

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

Capítulo 12



Universidad de Friburgo
Suiza



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

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 trabajo².

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 democráticos⁴.

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 perseguidos⁵. 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 irresolubles⁶, 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 realidad⁷. 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 determinado¹⁰. 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 trata¹¹. Se maneja así un concepto funcional de culpabilidad puramente descriptivo¹², que refleja una visión conservadora, excluyente de toda idea de utopía¹³ 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 garantista¹⁵ —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 preventivas¹⁶.

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 persona¹⁷.

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 punitivo¹⁸. 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 solidez¹⁹.

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 conducta²⁰.

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 preventivos²².

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 cierta²³.

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 medición²⁴. 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 conducta²⁶.

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 reprochabilidad²⁷.

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 libre²⁹.

Sin el reconocimiento de ese modesto nivel de decisión, cualquier pretensión preventiva sería no solo inadmisibles, 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 verdadera 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 culpabilidad³⁰.

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 psicológica o filosófica, pero incorpora las necesarias dosis de realismo³¹.

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 constatar 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 amonización importante de la capacidad de motivación personal, la exclusión o, en su caso, la atenuación de la culpabilidad³³.

En buena medida, el art. 45 del CP peruano, en coherencia con el inciso último del art. 89º de la Constitución³⁴, 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 incurso 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 concurren 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 persona³⁶.

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 normalidad³⁸. 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 psiquiátrico⁴⁰.

El giro que así ha dado la cuestión es importante. Queda definitivamente superada la perspectiva eticista⁴¹, 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 psíquico⁴², 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 equivalente⁴³.

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 social⁴⁴.

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 pasado⁴⁵, son aún más acuciantes hoy, dada la pujanza de los fenómenos migratorios⁴⁶.

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 etnocentristas⁴⁷ o, simplemente, absurdas⁴⁸.

Estas críticas han de estimarse fundamentadas cuando se dirigen a precedentes como el del «Código Maurtua», 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 indeterminado⁴⁹; 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 percepción⁵⁰, 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 Merced⁵¹, recurriendo en su apoyo a las aportaciones dogmáticas de Hurtado Pozo, Villavicencio y Zaffaroni⁵².

No se trata de un error, sino de la «incapacidad de comportarse de acuerdo con cánones culturales» que al sujeto le resultan extraños⁵³. 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 dominación⁵⁴.

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 delito⁵⁵.

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 conducta⁵⁹.

Ahora bien, puede entenderse la inexigibilidad como imperativo de la justicia⁶⁰, 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 voluntad⁶¹. 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 personalidad⁶²; 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 conducta⁶³.

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 miedo⁶⁴. 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 exige 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 peligro⁶⁵.

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 preventiva⁶⁶.

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.