmerkung zum Beschluß des HansOLG Hamburg vom 30.11.1979 - 3 Ws 60/79», in: *JR*, p. 33 ss.

Wolter, Jürgen
1994 «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho Penal». Traducción S. Bacigalupo, en Gimbernat Ordeig/Schünemann/Wolter. *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*. Madrid, p. 108 ss.
1999 «Las causas de constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad». En *AAVV. Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid.

Yrigoyen, Raquel
1996 «Control Penal y Diversidad étnico-cultural». En Zúñiga, Laura y otros (eds.). *Conflicto Social y Sistema Penal*. Salamanca: Universidad de Salamanca y COLEX.

Zaczyk, Rainer
1993 *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg.

Zaffaroni, Eugenio Raúl
1980 *Tratado de Derecho penal. PG*. 5 T.s. Buenos Aires: Ediar, 1980-1983.
1986 (coord.) *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.
1990 *Manual de Derecho penal. PG*. Lima: Ediciones Jurídicas.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar
2000 *Derecho penal. PG*, Ediar, Buenos Aires.
2005 *Manual de Derecho Penal. PG*, 1ª ed., Buenos Aires.
2006 *Manual de Derecho Penal. PG*, 2ª ed., Buenos Aires.

Zagrebelsky, Vladimiro
1976 *Reato Continuato*. 2ª. Ed. Giuffrè: Milano.

Zielinski, Diethart
1988 «El resultado en el concepto final de ilícito». Traducción M. Sancinetti, en *Doctrina Penal*, p. 283 ss.
1990 *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*. Traducción de Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi.

Zieschang, Frank
2007 «Gibt es den Täter hinter dem Täter?», in: *Festschrift für Harro Otto zum 70*. Geburtstag, Gerhard Dannecker/Winrich Langer/AA (editores), Köln/Berlin/München, p. 505 ss.

Zipf, Heinz
1970 *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zum strafrechtlichen Risiko im Sport*. Luchterhand, Neuwied.

Zugaldía Espinar, José Miguel
1981 «El Tratamiento Jurídico Penal del Error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal Español de 1980». En *CPC* 15, p. 511.
1986 «La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual». En *ADPCP*, I T. 39, Fasc/Mes 2, p. 395 ss.
1997 *Las penas previstas en el art. 129 CP para las personas jurídicas*. Poder Judicial.
2001 «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)». En Quintero Olivares y Morales Prats (coord.). *El nuevo Derecho Penal Español.* Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarra: Aranzadi, p. 885 ss.
2008 *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia: Tirant lo blanch.

Zúñiga Rodríguez, Laura
2001 «Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador ¿Hacia una "administrativización" del Derecho Penal o una "penalización" del Derecho administrativo sancionador». En *AA.VV.* Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam. T. 1. Universidad Castilla, La Mancha/ Universidad de Salamanca, Cuenca.
2000 *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi.
2003 *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed. Navarra, Aranzadi.
2006 «La responsabilidad civil de la persona jurídica por delito. A propósito de la sentencia del caso Crousillat», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nº 96, septiembre, p. 55 ss.
2007 «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de aplicación», en *Consejo general del Poder Judicial, Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho Comparado y Derecho Comunitario*, Madrid, p. 67 ss.