

TEXTOS UNIVERSITARIOS PUCP

DERECHO



IVÁN MEINI

**LECCIONES DE DERECHO
PENAL - PARTE GENERAL
TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO**



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

LECCIONES DE DERECHO PENAL - PARTE GENERAL
TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

IVÁN MEINI

LECCIONES DE DERECHO PENAL
PARTE GENERAL
TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Lecciones de derecho penal - Parte general

Teoría jurídica del delito

Iván Meini

© Iván Meini, 2014

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: setiembre de 2014

Primera reimpresión de la primera edición: julio de 2015

Tiraje: 1000 ejemplares

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

ISBN: 978-612-317-027-1

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-08963

Registro del Proyecto Editorial: 31501361500726

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

A Yago y sus primeras letras: 8 hUUHDZZ<<dgk,IQ

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

Índice

ABREVIATURAS	13
PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN	21

PRIMERA PARTE

FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DEL SUJETO RESPONSABLE Y DE LA TEORÍA DEL DELITO

CAPÍTULO 1. BASES CONCEPTUALES Y METODOLÓGICAS DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	25
I. DERECHO PENAL, LIBERTADES CIUDADANAS Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	25
II. TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO Y PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL	27
III. EL BIEN JURÍDICO COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL	30
IV. PREVENCIÓN Y SANCIÓN	35
V. LA NORMAL PENAL	37
CAPÍTULO 2. EL DELITO	43
I. EL DELITO EN LA LEY	43
II. CLASIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES PENALES EN LA LEY	44
III. EL CONCEPTO DOCTRINAL DE DELITO	44
IV. PRESUPUESTOS DE LA PUNIBILIDAD, CIRCUNSTANCIAS POSDELICTIVAS Y CONCEPTO MATERIAL DE DELITO	47
V. CONCEPTO MATERIAL DEL DELITO	49
VI. ULTERIORES PRECISIONES SISTEMÁTICAS Y TERMINOLÓGICAS VINCULADAS AL CONCEPTO MATERIAL DE DELITO	54

CAPÍTULO 3. FUNCIÓN, ESTRUCTURA Y CLASIFICACIÓN DEL TIPO PENAL	65
I. FUNCIÓN DEL TIPO PENAL	66
II. ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL	67
III. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES	72
IV. EN RELACIÓN CON LOS SUJETOS	80
V. EN RELACIÓN CON EL BIEN JURÍDICO	83
VI. EN RELACIÓN CON EL GRADO DE AFECTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO	87
VII. EN RELACIÓN CON LA FORMA Y EL MOMENTO DE CONSUMACIÓN	90
VIII.¿TIPOS DE INFRACCIÓN DE DEBER Y TIPOS DE DOMINIO?	93
CAPÍTULO 4. ACCIÓN PENAL COMO COMPORTAMIENTO TÍPICO E IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DEL DELITO	97
I. APROXIMACIÓN INICIAL	97
II. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO PENAL DE COMPORTAMIENTO	98
III. TOMA DE POSTURA	104

SEGUNDA PARTE

TEORÍA DEL SUJETO RESPONSABLE

CAPÍTULO 5. CAPACIDAD PENAL	115
I. INTRODUCCIÓN	115
II. FUNDAMENTO	116
III. CONCEPTO	122
IV. ALCANCES: LA CAPACIDAD PENAL COMO PRESUPUESTO DEL PROCESO PENAL Y DE LA EJECUCIÓN DE PENAS	126
CAPÍTULO 6. CAUSAS DE INCAPACIDAD PENAL Y DE ATENUACIÓN DE LA CAPACIDAD PENAL	133
I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS CAUSAS DE INCAPACIDAD PENAL	133
II. EVOLUCIÓN DE LA INCAPACIDAD PENAL EN LA LEGISLACIÓN PENAL	139
III. LA CUESTIÓN DE LA EDAD PENAL	142
IV. LOS ESTADOS DE CONEXIÓN BIOLÓGICOS, PSICOLÓGICOS Y CULTURALES	149
V. LA ATENUACIÓN DE LA CAPACIDAD PENAL	158

Tercera Parte

Teoría del Delito

CAPÍTULO 7. EL COMPORTAMIENTO TÍPICO: LA CREACIÓN DEL RIESGO TÍPICO	163
I. CONCEPTO DE COMPORTAMIENTO TÍPICO	163
II. LA CREACIÓN DESAPROBADA DE UN RIESGO COMO CRITERIO RECTOR DEL COMPORTAMIENTO TÍPICO	165
III. DETERMINACIÓN DEL RIESGO TÍPICO (CREACIÓN DE UN RIESGO PENALMENTE PROHIBIDO)	172
IV. EMPLEO DE CRITERIOS SUBJETIVOS EN LA CONCRECIÓN DEL RIESGO TÍPICO	176
CAPÍTULO 8. LA COMPETENCIA POR EL RIESGO TÍPICO: LA IMPUTACIÓN AL GARANTE	179
I. PLANTEAMIENTO GENERAL	179
II. LA IDENTIDAD VALORATIVA ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN COMO PRESUPUESTO METODOLÓGICO DE LA POSICIÓN DE GARANTE	182
III. LA CONFIGURACIÓN DEL DEBER DE GARANTE (ÁMBITO DE COMPETENCIA)	192
IV. LA INCORPORACIÓN VOLUNTARIA DEL CONTROL DE LA FUENTE DE RIESGO AL ÁMBITO DE COMPETENCIA COMO POSICIÓN DE GARANTE COMÚN A TODO DELITO	196
V. EXCURSO: EL ARTÍCULO 13 DEL CP	200
CAPÍTULO 9. LA VERTIENTE SUBJETIVA DEL INJUSTO	209
I. DOLO E IMPRUDENCIA COMO ÚNICAS FORMAS LEGÍTIMAS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA	209
II. TEORÍA DE LA CULPABILIDAD Y TEORÍA DEL DOLO	212
III. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DOLO Y DE LA IMPRUDENCIA	213
CAPÍTULO 10. TIPICIDAD SUBJETIVA (I): DOLO	217
I. LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD Y LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO	218
II. EL DOLO COMO CONOCIMIENTO Y VOLUNTAD: LA CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DEL DOLO	220
III. CONCEPTO NORMATIVO DE DOLO	227
IV. DOLO COMO CONOCIMIENTO: EL INJUSTO DE DECISIÓN	230
V. EL ROL DEL ELEMENTO VOLITIVO EN LA TIPICIDAD SUBJETIVA: LOS DENOMINADOS «ELEMENTOS SUBJETIVOS» DISTINTOS DEL DOLO	253
VI. LOS MÓVILES Y FINES COMO CRITERIOS PARA DETERMINAR JUDICIALMENTE LA PENA (ARTÍCULO 46-A DEL CP)	254
CAPÍTULO 11. TIPICIDAD SUBJETIVA (II): IMPRUDENCIA	257
I. APROXIMACIÓN INICIAL	257
II. IMPRUDENCIA Y CASO FORTUITO	258

III. LA REGULACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL	259
IV. MODELOS DE IMPRUDENCIA	262
V. LA INFRACCIÓN DEL DEBER OBJETIVO-GENERAL DE CUIDADO COMO CREACIÓN DESAPROBADA DE UN RIESGO	268
VI. CONCEPTO DE IMPRUDENCIA	271
VII. IMPRUDENCIA CONSCIENTE E INCONSCIENTE?	280
VIII. EL RESULTADO EN EL TIPO IMPRUDENTE	284
 CAPÍTULO 12. EL ERROR EN DERECHO PENAL	 287
I. PLANTEAMIENTO GENERAL	287
II. CONCEPTO	288
III. EL PRINCIPIO <i>IGNORANTIA IURIS NON EXCUSAT</i> EN DERECHO PENAL	289
IV. ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO, ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN (UBICACIÓN SISTEMÁTICA)	292
V. ERROR VENCIBLE Y ¿ERROR INVENCIBLE?	296
VI. ERRORES RELEVANTES E IRRELEVANTES	299
VII. SUPUESTOS ESPECIALES DE ERROR	301
VIII. MODALIDADES DE ERROR	306
IX. LA REGULACIÓN DEL ERROR EN EL ARTÍCULO 14 DEL CP	312
 CAPÍTULO 13. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO	 317
I. PLANTEAMIENTO GENERAL	318
II. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO CONTEMPLADAS EXPRESAMENTE EN LA LEY	321
III. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO REGULADAS EN LA LEY	326
 ANEXOS 	
ANEXO 1. SITUACIÓN BIOLÓGICA, MENTAL O CULTURAL E IMPUTABILIDAD	365
ANEXO 2. EDAD E IMPUTABILIDAD	366
BIBLIOGRAFÍA	367

ABREVIATURAS

ALRCP	: Anteproyecto de Ley de Reforma de Código Penal (2004)
CC	: Código Civil
CNA	: Código de los Niños y Adolescentes
CDN	: Convención sobre los Derechos del Niño
CJMP	: Código de Justicia Militar Policial
comp. (s)	: Compilador (es)
coord. (s)	: Coordinador (es)
CP	: Código Penal
CPC	: Código Procesal Civil
CPM	: Código Penal Militar
CPP	: Código Procesal Penal
dir. (s)	: Director (es)
ed. (s)	: Editor (es)
NCPP	: Nuevo Código Procesal Penal
RN	: Recurso de nulidad
STC	: Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	: <i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal alemán)
TP	: Título preliminar
trad. (s)	: Traducción

Fondo Editorial PUCP

PRÓLOGO

Es posible pensar, sin incurrir en desvarío, que en la dogmática penal no queda demasiado espacio para cuestiones nuevas. En efecto, la teoría del delito ha sido transitada por los estudiosos, en todos sus planos y aristas, hasta alcanzar construcciones sistemáticas que pueden hoy constituir el paradigma de la investigación jurídica. Es posible que quede poco espacio para cuestiones nuevas; pero es muy amplio el que se abre a la resolución de las viejas cuestiones mediante propuestas innovadoras. Incluso en una obra escrita, como declara su autor, «pensando en alumnos universitarios» para acompañar la explicación de la teoría del delito en las aulas.

La academia, en efecto, ha de mantener siempre abiertas sus puertas a la innovación, porque la elaboración teórica no puede quedar reducida a la insistencia en el bagaje recibido. Ha de apuntar, para merecer tal nombre, a objetivos más ambiciosos.

Por ejemplo, a los sugeridos por el doctor Meini: argumentar a partir de los principios constitucionales, hasta llegar a una teoría del delito capaz de explicar los criterios en cuya virtud el derecho penal está legitimado para sacrificar la libertad de algunos en aras del libre desarrollo «por igual» de la personalidad de los más.

De nuevo, reivindicación de libertad e igualdad como valores constitucionales máximos, vinculantes para todos los poderes públicos y, por tanto, como principios rectores de la construcción científica del núcleo del derecho penal: la teoría del delito.

Con este punto de partida, tan político como jurídico, las «lecciones» que recoge el volumen ahora prologado —y con ellas sus lectores—, se introducen en una propuesta alejada quizá —como se advierte en la «Introducción»— del «pensamiento jurídico-penal mayoritario», pero científicamente muy atractiva.

En cuanto dirigida a alumnos universitarios, la obra pone a su alcance parcelas relevantes de la teoría del delito, que son objeto de análisis riguroso, cargado de erudición —casi nunca explicitada— y desarrollado con un plausible y omnipresente respeto por la coherencia. Cabe la mención expresa, dentro de estas parcelas, de las páginas dedicadas a la evolución del concepto de acción —desde sus iniciales formulaciones causalistas a la más reciente concepción «significativa»—; a la revisión crítica y exhaustiva de lo que, en derecho penal, ha de entenderse por dolo e imprudencia, sus elementos y clases; a la tarea de dotar a la imputabilidad de un contenido material que cohoneste con los principios político-criminales de partida y que se enmarque en el, por otra parte ineludible, contexto social, etc.

Al análisis siguen las propuestas conceptuales y sistemáticas, y a estas, la crítica, en ocasiones tan nítida como inobjetable: negación de categorías dogmáticas ayunas de utilidad o de fundamento, como la de delitos de propia mano; oposición frontal a la punición intensificada de la reincidencia o la habitualidad, «aberración jurídica» incompatible con las exigencias constitucionales y arraigada tanto en la incapacidad del Estado para prevenir delitos como en la necesidad, no exenta de prepotencia, de quienes solo conocen, como reacción frente a la criminalidad, la exasperación punitiva; rechazo al etiquetaje, en términos peyorativos o descalificantes, de las diferentes tipologías de inimputables —desde el menor de edad al loco o al no integrado—, cuyo denominador común no radica en sus pregonadas limitaciones, sino en la incapacidad

(fáctica, científica y jurídica) del sistema penal para considerarlos sujetos responsables.

Por otra parte, Meini, en su objetivo de llegar a «un método científico, oponible, contrastable y cotejable, que permita elevar la seguridad jurídica y dotar de predictibilidad a las decisiones judiciales», propone, sobre las construcciones más tradicionales, varios relevantes cambios sistemáticos que, como es exigible, responden a la revisión en profundidad de los elementos nucleares de la teoría del delito.

Concebida la ley penal como norma de determinación, dirigida en consecuencia solo a prohibir comportamientos —y no resultados— de sujetos que puedan percibirla y asumirla como tal, lo que les constituye en garantes de evitación del riesgo, el delito pasa a ser, en sustancia, creación desaprobada de un riesgo. Supone «un juicio de desvaloración que se formula sobre una situación de riesgo para el bien jurídico y de reproche por infringir el deber de evitar dicho riesgo».

Las consecuencias de este posicionamiento inicial son fácilmente deducibles: el resultado queda en mero criterio de cuantificación de la pena; consumación y tentativa se mueven en planos diferentes, por cuanto la creación del riesgo ya integra el delito: que ese riesgo se materialice en un resultado material solo afecta a la punibilidad; acción y omisión, cuya distinción es un lastre naturalista del causalismo, se identifican en una categoría normativa única, en la que poco importan las concretas formas de creación del riesgo; carecen de sentido, por las mismas razones, subcategorías de delito —instantáneo, permanente, de estado, por ejemplo; o delitos de infracción de un deber frente a delitos de dominio— que la doctrina ha venido manejando acriticamente.

En lo sistemático, las consecuencias son igualmente de entidad. La afirmación de tipicidad y de antijuricidad no responde a un doble juicio de desvalor, sino al mismo. El mandato penal no puede encerrar elementos de contradicción: la tipicidad se constituye —con reivindicación expresa de Welzel— en *ratio essendi* de la antijuricidad, y las denominadas causas de justificación nada tienen que justificar, pues su concurrencia determina

—aun sin asumir totalmente las propuestas de la teoría de los elementos negativos del tipo— la atipicidad del comportamiento.

A su vez, el mandato penal solo es tal en la medida en que se dirige a sujetos con capacidad para y en situación de hacerlo suyo. Imputabilidad y exigibilidad de otra conducta abandonan, coherentemente, el marco de la culpabilidad para ser considerados presupuestos del delito, con lo que la culpabilidad se desintegra.

El error invencible, de tipo o de prohibición, a su vez, solo puede ser entendido como causa de atipicidad. En puridad, no es error, por cuanto no es superable por el comportamiento diligente, que es lo que puede exigir el derecho. Lo que está más allá de ese nivel de exigibilidad jurídica resulta irrelevante, por ajeno, al mandato penal.

Otra proyección y no desdeñable de esta construcción teórica en el plano sistemático es que lleva de la mano la cesura entre teoría del delito y teoría del sujeto responsable.

Los elementos materiales del delito son objeto de reproche y, por tanto, de prohibición. La capacidad para delinquir «ni se desvalora ni se reprocha». Es ontológicamente distinta: presupuesto de la punibilidad —y presupuesto igualmente del proceso penal y de la ejecución de la pena— que no se debe tomar en cuenta al construir el concepto material del delito. Su estudio y su exposición a efectos docentes ha de reflejar esa diferencia: junto a la teoría del delito ha de figurar, con carácter autónomo, la teoría del sujeto responsable.

El recorrido, siquiera sea a uña de caballo, por los contenidos de estas *Lecciones de derecho penal*, podría prolongarse a través del amplio catálogo de cuestiones que suscita el estudio de la teoría jurídica del delito.

Pero un prólogo no debe acabar siendo una reseña crítica, ni mucho menos el prologoista debe entrometerse en ámbitos que son exclusivos del autor. El prólogo, más humildemente, ha de ser cortés invitación al lector para que se introduzca en los contenidos de la obra.

Con ocasión de su segundo viaje a Perú, en 1925, escribió D. Luis Jiménez de Asúa: «he admirado en los estudiantes limeños su inagotable

afán de saber, su curiosidad inextinguible, sus conceptos avanzados de la vida política y social y su fuerte solidaridad con los profesores». Si los estudiantes latinoamericanos —la globalización obliga— acrisolan hoy las virtudes que a los limeños atribuyera hace ya casi un siglo Jiménez de Asúa, no tengo dudas de que en este volumen van a encontrar contenidos enjundiosos y sugerentes, enriquecedores. Porque se trata de una obra cuyo autor, el doctor Meini Méndez —a quien agradezco me haya ofrecido la posibilidad de escribir estas palabras liminares—, es ejemplo de estudioso universitario adornado por esas mismas virtudes.

Juan M. Terradillos Basoco
Catedrático de derecho penal
Universidad de Cádiz (España)
Junio de 2014

Fondo Editorial PUCP

INTRODUCCIÓN

1. En estas Lecciones he intentado sistematizar el razonamiento que, considero, legitima la imputación de responsabilidad penal en un Estado de derecho. Este razonamiento se inspira en dos postulados ideológicos muy concretos. Por un lado, la concepción del derecho como *razón* al servicio de la convivencia libre y pacífica de las personas. Por otro, que el derecho penal protege la *libertad* que las personas necesitamos para desarrollar nuestra personalidad en sociedad, y lo hace restringiendo la libertad de actuación cuando su ejercicio menoscaba la legítima libertad de actuación de un tercero. A nadie, y menos al Estado, le asiste la prerrogativa de limitar la libertad de actuación de un ciudadano por otra razón. Quien lo hace actúa ilegítimamente.

2. La respuesta que se dé a la interrogante: ¿cuánta libertad de actuación es *legítimo* restringir para garantizar la propia libertad de actuación y permitir el libre desarrollo de la personalidad de todos por *igual*? condicionará la estructura y sistemática de la teoría del delito; pues es ella la que explica sí, porqué y bajo qué circunstancias se prohíbe realizar determinados comportamientos (de riesgo para bienes jurídicos). Y para hacerlo, deberá argumentar a partir de principios constitucionales y principios generales del derecho, de suerte que dichos principios se plasmen y desarrollen en la teoría del delito. Sobre todo esto versa el presente libro.

3. Aun cuando algunas de las ideas que se exponen en este libro se alejen del pensamiento jurídico-penal mayoritario, confío que el lector encontrará en ellas la suficiente coherencia con los postulados de los cuales se infieren. Más allá de que se compartan o no, anhelo que se discutan, bajo la convicción de que es en la universidad donde se puede y debe debatir ideas y razones en un clima de tolerancia y libertad y, mientras ello sea posible, la sociedad tendrá asegurado un espacio de reflexión libre que le permita ofrecer soluciones plausibles a los problemas que enfrenta. Y los problemas de índole penal son, tal vez, los desafíos más importantes que toda sociedad debe asumir.

4. Este libro ha sido elaborado pensando en alumnos universitarios y su finalidad es acompañar la explicación y estudio de la teoría del delito en aulas universitarias. En su elaboración he tenido presente las explicaciones y discusiones que a lo largo de los últimos diez años he compartido con los alumnos de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Posgrado de la Universidad Católica del Perú. En la corrección del texto he contado con la colaboración de Erick Guimaray Mori y Laura Delgado Menéndez.

Iván Meini
Lima, enero de 2014

PRIMERA PARTE
FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DEL SUJETO
RESPONSABLE Y DE LA TEORÍA DEL DELITO

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 1

BASES CONCEPTUALES Y METODOLÓGICAS DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Sumario: I. Derecho penal, libertades ciudadanas y Estado constitucional de derecho. II. Teoría jurídica del delito y parte general del derecho penal. III. El bien jurídico como objeto de protección del derecho penal. 1. La determinación de qué protege el derecho penal no es una decisión del legislador penal. 2. El derecho penal refuerza la protección jurídica de instancias previas. 3. El bien jurídico se construye a partir de una ponderación de consideraciones valorativas. 4. El bien jurídico se identifica a partir de una interpretación teleológica. 5. Resumen. IV. Prevención y sanción. V. La norma penal. 1. Concepto y función. 2. Norma penal y precepto penal. 3. Norma penal y actividad judicial.

I. DERECHO PENAL, LIBERTADES CIUDADANAS Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

1. El derecho penal es una rama del ordenamiento jurídico compuesta por normas que prohíben comportamientos y amenazan su realización con una sanción. Los comportamientos que el derecho penal prohíbe (delitos) y las consecuencias de su realización (penas y medidas de seguridad) se prevén en el Código Penal, el cual se divide en tres libros. En el libro primero —denominado Parte general—, se regulan los principios y criterios que rigen la atribución de responsabilidad penal y los criterios para determinar

judicialmente la pena. En el libro segundo —Parte especial-delitos—, se prevén los delitos y las respectivas penas que se imponen por su comisión (el delito es la infracción penal más grave). Y en el libro tercero —Faltas—, se regulan las infracciones penales que, comparadas con los delitos, son más leves y que se conocen como «faltas».

La definición formal de derecho penal y la descripción de dónde y cómo se regulan las infracciones penales y las penas, sin embargo, no expresan la razón que legitima acudir a la coacción para restringir la libertad de actuación de las personas. En la indagación de las razones que legitiman prohibir una conducta y amenazar su realización con una pena, resulta tan improductivo acudir a la definición formal del derecho penal como fructífero invocar el modelo de organización social que prevé la Constitución Política.

2. Según la Constitución Política, el Perú es un Estado constitucional de derecho. En lo que aquí y ahora importa, esto significa que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado la protege y respeta (artículos 1 y 2.1 de la Constitución). A la persona se le reconoce un conjunto de derechos fundamentales (artículo 2 de la Constitución) que dibujan un marco intangible en el cual puede desarrollar libremente su personalidad. La máxima que reza que el único límite a la libertad individual es el respeto a la libertad ajena, conlleva consecuencias trascendentales para la configuración del derecho penal en un Estado constitucional de derecho: nadie, ni siquiera el Estado, puede prohibir ni sancionar por un comportamiento que no implique un menoscabo en la libertad de un tercero (artículo 2.24.a de la Constitución).

Lo anterior puede ser formulado como tesis: la intervención penal se legitima si y solo si el comportamiento prohibido es una intromisión no autorizada en el esfera de libertad jurídicamente garantizada de un tercero. Sin este requisito de legitimación, aun cuando el comportamiento en cuestión agite los más profundos sentimientos morales o religiosos, el derecho penal no está autorizado a intervenir. Esta es la razón por la cual se sanciona el homicidio, pero no el suicidio; o el hurto y no la donación.

Y es la razón también por la cual las leyes penales que reprimen conductas que no vulneran la libertad de terceras personas, sino que la respetan y realizan, como la eutanasia (artículo 112 del CP) o la ayuda al suicidio (artículo 113 del CP), son propias de un Estado paternalista que se arroga la facultad de decidir por sus ciudadanos y, por tanto, resultan ilegítimas en un Estado de derecho.

3. Acudir al paradigma del Estado constitucional de derecho como referente valorativo permite afirmar que el derecho penal, como todo derecho, es razón —no siempre explícita en las leyes— puesta al servicio de la convivencia pacífica, al servicio de la libertad; lo que presupone y conlleva la plena vigencia del principio de igualdad (artículo 2.2 de la Constitución). La prohibición de comportamientos socialmente disfuncionales y la imposición de penas solo se legitima a partir del principio de igualdad: así como aceptamos la restricción de la libertad de actuación de terceros para proteger nuestra propia libertad y así como admitimos que se sancione a quien interfiere en el ejercicio de nuestra libertad, de igual manera habremos de acceder a que se restrinja nuestra libertad de actuación para proteger la de terceros y que se nos sancione si no lo hacemos. No hay libertad sin igualdad y todos somos iguales ante la ley penal (artículo 10 del CP).

II. TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO Y PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

1. El estudio de la parte general del derecho penal se divide en tres bloques. En primer lugar, se estudian los *principios y fundamentos del derecho penal*: principios constitucionales, fin y función del derecho penal, fin y función de la pena, interpretación de la ley penal y aplicación de la ley penal en el tiempo y en el espacio. En segundo lugar, se estudia la *teoría jurídica del delito* que, a partir de los principios y fundamentos, sistematiza los criterios y categorías jurídicas que se emplean para conceptualizar el delito y decidir su atribución a una persona a quien se le considera responsable de su

comisión. En tercer lugar, se estudian *las consecuencias jurídicas del delito*; es decir, las secuelas que genera el delito: imposición y determinación judicial de la pena, reparación civil proveniente del delito, etc. Esta obra versa sobre la teoría del delito.

2. La teoría jurídica del delito sistematiza los elementos que tienen en común las infracciones penales (delitos y faltas) y los criterios que se emplean para imputar el delito a una persona. Por tanto, tiene dos grandes objetivos: sistematizar las razones que legitiman que la realización de una conducta se amenace con pena, así como las que legitiman que una persona sea considerada responsable por esa conducta.

3. La sistematización que lleva a cabo la teoría jurídica del delito contribuye a dotar de racionalidad al juicio de imputación de responsabilidad penal. En un Estado de derecho esto significa que es necesario acudir a criterios *jurídicos* que tengan amparo constitucional y que permitan argumentar y responder a la pregunta de si un determinado comportamiento *merece* y *necesita* pena, y porqué. Este cometido no es poca cosa. Y no en vano la doctrina jurídico-penal ha desplegado serios esfuerzos por elaborar un método científico, oponible, contrastable y cotejable, que permita elevar la seguridad jurídica y dotar de predictibilidad a las decisiones judiciales.

4. La teoría jurídica del delito guarda una estrecha relación con la ley, pues en ella se tipifican los delitos y faltas (Parte especial del CP) y las reglas para imputar responsabilidad penal (Parte general del CP). Esto no significa que la teoría del delito deba construirse a partir de la ley. No deja de ser cierto que, como cualquier teoría jurídica, la teoría jurídica del delito se pronuncia sobre el derecho positivo, pero los insumos que emplea no se encuentran siempre en la ley ni todos los que la ley prevé son siempre legítimos. Piénsese solo en la teoría de la «imputación objetiva del resultado» o la del «comportamiento típico», cuyas causas de exclusión no se prevén en la ley. Tampoco se contemplan definiciones de términos que resultan claves para la imputación de responsabilidad penal, como dolo, culpa y responsabilidad penal.

Lo anterior se demuestra, además, por un lado, con el método judicial de control constitucionalidad denominado «control difuso», que permite inaplicar un precepto legal que sea incompatible con la Constitución; y, por otro lado, la necesidad de acudir a los principios generales del derecho para cubrir lagunas legislativas (artículo 139.8 de la Constitución): si los principios generales del derecho cubren lagunas del derecho no es solo porque la ley deba ser compatible con dichos principios, sino también porque anteceden su creación y condicionan su aplicación. Estos dos casos revelan que el derecho positivo no siempre reflejará los principios que legitiman la intervención penal. La teoría jurídica del delito no puede depender del derecho positivo.

La ley no se justifica en sí misma, sino en su necesidad y racionalidad para contribuir al orden social que dibuja la Constitución. En tal sentido, al identificar y sistematizar los elementos en común que han de tener los comportamientos punibles en un Estado de derecho y de relacionarlos entre sí, la teoría jurídica del delito está en la capacidad de interpretar el derecho positivo. Y como todo ejercicio de interpretación implica discernimiento, así como la teoría jurídica del delito puede validar el derecho positivo proponiendo una lectura acorde con los parámetros constitucionales, debe, en caso eso no sea posible, sugerir su inaplicación o derogación.

Entender que la teoría jurídica del delito es una construcción jurídica que antecede a la ley ofrece un saludable margen de autonomía frente al derecho positivo y, por tanto, una valiosa posibilidad de crítica frente a la forma, normalmente excesiva y a veces arbitraria, en que se emplea el poder punitivo estatal.

5. La teoría jurídica del delito es una teoría de la imputación de responsabilidad penal. Para atribuir el delito a una persona y considerarla responsable por su comisión, la teoría jurídica del delito adopta un método valorativo: no se trata de imputar el delito a quien causa el daño ni a quien realiza el comportamiento prohibido, pues la imputación

de responsabilidad penal no se basa en una descripción causal de los hechos. De lo que se trata es de determinar, en primer lugar, si existe o no un delito; y, en segundo lugar, a quién y por qué se le atribuye ese delito.

6. Abordar las cuestiones nucleares de la teoría jurídica del delito —a saber, el concepto de delito y su atribución a una persona—, presupone contestar a las preguntas de *cuáles son las libertades que merecen protección penal* (¿caso todas las que se reconocen en el ordenamiento jurídico?, ¿solo las que se vinculan a los derechos fundamentales?, ¿solo algunas de las que se vinculan a los derechos fundamentales?) y *qué tipo de riesgo para la libertad es el que justifica acudir a la coerción penal* (¿se acude al derecho penal ante cualquier riesgo a la libertad?, ¿solo ante riesgos relevantes?, y si es así, ¿cómo se determina la relevancia penal del riesgo?). Respondidas estas dos interrogantes, restará todavía una ulterior concreción previa al estudio de la teoría del delito: ¿cuánta coerción penal es razonable aplicar para proteger la libertad? Las dos primeras interrogantes serán abordadas en las siguientes líneas a la luz del objeto de protección del derecho penal. La tercera, cuando se analice el concepto material de delito (en el capítulo 2).

III. EL BIEN JURÍDICO COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL

1. El derecho penal protege bienes jurídicos. El bien jurídico es una condición imprescindible para que las personas podamos desarrollarnos libremente en sociedad. Es valioso y merece protección jurídica. El derecho penal no solo protege los bienes jurídicos en los cuales se representan las libertades individuales (por ejemplo, vida, integridad, patrimonio, honor, salud, libertad sexual, etc.); sino también aquellos otros en los cuales se representan las condiciones necesarias para que las personas podamos hacer valer nuestros derechos colectivos (por ejemplo, medioambiente, correcta administración de justicia, seguridad interna, sistema socioeconómico, etc.). Esta diferenciación permite distinguir entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos.

2. La doctrina suele asignar al bien jurídico una función limitadora que daría lugar al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos: el derecho penal solo estaría legitimado para proteger bienes jurídicos y nada más que bienes jurídicos. A pesar de la amplia aceptación que tiene la tesis del bien jurídico como objeto de protección del derecho penal y de su reconocimiento legal (artículo IV del TP del CP) y jurisprudencial (por todas, sentencia 0012-2006-PI/TC, fundamento 24, del 15 de diciembre de 2006), un análisis más detallado revela la necesidad de acudir a criterios complementarios que permitan entender que el bien jurídico no es una realidad estática, sino que su determinación requiere una permanente valoración que le permita adaptarse a lo que la sociedad estima necesario proteger. A continuación, veremos dichos criterios.

1. La determinación de qué protege el derecho penal no es una decisión del legislador penal

1. Los intereses que se consideran merecedores de conservación y protección son seleccionados por las diversas normativas especiales previas al derecho penal de cada uno de los ámbitos vitales más importantes. Esto se aprecia con total nitidez cuando se analiza la protección que el derecho penal dispensa a ciertos ámbitos que en los últimos decenios han adquirido especial importancia, como la economía, el medioambiente o los derechos humanos; pero también cuando se piensa en el ámbito nuclear del derecho penal (por ejemplo, delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, contra la libertad, contra el patrimonio, contra la administración pública, etc.).

2. Por otro lado, el bien jurídico «vida» y su protección penal dependen del concepto muerte que regula la ley general de salud y la ley de trasplantes y donación de órganos y tejidos (ley 28189). El derecho penal no puede desconocer que, según dicha normativa, la muerte de una persona se produce con el cese definitivo e irreversible de la actividad cerebral, a no ser que se esté dispuesto a considerar que se comete delito de homicidio cada vez que, sobre tal diagnóstico, se practique una donación de órganos.

2. El derecho penal refuerza la protección jurídica de instancias previas

1. El derecho penal se encarga de reforzar la protección que despliegan otros ámbitos del derecho prepenales. Y es correcto que sea así: si se dejara que el derecho penal seleccione qué intereses ha de proteger, se le delegaría la decisión de cómo debería organizarse todo el sistema jurídico en la protección prepenal de las libertades. Y si fuese así, el ámbito de protección de cada una de las normativas previas al ordenamiento penal quedaría a merced del derecho penal. Ello conllevaría la inversión del razonamiento: el ordenamiento jurídico se configuraría en función a los intereses del derecho penal y no este en función a los intereses de la sociedad, perdiendo así su carácter instrumental.

2. Por el contrario, si la protección de bienes jurídicos corre por cuenta de un complejo sistema en el cual el derecho penal es solo un mecanismo más —el más drástico, pero un mecanismo más—; y, si el derecho penal es *ultima ratio*, esto es, actúa de manera fragmentaria (interviene solo ante los conflictos más graves) y subsidiaria (interviene solo cuando el resto de mecanismos de control social no son idóneos para solucionar el conflicto), parece razonable que su función sea estabilizar los sectores más importantes del ordenamiento jurídico y brindar protección a realidades normativas previas a él.

3. El bien jurídico se construye a partir de una ponderación de consideraciones valorativas

1. Que el bien jurídico sea un interés valioso que requiere protección, depende en realidad de las consideraciones valorativas que se tomen en cuenta (Frisch), lo que implica trasladar a la discusión sobre estas consideraciones valorativas la responsabilidad de decidir qué se protege por el derecho penal. De ahí que cualquier concepto de bien jurídico sea siempre insuficiente para responder a la pregunta del objeto de protección del derecho penal. Incluso el que aquí se ha dado (condición

imprescindible para el desarrollo libre de las personas). Si el Estado de derecho obliga a legitimar las razones por las cuales se protege un determinado bien jurídico, habrá que analizar la idoneidad y necesidad de restringir la libertad de actuación para proteger el bien jurídico, y si la forma en que se restringe la libertad es adecuada de cara a dicha protección.

2. El test de proporcionalidad entre la necesidad de proteger bienes jurídicos y el ejercicio de libertad individual jurídicamente garantizada es tal vez el único mecanismo capaz de responder a la pregunta de si la restricción a la libertad de actuación que opera en cada caso que se enjuicia es justa o no. De nada sirve afirmar que el derecho penal protege un bien jurídico en abstracto (por ejemplo, vida, patrimonio, libertad de trabajo, etc.) si no se puede explicar cuál es el riesgo que se prohíbe para protegerlo; es decir, si no se puede ponderar las libertades e intereses que están en juego en el caso en concreto.

3. Así, por ejemplo, se sabe que toda actividad industrial (minerías, refinerías, etc.) contamina el medioambiente. Qué tanta contaminación al medioambiente ha de producir la actividad industrial para afirmar que se trata de una actividad ilícita, depende, *grosso modo*, del resultado que arroje el juicio de ponderación entre el derecho que todos tenemos a desarrollarnos en un medioambiente sano y el derecho a la actividad empresarial. Con la vida y la integridad pasa exactamente lo mismo. Que sean bienes jurídicos no significa que la sociedad no tolere, y hasta fomente, actividades que los ponen en riesgo, como el tráfico rodado, el empleo de energía o combustibles peligrosos para la salud, el transporte aéreo de personas, etc. Por ende, el riesgo para bienes jurídicos que el derecho penal prohíbe se distingue solo cuantitativamente —y no cualitativamente— del riesgo tolerado en sociedad.

Solo una adecuada ponderación entre las libertades involucradas permitirá saber cuáles son las actividades de riesgo para la vida y la integridad que se permite realizar y bajo qué condiciones de seguridad (respeto de reglas de tránsito para el tráfico rodado). O lo que es lo mismo,

solo una adecuada ponderación de las libertades en juego en el caso en concreto podrá decidir si la vida o integridad se protegen como bien jurídico. La muerte del peatón que se arroja a la vía es producida por el conductor, pero eso no significa que quien conducía respetando las reglas del tráfico rodado haya vulnerado el bien jurídico «vida».

4. El bien jurídico se identifica a partir de una interpretación teleológica

1. La identificación del bien jurídico demanda siempre una interpretación teleológica de la ley penal que tenga en cuenta los principios del derecho penal. Si bien en el ámbito nuclear del derecho penal (delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, contra la libertad, contra el patrimonio) es más fácil identificar al bien jurídico protegido que en zonas periféricas (medioambiente, orden económico, criminalidad organizada), ello se debe a que existe consenso, por ejemplo, en que el homicidio protege la vida, las lesiones la integridad psicofísica y la estafa el patrimonio, mientras que no lo hay en torno a qué se protege en el delito de pertenencia a una organización ilícita, tráfico de drogas, lavado de activos, tráfico de influencias o en el enriquecimiento ilícito.

Sin embargo, ese consenso se revela pronto como artificial: invocar a la vida o al patrimonio como bien jurídico protegido en el homicidio o en la estafa nada dice sobre qué es la vida (fenómeno biológico, actividad cardiovascular, actividad cerebral o proyecto individual de vida) o el patrimonio (objetos materiales, valor de los objetos o capacidad para disponer de los bienes patrimoniales).

2. Una teoría del bien jurídico que se limitara a mencionar el interés que se protege y que no pueda especificar en cada caso qué es realmente lo que ahí se protege, sería incapaz de regular la actuación del derecho penal y correría el riesgo de tener que aceptar la existencia de un bien jurídico cada vez que el legislador tipifique un delito.

5. Resumen

Como se ha visto, una cabal comprensión de la teoría del bien jurídico presupone tener en cuenta los criterios complementarios que se han descrito. Solo así se puede entender que la protección penal implica un permanente ejercicio de ponderación de libertades que responda razonablemente a la pregunta de *cuánta libertad de actuación es necesario restringir y cómo hay que restringirla para garantizar que todos por igual podamos desarrollarnos libremente en sociedad.*

IV. PREVENCIÓN Y SANCIÓN

1. Si la protección de bienes jurídicos se reservara a momentos posteriores a la lesión del bien jurídico, el derecho penal se limitaría a reprimir conductas sin que se pueda exigir al Estado que articule políticas preventivas orientadas a disminuir la incidencia criminal. Si, por el contrario, el derecho penal solo se preocupara por prevenir lesiones a bienes jurídicos y no sancionara a quienes efectivamente los vulneran, el mensaje preventivo carecería de eficacia y lo más probable es que cada quien tomaría la justicia por su propia mano. Ni la represión puede funcionar sin prevención ni puede haber prevención que no sea seguida de represión.

2. La prevención del delito, como es lógico, debe ocurrir antes de que el delito se cometa. Se trata pues de la prevención de comportamientos de riesgo para bienes jurídicos. La sanción, por su parte, se da luego y a consecuencia de la comisión de un delito. No obstante, incluso el balance más adecuado entre prevención y sanción —algo que solo se puede lograr mediante una correcta política criminal— nunca permitirá terminar con la criminalidad existente; pues esta es consustancial a toda organización social conformada por seres humanos: en todos los países y en todos los grupos sociales se cometen delitos y se imponen penas (aunque con criterios distintos). De lo que se trata simplemente es de reducir y controlar la criminalidad para que no distorsione ni obstaculice

el funcionamiento del sistema social. El vínculo existente entre el delito y las funciones de prevención y sanción se revela ahora con nitidez: lo que se intenta prevenir es el delito y se sanciona al responsable de su comisión cuando la prevención no ha funcionado.

3. La prevención del delito no solo no es competencia exclusiva del derecho penal, sino que las posibilidades que este tiene de incidir en la prevención de delitos es muy reducida. Así lo demuestra, por un lado, el escaso éxito de la pena como remedio del delito (la pena no resocializa ni intimida); y, por otro lado, el hecho que la prevención de delitos demanda la implementación de políticas públicas que incentiven al ciudadano a decidirse por alternativas distintas al delito por la satisfacción de sus necesidades.

La verdadera prevención del delito reposa en mecanismos de control social prepenales, como por ejemplo educación, reales posibilidades laborales y, en general, posibilidades de satisfacer las necesidades básicas mediante acciones alternativas al delito.

4. Un amplio sector de la doctrina sostiene sin embargo que la norma penal y la pena previenen delitos. En el mismo sentido se expresa el derecho positivo (artículos I y IX del TP del CP). Empero, el simple hecho de que la gran mayoría de las personas desconozca la ley penal y que sea poco seguro que el reducido grupo de personas que sí puede conocerla (ni siquiera los abogados conocen todas las leyes penales) coincida en la interpretación que se hace de la ley penal (por ejemplo, se sabe que se castiga defraudar al fisco, pero ¿qué es y cómo se defraudar el fisco?), demuestra que ni la norma penal ni la pena pueden prevenir delitos. Como se verá luego y se profundizará cuando se analice la imputabilidad como presupuesto del delito, la función motivadora para prevenir delitos que le interesa al derecho penal proviene del proceso de socialización y no de la ley penal ni de su conocimiento.

A diferencia de la prevención, la represión del delito sí es una función exclusiva del derecho penal y su instrumento para reprimir el delito es la pena.

V. LA NORMAL PENAL

1. Concepto y función

1. La norma penal es una pauta de conducta que describe un comportamiento prohibido y sancionado por el derecho penal por representar un riesgo contra bienes jurídicos que la sociedad no tolera.

2. La norma penal prohíbe comportamientos y no resultados. Si bien el derecho penal pretende en última instancia que no se lesionen los bienes jurídicos, no está en condiciones de prohibir que los resultados lesivos acaezcan. Los resultados lesivos pueden ocurrir por una serie de causas distintas al comportamiento humano; es más, cuando el resultado provenga de alguna actividad humana, ni siquiera es seguro que sea consecuencia exclusiva de ella. E incluso cuando se pueda determinar que es consecuencia exclusiva de un único comportamiento, debe responderse siempre a la pregunta de si el causante es o no competente por el riesgo generado.

Lo anterior se explica con un ejemplo. El artículo 106 de CP tipifica el delito de homicidio en los siguientes términos: «el que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años». De una primera lectura del texto legal pareciera que el legislador ha prohibido causar la muerte a otra persona, esto es, un resultado. Pero la dinámica social indica que todos los días se producen muertes por diversos factores que el derecho penal no puede neutralizar y por tanto no puede regular (vejez, accidentes, terremotos, enfermedades, etc.).

A partir de esta idea, queda claro que el derecho penal solo puede aspirar a evitar *algunos* resultados lesivos de bienes jurídicos: los que pueden ser atribuidos a seres humanos; pues las personas podemos gobernar

nuestros actos por la voluntad y, por tanto, podemos ser motivados, pero no podemos gobernar ni evitar que ocurran resultados que provienen de hechos de la naturaleza. Expresado en otros términos, la ley penal no puede prohibir muertes, daños a la persona o al patrimonio; pero sí comportamientos orientados a causar muertes, lesiones o perjuicios patrimoniales.

Además, el derecho penal no prohíbe todos los comportamientos que puedan causar o causen resultados lesivos para bienes jurídicos. No cabe duda que cuando se mata en legítima defensa se causa la muerte a otro; pero nadie estará dispuesto a afirmar que se comete delito de homicidio cuando se actúa en legítima defensa. La razón es que, así como al derecho penal solo le interesan los resultados lesivos provenientes de comportamientos humanos, solo le interesan los comportamientos que implican un *riesgo prohibido* para bienes jurídicos penalmente tutelados. Y como matar en legítima defensa no es un comportamiento que se prohíba en derecho penal, a tal punto que el artículo 20.3 del CP señala que cuando se actúa en legítima defensa no se comete delito, quien actúa al amparo de una causa de excusión del injusto no realiza un comportamiento prohibido por el derecho penal.

3. En suma, la única forma de evitar resultados lesivos para bienes jurídicos es prohibir que las personas realicemos comportamientos que, por estadística, experiencia colectiva o avance de la ciencia, sabemos o podemos presumir que conllevan tales resultados. Que la norma penal prohíbe comportamientos y no resultados queda más claro cuando se recuerda que los ordenamientos jurídicos reprimen la tentativa (artículo 16 de CP), esto es, la situación de riesgo para un bien jurídico aun cuando no se produzca el resultado. El resultado no determina el *sí* de la pena, sino su *quantum*. Para decirlo con el ejemplo del homicidio, la interpretación correcta (teleológica) del artículo 106 de CP indica que lo que se prohíbe no es matar a otro, sino realizar comportamientos que impliquen un riesgo prohibido y conocible para la vida de otra persona.

4. Como se había adelantado, es opinión mayoritaria que la norma penal motiva a las personas a que no incurran en delitos a través de la amenaza de pena. Debe sin embargo recordarse lo dicho: para que la pena pudiera motivar a las personas, estas deberían conocer la ley penal, a no ser que exista otra forma de conocer que el comportamiento que se realiza se encuentra tipificado como delito y de conocer la pena con que se conmina su realización.

Desde este punto de vista, el éxito de la motivación normativa presupone que se conozca la ley penal. Sin embargo, como se sabe, no todas las personas la conocen ni hay acuerdo entre quienes conocen la ley penal en torno a qué prohíbe. A lo sumo se podrá afirmar que las personas que por sus estudios o profesión se vinculan al derecho tienen una idea general de lo que la ley penal prohíbe y de las penas en ella previstas. Esta idea hace que pierda peso el argumento en cuya virtud se espera que el sujeto pondere los costos y beneficios y decida en contra de la realización del delito.

5. Si se atiende a la forma cómo las personas nos insertamos y participamos en sociedad, se percibe que para el común de los individuos el conocimiento de lo que el derecho penal prohíbe no se adquiere por el conocimiento de la ley penal, sino por el proceso de socialización, en cuya virtud el sujeto integra a su personalidad los elementos socioculturales del grupo al que pertenece, de manera que aprende a diferenciar lo aceptable (positivo) de lo inaceptable (negativo) según los valores que rigen la convivencia en su grupo, valores que se reflejan en las leyes, y también en la ley penal. De ahí que si se pregunta a una persona si sabe que matar está prohibido, responderá que sí; pero lo más probable es que no sepa en qué artículo del Código Penal se regula el homicidio ni qué pena se le impondría si lo perpetrara. Desde este punto de vista, la norma penal refuerza la motivación que emana del proceso de socialización.

Esta es la razón por la cual adolecen de capacidad para delinquir las personas que no han completado todavía su proceso de socialización

(por ejemplo, los niños); quienes no pueden iniciarlo o completarlo por adolecer de algún déficit cognitivo (por ejemplo, quienes padecen una grave alteración mental, una perturbación mental o una alteración de la conciencia que distorsiona su concepto de la realidad); aquellas personas cuyo proceso de socialización transcurrió en un grupo social que profesa valores de conducta distintos a los que rigen en el grupo social que le juzga (por ejemplo, diversidad cultural); o quienes, habiendo adquirido ya un grado de socialización suficiente, se encuentran temporalmente bajo la influencia de un estado de inconciencia (por ejemplo, embriaguez total, sueño profundo o hipnosis), de una fuerza física irresistible (artículo 20.7 del CP) o de un movimiento reflejo.

6. La norma penal es norma de determinación, pues su finalidad es contribuir a disciplinar comportamientos humanos mediante la amenaza de pena. Y es correcto que sea así: los costos para la convivencia pacífica en sociedad serían muy altos si se dejara a cada uno la decisión de qué bienes jurídicos se ha de respetar. Esa es una decisión que se centraliza en el Estado. Cuestión distinta y que aquí se niega es que ello se logre con la tipificación de conductas.

Por otro lado, al recoger una valoración positiva que recae sobre un bien jurídico, la norma jurídico-penal es también norma de valoración. Que la norma penal sea norma de valoración no autoriza al Estado a valerse de ella y de la amenaza de pena para convencer al ciudadano de las bondades de proteger un determinado bien jurídico. Ello sería tanto como educar mediante la amenaza de pena y un atentando inadmisibles a la libertad de creencias que se protege en todo Estado de derecho (artículos 2.3 y 2.4 de la Constitución). En efecto, el Estado de derecho no está legitimado para exigir a los ciudadanos que piensen de una determinada forma, aun cuando se trate del respeto de bienes jurídicos. Se puede creer que la violencia es el mejor medio para lograr una distribución justa de la riqueza; pero mientras no se ejecuten actos violentos, el Estado de derecho no puede recurrir al derecho penal. Esta es la razón por la cual

la responsabilidad penal se genera por realizar actos y no por tener ideas, cualesquiera que estas sean.

2. Norma penal y precepto penal

1. El precepto o texto legal es el conjunto de términos lingüísticos de los cuales se vale el legislador para comunicar la norma penal. Dicho con el ejemplo de las lesiones dolosas: el precepto es lo que el artículo 121 establece: «el que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años», y la norma penal es la pauta de conducta que se obtiene al interpretar teleológicamente el precepto penal: «se prohíbe realizar comportamientos de riesgo penalmente relevante para el bien jurídico integridad psicofísica». Recuérdese que la norma penal solo prohíbe comportamientos y que los preceptos penales suelen estar redactados de manera que pareciera que prohíben resultados.

2. La estructura de los preceptos de la Parte especial del Código Penal que prevén delitos es de «antecedente → consecuencia»: «A entonces B»; en donde A es el comportamiento prohibido y B la pena. En el ejemplo propuesto, A sería «prohibido realizar comportamientos de riesgo penalmente relevantes para la integridad psicofísica» y B «pena de prisión de cuatro a ocho años». De ahí que la doctrina distinga entre norma penal primaria y norma penal secundaria.

La norma penal primaria es aquella a la cual se ha estado haciendo referencia, la que prohíbe el comportamiento de riesgo y se dirige a las personas para que eviten comportamientos de riesgo para bienes jurídicos. La norma penal secundaria (o norma de sanción) se dirige únicamente al juez y le obliga a imponer la pena que prevé la ley penal al responsable del delito (a quien vulnera la norma penal primaria). En el caso de las lesiones, la norma penal secundaria obligaría al juez a imponer una pena entre cuatro y ocho años de privación de libertad al autor del delito.

3. Norma penal y actividad judicial

1. La consecuencia más importante que se desprende de lo dicho es que la norma penal la determina el juez en el proceso penal. Si bien la norma penal de conducta subyace al precepto penal y desde este punto de vista se puede afirmar que es el legislador quien crea la norma penal, también es verdad que esta, así definida, es una prohibición genérica y abstracta que puede ser satisfecha mediante toda una gama de posibles comportamientos, pero que requiere de ulteriores concreciones que, en un Estado de derecho que proclama la separación de poderes, solo puede corresponder al juez. Por tanto, la decisión de si el comportamiento que se analiza (se juzga) ha vulnerado o no esa norma penal genérica y abstracta le corresponde únicamente al juez, quien deberá pronunciarse en el marco de un proceso penal (RN 1594-2012, Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha 12 de enero de 2013). Dicho con otras palabras, antes que se emita sentencia condenatoria, solo es posible afirmar que un comportamiento reviste apariencia de ser un comportamiento de riesgo penalmente relevante y por eso, precisamente, es que se juzga.

2. Con un ejemplo. La norma penal que subyace al delito de daños que tipifica el artículo 205 del CP puede ser parafraseada diciendo, en términos generales, que se prohíbe realizar comportamientos de riesgo que pongan en peligro penalmente relevantes bienes muebles o inmuebles ajenos. Pero decidir si la inutilización temporal de un vehículo ajeno o la destrucción de bien ajeno para preservar otro bien pueden ser considerados comportamientos de riesgo penalmente relevantes requiere analizar judicialmente las circunstancias del caso. En este orden de ideas, la labor del juez penal será ponderar si el comportamiento que juzga es, en el caso en concreto y solo para efectos de ese caso, un comportamiento de riesgo penalmente relevante.

CAPÍTULO 2

EL DELITO

Sumario: I. El delito en la ley. II. Clasificaciones de las infracciones penales en la ley. III. El concepto doctrinal de delito. IV. Presupuestos de punibilidad, circunstancias posdelictivas y concepto material de delito. V. Concepto material del delito. 1. El delito como situación de riesgo para un bien jurídico. 2. El delito como merecimiento de pena (y no como necesidad de pena). 3. El delito como situación de riesgo prohibido que se exige evitar. VI. Ulteriores precisiones sistemáticas y terminológicas vinculadas al concepto material del delito. 1. Injusto penal (tipicidad y antijuridicidad). a) Planteamiento tradicional. Tipicidad y antijuridicidad como categorías distintas: tipicidad como *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad. b) Posición asumida. Tipicidad y antijuridicidad como categorías valorativamente idénticas: tipicidad como *ratio essendi* de la antijuridicidad. c) Consecuencias. 2. Antijuridicidad y antijuridicidad penal. 3. Antijuridicidad formal y antijuridicidad material. 4. ¿Culpabilidad como elemento del delito?

I. EL DELITO EN LA LEY

1. El Código Penal no ofrece una definición material de delito. Sin embargo, a partir de la interpretación de algunos preceptos de la Parte general es posible identificar las características legales básicas del delito. Así, por ejemplo, a partir de su artículo 11, que señala que «son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley»,

se deduce que el delito es un comportamiento humano que puede revestir la forma de acción u omisión y que si las únicas modalidades subjetivas del comportamiento delictivo son la dolosa y la imprudente, la voluntariedad es un elemento del delito. Por tanto, la responsabilidad penal es siempre subjetiva y no se admite (artículo VII del TP del CP) por la mera causación de resultados o caso fortuito.

2. Asimismo, a partir de los preceptos de la Parte general que prevén las llamadas causas de justificación (artículos 20.3, 20.4 y 20.8 del CP) y eximentes de responsabilidad (artículos 20.1, 20.5 y 20.7 del CP), se deduce, *contrario sensu*, que su no concurrencia fundamenta o agrava la responsabilidad penal. O lo que es lo mismo, que la antijuridicidad es un elemento del delito y que es necesario que se formule un reproche (culpabilidad) al autor de este.

II. CLASIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES PENALES EN LA LEY

1. La ley distingue entre delitos y faltas en función a criterios cuantitativos y cualitativos. Ambas son infracciones penales: el delito es más grave que una falta (criterio cuantitativo), pero no todos los bienes jurídicos que protegen los delitos se encuentran tutelados por las faltas (criterio cualitativo). Estas diferencias generan que las consecuencias jurídicas de una falta sean menos afflictivas que las de un delito. En aquellas, que se regulan en el Libro tercero del Código Penal (artículos 441 y ss.), no se sanciona la tentativa ni la participación, no se aplica la pena privativa de libertad y el plazo de prescripción de la acción es de un año (artículo 440 del CP). Sin embargo, la teoría jurídica del delito es aplicable a todas las infracciones penales (delitos y faltas).

III. EL CONCEPTO DOCTRINAL DE DELITO

1. En doctrina es habitual que se defina al delito como un comportamiento típico, antijurídico y culpable. Algunos autores consideran además que

el delito ha de ser un comportamiento punible. Los elementos del delito se ordenan de manera secuencial, de tal suerte que solo si concurre el antecedente tendrá sentido analizar el consecuente y así de forma sucesiva.

2. La *tipicidad* indicaría que el comportamiento que se analiza ha sido previsto por el legislador en la ley como delito antes de su comisión, dando cumplimiento así al principio de legalidad estipulado en el artículo II del TP del CP y en el artículo 2.24.d de la Constitución. Una conducta típica vulneraría la norma penal prohibitiva que subyace a todos los delitos y que obliga a no lesionar o poner en riesgo bienes jurídicos. En la actualidad, reina el acuerdo en torno a que en la tipicidad se analizarían no solo los aspectos objetivos del comportamiento, sino también los subjetivos. Se distingue entonces entre la tipicidad objetiva (elementos objetivos del comportamiento que lesionan o ponen en riesgo el bien jurídico) y la tipicidad subjetiva (elementos subjetivos —dolo o imprudencia— del comportamiento antinormativo).

3. La *antijuridicidad* sería el segundo elemento del delito. En él se confirmaría que la conducta típica, además de vulnerar la norma penal del concreto delito, se opone al ordenamiento jurídico en su integridad. El juicio de antijuridicidad (antijuridicidad = opuesto al derecho) se llevaría a cabo constatando la ausencia de las llamadas causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad justificante, actuar en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo). De ahí que la doctrina mayoritaria sostenga que la concurrencia de una causa de justificación no neutraliza la lesión al bien jurídico ni la prohibición general del comportamiento típico, pero sí autorizaría excepcionalmente su realización. Matar a otro sería siempre un comportamiento típico, pero se permitiría en los casos de legítima defensa.

4. El tercer elemento del delito es, siempre según la doctrina dominante, la *culpabilidad*. El juicio de culpabilidad versaría sobre la atribución del comportamiento típico y antijurídico (injusto) al sujeto. Para que ello se dé, el sujeto debería ostentar ciertas características personales que permitan

considerar al injusto como *obra suya*. Según la doctrina, dichas condiciones serían la imputabilidad (capacidad para comprender la ilicitud del acto realizado y capacidad para comportarse de acuerdo a dicha comprensión —artículo 20.1 del CP), el conocimiento potencial de la ilicitud (que se descartaría cuando se incurra en error de prohibición —artículo 14, segundo párrafo, del CP) y la exigibilidad de otra conducta (estado de necesidad exculpante —artículo 20.5 del CP— y miedo insuperable —artículo 20.7 del CP).

5. La *punibilidad* sería el cuarto elemento del delito. En él se discutiría el sí y el *quantum* de la pena. Por regla general, todo delito cometido conduce a la sanción de su responsable, pero en algunas ocasiones concurren circunstancias que impiden la aplicación de la sanción sin que ello signifique negar el delito. Sucedería así en los casos de las llamadas excusas legales absolutorias o de las condiciones objetivas de punibilidad. Un ejemplo de las primeras sería la estrecha relación entre el encubridor y el encubierto que autoriza a no sancionar el delito de encubrimiento (artículo 406 del CP), y de las segundas, la necesidad de protestar el cheque sin fondos para que se pueda reprimir el delito de libramiento indebido (artículo 215 del CP).

6. Definir al delito a partir de los elementos que según la doctrina mayoritaria comparten los hechos punibles (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad) no logra ocultar la falta de consenso sobre el significado de dichos elementos ni aclara la relación que existe entre ellos. Así lo demuestra las discusiones en torno a si la culpabilidad presupone libertad de actuación (libre albedrío) o si por el contrario el individuo se encuentra, al menos en algún grado, condicionado por su entorno. O que mientras la doctrina mayoritaria siga diferenciando entre tipicidad y antijuridicidad y considerando a la primera *ratio cognoscendi* de la segunda, algunos autores sean partidarios de fusionar ambas categorías en un único concepto de injusto o tipo total («teoría de los elementos negativos del tipo»). Así también, algunos autores entienden que el dolo

y la imprudencia son formas de culpabilidad y las ubican por tanto en la categoría «culpabilidad»; mientras que la mayoría de la doctrina, siguiendo el esquema propuesto por la doctrina finalista, ha asumido que son elementos subjetivos de la tipicidad.

Algo similar sucede cuando se indaga por el orden sistemático que las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad ocupan en la estructura interna del delito. Para un sector mayoritario de la doctrina, la tipicidad y la antijuridicidad son categorías que anteceden al juicio de culpabilidad; mientras que otro sector de la doctrina (Jakobs, Freund) estima que la culpabilidad del sujeto, o al menos alguna parte de ella, ha de ser analizada antes que el injusto o en él, dando lugar al «concepto personal de delito».

7. Lo anterior demuestra que definir al delito mencionando sus elementos solo retrasa la discusión sobre el *concepto material* del delito o la precisión del contenido de sus elementos. Lo que sugiere que la metodología ha de ser la inversa: solo cuando se sepa qué función debe cumplir el delito al interior del sistema integral del derecho penal podrá recién decidirse cuáles son sus elementos y cómo se relacionan entre sí para que el delito pueda cumplir su función.

IV. PRESUPUESTOS DE LA PUNIBILIDAD, CIRCUNSTANCIAS POSDELICTIVAS Y CONCEPTO MATERIAL DE DELITO

1. Los presupuestos de la punibilidad son todas las condiciones que deben verificarse judicialmente para que sea legítimo imponer una pena al responsable de un delito. Una somera aproximación al sistema penal integral (derecho penal, derecho procesal penal, derecho de ejecución penal) revela que para imponer una pena hace falta algo más que declarar probado un delito y la responsabilidad del agente. Se requiere constatar que la pena sigue siendo el remedio más idóneo al conflicto social que representa el delito, lo que depende muchas veces de la valoración que se haga de las circunstancias posdelictivas.

Los únicos presupuestos de la punibilidad que se toman en cuenta para construir el concepto material de delito son aquellos que legitiman la prohibición del comportamiento desde una perspectiva *ex ante* y su amenaza con una pena.

2. La *primera característica que comparten los elementos materiales del delito es que han de verificarse durante su perpetración*. Los efectos del delito (por ejemplo, el resultado material) y las circunstancias posdelictivas¹ no podrían ser elementos del delito sin que esto impida que pueden ser reprochadas o valoradas positivamente por el juez y tomadas en la individualización de la pena. En algunos casos, las circunstancias posdelictivas obligan incluso a prescindir del proceso penal (por ejemplo, prescripción, amnistía) o de la sanción (algunos casos de confesión sincera). En otras palabras, la categoría «punibilidad» a la que se refiere la doctrina actual cuando define al delito no es elemento del concepto material de delito.

La *segunda característica que han de tener los elementos materiales del delito es que son objeto de reproche y por ende se prohíben*. Es lo que ocurre con el riesgo prohibido para el bien jurídico: realizar un comportamiento que entraña un riesgo latente para la libertad jurídicamente garantizada de otra persona no solo es reprochable, sino que es además la razón por la cual el derecho penal prohíbe comportamientos. Otros presupuestos de la punibilidad no se desvaloran ni prohíben, como sucede con la capacidad para delinquir (imputabilidad): haber alcanzado el grado de desarrollo intelectual y emocional que permite a una persona comprender el significado delictivo del acto que realiza solo significa que puede delinquir, no que haya delinquirido ni que sea penalmente responsable por tener esa capacidad. La imputabilidad *per se* ni se desvalora ni se reprocha.

Si la imputabilidad fuera, como usualmente se sostiene, un elemento del delito que se examina después del comportamiento de riesgo, habría

¹ Por ejemplo, resultado material del delito, desistimiento, reparación espontánea del daño causado y varias de las circunstancias que emplea el juez para individualizar judicialmente la pena que regulan los artículos 45, 46 y 46-A del CP.

que aceptar que una persona que todavía no ha desarrollado la capacidad para comprender la norma penal (inimputable) y por tanto no puede vulnerarla—ni cumplirla— pueda, no obstante, realizar comportamientos de riesgo para el bien jurídico que prohíbe la norma penal.

3. Los únicos presupuestos de la punibilidad que han de ser tomados en cuenta para construir el concepto material de delito son los que se verifican durante su realización y además pueden ser objeto de desvalor y reproche; esto es, los referidos al riesgo prohibido para el bien jurídico. El concepto material de delito no abarca a los presupuestos de la punibilidad que preceden al delito (imputabilidad) ni a los que se verifican después del reproche penal y a consecuencia de él (efectos del delito y circunstancias posdelictivas).

V. CONCEPTO MATERIAL DEL DELITO

1. Lo dicho hasta aquí no responde todavía a la interrogante de fondo. Solo desvela que el delito se refiere a la situación de riesgo prohibido para el bien jurídico. Cuando uno se pregunta por qué se amenaza con pena el comportamiento de riesgo para el bien jurídico, salta a la vista que el juicio de valor que recae sobre él indica que es un comportamiento que *merece pena*. Luego, como solo es legítimo prohibir aquello que el sujeto *libremente se ha comprometido* a evitar y que puede ser *razonablemente* evitado, el delito solo puede ser atribuido a quien se le *exige evitarlo*.

2. Por tanto, el concepto material de delito que aquí se asume es: *un comportamiento merecedor de pena que se imputa a quien se le exige evitarlo*. En las siguientes líneas se analizará cada una de las características del concepto de delito que se propone.

1. El delito como situación de riesgo para un bien jurídico

1. La cuestión acerca del delito solo puede ser respondida a partir de consideraciones valorativas que permitan, en primer lugar, afirmar

que un bien jurídico ha sido sometido a un peligro intolerable y, en segundo lugar, que dicho peligro se atribuye a quien se le exigía evitarlo y no lo hizo. El delito, así visto, significa un *juicio de desvaloración que se formula sobre una situación de riesgo para el bien jurídico y de reproche por infringir el deber de evitar dicho riesgo*.

2. De lo anterior se sigue que el concepto material de delito prescinde de consideraciones causales. El delito no trata acerca de la *causación* de un resultado dañino ni la responsabilidad penal se atribuye necesariamente a quien causa la situación de riesgo, tal como lo demuestra el delito omisivo y la autoría mediata.

La irrelevancia de la eventual causación del resultado dañino para la configuración del concepto material de delito ha sido ya expuesta y me remito a lo dicho (*supra* capítulo 2, I, IV y V). En todo caso, repárese que la ley es de la misma opinión. En varios preceptos conceptúa al delito como comportamiento prescindiendo del resultado. Así, por ejemplo, en el artículo 9 del CP se afirma: «el momento de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca» y en el artículo 11 del CP: «son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley».

3. En esta línea de pensamiento, al delito también le es irrelevante si el comportamiento es activo u omisivo. Los esfuerzos físicos que haya desplegado el agente o su inercia muscular no se toman en cuenta para determinar la situación de riesgo prohibido para el bien jurídico ni para establecer la gravedad de dicho riesgo. Si el reproche penal se preocupara por las características físicas del comportamiento humano habría que exigirle al legislador que al tipificar un delito se imagine todos los posibles comportamientos humanos que pueden poner en riesgo al bien jurídico protegido. Pero eso sería tan absurdo como imposible, pues la técnica legislativa para tipificar delitos consiste en prever un supuesto de hecho genérico y abstracto y no en describir todas las posibles morfologías de

riesgo para el bien jurídico. Además, a lo sumo se podría tener en cuenta los comportamientos que al momento de tipificar el delito se consideran de riesgo, pero no los que surgirán luego a consecuencia del desarrollo científico y tecnológico. Dicho con un ejemplo: el legislador del CP de 1991 no habría podido saber que veinte o treinta años más tarde se descubrirían nuevas fuentes de energía que pondrían en riesgo la vida; pero nadie se atrevería a decir que el empleo indebido de dichas fuentes de energía no puede llegar a ser hoy en día un comportamiento típico de homicidio.

Además, si el reproche penal tomara en cuenta las características físicas del comportamiento o los movimientos corporales del agente, debería admitirse que es más grave matar a una persona después de luchar arduamente contra ella durante media hora que apretar tranquila y relajadamente el interruptor de una bomba que causa la muerte de diez personas y cuantiosos daños materiales. En todo caso, no podría afirmarse que son lo mismo. Sin embargo, como se verá luego en detalle, la acción y la omisión son comportamientos que el derecho penal desvalora y reprocha por igual, pues sus diferencias morfológicas son irrelevantes para el juicio de desvalor que recae sobre el comportamiento y para el juicio de reproche que se formula al agente.

2. El delito como merecimiento de pena (y no como necesidad de pena)

1. El merecimiento de pena es un juicio de valor negativo (desvalor) que recae sobre un comportamiento porque se estima que su realización implicará un riesgo o menoscabo intolerable para el bien jurídico protegido. En estos casos, la ponderación de intereses en juego (¿qué tanta libertad de actuación es legítimo restringir para proteger la libertad de desarrollo de las personas?) no deja otra alternativa que prohibir el comportamiento y reforzar dicha prohibición con la amenaza de una pena. El juicio de merecimiento de pena legitima la tipificación de delitos

por parte del legislador y responde a una perspectiva *ex ante*, pues solo se puede prohibir los riesgos conocidos.

2. La *necesidad* de pena, por el contrario, es la valoración que tiene lugar después de cometido el delito (perspectiva *ex post*). Indica, en primer lugar, si debe instaurarse un proceso penal para juzgar a quien ha cometido el hecho que reviste apariencia de delito. Y así será, a no ser que el interés de la sociedad por obtener una respuesta jurídica y formal sobre el hecho que aparenta tener relevancia penal se vea desplazado por un interés superior. Tal es el caso, por ejemplo, de la prescripción de la acción penal que regula los artículos 80 y ss. del CP o de la amnistía (artículo 89 del CP).

La necesidad de pena indicará, en segundo lugar, si la pena sigue siendo un recurso idóneo, necesario y adecuado para reprimir el delito ya cometido, tal como se presumía antes de su comisión. La necesidad de pena se refiere aquí al *sí* y *quantum* de la pena y es valorada por el juez penal en el proceso judicial cuando determina la pena a imponer.

3. Por regla general, todo delito merece y necesita pena. Sin embargo, como se ha anunciado, la necesidad de (imponer la) pena puede decaer o atenuarse frente a un interés superior. A modo de ejemplo, se puede decir que ahí donde el investigado o procesado acepta su responsabilidad, colabora con la actividad probatoria aligerando la carga probatoria, evita la comisión de futuros delitos, ayuda a identificar a otros infractores o repara espontáneamente el daño y, en términos generales, ahí donde su comportamiento posdelictivo se orienta a atenuar las consecuencias del delito, puede recibir una pena atenuada e incluso ser eximido de pena, a pesar de ser responsable del delito.

La necesidad de pena es pues el resultado de ponderar el merecimiento de pena con otros intereses sociales que concurren en el caso que se juzga. Si bien a la sociedad le interesa que el delito cometido se castigue con la pena prevista en la ley, también le importa que se prevenga y combata la criminalidad de la mejor manera posible, incluso, en algunas ocasiones,

a costa de dejar sin sanción al responsable del delito. La necesidad de pena es siempre necesidad social de pena.

4. Tanto el merecimiento como la necesidad de pena son presupuestos de la punibilidad. Pero como la necesidad de pena es siempre posterior a la comisión del delito, el concepto de delito que aquí interesa solo abarca a los elementos que legitiman el merecimiento de pena: la situación de riesgo (tipicidad) prohibido para el bien jurídico (antijurídico) que se atribuye a quien se le exige evitarla (competencia). El merecimiento de pena (la categoría «punibilidad») no es un elemento del delito.

3. El delito como situación de riesgo prohibido que se exige evitar

1. El derecho penal está legitimado para exigir únicamente aquello que se *debe* realizar. Aun cuando se *pueda* evitar la situación de riesgo prohibido para el bien jurídico, no se exige hacerlo si el sujeto no se ha comprometido previa y libremente. A pesar que el campeón de natación puede llegar donde el bañista que se ahoga y rescatarlo más rápido que el salvavidas, al único que se le exige intervenir para evitar el riesgo de ahogarse del bañista es al salvavidas por ser garante. Si la responsabilidad penal se fundara en la posibilidad de actuar, se llegaría a la insostenible situación en la que todos seríamos responsables por la mayoría de situaciones de riesgo: todos sabemos que en determinados lugares de la ciudad se comercializan productos falsificados, o se suelen perpetrar delitos contra el patrimonio, o vende drogas de manera ilícita; pero uno no se torna en responsable del delito contra la fe pública, de piratería, de robo o de tráfico ilícito de drogas si no evita dichos riesgos.

Lo anterior no significa que la capacidad de actuar no se tome en cuenta. Se acude a ella para limitar el deber o compromiso de actuación: la obligación del salvavidas de intentar rescatar al bañista decaerá si las condiciones del mar impiden que pueda acercarse a la víctima o si ha sufrido un accidente que le impide nadar.

2. Que el delito sea un hecho (situación de riesgo para un bien jurídico) que se exige evitar implica que los únicos riesgos que sea legítimo exigir evitar sean los riesgos conocidos. Un sistema de responsabilidad penal que obligara a evitar riesgos desconocidos o que no se exige reconocer ya no podría sostenerse en la libertad de actuación. En tal caso, la responsabilidad penal se atribuiría por no evitar lo que no se puede evitar y sería tanto como regresar a la vedada responsabilidad penal por el resultado (*versari in rei illicita*). La libertad de actuación solo puede ser restringida legítimamente cuando el propio sujeto ha mostrado su conformidad y se le exige advertir el riesgo prohibido. Ahí donde ya no se demande reconocer el riesgo no habrá delito. Esta es la razón por la cual los llamados errores invencibles (de tipo o de prohibición) son comportamientos de riesgo permitido desde una perspectiva objetiva.

VI. ULTERIORES PRECISIONES SISTEMÁTICAS Y TERMINOLÓGICAS VINCULADAS AL CONCEPTO MATERIAL DE DELITO

Conceptuar al delito como un comportamiento merecedor de pena obliga a replantear el contenido de las tradicionales categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y la relación entre ellas.

1. Injusto penal (tipicidad y antijuridicidad)

a) Planteamiento tradicional. Tipicidad y antijuridicidad como categorías distintas: tipicidad como ratio cognoscendi de la antijuridicidad

1. Se ha visto ya que la doctrina dominante postula que la tipicidad hace referencia al comportamiento que se prohíbe por la ley penal y la antijuridicidad a la contradicción del comportamiento típico con el ordenamiento jurídico en su integridad. La regla general en virtud de la cual un comportamiento típico es antijurídico se quebraría ante una causa de justificación: el hecho seguiría siendo típico, pues se subsumiría

en la ley penal; pero la prohibición inicial propia de la tipicidad decaería en el caso en concreto debido a la presencia de una norma permisiva sobre la que se erige la causa de justificación. Diferenciar entre tipicidad y antijuridicidad conduce al esquema tripartito del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

2. La principal consecuencia que se deriva del esquema tripartito del delito es que tipicidad y antijuridicidad serían sede de valoraciones jurídicas distintas. La tipicidad indicaría la contradicción del comportamiento con la concreta norma penal prohibitiva sobre la cual se tipifica el delito en la Parte especial del CP y la antijuridicidad, la contradicción del comportamiento típico con todo el ordenamiento jurídico. Lesionar o matar en legítima defensa sería siempre un comportamiento típico porque lesionar y matar se prohibiría *en general*, pero no serían comportamientos antijurídicos dado que en *estos* casos en particular —causas de justificación— se permitiría su realización. La tipicidad sería un indicio de la antijuridicidad que se desvirtuaría frente a una causa de justificación (tipicidad como *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad).

b) Posición asumida. Tipicidad y antijuridicidad como categorías valorativamente idénticas: tipicidad como ratio essendi de la antijuridicidad

1. Aquí se asume la posición contraria que entiende que carece de sentido diferenciar entre tipicidad y antijuridicidad porque las valoraciones jurídicas que se llevan a cabo en estas dos categorías son idénticas. Esta idea se remonta a la «teoría de los elementos negativos del tipo», para la cual todo comportamiento típico es antijurídico y viceversa (la tipicidad es *ratio essendi* de la antijuridicidad): la tipicidad y antijuridicidad se fusionan en una única categoría denominada «injusto», a la cual se le añade la culpabilidad.

2. Si bien en esta obra no se asumen todas las consecuencias sistemáticas de la teoría de los elementos negativos del tipo ni del concepto bipartito

del delito, sí se suscribe el argumento central que proviene de la teoría de las normas: si la tipicidad se refiere a un comportamiento *penalmente prohibido* por poner en riesgo o lesionar el bien jurídico, es porque dicho comportamiento, por la misma razón, contraviene el ordenamiento jurídico en su integridad, a menos que se esté dispuesto a aceptar que lo prohibido por la norma penal pueda estar permitido por otra rama del ordenamiento jurídico o por el ordenamiento en su integridad. Pero si fuera así, el derecho penal perdería su naturaleza de *ultima ratio* y las infracciones penales no podrían ser consideradas más graves que las civiles o administrativas.

3. Para la posición que aquí se asume, las llamadas causas de justificación (por ejemplo, estado de necesidad o legítima defensa) son en realidad causas de atipicidad cuya concurrencia indica que el comportamiento, por atípico, es un comportamiento permitido y es innecesario justificarlo. Para decirlo con el ejemplo más recurrido, no existe una prohibición general que impida matar, sino que la prohibición penal (la tipicidad) se limita a proscribir matar fuera de los casos de legítima defensa.

4. A la posición aquí mantenida se le reprocha, en primer lugar, que propondría una valoración no acorde con la importancia de los bienes jurídicos penales. La conocida frase de Welzel da cuenta de esta crítica: si matar a una persona en legítima defensa fuera un acto atípico, sería lo mismo que matar a un mosquito. En segundo lugar, se le increpa que generaría confusión en torno a la motivación normativa, pues incentivaría a que las personas nos motivemos por normas permisivas excepcionales (causas de justificación) hacia la lesión de bienes jurídicos y no por las normas prohibitivas (tipicidad) a la no lesión de los bienes. En las siguientes líneas se contestan ambas objeciones.

5. Si al derecho penal le interesa únicamente los riesgos prohibidos para bienes jurídicos, la norma de conducta debe ser lo suficientemente clara, directa y coherente como para garantizar las cuotas más altas de seguridad. A ello no contribuye la existencia de una norma penal prohibitiva que

descansaría en la tipicidad y de otra norma permisiva propia de las causas de justificación. Ello conduciría a que un comportamiento se encuentra prohibido y permitido al mismo tiempo. Por el contrario, la coherencia en el discurso obliga a que exista una única norma penal prohibitiva y que el supuesto de hecho de dicha norma se determine a partir de una interpretación integral del sistema penal que tome en cuenta no solo los elementos que se consignan en el precepto penal de la Parte especial del CP, sino también las causas legales de exención de responsabilidad (por ejemplo, las que prevé el artículo 20 del CP).

Pero, aun cuando no se admita la contradicción en la que se incurre cada vez que se sostiene que una causa de justificación torna una norma prohibitiva en permisiva, pretender que el ciudadano se motive por las normas prohibitivas antes que por las permisivas pasa por alto que la motivación normativa tiene escasos o nulos efectos y olvida que un Estado de derecho ha de tratar al ciudadano como persona responsable y no podría esconderle los comportamientos que puede realizar ni solaparlos con normas prohibitivas.

6. Por otro lado, diferenciar entre tipicidad y antijuridicidad supone de alguna manera regresar a consideraciones causales. La tesis de los comportamientos típicos justificados lleva a que la prohibición penal dependa en última instancia de las circunstancias fácticas del hecho y no de la valoración jurídica que recae sobre el hecho. Si destruir un valioso objeto en estado de necesidad, o si matar en legítima defensa, fueran realmente comportamientos típicos justificados, el bien jurídico sería el *objeto material* (la cosa) y la vida como fenómeno biológico, y no el *valor* libertad patrimonial ni el *valor* vida como legítimo proyecto de desarrollo vital.

De ahí que quepa afirmar, a manera de ejemplo, que la norma de conducta no prohíbe matar en legítima defensa, ni actuar al amparo de alguna otra causa de justificación, pues la vida de quien muere agrediendo ilegítimamente a otra persona no tiene *el valor* de bien jurídico penal. Que dicha vida interese a otras ramas del ordenamiento jurídico

o que el fallecimiento del agresor sea una lamentable pérdida, no obliga a que el derecho penal deba asumir esa valoración. La valoración que el derecho penal le otorga a los bienes jurídicos no es siempre la misma ni es una valoración *per se*, sino que varía en función a las circunstancias del caso en concreto. Bajo este punto de vista, es igual matar a una persona en legítima defensa que matar a una mosca.

c) Consecuencias

De lo dicho en los párrafos precedentes se desprende una serie de consecuencias de gran relevancia para la configuración del delito.

1. En primer lugar, la tipicidad y la antijuridicidad se refieren al mismo análisis valorativo: al comportamiento penalmente prohibido por la norma penal. En consecuencia, el supuesto abstracto que prevé la ley penal debería denominarse «supuesto de hecho del comportamiento penalmente prohibido» y reservarse la locución «comportamiento penalmente prohibido» para el acto realizado que se corresponde con el «supuesto de hecho del comportamiento penalmente prohibido». La determinación del comportamiento penalmente prohibido requiere una interpretación integral de la ley penal que vincule al tipo de la Parte especial con las llamadas causas de exclusión del injusto que regula la Parte general. La única antijuridicidad penal es la que se tipifica.

2. En segundo lugar, la norma penal siempre es prohibitiva. La existencia en derecho penal de una norma permisiva tropezaría con algunos obstáculos. A los argumentos ya dados, debe añadirse que supondría que la regla general sería la prohibición de comportamientos (tal como propone la diferenciación entre tipicidad y antijuridicidad) y que ello no favorecería el fomento de la libertad.

3. En tercer lugar, el comportamiento típico es siempre antinormativo y antijurídico.

4. En cuarto lugar, la locución «causa de justificación» cae en desuso. Nada hay que justificar cuando se actúa en legítima defensa, estado de necesidad o se ejercita un derecho, pues se trata de comportamientos atípicos que no vulneran la norma penal ni lesionan o ponen en riesgo el bien jurídico.

2. Antijuridicidad y antijuridicidad penal

1. El derecho penal solo prohíbe delitos. La antijuridicidad que le interesa al derecho penal es por tanto la antijuridicidad penal. Incumplir un contrato o no pagar tributos son infracciones según el derecho civil y el derecho tributario, respectivamente, y como tal se encuentran prohibidas por dichas ramas del derecho, pero no por el derecho penal. Como cada rama del derecho prohíbe aquellas infracciones que atentan contra los bienes jurídicos que protege, habrá tantas antijuridicidades como ramas del derecho que prohíban comportamientos. Lo que no significa que la antijuridicidad pueda graduarse: un comportamiento o es jurídico (permitido) o es antijurídico (prohibido). Pero sí que algunas infracciones son más graves que otras o, dicho en otras palabras, el injusto —esto es, el comportamiento de riesgo prohibido para el bien jurídico— sí puede ser graduado en función al tipo y grado de riesgo que entraña para el bien jurídico.

2. En esta línea y tal como se deriva del carácter de *ultima ratio* del derecho penal, los delitos son más graves que el resto de infracciones jurídicas. Por la misma razón, es posible distinguir la gravedad de los distintos delitos a partir de la importancia del bien jurídico protegido (el genocidio es más grave que falsificar documentos) y a las particulares de la comisión (matar luego de hacer padecer a la víctima fuertes dolores por largo tiempo será más grave que matar directamente de un disparo). Se entiende entonces por qué el legislador conmina los delitos con una pena legal que tiene mínimos y máximos, pues no todos los riesgos para el mismo bien jurídico merecen la misma pena.

3. Antijuridicidad formal y antijuridicidad material

1. La antijuridicidad formal se refiere a la no concurrencia de causas de justificación y la antijuridicidad material, a la puesta en riesgo o lesión al bien jurídico que genera el comportamiento. Según los postulados metodológicos que se han asumido como válidos, ambas coinciden. En efecto, en primer lugar, como se ha visto, para afirmar que un comportamiento realmente se encuentra prohibido por la ley, es necesario que un juez así lo declare. La ley penal solo prevé un supuesto de hecho general y abstracto en el cual ha de subsumirse el comportamiento que se juzga. Por tanto, la antijuridicidad formal solo podrá predicarse de un comportamiento que ha sido declarado como delito en un proceso judicial. Y, dado que ello ocurrirá en tanto el comportamiento que se juzga haya lesionado o puesto en riesgo al bien jurídico, o lo que es lo mismo, que no concurra ninguna causa de atipicidad, la antijuridicidad formal y la material se refieren a lo mismo.

2. La antijuridicidad material suele ser analizada por la doctrina a partir de la diferenciación entre desvalor de acción y desvalor de resultado. El desvalor de acción sería el juicio de valor negativo que recae sobre el comportamiento y el desvalor de resultado constataría que el comportamiento efectivamente ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico. Algunos autores sostienen que el desvalor de resultado solo podría verificarse con la concurrencia del resultado material. No obstante, aun cuando el concepto de delito propuesto no incluya al eventual resultado que el comportamiento delictivo pueda generar, ello no niega que en el delito concurren tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado. En realidad, uno y otro son solo distintas dimensiones valorativas que recaen sobre el comportamiento delictivo. Así, el desvalor de acción se constata al realizarse un comportamiento que se prohíbe porque representa *ex ante* un riesgo penalmente relevante para el bien jurídico y es precisamente dicha entidad lesiva la que debe constatarse con la

realización del comportamiento, verificándose así el desvalor de resultado. Sería inimaginable un delito que no cumpliera con estas dos condiciones.

4. ¿Culpabilidad como elemento del delito?

1. La culpabilidad se refiere al juicio de reproche que se formula contra el responsable del delito. Según la doctrina dominante, se analizaría después del injusto y a consecuencia de este y consistiría en verificar la concurrencia de tres condiciones que permitirían afirmar que el sujeto pudo adecuar su comportamiento a la norma penal y que, por tanto, el delito es obra suya. Estas condiciones serían: que el sujeto sea imputable, que en las circunstancias en las que actuó se le haya podido exigir un comportamiento distinto al delito y que conociera la ilicitud de su acto, siquiera potencialmente.

2. En contra de lo que se suele pensar, las razones para considerar al injusto como *hecho propio* del culpable no se encuentran en el comportamiento realizado, sino que dicha atribución depende de que el sujeto haya podido guiar libremente su comportamiento hacia el respeto de bienes jurídicos, es decir, de su imputabilidad. Así lo demuestra el hecho que tanto un imputable como un inimputable pueden matar o golpear a otro o destruir bienes ajenos. Pero solo cuando dichos actos son perpetrados por un imputable podrán significar una vulneración a la norma penal. El sentido que la sociedad atribuye al comportamiento depende en primer lugar de la capacidad que tenga el sujeto para actuar conforme a la expectativa social.

En efecto, como se verá luego en detalle, la culpabilidad está impregnada de consideraciones socioculturales que condicionan el reproche penal. Se es culpable para la sociedad y según la valoración de dicha sociedad. Nadie es culpable en sí mismo pues la culpabilidad se construye por *comparación*: el solitario habitante de una isla nunca será culpable porque no existen parámetros externos que permitan calificar de desviado su comportamiento ni tiene quiénes se lo reprochen. Cualquier tipo de reproche que se haga en tales circunstancias será ajurídico.

Todo esto no hace sino añadir razones a las ya dadas para seguir afirmando que la imputabilidad es un presupuesto del delito.

3. Considerar a la exigibilidad de otra conducta como elemento de la culpabilidad genera consecuencias sistemáticas que aquí se rechazan. La principal es que como elemento de la culpabilidad obligaría a admitir que se puede realizar un injusto a pesar que no se exija un comportamiento distinto; pero, si fuera así, ¿cómo se puede prohibir que se realice aquello que el ordenamiento jurídico ya no exige realizar?

La exigibilidad de otra conducta es en realidad un principio general del derecho que, al orientar la tipificación de delitos, adquiere especial valía en derecho penal (Henkel, Aguado Correa). Así lo demuestran los casos de miedo insuperable (artículo 20.7 del CP) o del llamado estado de necesidad exculpante (artículo 20.5 del CP), como el ejemplo de *La tabla de Carneádes*: el sistema jurídico no puede prohibir ahogar al otro naufrago cuando es la única posibilidad para que la tabla que flota en el mar soporte el peso de uno y poder salvarse. La exigibilidad de otra conducta es un presupuesto para prohibir el comportamiento. De ahí que los errores invencibles, es decir, las falsas representaciones de la realidad que no se exigen evitar (artículo 14 del CP), conlleven la atipicidad objetiva del hecho.

4. Con el conocimiento potencial de la ilicitud sucede algo similar. Si bien es necesario verificar que el sujeto ha tenido la posibilidad de conocer que el comportamiento que realiza se prohíbe por el derecho penal, pues sin dicho conocimiento no podría decidir entre lo injusto y el derecho y no se legitimaría el reproche penal, es cuestionable que ello se verifique fuera del injusto cuando, en realidad, dicho conocimiento tiene que ser corroborado para afirmarse que se ha realizado el injusto. Una de las razones ya se ha explicitado anteriormente: los conocimientos que permiten a una persona motivarse a favor del derecho difícilmente se obtienen por el conocimiento del derecho positivo, pues son consecuencia del proceso de socialización.

Y, vinculado a ello, el conocimiento de la ilicitud del acto solo podrá tenerse después y a consecuencia de conocer y comprender los hechos; ya que la motivación no depende de los conocimientos que se puedan tener antes de realizar el delito, sino de actualizar dichos conocimientos y aplicarlos al caso en concreto. Con un ejemplo, todos sabemos que el derecho penal prohíbe disparar sobre otro cazador; pero, para que el cazador pueda motivarse por dicho conocimiento, debe saber que dispara sobre un colega y no creer erróneamente que se trata de venado.

5. En resumen, la culpabilidad se desintegra. La imputabilidad es un presupuesto del delito; la exigibilidad de otra conducta es un principio general del derecho que el legislador toma en cuenta para decidir qué comportamientos puede exigir y por tanto prohibir; y el conocimiento potencial de la ilicitud es un elemento subjetivo del injusto. Esto no significa que se prescinda del juicio de reproche. Tan solo que el reproche penal se satisface con la imputabilidad y el injusto, pues en ellos y en la relación que se establece entre ellos, se integran los elementos que legitiman la responsabilidad penal.

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 3

FUNCIÓN, ESTRUCTURA Y CLASIFICACIÓN DEL TIPO PENAL

Sumario: I. Función del tipo penal. II. Estructura del tipo penal. 1. Conducta típica. 2 Sujetos. 3. Objetos. 4. Formulación del tipo penal. Elementos descriptivos y elementos normativos. III. Clasificación de los tipos penales. 1. En relación con las modalidades objetivas del delito. a) ¿Tipos de mera actividad y tipos de resultado? b) ¿Tipos activos y tipos omisivos? c) Tipos de medios determinados y tipos resultativos. d) Tipos de un acto, tipos de pluralidad de actos y tipos de actos alternativos. 2. En relación con las modalidades subjetivas. a) Tipos dolosos y tipos culposos. b) Tipos dolosos con elementos de tendencia transcendente y tipos dolosos con elementos de tendencia intensificada. IV. En relación con los sujetos. 1. Tipos comunes y tipos especiales. 2. Tipos de propia mano. 3. Tipos de encuentro y tipos de participación necesaria. V. En relación con el bien jurídico. 1. Tipos básicos, tipos agravados y tipos atenuados. 2. Tipos complejos o pluriofensivos. VI. En relación con el grado de afectación del bien jurídico. 1. Tipos de lesión. 2. Tipos de peligro concreto y tipos de peligro abstracto. 3. Valoración personal. VII. En relación con la forma y el momento de consumación. 1. Tipos de consumación instantánea, tipos permanentes y tipos de estado. 2. Valoración personal. VIII. ¿Tipos de infracción de un deber y tipos de dominio?

I. FUNCIÓN DEL TIPO PENAL

1. La principal función que el tipo penal está llamado a desempeñar es cumplir con el principio de legalidad, garantizando que solo se impongan sanciones por la realización de los comportamientos que la ley penal tipifica (función de garantía). Sin embargo, un análisis más detallado indica que la tipificación de un determinado delito en la ley penal es necesaria pero insuficiente para garantizar el cumplimiento de esta función. Si se quiere asegurar que nadie sea sancionado por un comportamiento que no esté tipificado como delito es necesario, entre otros requisitos, interpretar teleológicamente la ley penal para saber cuáles son los comportamientos de riesgo para el bien jurídico que se prohíben y será necesario, además, que se respeten las garantías procesales, fundamentalmente las que se vinculan con la actividad probatoria en el proceso penal. De poco sirve que el artículo 121 del CP tipifique el delito de lesiones si no se puede probar y argumentar que el comportamiento que se juzga representa o no un riesgo intolerable para la integridad psicofísica.

2. Al tipo penal se le suele asignar además la función de motivación o de llamada de atención al permitir que las personas puedan motivarse en contra del delito. Esta función tampoco está exenta de críticas, pues la motivación que pretende el derecho penal no se consigue con el conocimiento de la ley positiva: no solo porque la gran mayoría de personas no la conocen; sino porque, aun cuando la conocieran, habría que asegurarse que la interpretaran como lo hace la jurisprudencia. Como se verá en el capítulo siguiente, la motivación en contra del delito depende en gran medida del concepto de justicia que tenga el agente y de las reales posibilidades del sistema de persecución penal para identificar, procesar y condenar al responsable.

II. ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL

El tipo penal se estructura a partir de tres elementos: conducta típica, sujetos y objetos.

1. Conducta típica

1. La conducta típica se compone de elementos objetivos y subjetivos que dan lugar a la tipicidad objetiva y a la tipicidad subjetiva, respectivamente. La primera abarca el aspecto externo del comportamiento, esto es, sus características externas. Algunos preceptos penales exigen además la producción de un resultado, como sucede, por ejemplo, en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, y en los delitos contra el patrimonio. Muchos autores consideran que en estos casos el resultado es un elemento del comportamiento. Según el planteamiento que se sigue en esta obra, el resultado es una consecuencia de la conducta típica cuya presencia o ausencia no afecta la tipicidad, sino, solo, la punibilidad.

2. La tipicidad subjetiva se refiere siempre a la exigencia de conocer el riesgo para el bien jurídico que supone el comportamiento que se realiza. En los delitos dolosos se requiere además que el agente conozca dicho riesgo, lo que genera un reproche mayor que en los delitos imprudentes, en los cuales se reprocha desconocer que se realiza un comportamiento de riesgo no tolerado para el bien jurídico. Algunos tipos penales dolosos contienen especiales elementos subjetivos que exigen al sujeto actuar con una determinada intención; por ejemplo, la intención de obtener provecho en el hurto (artículo 185 del CP) o la intención de destruir a un grupo humano en el genocidio (artículo 319 del CP).

2. Sujetos

1. Todo delito implica la presencia de tres sujetos: el activo, el pasivo y el Estado, llamado a imponer la sanción. El sujeto activo es la persona

o personas que realizan la conducta típica y su estudio corresponde a la participación criminal (autoría y participación).

2. El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico afectado. Puede ser una persona natural (delitos contra la vida, libertad, patrimonio, etc.) e incluso un inimputable y un feto (aborto) o una persona jurídica (delitos societarios, contra el patrimonio, etc.), incluido el Estado (delitos contra la administración pública).

De la identidad del sujeto pasivo dependen distintas consecuencias prácticas: solo el titular del bien jurídico está legitimado para consentir (artículo 20.10 del CP); la relación entre el sujeto pasivo y el activo puede agravar la responsabilidad penal, como en el parricidio (artículo 107 del CP) o en las lesiones agravadas en el ámbito familiar (artículo 121-C del CP); determina la atipicidad de ciertas lesiones al patrimonio (artículo 208 del CP).

3. En algunos casos, el sujeto pasivo coincide con la persona sobre la que recae la conducta típica, como es el caso de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, o en los delitos contra la libertad sexual o individual. En otras ocasiones, es posible distinguirlos, como sucede por ejemplo en algunos delitos contra el patrimonio, como el hurto o la estafa: el sujeto pasivo es el titular del bien hurtado u objeto de estafa, pero es posible que el objeto que se sustrae esté en manos de un tercero o que se engañe a un tercero para lograr su apoderamiento.

El perjudicado es la persona a quien la realización del delito causa un daño jurídicamente relevante y debe ser resarcida. El perjudicado tiene relevancia para la reparación civil proveniente del delito que regulan los artículos 92 y ss. del CP. El sujeto pasivo, como titular del bien jurídico afectado, será siempre el perjudicado; pero también lo serán otras personas, como por ejemplo los deudos de la víctima del homicidio, a quienes se repara por los daños y perjuicios causados, o la sociedad en delitos como los que afectan a la seguridad pública.

3. Objetos

1. El objeto material es la persona o cosa sobre la que se despliega la conducta típica, pudiendo coincidir en el primer caso con el sujeto pasivo. Así, por ejemplo, en las lesiones o en el secuestro, el objeto material será también el sujeto pasivo; pero en el hurto, el comportamiento recaerá sobre el bien mueble ajeno.

2. El objeto jurídico es el bien jurídico o valor que protege el derecho penal y que el delito perturba. El objeto jurídico nunca coincide con el objeto material y las mutaciones o alteraciones que pueda sufrir serán relevantes para el derecho penal solo si son consecuencia de la afectación al bien jurídico. Por ejemplo, el patrimonio del propietario disminuye en la misma cantidad si su vehículo es robado o si lo regala, pero solo en el primer caso se afecta el bien jurídico penal «libertad patrimonial». Pasar por alto esta regla genera confusiones: que un peatón haya muerto atropellado no significa siempre que el conductor ha vulnerado el bien jurídico «vida», pues dicho resultado puede deberse, por ejemplo, a la imprudencia del peatón que cruza la autopista por un lugar prohibido y su conducta habrá de ser valorada tanto como una puesta en peligro su propia vida, como una acción que también representa un riesgo para el conductor.

3. Nótese que una vez más la metodología y el concepto de delito asumidos condicionan el análisis. El problema de fondo en el ejemplo planteado no es otro que determinar a quién le pertenece el comportamiento de riesgo desaprobado para el bien jurídico y no prejuzgar quién alteró el objeto material, algo que, sin embargo, suele pasar desapercibido. El operador del derecho acostumbra actuar con un «prejuicio causalista» e invertir el orden lógico del razonamiento jurídico: ante un resultado desagradable, tipifica el hecho y luego identifica quién lo causó (por ejemplo, ante la muerte del peatón causada por el conductor no solo se tipifica el hecho de homicidio, sino que se asume que el responsable es el conductor por ser el causante de alterar el objeto material), cuando el orden lógico del razonamiento exige que primero habrá que identificar

si existe o no un comportamiento de riesgo para algún bien jurídico, para luego tipificarlo (¿se tipifica el comportamiento no el resultado!) y, finalmente, atender a las consecuencias del delito (entre ellas, el resultado que pueda haber causado).

El perjuicio causalista al que se ha hecho referencia quizá se deba a que los supuestos de hecho de los preceptos penales normalmente describen la producción de un resultado sin mencionar los comportamientos que realmente prohíben. Sucede así en los llamados delitos de resultado, como el homicidio (el que mata a otro), lesiones (el que causa a otro daño en la salud), daños a la propiedad (el que daña, destruye o inutiliza un bien mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno). Si se recuerda que el supuesto de hecho del precepto penal contiene los presupuestos de la punibilidad, dentro de los cuales destaca el delito (comportamiento), pero que en los llamados delitos de resultado se prevé también el resultado material, se advierte la trascendencia de la interpretación teleológica: el texto legal y su ubicación sistemática en el sistema penal no son más que indicios para reconocer al bien jurídico protegido y, una vez identificado, se ha de dotar de contenido al tipo penal, identificando los comportamientos de riesgo penalmente relevantes para dicho bien jurídico.

Así, por ejemplo, si el bien jurídico protegido en el delito de homicidio es la vida humana, aun cuando el artículo 106 describa únicamente la producción de una muerte, la interpretación teleológica indicará que el delito de homicidio no consiste en matar a otro, sino en realizar comportamientos de riesgo prohibido para la vida de un tercero.

4. Formulación del tipo penal. Elementos descriptivos y elementos normativos

1. Se acepta pacíficamente en doctrina que los elementos del tipo penal (conducta típica, sujetos y objetos) se tipifican en la ley penal como elementos descriptivos o como elementos normativos. Los primeros hacen referencia a una realidad naturalística y pueden ser aprehendidos por los sentidos, como el «matar» en el delito de homicidio (artículo 106 del CP)

o el «acceso carnal» de la violación sexual (artículo 170 del CP). Los segundos son aquellos cuyo contenido lo determina una norma jurídica o social, lo que da lugar a elementos normativos jurídicos, como el «bien mueble ajeno» en el delito de hurto (artículo 185 del CP) o los «tributos» en el delito de defraudación tributaria (artículo 1 del decreto legislativo 813); y a elementos normativos sociales, como «libidinoso» en el delito de atentados contra el pudor (artículo 176 del CP) o los términos «inmorales» y «deshonestos» (artículo 450 del CP).

2. Un análisis detallado revela que los elementos descriptivos son en realidad elementos normativos, pues todos los elementos del tipo penal hacen referencia a una realidad que se aprehende mediante una valoración sacionormativa y la mera aprehensión de dicha realidad por los sentidos nunca será suficiente —y muchas veces irrelevante— para transmitir y captar el mensaje normativo. Desde este punto de vista, todos los elementos del tipo penal son elementos normativos. Así, por ejemplo, para determinar que el elemento «matar» del homicidio —al que usualmente se califica de elemento descriptivo— se refiere al cese definitivo e irreversible de la actividad cerebral, hay que *interpretar* la ley general de salud y a la ley de trasplantes y donación de órganos y tejidos. Incluso para saber qué significa «acceso carnal» es insuficiente acudir a la morfología humana, pues lo relevante será determinar qué comportamientos pueden ser considerados de «acceso carnal» a partir de su entidad lesiva para la libertad sexual.

Lo anterior se entiende mejor si se recuerda que el derecho es un *mecanismo de comunicación* orientado a consensuar las reglas de convivencia y que en todo proceso de comunicación el mensaje se determina por las reglas que rigen la interpretación que lleva a cabo el receptor y no por la voluntad del emisor. Trasladado al derecho penal, esto significa: la realidad que regula el derecho penal es una *realidad valorativa*, en el sentido que pretende evitar que se lesionen los valores que protege (bienes jurídicos). De ahí que la interpretación de la ley penal deba ser teleológica.

3. En todo caso, distinguir entre elementos descriptivos y normativos tiene consecuencias prácticas para la teoría del error, siempre y cuando el error que recaiga sobre cada uno de ellos se analice en distintos elementos del delito. El sector mayoritario de la doctrina sostiene que el error sobre los elementos descriptivos es de tipo y se analiza a nivel de tipicidad y el que recae sobre elementos normativos es de prohibición y se analiza en la culpabilidad. Para otro sector, que aquí se sigue, el error que recae sobre ambos elementos es siempre error de tipo (*infra*, capítulo 12).

III. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

1. En relación con las modalidades objetivas del delito

La clasificación de los tipos penales en diversas tipologías permite sistematizar el tratamiento que reciben, sobre todo en ámbitos como la tentativa y consumación, la autoría y participación, los concursos de delitos y leyes, así como la prescripción de la acción penal. Facilita asimismo su interpretación. Como se ha visto, el enunciado legal no siempre coincide con el delito. Dentro de los elementos que contiene el enunciado legal, destaca con nitidez el comportamiento delictivo que se erige sobre la base del merecimiento de pena, pero en algunas ocasiones se añaden otros presupuestos de la punibilidad que se derivan de la necesidad (social) de pena, como el resultado en los llamados delitos de resultado. La clasificación que aquí se estudia es la de los tipos penales.

a) *¿Tipos penales de mera actividad y tipos de resultado?*

1. Según la doctrina mayoritaria, son tipos de mera actividad los que describen únicamente el comportamiento de riesgo prohibido y no prevén la causación de un resultado separable espacial y temporalmente. La omisión de prestar auxilio (artículo 127 del CP) sería un delito de este tipo porque sanciona a quien omite prestar ayuda al que se encuentra en situación de peligro, con independencia de si el necesitado logra superar

el peligro o no, o de si es socorrido luego por un tercero. La omisión de denuncia (artículo 407 del CP) sería también de mera actividad.

2. Los tipos penales de resultado incorporarían en su estructura, además del comportamiento delictivo, un resultado que se separa en el tiempo y en el espacio del comportamiento que le antecede. El homicidio, las lesiones y en general los preceptos penales que regulan los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, así como la mayoría de delitos contra el patrimonio —como el hurto, el robo, la apropiación ilícita, la estafa y los daños—, se redactan incluyendo un resultado. En todos estos casos la ley penal prevé un resultado que excede al tipo de lo injusto.

3. Como se ha visto, el resultado material es un efecto del delito que, debido a su ubicación temporal (ocurre con posterioridad al delito), solo incide en la necesidad de pena y, por tanto, en la imposición e individualización de la pena que se impone al infractor. No pertenece al tipo penal. Las consecuencias que se derivan de este postulado son relevantes en algunos ámbitos de la teoría de las consecuencias jurídicas del delito:

- (i) En el ámbito de la consumación: la consumación del delito no depende de que el resultado acaezca, ni siquiera en los casos en que el precepto de la Parte especial consigna un resultado material; La consumación depende únicamente de que se realice el comportamiento de riesgo prohibido para el bien jurídico. Dicho con un ejemplo, el delito de homicidio se consuma cuando se dispara a una zona vital de la víctima (comportamiento de riesgo prohibido para la vida humana). La eventual muerte de la víctima (resultado) solo podrá influir en la punibilidad, pero no puede alterar ni condicionar la tipicidad del delito (comportamiento) que sucede antes.
- (ii) En el ámbito de la intervención delictiva: la intervención delictiva en cualquiera de sus formas —a saber, autoría directa, coautoría, autoría mediata, instigador, cómplice necesario o cómplice

accesorio— es siempre intervención en la ejecución del delito y solo se admite antes o durante la misma; es decir, antes o durante la realización del comportamiento típico. Por obvias razones, no es posible intervenir en la ejecución de un delito consumado. De ahí que las legislaciones tipifican como delito autónomo el encubrimiento (artículos 404 y ss. del CP).

- (iii) En el ámbito de los concursos de delitos: tanto el concurso de ideal (artículo 48 del CP) como el real (artículo 50 del CP) consisten en analizar distintos comportamientos delictivos prescindiendo de los resultados materiales que puedan generar, de manera que se pueda imponer una única sanción por todos ellos. Su estudio, por tanto, se ubica en la determinación judicial de la pena. Pero lo relevante aquí es que los concursos de delitos se establecen, precisamente, entre delitos; es decir, entre comportamientos.

4. Si se quiere seguir utilizando el binomio «mera actividad/resultado» tendrá que ser para calificar el supuesto de hecho del precepto penal. Pero ello carecería de sentido y confundiría al intérprete, pues el resultado se ubica en la punibilidad y despliega sus consecuencias jurídicas en dicha categoría. Con todo, en los hechos, quienes incluyen el resultado en el delito llegan a consecuencias *idénticas* a las que aquí se asumen para los delitos de mera actividad y consecuencias *similares* en los casos de delitos de resultado.

En efecto, en el ámbito de la consumación, en los llamados «delitos de mera actividad», no hay mayor problema; pues ambas posturas coinciden en que en estos casos se sanciona únicamente por la realización del comportamiento, mientras que en los llamados «delitos de resultado» la realización del comportamiento sin que produzca el resultado se castiga a título de tentativa (tentativa de estafa, tentativa de robo, etc.). Esto demuestra que la tipificación del delito, incluso para quienes conciben al resultado como elemento del delito, depende siempre y únicamente del comportamiento y nunca del resultado; de otra forma no sería posible

tipificar la tentativa. En el ámbito de la intervención delictiva, ambas posturas coinciden en que esta es posible hasta antes de que se produzca el resultado. Y en el ámbito del concurso de delitos sucede algo similar, pues la aplicación de las reglas que lo rigen (artículos 48 y ss. del CP) presupone que se haya identificado y tipificado los delitos que concursan.

b) ¿Tipos activos y tipos omisivos?

1. La doctrina dominante distingue entre tipos activos y omisivos. Los tipos activos prohibirían la realización de un comportamiento y se realizarían mediante comportamientos activos (acciones). Los tipos omisivos exigirían realizar un determinado comportamiento y su perpetración se llevaría a cabo mediante un comportamiento omisivo (omisión). El homicidio (artículo 106 del CP) sería un tipo activo porque prohibiría un comportamiento que desencadene una muerte; el robo (artículo 188 del CP) y la violación de libertad sexual (artículo 170 del CP) también. La omisión de asistencia familiar (artículo 149 del CP) y la omisión de prestar auxilio serían tipos omisivos al requerir la ejecución de un comportamiento de ayuda y de denuncia, respectivamente.

2. Dentro de la categoría de tipos omisivos se distingue entre la omisión propia o pura, y omisión impropia o comisión por omisión. La omisión propia o pura sería un tipo penal de mera actividad omisiva; por ejemplo, la omisión de prestar auxilio o la omisión de denuncia. La omisión impropia o comisión por omisión sería un tipo de resultado que se realiza mediante un comportamiento omisivo. La muerte del paciente a quien el médico no le suministra el fármaco que requiere sería un delito de homicidio realizado en comisión por omisión.

3. A partir de esta diferenciación, para determinar la autoría en los tipos omisivos impropios o de comisión por omisión, se suele exigir una posición de garante que permita equiparar el comportamiento omisivo al activo; posición de garante que no se requeriría para los tipos de omisión pura ni para los tipos activos. Aparentemente nuestra legislación opta

por esta postura; al menos así se suele afirmar cuando se interpreta el artículo 13 del CP. Sin embargo, como se verá luego en detalle (*infra*, capítulo 8, II), no es seguro que sea así. Nótese, por ejemplo, que el tipo penal de homicidio se limita a señalar «el que mata a otro» y dicha locución lo único que describe es la producción del resultado «muerte» sin pronunciarse sobre si el comportamiento típico es activo u omisivo. No hay ningún inconveniente en afirmar que también mata —en el sentido del texto legal— el obligado a salvar a la víctima que omite desplegar comportamientos orientados a hacerlo.

4. Por otro lado, diferenciar entre acción y omisión supone atender a consideraciones naturalísticas y no a criterios jurídico-valorativos: es verdad que no es lo mismo vencer la resistencia de la víctima para matarla que no suministrarle el fármaco que se requiere para mantenerla con vida, pero se trata de una diferencia que tiene sentido solo si se admite previamente que el esfuerzo físico que despliega el sujeto activo es un elemento integrante del tipo penal. Si así fuera, se llegaría al extremo de tener que reconocer que disparar la pistola es menos grave, por requerir menos esfuerzo físico, que matar a la víctima a golpes. Si a esto se le suma que la norma penal no distingue entre comportamientos activos y omisivos, pues solo le preocupan los comportamientos de riesgo prohibido para el bien jurídico con independencia de la forma que adquieran, se ha de reivindicar aquella idea en cuya virtud para el derecho penal no existe diferencia alguna entre un comportamiento activo y omisivo y que la diferencia entre tipos penales activos y omisivos carece de relevancia.

c) Tipos de medios determinados y tipos resultativos

1. Algunos tipos penales prevén una serie de posibilidades para su perpetración, como por ejemplo la estafa (artículo 196 del CP), que requiere que la inducción a error se dé mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta. Lo mismo sucede con los estragos especiales (artículo 276 del CP), que por exigencia legal solo pueden ser causados por

medio de inundación, desmoronamiento, derrumbe o por cualquier otro medio análogo, y con el robo, en donde la sustracción del bien mueble debe darse mediante violencia o grave amenaza para la vida o la integridad. Estos son ejemplos de tipos de medios determinados y su particularidad radica en que la tipicidad del comportamiento depende de que se realice alguno de los medios señalados taxativamente por la ley.

2. Los tipos penales resultativos no prevén los medios para vulnerar la norma penal. En estos casos, el supuesto de hecho del precepto penal describe la producción de un resultado sin importar el medio que se utiliza para su producción. El aborto y el homicidio son tipos resultativos no porque la ley prevea un resultado sin hacer mención a los medios que puedan causarlo, sino debido a que no se prevé una lista cerrada de comportamientos de riesgo prohibido para el bien jurídico, siendo suficiente cualquiera que ponga en riesgo la vida (veneno, golpes, etc.). Nótese que según la metodología que aquí se sigue, los tipos penales resultativos consistirán, al igual que cualquier otro tipo penal, en un comportamiento de riesgo para el bien jurídico, el cual, para consumarse, no depende de la causación de un resultado. Que el supuesto de hecho del precepto penal describa un resultado, solo permite afirmar que el juicio de necesidad social de pena, sobre el que erige la punibilidad, ha de tener en cuenta si dicho resultado se produce o no.

*d) Tipos de un acto, tipos de pluralidad de actos
y tipos de actos alternativos*

1. Los tipos de un acto son, como su nombre lo indica, aquellos que se cometen con un único comportamiento. La omisión de prestar alimentos (artículo 149 del CP) es un ejemplo de tipo de un acto, pues su consumación solo exige omitir la obligación de prestar alimentos que establece una resolución judicial.

2. Los tipos de pluralidad de actos y los tipos de actos alternativos requieren más de un acto y se diferencian entre sí dependiendo de si los actos

que conforman el comportamiento típico se producen concurrente o progresivamente (pluralidad de actos), o alternativamente (actos alternativos). Muchos tipos penales son al mismo tiempo de pluralidad de actos y de actos alternativos: la usurpación (artículo 202.1 del CP) es un tipo de pluralidad de actos al requerir el despojo de la posesión y, además, un tipo de actos alternativos, pues el despojo puede darse mediante engaño, amenaza, violencia o abuso de confianza; la violación de la libertad sexual (artículo 170 del CP) también: además del acceso carnal, se exige que el agente actúe con violencia o grave amenaza (pluralidad de actos), pero basta con que el acceso carnal se logre mediante cualquiera de ellos (actos alternativos).

2. En relación con las modalidades subjetivas

a) *Tipos dolosos y tipos imprudentes*

1. El artículo 11 del CP deja en claro que las dos únicas modalidades *subjetivas* de delito son la dolosa y la imprudente. Todos los tipos penales tienen una modalidad dolosa (la infracción dolosa es la regla general), pero no todos tienen una modalidad culposa o imprudente (la infracción imprudente es la excepción). La ley regula esta situación de manera confusa: el artículo 12 del CP indica que «las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa» y que «el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley», transmitiendo la impresión (equivocada) que el principio de legalidad regiría con mayor intensidad en las infracciones imprudentes, cuando en realidad también en las infracciones dolosas solo es legítimo castigar en los casos expresamente establecidos por la ley.

Por ejemplo, las lesiones se tipifican tanto en su modalidad dolosa (artículo 121 del CP) como imprudente (artículo 124 del CP), pero solo existe una modalidad dolosa del delito de robo (artículo 135 del CP). El contenido del dolo y el de la imprudencia será materia de reflexión en su debido momento.

2. Tanto el delito doloso como el imprudente presentan la misma estructura objetiva, pues en ambos la tipicidad objetiva consiste en someter a un bien jurídico protegido a una situación de riesgo intolerable. La diferencia radica en el vínculo subjetivo que mantiene el sujeto activo con el hecho: si el sujeto conoce (dolo) o desconoce (imprudencia) el riesgo que entraña su comportamiento para el bien jurídico. El común denominador en la infracción dolosa y en la imprudente es la exigencia de conocer el riesgo del comportamiento que recae sobre el sujeto.

b) Tipos dolosos con elementos de tendencia trascendente y tipos dolosos con elementos de tendencia intensificada

1. Algunos tipos penales dolosos exigen que el sujeto activo actúe con alguna subjetividad adicional al conocimiento de que su comportamiento representa un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido. Se habla en estos casos de «elementos subjetivos distintos al dolo» y se distingue entre tipos que contienen elementos subjetivos de tendencia interna trascendente y tipos que contienen elementos subjetivos de tendencia interna intensificada.

- (i) Los tipos con elementos subjetivos de tendencia interna trascendente requieren que el autor persiga una concreta finalidad con su comportamiento que, sin embargo, trasciende al comportamiento típico y que no es necesario alcanzar para consumar el tipo. Se reconocen dos modalidades. En primer lugar, los *tipos mutilados de dos actos* para señalar los casos en que el sujeto pretende un acto posterior al comportamiento típico que ha de ser realizado por él mismo, tal como sucede con la posesión de drogas para su tráfico ilícito (artículo 296, segundo párrafo, del CP) y con el delito de tráfico de influencias que consiste en ofrecer influencias sobre un funcionario para obtener un beneficio indebido (artículo 400 del CP). En segundo lugar, los *tipos de resultado cortado*, en los que el autor busca un resultado que no depende de él;

es el caso de la contabilidad paralela que persigue la finalidad de obtener ventaja indebida (artículo 199 del CP).

Los tipos que contienen elementos subjetivos de tendencia interna trascendente se consuman con el primer acto, sin necesidad de que el sujeto logre el segundo acto (en los casos de tipos mutilados de dos actos) o el resultado que pretende (en los tipos de resultado cortado).

- (ii) Los tipos de tendencia intensificada se caracterizan porque el comportamiento ha de realizarse con una específica intención. El asesinato por placer (artículo 108.1 del CP) y la circunstancia de actuar por un móvil de honor (artículo 146 del CP) constituyen ejemplos de lo dicho. Los elementos de tendencia intensificada han de estar previstos expresamente por la ley. En caso contrario, se modificaría el supuesto de hecho del tipo penal y se vulneraría el principio de legalidad. Es lo que sucede cuando alguna jurisprudencia afirma que el tipo de homicidio requiere un *animus necandi* (RN 003028-2008, Arequipa, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 21 de enero de 2010), o el de violación de libertad sexual un *animus lubricus* (expediente 8145-97, Corte Superior de Lima, del 18 de mayo de 1998), cuando en realidad el texto de ninguno de los tipos mencionados contiene un elemento subjetivo distinto al dolo.

IV. EN RELACIÓN CON LOS SUJETOS

1. Tipos comunes y tipos especiales

1. Los tipos comunes pueden ser perpetrados por cualquier persona como autor. Normalmente —aunque no siempre— la redacción de los tipos comunes hace referencia a un sujeto indeterminado que suele ser descrito como «el que». Sucede así, entre otros casos, en el homicidio, en el hurto y en la estafa. Los tipos especiales exigen una cualidad o cualificación

especial que ha de tener el sujeto para responder como autor. Es el caso del abuso de autoridad (artículo 376 del CP) y del peculado (artículo 387 CP), que solo pueden ser imputados al «funcionario o servidor público».

La particularidad de los tipos comunes es que admiten todas las formas de intervención delictiva: autoría directa, mediata y coautoría (artículo 23 del CP); complicidad necesaria (artículo 25, primer párrafo, del CP); complicidad accesoria (artículo 25, segundo párrafo, del CP); e instigación (artículo 24 del CP). En los tipos especiales, la intervención delictiva está supeditada a si se opta por la tesis de la unidad del título de imputación (Acuerdo Plenarios 1-2007/EVS-22 y Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116), en cuya virtud los sujetos no cualificados (*extranei*) solo podrán responder como cómplices o instigadores por su intervención en el delito cometido por el autor cualificado (*intraneus*); o de si se adopta la tesis de la ruptura del título de imputación, en mérito a la cual la cualidad que prevé el tipo penal se exige para todos los intervinientes sin importar si son autores o partícipes.

2. Los tipos especiales se subdividen a su vez en tipos especiales *proprios* y tipos especiales *improprios*. Esta subclasificación depende de si la cualidad que requiere el tipo para responder como autor es el fundamento de la punibilidad (propios) o una agravante de un tipo común (impropio).

Por ejemplo, el parricidio (artículo 107 del CP) es un tipo especial impropio; pues, si el autor no tiene la calidad de ascendiente o descendiente de la víctima, el hecho constituye un homicidio. La calidad de ascendiente o descendiente funciona aquí como agravante del homicidio. El prevaricato (artículo 418 del CP) es un tipo especial propio; ya que, si el sujeto no es juez o fiscal, no puede emitir resolución o dictamen contra el mandato expreso de la ley y su comportamiento sería atípico. La calidad de juez o fiscal es, en este caso, el fundamento de la punición y no una razón para agravar un tipo penal (inexistente) que sanciona a un particular que emite una sentencia contra el texto expreso de la ley.

2. Tipos de propia mano

1. Los tipos de propia mano se definen como aquellos que requieren que el comportamiento sea realizado personal y directamente por el autor. En consecuencia, no admiten la autoría mediata; ya que en esta el autor comete el delito valiéndose de un tercero (artículo 23 del CP). Se suele sostener, además, que la violación de libertad sexual (artículo 173 del CP), la bigamia (artículo 130 del CP) y el autoaborto (artículo 114 del CP) son delitos de propia mano.

2. Los delitos de propia mano como categoría dogmática ha de ser rechazada. Si bien es verdad que algunos preceptos penales contienen términos que al ser interpretados literalmente inducen a pensar que exigen una actuación personalísima del autor, siempre es posible y necesario interpretarlos según el criterio teleológico y reconocer la vital importancia que tiene el deber de garante como fundamento de la responsabilidad penal (*infra*, capítulo 8). Esto conlleva a reconocer, como se ha mencionado ya en otro lugar de esta obra (*supra* capítulo 2, V, 2), que la norma penal pueda ser vulnerada por medios distintos a los estrictamente corpóreos. Así, por ejemplo, la madre que nada hace para evitar que su pareja viole la libertad sexual de su hija menor de edad realiza un comportamiento típico de violación sexual aun cuando no participe del acceso carnal.

3. Tipos de encuentro y tipos de participación necesaria

1. Los tipos de encuentro requieren que el sujeto pasivo o el agraviado intervenga facilitando *causalmente* la comisión del delito por parte del autor; por ejemplo, el delito de bigamia (artículo 139 del CP) requiere que el agraviado contraiga matrimonio con una persona casada. Los tipos de participación necesaria exigen la intervención de un partícipe (por lo general un cómplice) que colabora con el autor en la realización del delito y que ha de ser sancionado. Por ejemplo, en el delito de colusión (artículo 384 del CP), el autor (funcionario público) ha de concertarse con el interesado (cómplice) en los contratos en que por razón de su cargo

intervenga; sin la intervención del interesado, el funcionario público no podría realizar el tipo de colusión.

V. EN RELACIÓN CON EL BIEN JURÍDICO

1. Tipos básicos, tipos agravados y tipos atenuados

1. La sistemática que adoptan los códigos penales para tipificar y agrupar delitos vinculados por el bien jurídico protegido consiste en prever un tipo básico y, a partir de él, construir tipos agravados y atenuados. Los elementos del tipo penal se conocen como elementos esenciales, mientras que los elementos de los tipos agravados y atenuados, que se añaden o superponen a los elementos esenciales y los diferencian de sus respectivos tipos básicos, reciben el nombre de elementos accidentales.

Por ejemplo, el tipo básico del delito de secuestro (artículo 152 del CP) consiste en privar a otro de su libertad personal sin derecho, motivo ni facultad justificada. Dicho comportamiento está compuesto de elementos esenciales, como el sujeto activo, el sujeto pasivo y el comportamiento típico (privar a otro de su libertad personal); mientras que el tipo agravado del delito (artículo 152.13 del CP) consiste en secuestrar a quien se encuentra en estado de gestación. El estado de gestación es un elemento esencial.

2. Distinguir entre elementos esenciales y elementos accidentales adquiere especial relevancia en el ámbito de error: en la medida en que las infracciones dolosas exigen que el sujeto activo conozca que su conducta crea una situación de riesgo intolerable para el bien jurídico que se describe en el tipo penal, el desconocimiento de algún elemento accidental impedirá la imputación del tipo agravado doloso, pero permitirá que se imputa el tipo básico si no existe una modalidad imprudente del tipo agravado. Así, por ejemplo, quien mata a su padre en la creencia de que se trata de otra persona, no cometerá parricidio (tipo agravado) y, como no existe una modalidad imprudente de parricidio, solo podrá imputársele el homicidio en su formulación básica; pues, si bien su dolo

(conocimiento) no abarca el elemento accidental, representado en este caso por la relación de descendencia que lo vincula con el sujeto pasivo, sí comprende a los elementos esenciales del tipo básico de homicidio: matar a otro con independencia de conocer su identidad y de que el homicida se encuentre vinculado con la víctima por una relación de parentesco.

3. Los tipos agravados se edifican añadiendo a los elementos esenciales del tipo básico elementos accidentales que aumentan el desvalor del injusto y que a su vez incrementan el reproche que recae sobre el sujeto, lo que se traduce en un aumento de la pena conminada en el tipo agravado con respecto al tipo básico. Así, por ejemplo, el artículo 185 del CP tipifica el delito de hurto simple (tipo básico) y el artículo 186 del CP contempla supuestos de hurto agravado. Lo mismo sucede con el peculado, cuyo tipo básico se regula en el artículo 387 del CP (primer párrafo); mientras que en el artículo 387 del CP (segundo párrafo) se prevé su modalidad agravada.

4. Los tipos atenuados pueden construirse mediante la adición al tipo básico de elementos accidentales que disminuyen su desvalor y, por tanto, la pena legal; por ejemplo, el infanticidio (artículo 109 del CP) es un tipo atenuado de homicidio por perpetrarse bajo los efectos del estado puerperal. En otras ocasiones, los tipos atenuados restan o cambian elementos al tipo básico que disminuyen la gravedad del comportamiento y consecuentemente el reproche y la pena; por ejemplo, el hurto de uso (artículo 187 del CP) y el peculado de uso (artículo 388 del CP) son tipos atenuados del hurto simple y del peculado simple, respectivamente, porque el autor solo usa el objeto material para fines no autorizados, pero sin llegar a apropiarse de él.

5. El vínculo que relaciona a los tipos agravados y a los atenuados con el tipo básico es el bien jurídico. De esto se derivan algunas consecuencias:

- (i) En primer lugar, el aumento de pena en los tipos agravados y la disminución en los atenuados debe ser proporcional a la(s) circunstancia(s) agravante(s) o atenuante(s), respectivamente.

- (ii) En segundo lugar, el aumento o la disminución de la pena puede reflejarse cuantitativa y/o cualitativamente. Lo primero ocurre cuando el tipo agravado aumenta la pena conminada del tipo básico o el atenuado la disminuye; y lo segundo, cuando, con independencia de aumentar o disminuir la pena, se incorpora una pena distinta (por ejemplo, multa, inhabilitación) a la prevista en el tipo básico (que, por lo general, es una pena privativa de libertad).
- (iii) En tercer lugar, la ubicación sistemática de los tipos penales agravados y atenuados es irrelevante. Pueden ubicarse en distintos capítulos o títulos del Código Penal e incluso en una ley penal especial, aunque lo deseable, de cara a facilitar el conocimiento de la ley, es que se agrupen bajo un mismo título. Tampoco importa que mantengan el mismo *nomem iuris* (parricidio-homicidio-infanticidio).
- (iv) En cuarto lugar, las circunstancias que agravan y atenúan el desvalor del injusto pueden contemplarse en la Parte general del Código Penal como circunstancias agravantes y atenuantes genéricas. Es una elección de técnica legislativa que en nada altera el resultado con respecto a que la circunstancia agravante o atenuante se incorpore a los delitos de la Parte especial. Es más, lo deseable, atendiendo a la naturaleza de la Parte general, es que ahí sea donde se regulen las circunstancias agravantes y atenuantes que se relacionan con el merecimiento de pena; es decir, con la desvaloración *ex ante* que recae sobre el comportamiento y que desde ahí irradian a las figuras de la Parte especial, sin perjuicio de las particulares circunstancias agravantes y atenuantes que requieran los delitos. Es lo que sucede ya con las causas de exclusión del injusto (mal llamadas causas de justificación o de exculpación), el error de prohibición vencible (artículo 14 del CP), la tentativa (artículo 16 del CP), la responsabilidad restringida

por la edad (artículo 21 del CP), la reincidencia (artículo 46-C del CP) y en general con las circunstancias referidas al merecimiento de pena (y no a la necesidad social de pena que se valoran desde una perspectiva *ex post*) que le permiten al juez individualizar la pena (artículos 45, 46 y 46-A del CP).

2. Tipos complejos o pluriofensivos

1. Cuando el tipo penal tutela más de un bien jurídico recibe el nombre de «complejo» o «pluriofensivo». Es el caso del robo (artículo 188 del CP), para cuya comisión se requiere la lesión del bien jurídico «patrimonio» y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico «vida» o «integridad». La antijuridicidad exige en estos supuestos la vulneración de todos los bienes jurídicos comprometidos. Determinar si un tipo penal es complejo o no depende de la interpretación que se haga del tipo, aunque el texto legal suele ser suficientemente claro, como ocurre en el delito violencia contra la autoridad (artículo 366 del CP) que sanciona ejercer violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones.

2. Existen, sin embargo, otros casos en que la lesión de uno de los bienes jurídicos comprometidos se subsume en la lesión del otro bien jurídico. Sucede así en el tipo básico del delito contra la libertad sexual (artículo 170 del CP) que exige realizar el acto sexual con violencia o amenaza y la lesión a la integridad o libertad individual que sufra la víctima al ser violada en su libertad sexual forma parte del desvalor del comportamiento contra la libertad sexual, al no poder vulnerarse este bien jurídico sin afectar aquel. Por lo mismo, el grado de violencia o amenaza debe ser *propio* de una violación de libertad sexual y no mayor, en cuyo caso se trataría de un concurso de delitos.

VI. EN RELACIÓN CON EL GRADO DE AFECTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO

1. Tipos de lesión

1. Los tipos de lesión se caracterizan porque el comportamiento típico implica la efectiva lesión del bien jurídico, como acontece, por ejemplo, en el homicidio, lesiones y aborto. La lesión al bien jurídico no debe confundirse con el resultado material de los llamados «delitos de resultado» ni con la destrucción o mutación de forma del objeto material. En efecto, por un lado, muchos de los llamados tipos de «mera actividad» son también tipos de lesión, como la injuria (artículo 130 del CP) y la resistencia o desobediencia a la autoridad (artículo 368 del CP); y, por otro lado, porque como se ha visto (*supra* capítulo 3, I, 3) el objeto material puede destruirse o mutar de forma sin que el bien jurídico se lesione, tal como sucede cuando el titular del bien jurídico emite su consentimiento.

2. Tipos de peligro concreto y tipos de peligro abstracto

1. Se afirma que en los tipos de peligro no se requiere que el bien jurídico sea sometido a una situación de peligro sin que se lesione o, lo que es lo mismo, que el comportamiento típico aminore las condiciones de seguridad del bien jurídico (Terradillos). La técnica legislativa de los tipos de peligro se suele emplear ahí donde parece razonable adelantar el momento de la intervención del derecho penal. Esta técnica se sugiere para bienes jurídicos colectivos y, en general, cuando la efectiva lesión del bien jurídico significa un costo muy elevado y una situación difícil o imposible de revertir. Así, por ejemplo, el delito de contaminación del medioambiente en la modalidad de verter residuos tóxicos en el suelo (artículo 304 del CP) exige solo una situación de peligro para el bien jurídico «medioambiente» y no la constatación de su efectiva lesión; y el delito de contaminación o adulteración de bienes o insumos destinados al uso o consumo humano (artículo 286 del CP) prohíbe un comportamiento que coloca al bien jurídico «salud pública» en peligro, sin necesidad de lesionarlo.

2. Los tipos de peligro se distinguen a su vez en tipos de peligro concreto y tipos de peligro abstracto. Los primeros requieren que el comportamiento coloque al bien jurídico en una situación de peligro real, existente, concreta; situación de peligro, por tanto, constatable y que tiene que ser demostrada en el proceso penal. El caso anteriormente mencionado de contaminación al medioambiente del artículo 304 es un tipo de peligro concreto, ya que verter residuos tóxicos se sanciona solo si *puede* causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, sin que sea necesario que efectivamente se cause un perjuicio o alteración. Los tipos de peligro concreto se corresponden a los llamados «tipos de resultado»: el comportamiento prohibido es el acto que pone en peligro al bien jurídico y la situación de peligro concreto desencadenada es el resultado que prevé el texto legal.

3. Los tipos de peligro abstracto describen un comportamiento cuya realización, *se presume*, crea un peligro para el bien jurídico. A diferencia de los tipos de peligro concreto que exigen una comprobación *ex post* de la situación de riesgo creada, los tipos de peligro abstracto se limitan a sancionar un comportamiento por una valoración *ex ante*: el legislador presume, sin prueba en contrario y sobre la base de datos estadísticos, que la consecuencia del comportamiento típico es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

3. Valoración personal

1. El binomio lesión/peligro y su relación con el bien jurídico ha de ser valorado a partir de la estructura del tipo penal y del rol que desempeña el bien jurídico. Si el tipo penal describe comportamientos que colocan al bien jurídico en una situación de riesgo (o peligro) intolerable, la prohibición y la sanción penales no han de esperar a que el bien jurídico se lesione efectivamente. Esta idea, así planteada, no solo habla a favor de sancionar la tentativa, sino que además indica que la regla general

del comportamiento típico ha de ser la del peligro del comportamiento. O, en otras palabras, el tipo penal, como comportamiento de riesgo, es siempre un tipo de peligro.

Que algunos preceptos penales se encuentren redactados de manera que induzcan a pensar que el bien jurídico ha de ser lesionado, no autoriza a distinguir entre lesión y peligro como modalidades de tipos penales. La lesión *material* del bien jurídico, como resultado material, será una consecuencia del comportamiento típico que repercutirá en la necesidad social de pena y, por tanto, en su determinación judicial, pero no condicionará ni trascenderá en la calificación típica del comportamiento. Realizar un comportamiento prohibido *ex ante* porque expresa un riesgo para la vida, aun cuando no cause la muerte de la víctima, es tan típico de homicidio como el comportamiento que sí produce su deceso.

2. El razonamiento expuesto traslada la discusión sobre los tipos de lesión y tipos de peligro desde la tipicidad hacia las consecuencias jurídicas del delito. Es ahí donde ha de valorarse si el comportamiento de peligro para el bien jurídico (tipo penal) termina lesionándolo efectivamente (causando el resultado material). Para decirlo una vez más: aun cuando solo se trate de un comportamiento de riesgo y el precepto penal se encuentre redactado de manera que exija la lesión del bien jurídico (por ejemplo, homicidio), la naturaleza y estructura de la norma penal obliga a entender que el tipo penal se satisface y completa con el comportamiento de riesgo; pues es esa, y no la destrucción del bien jurídico, la razón que legitima la prohibición *ex ante* del comportamiento. Que el legislador denomine a estos casos «tentativa» y los reprima con una pena solo ahonda en lo dicho: el peligro para el bien jurídico es suficiente para legitimar la intervención penal, incluso en los llamados delitos de lesión.

VII. EN RELACIÓN CON LA FORMA Y EL MOMENTO DE CONSUMACIÓN

1. Tipos de consumación instantánea, tipos permanentes y tipos de estado

1. Una de las clasificaciones de tipos penales más extendida en doctrina distingue entre tipos de consumación instantánea y tipos permanente. Los primeros se consumarían, como su nombre lo indica, en un instante sin necesidad de que el autor mantenga en el tiempo la situación antijurídica de riesgo para bien jurídico. El hurto (artículo 180 del CP) y las lesiones (artículo 212 del CP) serían tipos de consumación instantánea; también la omisión de prestar auxilio (artículo 127 del CP).

2. Los tipos o delitos permanentes sí requerirían que el agente prolongue en el tiempo el estado antijurídico de peligro para el bien jurídico. El secuestro (artículo 152 del CP) sería un delito permanente, pues la privación de la libertad dura un determinado lapso que depende del autor. Otro ejemplo sería la violación de domicilio (artículo 159 del CP) en donde el estado antijurídico perdura tanto como el sujeto permanezca en la morada ajena sin autorización. Suele afirmarse que los tipos permanentes tienen la particularidad de empezar a consumarse desde que se inicia el comportamiento típico hasta que este cesa y que durante dicho período de tiempo el delito se seguiría consumando. De ahí que se les conozca como tipos de consumación permanente. La consumación del secuestro, por ejemplo, empezaría en el momento en que la víctima es privada de su libertad y terminaría con su liberación.

3. Junto a los delitos de consumación instantánea y a los delitos permanentes se suele ubicar a los delitos de estado. Se trataría de delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, pero que no pueden ser imputados al sujeto porque dichos efectos no vulneran la norma penal y el sujeto no tiene posibilidad de control sobre ellos. Distinguir entre tipos penales de estado y tipos penales de consumación instantánea y efectos permanentes dependería de la naturaleza del comportamiento

típico. Por ejemplo, el artículo 316 del CP (tipo de estado), que sanciona al funcionario público que otorga licencia de funcionamiento para cualquier actividad sin observar las exigencias de las leyes y reglamentos sobre protección del medioambiente, se consumaría instantáneamente con el otorgamiento de la licencia y los efectos de la autorización perdurarían en el tiempo; pero lo que la norma penal de dicho tipo prohíbe no es gozar en el tiempo de una autorización irregular, sino que el funcionario público la emita.

4. La relevancia práctica de vincular al delito con su consumación se aprecia, por un lado, en la participación criminal, es decir, ya no será posible después de la consumación del delito; y, por otro lado, en el plazo de prescripción de la acción penal que empieza a computarse cuando el delito se consuma (artículo 82.2 del CP).

2. Valoración personal

1. No es recibo distinguir entre delitos instantáneos, de consumación permanente y de estado. Si el delito es un comportamiento de riesgo prohibido para el bien jurídico que se describe en la ley con los elementos objetivos y subjetivos y la consumación es la realización de todos los elementos objetivos y subjetivos del delito, la consumación del delito se dará siempre de manera instantánea cuando el bien jurídico sea sometido a la situación de riesgo prohibido. Incluso el secuestro —que usualmente se utiliza para ejemplificar a los tipos de consumación permanente— se consuma desde el primer instante en que se priva de la libertad a la víctima. A partir de ese momento, es posible afirmar que la norma penal ha sido vulnerada en su integridad, sin que sea obligatorio ni necesario esperar que el secuestro se prolongue en el tiempo.

2. Lo anterior no debe llevar a negar la relevancia penal de la manutención del estado antijurídico de peligro para el bien jurídico. Podría pensarse que esta situación es excepcional y que solo se da en los (mal) llamados delitos permanentes en que el comportamiento típico implica la creación

de un estado antijurídico que *puede* perdurar en el tiempo, como sucede por ejemplo en el secuestro, violación de domicilio, usurpación por despojo de posesión, desaparición forzada de personas, etc. En esta línea, podría pensarse con razón que, si el mantenimiento del estado antijurídico de peligro para el bien jurídico depende del sujeto, tiene sentido imputarle no solo la creación del peligro (consumación del tipo), sino también el mantenimiento del estado antijurídico de peligro por ser garante de su evitación.

Pero si se observa con detalle, esta situación es la regla común en todos los delitos, pues siempre es posible mantener en el tiempo un estado antijurídico de peligro para el bien jurídico; incluso en los (mal) llamados delitos instantáneos. Dicho con el ejemplo del homicidio: el comportamiento típico empezará cuando se someta a la vida a una situación de peligro intolerable que podrá ser mantenida en el tiempo hasta que la persona muera. Que el derecho positivo denomine «tentativa» al tiempo que va desde que se crea el riesgo típico hasta que sea posible mantenerlo y «consumación» al instante en que dicho riesgo termina, es solo una cuestión terminológica e impregnada de connotaciones causales que no pueden condicionar el razonamiento.

3. Así como todos los delitos se consuman de manera instantánea, así también en todos es posible que el agente mantenga la situación de riesgo para el bien jurídico durante un lapso posterior a la consumación y será necesario que se le impute dicho comportamiento. A la pregunta de cuánto tiempo es posible mantener el estado antijurídico de peligro para el bien jurídico después de la consumación, se responde afirmando que tanto como el bien jurídico resista ser colocado en situación de riesgo. Así, por ejemplo, mientras la víctima no muera podrá someterse a la vida a peligro y mientras el objeto no se destruya podrá incurrirse en delito de daños (artículo 205 del CP).

4. Si se sigue la línea de argumentación trazada, si se distingue entre consumir un delito (como creación de un estado de peligro antijurídico

para el bien jurídico mediante la realización de los elementos objetivos y subjetivos del tipo) y mantener el estado de peligro antijurídico después de la consumación del delito y mientras lo soporte el bien jurídico, es posible advertir una diferencia valorativa que se refleje en la pena impuesta. Con la consumación del delito, se satisface el juicio de merecimiento de pena y se legitima la imposición de una pena dentro de los márgenes legales. Uno de los criterios que el juez debería tomar en cuenta para individualizar (agravar) la pena debería ser precisamente el mantenimiento del estado de peligro antijurídico para el bien jurídico; pues el agente sigue subyugando un interés penalmente protegido, vulnerando la norma penal y, por tanto, sigue realizando un comportamiento que merece pena.

5. El razonamiento expuesto no solo mantiene abierta la posibilidad de la participación criminal, sino que la explica de manera coherente: es posible intervenir en el delito mientras sea posible someter al bien jurídico a una situación de peligro o riesgo. Lo mismo ocurre con el plazo de prescripción de la acción penal, que empezará a computarse cuando cesa la situación o estado de peligro antijurídico para el bien jurídico y nunca mientras dicha situación esté vigente. Así, por ejemplo, es posible intervenir en el delito de robo desde que el bien jurídico protegido es sometido a una situación de riesgo hasta que se logra sustraer el objeto de la esfera de su titular, momento en que empezará el plazo de prescripción. Lo mismo sucede con el secuestro: la intervención criminal es posible desde que el bien jurídico es colocado en situación de riesgo (por ejemplo, desde que se empieza la ejecución del secuestro y no desde que se priva de libertad a la víctima) y mientras la víctima permanece cautiva.

VIII. ¿TIPOS DE INFRACCIÓN DE DEBER Y TIPOS DE DOMINIO?

1. En su origen, los delitos de infracción de un deber fueron concebidos por Claus Roxin para explicar la responsabilidad omisiva, en donde el sujeto responde a pesar de no causar el resultado lesivo, lo que demuestra que estos delitos pretenden superar deficiencias de imputación penal

de concepciones causales. Hoy en día, un importante sector de la doctrina distingue entre tipos de infracción de un deber y tipos de dominio dependiendo de si el tipo se fundamenta en la vulneración de un concreto y especial deber jurídico, como los que impone la patria potestad, la calidad de juez y, en general, el ser funcionario público (tipos de infracción de un deber), o de si el comportamiento que prevé el tipo ha sido dominado por el sujeto (tipos de dominio).

El peculado (artículo 387 del CP) sería un tipo de infracción de un deber porque su punición se basa en la transgresión de un deber funcional que es exclusivo e inherente de los servidores públicos y que fuera de dicho ámbito es inexistente. El homicidio, por el contrario, sería un tipo de dominio porque quien lo perpetra no incumple deber especial alguno y porque se trata de un comportamiento controlable por el sujeto responsable. Pero el parricidio cometido en agravio del menor hijo sí sería un delito de infracción de un deber, porque la relación de patria potestad impondría al padre un especial deber de protección frente a su hijo.

2. La consecuencia natural de admitir esta clasificación es que en los tipos de infracción de un deber solo responde quien detenta el deber; de ahí que se rechace en estos delitos la participación de sujetos no cualificados y la autoría mediata. En los tipos de dominio, por el contrario, solo responde la persona que domina el comportamiento, con independencia de si participa materialmente (autor directo o coautores) o no en su ejecución (autor mediato). En los delitos de dominio caben todas las formas de participación criminal.

3. Los tipos de infracción de un deber, se dice, presuponen la existencia de un deber preconfigurado por el Estado que el sujeto incorpora a su esfera de competencias (*infra* capítulo 8, III). El rol de juez, por ejemplo, trae aparejado el deber de resolver de conformidad con el derecho. Por eso, bajo esta lógica, el prevaricato sería un tipo de infracción de un deber: no interesa si es el mismo juez o su secretario quien redacta la sentencia prevaricadora, solo que el primero la emita. En los tipos de dominio, por

el contrario, el sujeto incorpora a su esfera de competencias deberes que se desprenden de los actos que realiza; es decir, él mismo configura su esfera de competencias. Por ejemplo, no existe un deber preconfigurado que obligue al delegado de aula a ser garante de la vida de sus compañeros. Si uno de ellos muere, no significa que deba responder el delegado, pero sí quien dominó el acto de riesgo para la vida (quien disparó el arma).

4. Lo dicho en el párrafo anterior indica que la diferencia entre tipos de infracción de un deber y tipos de dominio es la forma en que el sujeto accede a la posibilidad de lesionar el bien jurídico, cuando en ambos casos es posible identificar un deber por cuya vulneración se sanciona. Desde este punto de vista, todos los tipos penales son tipos de infracción de un deber. Si el presupuesto de la responsabilidad penal es la vulneración de la norma penal —es decir, incumplir el deber de respetar los bienes jurídicos— y este deber se advierte también en los llamados delitos de dominio (también en el homicidio, en el hurto o en la violación sexual se tiene el deber de respetar el bien jurídico ajeno), distinguir entre tipos de infracción de un deber y tipos de dominio como razón para negar o aceptar ciertas formas de intervención delictiva, no es de recibo para quienes legitimamos la existencia de la norma penal en situaciones de peligro intolerable para bienes jurídicos que son atribuidas a quienes asumen previamente el compromiso de evitarlas —o, expresado en otras palabras, a los garantes por ingerencia— sin tener en sí que participar causalmente en su creación o mantenimiento. Desde este particular punto de vista, el binomio «delitos de infracción de un deber»/«delitos de dominio» es un lastre causalista.

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 4

ACCIÓN PENAL COMO COMPORTAMIENTO TÍPICO E IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DEL DELITO

Sumario: I. Aproximación inicial. II. Evolución del concepto penal de comportamiento. 1. Concepto causal de acción. 2. Concepto final de acción. 3. Concepto social de acción. 4. Concepto negativo de acción. 5. Concepto personal de acción. III. Toma de postura. 1. La acción penal como comportamiento típico y la capacidad de comportamiento como presupuesto del delito. 2. Culpabilidad y necesidad social de pena.

I. APROXIMACIÓN INICIAL

1. El concepto jurídico-penal de comportamiento (o «acción penal», por la traducción del término alemán *Strafrechtlichehandlung*) es uno de los más controvertidos en la dogmática penal. Usualmente se le asigna la función de ser el elemento en común sobre el cual se construyen los distintos delitos, pues la responsabilidad penal se atribuye a quien despliega un comportamiento cuando está impedido de hacerlo o a quien no lo realiza a pesar de estar obligado. En la línea de las ideas esgrimidas en los capítulos anteriores, aquí se asume que, desde una perspectiva naturalística, el comportamiento es irrelevante, pues no interesa la forma (activa u omisiva) en que se exprese, o los esfuerzos físicos que despliegue el sujeto para realizar el delito. Lo determinante es el *significado* que el comportamiento

adquiere en sociedad y que condiciona su particular *desvalor*; lo que, en definitiva, legitima su prohibición y sanción.

2. Lo anterior adquiere especial importancia cuando se lleva a sus últimas consecuencias el principio en cuya virtud en un Estado de derecho solo es legítimo atribuir responsabilidad penal por hechos (derecho penal de hecho) y no por estilos o modos de vida (derecho penal de autor): el *desvalor* que caracteriza a un delito presupone, siempre, que se vincule un hecho a un sujeto como obra suya. Un hecho que no pueda ser vinculado a un sujeto carece de sentido para el derecho penal porque este no puede prohibir ni desvalorar hechos de la naturaleza. Es el sujeto (y su vinculación con el hecho) lo que convierte un hecho penalmente irrelevante en uno con *sentido ilícito*. Para decirlo con un ejemplo, mientras que las lesiones que sufre el niño a consecuencia del golpe propinado por su hermano de seis años solo pueden ser vistas como un lamentable suceso, el diagnóstico cambia si *ese hecho* se vincula a una persona que tenga capacidad para actuar en derecho penal; por ejemplo, a la madre que omite cuidar a sus hijos o a un tercero mayor de edad que empuja al niño.

3. De lo anterior se deriva una idea que condiciona la metodología que se seguirá de ahora en adelante: el análisis jurídico penal empieza por verificar si el sujeto tiene la capacidad que se le exige para que se le vincule a sus actos; esto es, si sus actos puedan serle legítimamente atribuidos como obra suya y pueden por tanto adquirir sentido de *ilícito penal*. Dicho en otras palabras, la capacidad del sujeto para actuar en derecho penal es un presupuesto del delito y, por tanto, es necesario diferenciar entre la teoría del delito y la teoría del sujeto con capacidad penal. Estas ideas se desarrollan en las siguientes líneas a la luz del concepto de «comportamiento típico».

II. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO PENAL DE COMPORTAMIENTO

En las siguientes líneas, se ofrece un sucinto resumen que da cuenta de la evolución histórica del concepto penal de comportamiento. En él se

percibirá que cada uno de los conceptos de acción que a lo largo de los últimos ciento cincuenta años se ha formulado ha estado influenciado por las corrientes del pensamiento que en su momento estuvieron en auge. Tener en cuenta esta perspectiva facilitará entender los presupuestos de cada propuesta, los objetivos que persiguen y permitirá además tomar postura en torno a ellas.

1. Concepto causal de acción

1. A finales del siglo XIX, en las ciencias naturales predominaba el enfoque positivista-naturalista, con arreglo al cual los sucesos aprehensibles por los sentidos debían ser observados y descritos antes que ser valorados. En este contexto, surgió el concepto causal-naturalístico de acción, que definió al comportamiento como un «movimiento corporal voluntario que causa una modificación en el mundo exterior» (sistema Lizst-Beling). Su vinculación con el positivismo-naturalista revela, en primer lugar, que si lo que primaba era la observación y descripción de hechos externos, tanto el resultado causado como el movimiento corporal voluntario debían ser componentes del concepto de acción. Y, en segundo lugar, explica por qué la voluntad del sujeto solo importaba como característica del comportamiento, mientras que la finalidad de la voluntad (lo que el sujeto deseaba o quería) era irrelevante. Así, por ejemplo, para que el golpe fuese acción bastaría que el sujeto hubiera querido mover el brazo sin que sea necesario analizar si quería espantar una mosca o golpear a la víctima.

2. La principal crítica que se formuló al concepto causal-naturalístico de acción fue su incapacidad para explicar los supuestos en que no se causa un resultado externo. Ello sucedería en la omisión que, en tanto ausencia de un comportamiento esperado, no causa resultados, y en algunos otros delitos, como los que atentan contra el honor, en que solo se produce una afectación valorativa al bien jurídico.

3. Esta crítica fue contestada parcialmente a partir de los aportes de la filosofía neokantiana. Caracterizada por su interés en las ciencias humanas,

esta propuso que la observación y descripción de un hecho resultaban insuficientes para su explicación y comprensión y exigía, además, su *valoración*. Surge así el concepto causal-valorativo de acción, según el cual la omisión no debía ser vista como una simple inacción o un estar de brazos cruzados; sino, más bien, como la realización de un acto *distinto* al esperado. Este argumento, sin embargo, no logró ocultar que en la omisión el resultado seguía siendo causado por un comportamiento o curso causal *distinto* al omisivo.

2. Concepto final de acción

1. En los años treinta del siglo XX, y a partir de las contribuciones filosóficas de Höningwald y Hartman, Welzel postuló que en muchos ámbitos la naturaleza tiene un orden que es previo a la intervención del hombre y a este solo le queda adaptarse a ella mediante el conocimiento de las leyes que la rigen. Esta observación dio lugar al concepto de «estructuras lógico-objetivas» para significar la existencia de esas circunstancias o ámbitos (estructuras) que responden a un funcionamiento natural que el hombre no puede modificar (lógico-objetivas). Una de las estructuras lógico-objetivas sería la acción que, en tanto humana, estaría siempre dirigida por la voluntad del sujeto hacia la causación de un resultado: al ser la finalidad de la voluntad consustancial al comportamiento humano, el legislador no puede obviarla ni modificarla.

Sobre esta base, el concepto final de acción definió al comportamiento como acción humana dirigida voluntariamente hacia un fin. En tanto estructura lógica-objetiva, sería un concepto prejurídico y, en oposición al concepto causal, al que tachó de «ciego», la acción final, al introducir la finalidad como elemento del comportamiento, se presentó como «vidente» (Welzel). Si se retoma el ejemplo anterior de las lesiones, el golpear a otro sería una acción final si el sujeto, al mover su brazo, hubiera perseguido lesionar a la víctima y no solo espantar una mosca.

2. Al concepto final de acción se le criticó porque:

- (i) No abarca a la culpa, pues en ella no existiría una dirección voluntaria que guíe el comportamiento. Los partidarios del concepto final de acción respondieron a esta crítica afirmando que en la culpa también existe un comportamiento dirigido voluntariamente a causar un resultado, aunque sea atípico (Hirsch y Armin Kaufmann). Pero ello conllevaría a que en la culpa solo existiría una posibilidad de acción voluntaria y no una acción voluntaria propiamente dicha, y que no interesara la finalidad de la acción, sino cómo se dirige. Esto dio lugar a que la culpa se definiera como infracción objetiva de cuidado y a que, a diferencia del dolo, en ella solo interesara el comportamiento y no el resultado. Expresado con un ejemplo: quien en su afán por acercarse a un amigo bota al piso el valioso jarrón, actuaría con culpa; pero el resultado «destrucción del jarrón» no quedaría abarcado por la finalidad del sujeto al haber dirigido su acto a saludar al amigo.
- (ii) El criterio de la «finalidad del comportamiento» no le permitió diferenciar claramente entre dolo eventual y culpa consciente, lo que obligaría a valorar en estos casos solo el aspecto cognitivo del acto: no se trataría ya de una voluntad en el sentido de querer realizar el resultado, sino más bien de aceptar el resultado previsto (dolo eventual) y rechazar el resultado o confiar en que no sucederá (culpa consciente). Así, si el portador del virus del VIH conoce que puede contagiar a su pareja si no se protege, pero confía en que no lo hará porque las posibilidades de transmisión son mínimas, el concepto de acción final afirmaría la culpa consciente y descartaría el dolo eventual aun cuando se produzca el contagio.
- (iii) En la omisión no existe una voluntad que domine el curso causal que produce el resultado. Por eso, en estos casos, algunos finalistas prescindieron de la voluntariedad del comportamiento

y exigieron solo que se conozca que se omite el acto. Expresado en otras palabras, en la omisión (final) concurriría solo el aspecto cognitivo y no la voluntariedad.

3. Concepto social de acción

1. Surgió en la primera mitad del siglo XX y buscó constituirse en un elemento común a todos los tipos delictivos (dolosos, culposos, activos y omisivos) a partir de la definición propuesta por E. Schmidt: acción sería el «comportamiento arbitrario para el mundo externo». Esta fórmula ha sido luego matizada por diversos autores dependiendo del criterio que eligen para la arbitrariedad del acto, pero se suele reconocer como característica de la acción su relevancia social. Con ello se lograría —a diferencia de las teorías causales o finalista— vincular el concepto de acción a la realidad social, lo que impediría que fuese un concepto prejurídico como los conceptos causal o final de acción.

2. Se increpa al concepto social de acción que la relevancia social es criterio impreciso y confuso que no diferencia con claridad los actos penalmente relevantes de los irrelevantes. Para superar esta objeción, se ha intentado concretar la relevancia social a partir de: a) otorgarle especial importancia a la finalidad del comportamiento (dolo) o a la falta de finalidad esperada (culpa); y b) exigir la exteriorización de dicha finalidad. Ello conduce, como se puede advertir, a un concepto social-final de acción.

3. Dejando por ahora de lado el concreto significado que se le otorga al criterio de relevancia social, el mérito del concepto social de acción es haber demostrado que la relevancia penal del comportamiento se deriva de la valoración social. A partir de este dato, se ha de dejar de concebir al comportamiento penal como el vínculo que relaciona al autor con la víctima o con el resultado que causa y aceptar que el comportamiento penal vincula al sujeto con la sociedad. De esta premisa se derivan consecuencias de singular trascendencia, sobre las que se volverá con ocasión del análisis del comportamiento como comportamiento típico (*infra* capítulo 7, I y II).

4. Concepto negativo de acción

1. Para el concepto negativo de acción, sugerido por Herzberg, comportamiento penal es no evitar lo evitable en una posición de garante, por no evitar cursos causales ajenos (omisión) o por no hacerlo sobre cursos causales propios (acción). En la misma línea, Jakobs ha definido a la acción como la causación de un resultado individualmente evitable.

2. Se objeta al concepto negativo de acción que si la posición de garante fuese en realidad un elemento del comportamiento, esta debería exigirse no solo en la omisión impropia; sino también en la omisión pura y en el comportamiento activo, lo que demandaría una revisión completa de la teoría del delito (algo que, por cierto, no debería alarmar). En esta línea, por ejemplo, si, como sugiere el concepto negativo de acción, la inevitabilidad del acto fuera un elemento del comportamiento o si el juicio de reproche (en donde se analiza si el *sujeto* puede y/o se le exige evitar el resultado) antecediera al juicio de antijuridicidad (en que se analiza si el *acto* está prohibido o no), debería cambiar el orden de los elementos constitutivos del delito y el concepto de acción sería un concepto de delito.

5. Concepto personal de acción

1. Este concepto, edificado a partir de los aportes de Rudolphi y Arthur Kaufmann, pero explicitado por Claus Roxin, concibe a la acción como «manifestación de la personalidad». Acción, en concreto, sería lo que se puede atribuir al hombre como centro anímico-espiritual de acción. Esta definición no abarcaría los casos en que no se exterioriza la personalidad (ideas) y también los que, exteriorizándose, no estaría controlada por la instancia anímico-espiritual del hombre (por ejemplo, cuando el sujeto es empujado y no puede evitar caerse). Al igual que el causal y final, el concepto personal de acción pretende ser un elemento en común entre todas las categorías penales, para lo cual se presenta como una forma prejurídica.

2. Sostener que la acción es manifestación de la personalidad podría distraer la necesaria interpretación que de ella hace la sociedad: lo que se entienda por manifestación de la personalidad está condicionado por la valoración de la sociedad en la cual se inserta el comportamiento. Al centrar su atención en los aspectos anímico-espirituales, el concepto personal de acción debería entender que dichos aspectos y la forma cómo se manifiestan son determinados (percibidos) por la sociedad como algo que pueda ser, para ella y no para el sujeto, un comportamiento penal. Si es así, en realidad se trataría de un concepto social de acción en el que la relevancia penal recaería en la percepción social de la forma cómo se expresa la personalidad.

III. TOMA DE POSTURA

1. La acción penal como comportamiento típico y la capacidad de comportamiento como presupuesto del delito

1. El repaso dado a los distintos conceptos de acción muestra que, salvo el concepto social y el concepto negativo de acción, el resto concibe a la acción como una situación prejurídica que ha de ser aprehendida por el legislador. Esta premisa colisiona con una idea que aquí se considera fundamental: al derecho penal le interesa únicamente los comportamientos que desvalora y prohíbe. Al derecho penal le conciernen exclusivamente los comportamientos típicos. Los comportamientos atípicos, al no vulnerar norma penal alguna, podrán ser relevantes para otras disciplinas e incluso para otras ramas del derecho, pero son intrascendentes para el derecho penal.

2. La vulneración de la norma penal no debe ser entendida únicamente como un acto que pone en peligro el bien jurídico o como un hecho que agravia al titular de este. Sin dejar de ser correcta, esta aproximación solo *describe* la consecuencia que produce el comportamiento, pero no desentraña su naturaleza. Desde una perspectiva valorativa, como la que

aquí se asume, debe complementarse el razonamiento: si la afectación a la distribución justa de libertades que expresa toda norma penal (*infra* capítulo 7, II, 1) atañe a la colectividad que la diseña y valora como algo absolutamente necesario para su desarrollo libre e igualitario, de manera que los efectos del delito rebasan al círculo de personas en quienes recae materialmente el acto, la vulneración de la norma penal es ante todo una forma *penalmente prohibida* que elige el sujeto para relacionarse con su entorno. El comportamiento típico como vulneración de la norma es el significado jurídico-penal que expresa la forma en que el sujeto se relaciona con su entorno y no el gesto corporal al cual se le asigna el significado (Vives Antón). Ese significado, que depende de la valoración sionormativa, es lo que se desvalora y prohíbe.

Dicho con otras palabras, lo que el derecho penal prohíbe es expresar un significado penalmente desvalorado. De ahí que los pensamientos e ideas, al permanecer en la psique del sujeto, no sean formas de relacionarse con el entorno y no tengan entidad para vulnerar normas penales.

3. La prohibición penal del comportamiento se determina con arreglo a los criterios que rigen la cosmovisión de las personas en sociedad y que se plasma en la valoración sociojurídica. Aquí radica el mérito del concepto social de acción, pues la relevancia penal del acto la determina la valoración social. Esta premisa obliga a dividir el análisis penal en dos grandes momentos:

- (i) En primer lugar, para que el derecho penal desvalore y prohíba un comportamiento es necesario que el sujeto pueda comprender el entorno (la realidad) como lo comprende el grupo social que califica de ilícito su comportamiento y, en consecuencia, serle exigible que se relacione con el entorno (que se comporte en sociedad) a partir de dicha comprensión. Esta capacidad de comprensión, conocida como imputabilidad, es un presupuesto del comportamiento típico; pues la legitimación del *ius puniendi* en un Estado de derecho reclama que los únicos comportamientos

penalmente relevantes sean los que puedan ser atribuidos a los destinatarios de la norma penal y tengan la posibilidad de actuar como tal.

Atribuir un comportamiento ilícito a quien no tiene capacidad para comprender la ilicitud o no tiene capacidad para comportarse según dicha comprensión, es una metodología que no se condice con el significado de ilícito (prohibido, desvalorado) en derecho penal. Por tanto, el análisis de la imputabilidad del sujeto antecede al estudio del comportamiento. La imputabilidad como presupuesto del delito se analizará en el siguiente capítulo.

- (ii) En segundo lugar, las características intrínsecas del hecho que hacen de él un comportamiento penalmente relevante también dependen de la forma en que el grupo social comprenda su entorno y se relacione con él.

Que en algunos grupos ancestrales se sacrificara a una persona para pedir perdón a la deidad y solicitar buenas cosechas; que en la actualidad, en algunas sociedades, se condene por infidelidad a la mujer que es agredida sexualmente; o que en algunas sociedades postindustriales sea la causalidad lo que determina la relevancia penal del comportamiento, da cuenta de que cada sociedad desvalora, prohíbe y sanciona comportamientos a partir de su particular comprensión de su entorno y de la forma en que se relaciona con él.

El estudio de las características típicas del comportamiento corresponde a la teoría del delito y se realiza cuando previamente se ha constatado la imputabilidad del sujeto. El Código Penal sistematiza un conjunto de circunstancias que descartan la relevancia penal del comportamiento y le otorgan un significado distinto al de ilícito penal, a las que la denomina «causas de atipicidad», «causas de justificación» y «causas de exculpación»

(legítima defensa, estado de necesidad, error invencible, no exigibilidad de otra conducta, etc.) y que aquí se denominan «causas de exclusión del injusto».

4. La metodología elegida por el legislador parece sugerir que el juicio penal consistiría en descartar la concurrencia de alguna de las circunstancias que excluyen el delito. Pero no es así. Si bien desde un punto de vista práctico tiene sentido que la ley establezca en qué casos no se incurre en responsabilidad penal, resumir el proceso penal a la constatación de alguna causa de exclusión de injusto significaría que se presume la comisión del delito o, lo que es lo mismo, se contravendría la presunción de inocencia e invertiría la carga de la prueba. Si la carga de la prueba recae en el Ministerio Público, este debe postular y argumentar la imputación del delito (la creación del riesgo prohibido). Si en el transcurso del proceso decae la hipótesis inculpativa del Ministerio Público, no será a consecuencia de una causa de exclusión del injusto, sino porque no se creó un riesgo prohibido (o porque no existen suficientes pruebas para acreditarlo).

En realidad, las causas de exclusión de injusto no lo excluyen, sino que en tales supuestos no es posible afirmar que se haya cometido un injusto: las causas de atipicidad no tornan un hecho típico en atípico, las causas de justificación no hacen del hecho prohibido uno permitido y las causas de exculpación no disculpan a un sujeto responsable de un delito. El común denominador de estas circunstancias es que hacen referencia a comportamientos que *desde su origen* son de riesgo permitido, ya que no ponen en riesgo bienes jurídico-penales: son hechos penalmente irrelevantes desde su origen y no es necesario justificarlos ni disculpar a quien los realiza.

5. De lo anterior se sigue que las causas de exclusión de injusto que prevé el Código Penal (causas de atipicidad, justificación y exculpación) son declarativas y no constitutivas. Por tanto, se ha de descartar la responsabilidad penal incluso en circunstancias no previstas en la ley

como causas de exclusión del injusto (por ejemplo, estado de necesidad defensivo y, en general, en los casos en que no se exige un comportamiento distinto), siempre y cuando no se haya creado un riesgo penalmente prohibido. Expresado en pocas palabras, lo único que una causa de exclusión del injusto puede probar es que no se creó un riesgo penalmente prohibido.

2. Culpabilidad y necesidad social de pena

1. Considerar a la imputabilidad como un presupuesto del delito y no un elemento de la culpabilidad —como sostiene la doctrina dominante—, obliga a repensar la función y el contenido de la categoría «culpabilidad» y la ubicación sistemática de sus elementos. La tesis que aquí se sigue reza: la categoría culpabilidad, tal cual se le conoce, no está en capacidad de cumplir la función de legitimar el reproche penal, la imposición de la pena ni servir como límite máximo a su determinación judicial y sus elementos (inimputabilidad, exigibilidad de otra conducta y conocimiento potencial de la ilicitud) se explican mejor y tienen una mayor capacidad de rendimiento en otros momentos del análisis penal, en particular en el injusto. La legitimidad del reproche penal y de la pena se deriva de la necesidad social de pena.

Sin perjuicio de ser explicado en los siguientes capítulos, lo anterior, lejos de desvanecer el juicio de reproche penal que en la actualidad se realiza en sede de culpabilidad, lo clarifica. En efecto, que la categoría «culpabilidad» no garantice, a pesar que suela afirmarse que no hay pena sin culpabilidad y que esta fija la medida máxima de pena a imponer, se deriva de una serie de consideraciones.

2. Por un lado, de las críticas que ha recibido la culpabilidad como juicio de reproche basado en una libertad empíricamente indemostrable y del hecho de que la conducta humana depende de una pluralidad de elementos, estímulos, condicionantes, traumas, etc. que escapa a las posibilidades del hombre abarcarlos y averiguar cómo una persona ha actuado en el caso

concreto (un hombre —con sus siempre limitados conocimientos— no puede juzgar a otro hombre). Es muy complejo —por no decir imposible y hasta irracional— que en el marco de un proceso judicial se lleguen a conocer las razones que llevaron a una determinada persona a actuar de determinada forma en un momento determinado.

Como ha manifestado Gimbernat, si un psicoanalista contando con el constante esfuerzo del paciente por colaborar y por superar sus inhibiciones y después de largos años de tratamiento psicoterapéutico, solo aproximada e inseguramente puede llegar a constatar, sobre la base de hipotéticas, explicaciones que nunca encuentran confirmación absoluta, qué peso tienen y cuáles son los factores que determinan el comportamiento del analizado, ¿cómo va a poderlo conseguir el no especialista (el juez) en el tiempo muchísimo más limitado de que dispone?

3. Por otro lado, el reproche penal que legitima la prohibición de un determinado comportamiento y la imposición de pena por su realización se deriva de las características típicas del injusto (¿caso hay algo más reprochable que un comportamiento penalmente antijurídico?) y de las necesidades que la sociedad tenga en sancionar el delito ya cometido y no únicamente de la categoría «culpabilidad». La razón que legitima la imposición de una pena (necesidad de pena) a un imputable es el riesgo prohibido para un bien jurídico que se desvalora en el injusto. No hay nada más inseguro y arbitrario que vincular la medida de la pena al grado de culpabilidad; pues esta, que en un Estado de derecho, solo puede ser culpabilidad por el delito cometido y se afirma automáticamente cuando un sujeto imputable crea un riesgo prohibido y la pena se determina judicialmente sobre la base del criterio de necesidad social de pena.

Un razonamiento parecido ha sido expuesto por la jurisprudencia (RN 3800-00-Huancavelica):

Las exigencias que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no solo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de represión penal,

sino que además, la gravedad de esta debe ser proporcional a la del delito cometido; ello, a su vez, implica el reconocimiento de que la gravedad de la pena debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprimen, de allí que resulte imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque al bien jurídico.

4. Lo anterior queda más claro cuando se revisa los artículos 45 y 46 del CP que regulan los criterios que ha de utilizar el juez para individualizar la pena por el delito cometido. Dichos criterios o bien se vinculan al injusto, o bien son circunstancias posdelictivas. Frente a este marco normativo, los partidarios de mantener a la culpabilidad como elemento del delito no logran explicar cómo y por qué el reproche penal, la pena y su medición judicial se derivarían únicamente del tipo de la culpabilidad o, lo que es lo mismo, de sus elementos (imputabilidad, exigibilidad de otra conducta y conocimiento potencial de la ilicitud) como si solo ellos pudieran ponderar el reproche por el delito. La responsabilidad penal a la que se refieren los artículos VII del TP del CP (la pena requiere de la responsabilidad penal del autor) y VIII del TP del CP (la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho) es la que se deriva de la trascendencia social del delito cometido por un sujeto imputable.

5. Nótese, sin embargo, que el propio artículo VIII, TP, del CP establece que la prohibición para que la pena no sobrepase la responsabilidad por el hecho no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad. Tamaña aberración jurídica, generada por la incapacidad del Estado para prevenir la comisión de delito y alentada por necios que, negando la historia de todos los pueblos, se empeñan en sostener que la criminalidad se combate con el aumento de penas, es incompatible con el Estado de derecho. Frente a esta situación, que no ha podido ser frenada por la «culpabilidad como límite a la pena», solo queda calificar el precepto de inconstitucional e inaplicarlo por contravenir el principio constitucional de proporcionalidad.

6. El criterio de necesidad social de pena sí podría ofrecer solución; pues, como se verá luego, no se refiere solo a la necesidad inmediata de pena, sino que legitima la pena en tanto sea proporcional a los fines que con ella persigue el Estado de derecho. En tal medida, una pena que supere dicha proporcionalidad es de plano inadmisibile. Cuestión distinta y compatible con la responsabilidad por el hecho es que la reincidencia se emplee como circunstancia agravante genérica que permite graduar la pena dentro de los límites legales.

7. Algo similar ocurre cuando se analiza los elementos de la culpabilidad según la doctrina mayoritaria. Así, por ejemplo, con respecto a la *exigibilidad de otra conducta* que, desde los aportes de Frank, Freudenthal y Goldschmidth y el concepto normativo de culpabilidad se la considera un elemento de la culpabilidad como reproche por no haber actuado de manera distinta, aquí se la concibe como un principio del derecho penal que inspira a todas las categorías jurídico-penales y en particular a la tipicidad, a tal punto que lo que no se exige es atípico.

Por otro lado, con respecto al *conocimiento potencial de la ilicitud*, que se suele ubicar en la categoría «culpabilidad» y distinguir del conocimiento de los elementos del tipo (dolo) que se analizaría en la tipicidad (subjetiva), según la sistemática que se sigue en esta obra, este elemento se ubica en el tipo, pues el conocimiento de la ilicitud del comportamiento se desprenderse de las circunstancias del hecho típico realizado.

Fondo Editorial PUCP

SEGUNDA PARTE
TEORÍA DEL SUJETO RESPONSABLE

Fondo Editorial PUJCP

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 5

CAPACIDAD PENAL

Sumario: I. Introducción. II. Fundamento. III. Concepto. IV. Alcances: la capacidad penal como presupuesto del proceso penal y de la ejecución de penas. 1. Capacidad penal y proceso penal. 2. Capacidad penal y ejecución de penas.

I. INTRODUCCIÓN

1. La pregunta a responder en el presente capítulo es: ¿qué características ha de tener la persona para ser destinataria de la norma penal, para que sus actos signifiquen un riesgo penalmente desaprobado (delito), para ser enjuiciado y enfrentar un proceso penal y ser absuelto de los cargos que se le formulan o soportar la imposición del castigo por sus actos? En otras palabras, ¿qué características ha de tener la persona para que el Estado de derecho dialogue con él en derecho penal?

2. La respuesta a la interrogante planteada la ofrece la teoría del sujeto responsable. La capacidad del sujeto para ser penalmente responsable ha de ser reivindicada no solo cuando se vulnera la norma penal (delito), como es usual y frecuente; sino también —y por las mismas razones— durante el *proceso judicial*, donde el sujeto habrá de defenderse de una acusación fiscal y se decidirá si se le impondrá una pena y durante la *ejecución de la pena impuesta* (tratamiento penitenciario). No otra cosa se deriva de la necesidad

de legitimar la intervención penal en todos sus estadios. Desde este punto de vista, la capacidad penal, objeto de estudio de la teoría del sujeto responsable, es más que un presupuesto del delito: es un presupuesto para legitimar cualquier intervención del derecho penal sobre el sujeto.

II. FUNDAMENTO

1. El proceso de socialización permite que las personas conozcan e interioricen las normas y valores de la sociedad a la que pertenecen, diferencien los actos que se valoran —lo positivo— y los que se desvaloran —lo negativo— e interactúen al interior del grupo social según las pautas que rigen la convivencia. Una de las consecuencias más relevantes del proceso de socialización es que el sujeto llega a comprender el entorno que le rodea como lo comprende el grupo cultural en el que se desenvuelve, llegando a compartir el concepto de realidad que profesa el grupo.

Luego, si el conjunto de normas penales expresa la separación entre la libertad jurídicamente garantizada (lo que se permite hacer) de los comportamientos penalmente prohibidos (lo que se prohíbe hacer) y si la prohibición penal de un comportamiento depende de lo que se desvalora como intolerable para la libertad de las personas, parece lógico que solo a quienes comprenden y participan en la dinámica social que produce las normas penales se les reconozca capacidad para vulnerarlas. En otras palabras, la capacidad penal es capacidad para comprender y participar en la determinación de lo *penalmente prohibido* que se debate y determina en sociedad. De esta afirmación se desprende una serie de consecuencias de enorme valía para la teoría del sujeto responsable. Se rescatan tres de ellas:

- (i) En primer lugar, el momento a partir de cual se espera que una persona se gobierne y motive hacia el respeto de las pautas de convivencia social, depende del grado de desarrollo mental, biológico y cultural que la sociedad considere suficiente para atribuir al sujeto un acto como obra suya y hacerle responsable de su comisión. Esta es una cuestión valorativa que, como diría

Freud, supone un desarrollo integral (mental, biológico y cultural) en la persona para que sepa cómo controlar sus instintos naturales antisociales. Este grado de desarrollo suficiente se regula en la legislación bajo la forma de requisitos o condiciones: tener más de catorce años (artículo IV del TP del CNA); no padecer anomalía psíquica, alteraciones en la conciencia o en la percepción que alteren gravemente el concepto de la realidad (artículo 20.1 del CP); y comprender la cultura y costumbres del grupo en el cual se actúa (artículo 15 del CP).

Que la capacidad penal de la persona se determine comparando *su* desarrollo con el modelo de desarrollo que el ordenamiento jurídico consagra, demuestra que nadie es imputable *per se*. Se es imputable en relación con un determinado grupo social y para dicho grupo social.

La terminología empleada por el legislador para regular las causas de inimputabilidad (anomalía psíquica, alteración en la conciencia, alteración en la percepción, comprensión de la realidad) no deja en claro que las características psicológicas y biológicas del sujeto por sí mismas son irrelevantes para el derecho penal. No solo porque inducen a catalogar a las personas de normales y anormales, o sanos y enfermos, como si la imputabilidad fuera una cuestión de salud mental, opacando que en un Estado de derecho la situación mental psicológica, física, biológica y cultural del sujeto es solo un aspecto de su personalidad e individualidad que no puede ser desvalorado; sino también porque la imputabilidad reposa en el proceso de socialización y las patologías que pueda tener una persona solo serán relevantes en derecho penal si determinan que su comprensión de la realidad sea distinta al modelo de realidad que se le exige comprender. Dicho con un ejemplo: en una isla en donde todos los habitantes padecen la misma alteración mental, dicha condición no será una causa de inimputabilidad.

- (ii) En segundo lugar, dado que es la sociedad la que establece las condiciones que hacen de la persona un sujeto capaz en derecho penal, en la imputabilidad (o capacidad penal) se reivindica, como en ninguna otra categoría jurídica-penal, el principio de igualdad. Que las únicas personas que puedan actuar en derecho penal sean los imputables, se deriva del hecho que solo ellos participan en la dinámica social y en el debate político que fija las reglas de la convivencia pacífica que se reflejan en la legislación penal. En tanto los imputables son quienes participan en el proceso de creación de las normas penales, es lógico inferir que puedan, en consecuencia, cuestionar su vigencia (Kindhäuser). Este cuestionamiento puede ser legítimo si se respetan los mecanismos que el sistema democrático prevé para tal efecto (derecho a elegir y ser elegido, participación en partidos políticos, iniciativa legislativa, etc.), o puede ser ilícito si se elige el delito como forma de actuación. En este último caso, el reproche penal es formulado precisamente por quienes han establecido y defienden la regla vulnerada; esto es, por imputables. Las reglas penales son reglas formuladas por imputables y aplicadas a imputables, pero que tienen por finalidad garantizar la libertad de actuación de todas las personas por igual.

Se entiende entonces que si una persona no ha alcanzado el *grado de desarrollo* mental, biológico y cultural *suficiente* para participar en el debate político de creación de normas penales, no tiene capacidad para infringirlas. Esta es la razón por la cual un imputable no responde en derecho penal.

- (iii) En tercer lugar, la imputabilidad penal solo puede legitimarse en sistemas democráticos que cuenten con reales mecanismos de participación ciudadana. Ahí donde se imponga al ciudadano reglas de convivencia (normas penales) en cuyo debate no ha intervenido y cuya única alternativa de cuestionamiento es el

delito (dictaduras, por ejemplo), la atribución de responsabilidad penal será incompatible con el principio de igualdad y denigrará al ciudadano a la condición de instrumento del Estado. Así, si bien la imputabilidad es una característica del sujeto que significa que detenta las condiciones mínimas necesarias para ser considerado un igual entre los imputables y responder por sus actos, no es menos cierto que, según el planteamiento aquí expuesto, la imputabilidad de una persona presupone legitimidad del Estado para exigir responsabilidad penal (Bustos Ramírez).

El razonamiento expuesto es la forma más democrática de tratar la diversidad. Si la capacidad penal se determina a partir de lo que cada sociedad exige para participar en la creación de normas penales y vulnerarlas, y se adquiere por socialización, lo normal será que el sujeto desarrolle capacidad penal en el sistema jurídico del cual es parte; pero es posible y frecuente que la capacidad penal para actuar en *su* sistema jurídico coincida con la que exige otro sistema jurídico. Esto sucederá en los casos de proximidad cultural cuando los valores sobre los que descansan los sistemas jurídicos sean similares. A contrario, aquella persona cuya socialización ha discurrido en un grupo que profesa valores o costumbres distintas y que le impiden comprender la realidad como la comprende el sistema jurídico en el cual se encuentra, debe ser declarado incapaz penal; tan igual como uno desearía ser declarado incapaz cuando realiza un comportamiento que según sus costumbres y cultura es lícito, pero en el lugar donde se realiza es penalmente relevante.

2. A pesar que la imputabilidad es el nexo que vincula al sujeto con el delito y que no es posible determinarla en abstracto, la imputabilidad se *presume*. A primera vista, esta afirmación parece incoherente; pero, detrás de ella, descansan dos postulados jurídicos que le dan pleno sentido.

Por un lado, la imputabilidad o capacidad para actuar en derecho penal (capacidad para delinquir) se establece para *un* sujeto determinado

a partir de *un* concreto delito. Así como el hecho adquiere significado de delito solo cuando se vincula a un imputable, también la imputabilidad necesita de un hecho delictivo para poder ser acreditada. No tiene sentido calificar a un sujeto de imputable sin que se le relacione a un delito debido a que la única razón que justifica saber si una persona es o no imputable es legitimar su sometimiento al proceso penal para que pueda responder por sus actos y eventualmente soportar una pena.

Por otro lado, que la imputabilidad sea una presunción procesal *iuris tantum* es una consecuencia lógica de la socialización y de la necesaria distribución de cargas entre las partes procesales. En efecto, si la regla general es que la socialización se verifica en toda persona a partir de cierta edad y la excepción es que la socialización no se da cuando determinadas circunstancias personales y excepcionales impiden que el sujeto comprenda la realidad como la comprende el resto, no tendría sentido someter a cada uno de los procesados a una pericia psiquiátrica, psicológica o antropológica para determinar si comprende la realidad; pero sí lo tiene apartar del proceso a quienes se comprueba que no ostentan el grado de desarrollo suficiente para ser penalmente responsable.

3. Uno de los aspectos más controvertidos en torno a la capacidad penal es si presupone libertad de actuación. Según el concepto normativo de culpabilidad, cuyos postulados asume la doctrina dominante, la responsabilidad penal es reproche por haber podido actuar de manera distinta; lo que implica aceptar el libre albedrío. Los partidarios de esta corriente de opinión tropiezan con el hecho que, aun cuando existiera la posibilidad de actuar de un modo distinto, no se puede demostrar que en el caso concreto el sujeto haya utilizado dicha libertad. La recreación de la situación en la cual se actuó no podría comprender todos los aspectos que condicionaron la decisión del sujeto, especialmente los anímicos (¿cómo se sentía realmente en ese momento el sujeto?) e irremediamente añadiría elementos que no concurrieron (por ejemplo, la experiencia de lo vivido por parte de quien se someter al experimento de recreación). Luego, si la

capacidad penal se refiere a algo tan importante como responder por los actos realizados, no debería asentarse en una conjetura.

Quienes niegan el libre albedrío aseveran con razón que las personas actúan condicionadas por una serie de factores (sociales, económicos, culturales, etc.). Llevado al extremo, este razonamiento conduce a resultados insatisfactorios: si las personas no son libres y, en mayor o menor medida, actúan condicionados por factores externos, se legitimaría la aplicación de medidas predelictivas a quienes se encuentran más expuestos a influencias criminales

Aquí se entiende, siguiendo a Schünemann, que la libertad sobre la que descansa la responsabilidad penal es un *constructo social* que normalmente se emplea para significar que las personas tenemos un margen de decisión y de actuación dentro del cual se nos atribuye responsabilidad por lo decidido y por lo hecho y no porque se pueda demostrar científicamente. Desde este punto de vista, no hay problema en admitir que siempre se puede elegir entre varias opciones, aunque no se pueda saber con exactitud ni seguridad las razones últimas que impulsan a elegir entre una y otra opción. En esta línea, la capacidad penal coloca al sujeto en una situación en la que se le exige acatar el mandato normativo. Y eso es lo que importa: el imputable está en la posibilidad de delinquir porque ha desarrollado las condiciones que le permiten comprender sus actos y adecuar su comportamiento a dicha comprensión y, por tanto, el sistema jurídico le *exige* hacerlo.

4. Situar a la capacidad penal como elemento de la teoría del sujeto responsable y como presupuesto del delito es compatible con su naturaleza de categoría jurídica valorativamente neutra. Calificar a una persona de capaz en derecho penal no conlleva reproche alguno ni indica superioridad o inferioridad con respecto a los que no lo son. Tener capacidad para vulnerar la norma penal no significa que se la haya vulnerado. Haber alcanzado el grado de desarrollo suficiente para comprender el mandato normativo y actuar según dicha comprensión solo significa que se *exige* hacerlo y, si no se hace —es decir, si se delinque—, se *puede* ser sancionado (y procesado) como sujeto responsable.

Lo anterior no se corresponde ni con el pensamiento dominante que ubica a la imputabilidad al interior de la teoría del delito, en concreto, como elemento de la categoría culpabilidad, ni con el reproche que lleva implícito cuando se le emplea para significar la posibilidad de atribuir a una persona un hecho ilícito *ya realizado*. Incluso, como se verá luego, el uso más extendido y tradicional del término «inimputable», al referirse a personas que padecen trastornos mentales, alteraciones en la conciencia o en la percepción (esquizofrenia, psicosis, paranoia, etc.), está contaminado de connotaciones peyorativas. Es pues preferible detraer del vocabulario jurídico-penal los vocablos «imputabilidad» e «inimputabilidad» y reemplazarlos por «capacidad penal» o «incapacidad penal».

Cuestión distinta es que los actos del «incapaz penal» puedan tener relevancia para otras ramas del derecho; lo que depende de las condiciones que ahí se exijan. Así, por ejemplo, nada impide que los daños que causa un inimputable sean resarcidos según las reglas de la responsabilidad extracontractual (artículos 1969 y ss. del CC),

III. CONCEPTO

1. Tiene capacidad penal la persona a quien se le exige que comprenda la ilicitud penal de su comportamiento (capacidad de comprensión) y, además, se le exige comportarse de acuerdo a dicha comprensión para evitar incurrir en delitos (capacidad de inhibición). El Código Penal regula la capacidad penal en sentido negativo. Según el artículo 20.1 del CP, adolece de ella quien por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o sufrir alteraciones en la percepción que afecten gravemente su concepto de la realidad, no posea la capacidad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse de acuerdo a dicha comprensión; y el artículo 15 del CP señala que está exento de pena quien por su cultura o costumbre comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a dicha comprensión.

La interpretación sistemática de estos preceptos arroja como resultado que la ley distingue la incapacidad de responsabilidad de las causas que pueden generarla (anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, alteraciones en la percepción o diversidad cultural). Lo relevante, entonces, no es la concurrencia de alguna de dichas causas, pues no son sinónimo de incapacidad penal; sino que, a consecuencia de ellas, el sujeto tenga una grave «afectación del concepto de realidad» que le impida comprender la ilicitud del acto o actuar según dicha comprensión. Por tanto, la interpretación que se haga de las causas de incapacidad penal que regula la ley ha de estar orientada a descartar o acreditar la afectación grave del concepto de realidad y no, como sin embargo es frecuente en la actualidad, a indagar acerca de una determinada patología mental o biológica.

2. Más allá de las causas legales que pueden conducir a la incapacidad penal, la edad del sujeto juega aquí un rol fundamental. Sin perjuicio de regresar sobre esto luego (*infra* capítulo 6, III), en tanto la capacidad para comprender la realidad se desarrolla progresivamente en virtud del proceso de socialización, parece lógico que el sistema jurídico establezca una edad a partir de la cual exija a las personas, cuya socialización no se ha alterado o retrasado (por cualquier circunstancia biológica, mental o cultural), comprender la ilicitud penal de los actos y adecuar sus actos a dicha comprensión. Esa edad es catorce años (artículo IV del TP del CNA) y parece lógico también que conforme el sujeto continúe su aprendizaje social, el ordenamiento jurídico le exija, cada vez más, mayor capacidad de comprensión de la realidad y mayor capacidad para adecuar sus actos a dicha comprensión.

3. Sin embargo, la realidad —en otras palabras, lo que existe— no es más que un constructo social al que se llega por acuerdo y que expresa una determinada forma de percibir y valorar el entorno. De ahí que el loco lo sea porque no *comprende* la realidad como los autoproclamados sanos y no porque la suya sea una comprensión defectuosa del entorno. Luego, la grave afectación de la realidad a la que alude el artículo 20.1

del CP es una comprensión del entorno *distinta* y *alejada* a la comprensión dominante que arroja un concepto de realidad *disímil* cuando se compara con el aceptado por la mayoría.

Se entiende entonces por qué la capacidad penal se vincula al concepto de realidad y a la comprensión de la ilicitud penal: la única capacidad que le interesa al derecho penal es la que permite al sujeto percibir y valorar los datos del entorno que condicionan la prohibición penal de los comportamientos de la misma manera en que lo hacen quienes le exigen hacerlo y le reprochan en caso no lo haga. La falta de capacidad para percibir colores, sonidos agudos y olores, o la incapacidad para comprender la creación del universo, son irrelevantes para el derecho penal porque la ilicitud penal no depende de estos datos.

4. Dado que la capacidad penal se construye por comparación, es posible graduarla. Cuanto más distinta y alejada sea la percepción y valoración del entorno que haga el sujeto o del modelo que se le exige seguir, menor capacidad penal se le reconocerá. Y cuando la brecha sea tan amplia que el sujeto ni siquiera supere el mínimo exigible de comprensión de la ilicitud penal de sus actos y de adecuación de sus actos a dicha comprensión, será considerado incapaz.

Como se verá en el capítulo 6, la ley reconoce la posibilidad de medir la capacidad penal, admite la llamada imputabilidad restringida y adecúa el tipo de sanción al nivel de exigencia de comprensión de la ilicitud que recaiga sobre el sujeto. No otra cosa se interpreta del artículo 15 del CP que obliga a atenuar la pena en caso la capacidad para comprender el carácter delictuoso del acto o la capacidad para determinarse de acuerdo a dicha comprensión se encuentre disminuida debido a factores culturales o costumbres. Y también del artículo 21 del CP que permite al juez disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal cuando la comprensión de la ilicitud penal o cuando la capacidad de adecuar los actos a dicha comprensión se encuentre disminuida. En la misma línea, el artículo 22 del CP, con un tenor muy similar, faculta

al juez penal a reducir prudencialmente la pena cuando el sujeto tienen más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de cometer el delito. En este caso, la edad no es razón suficiente para atenuar la pena, siendo necesario que el juzgador considere las concretas circunstancias del caso y el grado de madurez del imputado.

5. Lo anterior deja en claro que la cuestión de la capacidad/incapacidad penal no versa sobre la capacidad o incapacidad del sujeto para comprender la ilicitud de sus actos y disciplinarlos a dicha comprensión, sino sobre si se le exige o no comprender la ilicitud y, además, si se le exige actuar de conformidad a ello. La capacidad es solo un presupuesto de la exigibilidad, pues a nadie se le exige hacer lo que no puede realizar.

Conceptuar la capacidad penal en clave de exigibilidad mantiene la coherencia con el principio de autorresponsabilidad: una vez desarrollada la capacidad de comprensión de la realidad y de adecuación de los actos a dicha comprensión, uno es responsable por mantenerla y, si dicha capacidad se pierde o altera por una causa imputable a uno y en ese estado pone el riesgo o lesiona un bien jurídico (por ejemplo, atropellar a un tercero en estado etílico), no se puede alegar irresponsabilidad por no poder comprender la ilicitud del acto o comportarse de acuerdo a dicha comprensión (la problemática planteada corresponde a los casos de *actio libera in causa* y será analizada *infra* capítulo 3, III, 2, b). En pocas palabras, uno es garante de mantener *vigente* la propia capacidad de comprensión.

6. Por lo demás, indagar acerca de la capacidad penal (la capacidad para formar una motivación adecuada a la norma) no debe hacer olvidar que al derecho penal solo le interesa prohibir y sancionar comportamientos de riesgo prohibido que exige evitar. Luego, si la persona evita el comportamiento de riesgo porque ha formado su voluntad de acuerdo a los parámetros de la norma, o porque sin haberlo hecho ha tenido *suerte* de no delinquir, es algo que al derecho penal no le interesa. La capacidad o incapacidad penal será relevante solo si se está frente a un comportamiento de riesgo que se exige evitar.

IV. ALCANCES: LA CAPACIDAD PENAL COMO PRESUPUESTO DEL PROCESO PENAL Y DE LA EJECUCIÓN DE PENAS

La pregunta formulada al inicio del presente capítulo ha sido respondida parcialmente. Se ha demostrado que la capacidad penal es exigibilidad para comprender el injusto y para determinarse según dicha comprensión. Se ha explicado además que es un presupuesto del delito y no uno de los elementos de la culpabilidad. Corresponde ahora exponer por qué la capacidad penal es también un presupuesto del proceso penal y de la ejecución de penas. A ello se dedican las siguientes líneas.

1. Capacidad penal y proceso penal

1. Presupuesto para que el imputado ejerza los derechos que regula el artículo 71 del NCPP es que tenga capacidad para comprender el *sentido* del proceso penal. Procesar a una persona que adolece de dicha capacidad y no puede entender los cargos que se formulan en su contra, elegir y designar a un abogado defensor, tener conciencia del hecho realizado por el cual se le procesa, responder las preguntas que se le formulan en el interrogatorio, etc., atenta contra la noción más elemental del derecho de defensa. Esta idea condiciona el tratamiento del incapaz que ha realizado un hecho previsto como delito, como el de la incapacidad sobrevenida durante el proceso.

- (i) Con respecto al tratamiento del incapaz que ha realizado un hecho previsto como delito, según el artículo 72 del CP, cuando el incapaz haya realizado un hecho previsto como delito y pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada posibilidad de comisión de nuevos hechos delictivos, procede la imposición de alguna de las medidas de seguridad que prevé el artículo 71 del CP (internación o tratamiento ambulatorio, según los requisitos de cada una —artículos 74 y 75 del CP), en el marco del llamado proceso de seguridad (artículos 456 y ss. del NCPP). Lo mismo rige si la incapacidad que padece

el sujeto al momento de comisión del hecho es superada con posterioridad, por ejemplo, durante el juicio. En estos casos no cabe procesarlo como capaz, aun cuando en el momento del juicio lo sea, pues el comportamiento fue realizado por un incapaz.

Si después de la instalación del juicio oral, como consecuencia del debate, el juez advierte que no es de aplicación las reglas del proceso de seguridad debido a que el sujeto no realizó el hecho en situación de incapacidad, dicta resolución de transformación del proceso, advirtiendo de ello al imputado y dándole la oportunidad de defenderse (artículo 458.1 del NCPP). En este caso, deberán repetirse las partes del juicio en que se haya deliberado en las que el inculpado no estaba presente (artículo 458.3 del NCPP).

La ley procesal se refiere al incapaz relativo; es decir, a quien se le exigía, aunque en grado leve, que comprendiera la ilicitud penal de su conducta y que se determinase según dicha comprensión al momento de actuar. Si no fuera así, no sería legítimo procesarlo ni siquiera bajo las reglas del proceso de seguridad ni sería legítimo imponerle una medida de seguridad. Lo primero porque el proceso penal —y el proceso de seguridad lo es— implica que el sujeto tenga un mínimo de capacidad para comprender lo que ahí se discute, a no ser que se esté dispuesto a tratar al sujeto como objeto. Y quien adolece de una incapacidad penal plena no alcanza dicho mínimo.

Lo segundo porque, si bien la jurisprudencia (expediente 03426-2008 PHC/TC, del 26 de agosto de 2010) y la doctrina dominante se esfuerzan en proclamar que las medidas de seguridad no son penas, que tienen finalidad preventiva especial y no retributiva y que su imposición no conlleva reproche alguno, lo cierto es que los presupuestos legales de las medidas de seguridad y la primacía de la realidad demuestran lo contrario. Una rápida lectura del artículo 72 del CP revela que las medidas de seguridad

se imponen a consecuencia de haber cometido un hecho delictivo (son reproche por el hecho cometido) y para evitar que el sujeto perpetre otros en el futuro. Afirmar que las medidas de seguridad no son reproche por el hecho ilícito cometido conduciría al absurdo de que pudieran ser impuestas cuando se presume la peligrosidad criminal de una persona. Para evitar eso, la ley vincula las medidas de seguridad a un ilícito penal *ya* cometido y a los que se pudiera cometer en el futuro —lo que es, como se ha dicho, la manifestación más palpable del derecho penal de autor— y ambos son tenidos en cuenta por el juez para decidir si impone o no la medida, qué medida impone y su magnitud.

Al contrario de lo que pudiera pensarse a primera vista, las medidas de seguridad son sanciones y es conveniente que lo sean. Seguir el camino trazado por la *doble vía* que distingue entre penas y medidas de seguridad, según el sujeto sea culpable o manifieste peligrosidad postcriminal, es perpetuar el nivel de desprotección, desinterés y arbitrariedad con que hoy se trata a los (mal) llamados «inimputables». Pero esta razón *pragmática* no es la que decreta que las medidas de seguridad, al igual que las penas, sean sanciones penales; sino el hecho incontestable que ambas, aunque con diferente intensidad, restringen libertades a consecuencia de la comisión de un ilícito penal (reproche) y su imposición y determinación dependen, aunque con distinta intensidad, del ilícito penal cometido.

- (ii) En los casos en que la incapacidad sobrevinida con posterioridad a la comisión del hecho previsto como delito sea tan grave que impida continuar con la causa, se dispondrá la suspensión del proceso hasta que el tratamiento haga posible reiniciarlo (artículo 76.2 del NCPP). La suspensión del proceso impedirá la declaración del sujeto o el juicio, según el momento en que se ordene, sin perjuicio de que se prosiga con la investigación del

hecho o que continúe la causa respecto de los demás coimputados (artículo 76.3 del NCPP).

La solución procesal que el derecho positivo prevé en los casos de incapacidad sobrevenida es insuficiente por un lado y tendenciosa y confusa por otro. Lo primero porque consiste en suspender el proceso sin perjuicio de proseguir con la investigación del hecho, cuando lo más razonable sería que el proceso pueda adecuarse, de ser necesario, al proceso de seguridad. Esta posibilidad, sin embargo, no está prevista en la ley. El supuesto de hecho del artículo 456 del NCPP es o bien la incapacidad del sujeto al momento de cometer el hecho o bien que al culminar la investigación preparatoria se considere que solo corresponde la aplicación de una medida de seguridad. Sin embargo, nada impide que un proceso penal se adecúe al proceso de seguridad, pues así lo exige el tratamiento de la *nueva* situación jurídica del sujeto y lo faculta el artículo 139.8 de la Constitución, que obliga aplicar los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario en caso de vacío legal. Por la misma razón, igual adecuación se impone en el CPP, aun cuando este cuerpo normativo ni siquiera regule los casos de incapacidad sobrevenida.

La solución legal es además tendenciosa y confusa al ser la anomalía psíquica la única causa de incapacidad sobrevenida que regula el artículo 76.1 del NCPP, haciendo caso omiso al resto de causas recogidas en el artículo 20.1 del CP. Sin embargo, luego se explicita que la anomalía psíquica sobrevenida ha de impedir continuar con la causa (artículo 76.2 del NCPP) y ello permite interpretar que la razón por la cual se suspende el proceso es la incapacidad del sujeto para comprender su sentido y hacerle frente, y no la anomalía psíquica *per se*. Por lo mismo, se impone una interpretación extensiva del artículo 76 del NCPP que incluya, junto a la anomalía psíquica, a cualquier otra causa

que pueda conllevar incapacidad penal y que tenga en cuenta que lo relevante no es la circunstancia que causa la incapacidad, sino la incapacidad misma.

2. Tanto en los casos en que el incapaz ha realizado un hecho descrito como delito como en los supuestos de incapacidad sobrevenida, ha de decretarse el sobreseimiento y no la absolución; pues, si el hecho es realizado por un incapaz no tendría sentido de ilícito, sería atípico y ni siquiera podría formularse cargos.

2. Capacidad penal y ejecución de penas

1. La idea que condiciona el razonamiento que aquí se sigue es la *capacidad de pena*: capacidad del sujeto para que los fines de la ejecución de la pena se realicen y la ejecución de la sanción no sea una simple pantomima. La misma razón que obliga a que la medida de seguridad de internación se ejecute en una entidad hospitalaria y no en un centro penitenciario¹ es la que exige que en los casos de incapacidad sobrevenida durante la ejecución de la pena se adecúe el castigo a la nueva situación del sujeto y, si esto no es posible, se suspenda o deje sin efecto. Seguir castigando con una pena a quien delinquiró, pero luego —por padecer, por ejemplo, una grave alteración de la conciencia— pierde capacidad para comprender el *sentido* de la pena, ya no es tratarlo como ciudadano, sino como medio de satisfacción de un anhelo de venganza.

2. Cuestión distinta es si la incapacidad penal sobrevenida durante la ejecución de la pena *siempre* obliga a adecuar el tratamiento o a suspenderlo, o si ello depende del tipo de pena. Parece claro que la suspensión o adecuación se impone en los casos de pena privativa de libertad y también en los de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres;

¹ Véase la STC 03426-2008-PHC/TC, del 26 de agosto de 2010, que declara, como un estado de cosas inconstitucional, la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental.

pues la retribución implícita en estos supuestos ya no se legitima. Si bien lo mismo cabe afirmar en los casos de inhabilitación, la razón por la cual esta pena no se suspende es que por lo general la actividad que se prohíbe realizar o la pérdida del derecho es incompatible con la nueva situación jurídica. Así, por ejemplo, la suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Las dudas son mayores en la pena de multa, pues si bien la capacidad del sujeto para cumplir con esta pena depende de su patrimonio y no de su capacidad de comprensión, no es menos cierto que el reproche que lleva aparejo es incompatible con la incapacidad sobrevenida.

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 6

CAUSAS DE INCAPACIDAD PENAL Y DE ATENUACIÓN DE LA CAPACIDAD PENAL

Sumario: I. Consideraciones generales sobre las causas de incapacidad penal. II. Evolución de la incapacidad penal en la legislación penal. III. La cuestión de la edad penal. 1. Menores de catorce años. 2. Mayores de catorce y menores de dieciocho años. 3. Mayores de dieciocho y menores de veintiún años. 4. Mayores entre veintiún y sesenta y cinco años. 5. Mayores de sesenta y cinco años. IV. Los estados de conexión biológicos, psicológicos y culturales. 1. Anomalía psíquica. 2. Grave alteración de la conciencia. a) Trastorno mental transitorio. b) *Actio libera in causa* (ALIC). 3. Sufrir alteraciones en la percepción. 4. Factores culturales o costumbre. 5. Otras causas (*extra legem*) de incapacidad penal. V. La atenuación de la capacidad penal.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS CAUSAS DE INCAPACIDAD PENAL

1. El incapaz en derecho penal no se vincula por la norma penal. La norma penal no significa para él una pauta de conducta porque su nivel de desarrollo está (todavía) por debajo del mínimo exigible. Por lo mismo, no es destinatario de la norma penal, pues no detenta potencialidad alguna para poder comprender en el futuro el mensaje normativo en un nivel superior al mínimo exigido. En otras palabras, el incapaz en derecho penal

no puede incorporar el contenido de la norma penal como parámetro que guíe su comportamiento.

2. Dado que la capacidad penal se desarrolla en virtud del proceso de socialización y que este se verifica con el paso del tiempo, la edad será el primer indicador del nivel de capacidad penal. La ley regula esta situación sobre la base de presunciones. Por un lado, presume *iuris et de iure* que el menor de catorce años adolece de capacidad penal, aun cuando se acredite en el caso concreto que comprende la ilicitud penal de sus actos y es capaz de inhibirse. Por otro lado, presume *iuris tantum* que el mayor de catorce años ha alcanzado un grado de desarrollo en que puede empezar a responder por sus actos ilícitos y prevé, para desvirtuar dicha presunción, un catálogo de circunstancias que pueden conducir a la incapacidad penal o a la atenuación de responsabilidad penal.

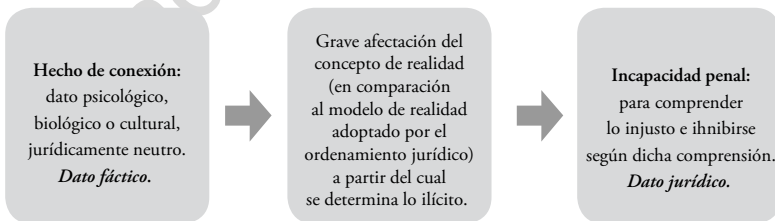
Este panorama legislativo obliga a dividir el estudio de las causas de incapacidad penal y de atenuación de la capacidad penal en dos momentos escalonados. En el primero, se analiza la razón que permite ubicar en una edad determinada (catorce años) el límite inferior de la capacidad penal y se estudian las distintas etapas de intervención penal en este estadio en función a la edad del infractor, lo cual repercute directamente en la intensidad del reproche por el ilícito cometido y en la naturaleza y tipo de sanción que se impone y ejecuta. En un segundo momento, se estudian las causas de incapacidad penal y de atenuación de la capacidad penal en personas mayores de catorce años.

3. El modelo por el cual ha optado el legislador se conoce en derecho comparado como mixto (biológico-psicológico): factores biológicos, como la anomalía psíquica, grave alteración de conciencia y alteraciones en la percepción (artículo 20.1 del CP), han de impedir o distorsionar la capacidad de comprensión del carácter ilícito del acto y de determinarse de acuerdo a dicha comprensión (elemento psicológico). Algunos autores lo denominan «psicológico-normativo» (Jakobs) o «psíquico-normativo» (Rudolphi) para llamar la atención sobre el hecho que la incapacidad penal

es un dato jurídico-normativo y no biológico. Aquí se prefiere emplear la locución «psicológico/cultural-normativo» para dar cabida a la diversidad cultural como causa de incapacidad que regula el artículo 15 del CP.

Según la propia ley, la constatación de alguno de los datos psicológicos o culturales es insuficiente para descartar la capacidad penal; pues corresponde al juez determinar si en el caso concreto dichos factores han generado en el sujeto una grave afectación de la realidad y, a consecuencia de ello, que desaparezca o se atenúe su capacidad de comprender lo ilícito y de determinarse de acuerdo a dicha comprensión. En otras palabras, habrá de constatarse si se encuentra alterada la capacidad de motivación normativa que, según el razonamiento seguido en esta obra, se refiere a la motivación que despliega la norma social y no a la de la norma penal (Mayer). De ahí que las llamadas causas de incapacidad penal sean, siguiendo la terminología sugerida por Roxin, *hechos de conexión*, valorativamente neutros en derecho penal, que describen indicios de incapacidad de comprensión e inhibición a los cuales se vincula causalmente la incapacidad penal. Esta es una razón adicional a las ya esgrimidas para considerar que la lista de hechos de conexión prevista en la ley es referencial, aunque se puede llegar a la misma situación aceptando la amplitud de los conceptos con que se construyen los hechos de conexión (percepción, consciencia, etc.).

Cuadro 1



3. El hecho de conexión ha de estar vinculado a la incapacidad penal en el caso concreto. Así, por ejemplo, quien tiene delirio de persecución no podrá alegar incapacidad en el hurto de joyas, ni por marcharse del restaurante después de comer y antes de pagar la cuenta, aunque sí cuando disturba un acto religioso para escapar. Esta razón, que trasluce la naturaleza de la capacidad penal, obliga a admitir que una misma persona puede tener capacidad para ciertos injustos y no para otros, pues no nos exponemos a todas las normas sociales al mismo tiempo ni las interiorizamos toda juntas en bloque; sino que, por el contrario, las aprehendemos según discurre el aprendizaje social y, por tanto, primero comprendemos las prohibiciones vinculadas a los valores más elementales. Dicho con un ejemplo, la prohibición de matar se comprende antes que la de no pagar tributos. Sobre esta cuestión se volverá luego, cuando se analice la incidencia de la edad en la capacidad penal (capítulo 6, III).

4. El hecho de conexión puede ser permanente o temporal y generar por igual incapacidad permanente o transitoria. En todos los casos, tiene los mismos presupuestos y conlleva las mismas consecuencias jurídico-penales. Cuando la circunstancia psicológica o biológica es permanente (por ejemplo, discapacidad mental grave), lo normal será que la incapacidad sea también permanente, aunque pueden existir espacios de lucidez en que el sujeto tenga capacidad de comprensión e inhibición, al menos para ciertos injustos (por ejemplo, en algunos casos de incapacidad mental leve).

La incapacidad a consecuencia de factores culturales —supuestos de *extranei* cultural— durará tanto como el proceso de interiorización de los valores culturales que determinan lo ilícito (y lo lícito). Si la circunstancia es temporal, será frecuente que la incapacidad también lo sea. Luego, desaparecida la causa, desaparecerá la consecuencia, al menos en principio; pues debe admitirse la posibilidad de incapacidad penal incluso ahí donde ha transcurrido un lapso considerable desde que se produjo el hecho de conexión. Es lo que sucede en algunas incapacidades transitorias en donde las secuelas psicológicas de un trauma se reactivan ante ciertos estímulos o recuerdos.

5. Cuestión distinta a la temporalidad de la incapacidad es su intensidad. La incapacidad de comprensión e inhibición ha de ser grave, tanto como sea necesario para afirmar que el sujeto no es destinatario de la norma de conducta. Esto se deduce del ejercicio de comparación que se sigue para determinar la incapacidad penal: la diferencia entre la capacidad del sujeto y el modelo de capacidad que adopta el ordenamiento jurídico ha de ser tan amplia que ya no se le exija comprender e inhibirse.

Nótese sin embargo que el artículo 20.1 del CP califica de *grave* a la «afectación del concepto de realidad» y no al hecho de conexión ni a la incapacidad penal. Esto puede generar alguna confusión que ha de ser aclarada; pues, si bien cuanto más grave sea la tara psicológica o mental de la persona o más distinta su cosmovisión más posibilidades habrá de que sea declarado incapaz, la incapacidad penal se refiere a la no comprensión del entorno (o de aquellos segmentos del entorno) que condicionan la ilicitud penal de los comportamientos y es esa falta de comprensión la que ha de ser grave. De ahí que al incapaz no se le reproche por sus actos ni se le castigue.

Lo anterior significa, como se ha dicho anteriormente, que la capacidad penal puede ser graduada. Cuando la comprensión de la realidad por parte del sujeto difiera radicalmente de la concepción adoptada por el sistema jurídico, este le calificará de incapaz porque, para él, su capacidad de comprensión está gravemente afectada y ya no le exige comprender ni inhibirse. Por lo mismo, la capacidad puede estar solamente atenuada. Los casos de capacidad atenuada son supuestos de capacidad penal en los que se es responsable de los actos (capítulo 6, V) y no de incapacidad. Así, la incapacidad penal aglutina a los supuestos comprendidos entre la incapacidad grave y la incapacidad total, conocidos tradicionalmente como «supuestos de ausencia de acción», en los que ni siquiera se tiene la más mínima posibilidad de comprensión e inhibición (estados de inconciencia, fuerza física irresistible, movimientos reflejos).

No es este el parecer de la doctrina ni de la jurisprudencia. La primera entiende que los casos de ausencia total de conciencia son supuestos

de ausencia de acción y no de incapacidad penal. El argumento es que «un inimputable puede actuar, luego la imputabilidad no se identifica con la capacidad de acción» (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga), aunque en realidad depende del concepto de acción que se adopte. Aquí se asume que la única acción relevante en derecho penal es a la que se le puede adscribir el sentido de riesgo prohibido para la libertad de actuación de terceras personas, entre otras razones, porque al sujeto se le exige evitarla. Por tanto, un inimputable, a quien no se le exige comprender e inhibirse, actuará para otras ramas del derecho, pero no en derecho penal (ver Anexo 1).

6. Por otro lado, la constatación procesal de la incapacidad requiere reconstruir el estado anímico-mental del sujeto al momento de los hechos y, a partir de dicho cuadro, precisar si pudo o no comprender la realidad normativa y si pudo determinar hasta qué punto se le exigía hacerlo. Esto es tan complejo que tal vez por eso la capacidad penal se presume. En todo caso, la incapacidad, cuya probanza recae en la defensa, es declarada por el juez a partir de informes periciales no vinculantes. El informe psicológico se pronunciará por la existencia de la circunstancia psicológica o mental en el procesado, como el antropológico lo hará sobre su diversidad cultural; pero la evaluación de si la capacidad de motivación estuvo gravemente afectada o fue nula, en tanto valoración jurídica, recae en el juez.

Aquí es importante recordar que las causas de incapacidad pueden haber tenido lugar mucho antes de que la incapacidad se desencadene o de que su atenuación se produzca. Esta situación es tenida en cuenta particularmente por los tribunales de menores que valoran el entorno familiar, la violencia, abandono, abuso y en general el entorno al que ha estado expuesto el infractor y que pudiera haber influido en su falta de inhibición.

II. EVOLUCIÓN DE LA INCAPACIDAD PENAL EN LA LEGISLACIÓN PENAL

1. Que la capacidad penal sea la categoría jurídico-penal donde el principio de igualdad tiene mayor capacidad de rendimiento, se demuestra no solo con las razones esgrimidas, sino también con la revisión de su evolución legislativa.

2. El Código Penal de 1863 estableció en nueve años la mayoría de edad penal: el menor de nueve años estaba exento de responsabilidad penal (artículo 8.2 del CP de 1863); el mayor de nueve y menor de quince años también estaba exento de responsabilidad penal, salvo que se probase que actuó con discernimiento (artículo 8.3 del CP de 1863), supuesto en el cual se le atenuaba la pena (artículo 9.3 del CP de 1863); el mayor de quince y menor de dieciocho años era considerado responsable, pero se le favorecía con la atenuación de la pena (artículo 9.3 del CP de 1863); y los mayores de dieciocho años respondían plenamente.

En cuanto a las causas de incapacidad, el artículo 8.1 del CP de 1863 eximía de responsabilidad al que hubiera cometido el hecho criminal en estado de demencia o locura, sin establecer, como hace la legislación vigente, que a consecuencia de dichos síntomas el sujeto adoleciera de incapacidad para comprender el ilícito y comportarse de acuerdo a dicha comprensión.

3. El Código Penal de 1924 elevó la edad penal a trece años. Los niños menores de esa edad que hubieran cometido un hecho reprimido como delito o falta quedaban excluidos del derecho penal (artículo 137 del CP de 1924), a no ser que su perversión moral fuera notable o revelasen persistentemente malas tendencias, en cuyo caso y de forma excepcional, podían ser colocados en una sección especial de la Escuela Correccional del Estado hasta que cumplieran dieciocho años (artículo 141 del CP de 1924). Los adolescentes entre trece y dieciocho años recibían una medida protectora del Estado, como ser colocados en una escuela de artes y oficios, en una granja-escuela o en una escuela correccional por un tiempo

no mayor de dos años (artículo 142 del CP de 1924), si realizaban un delito reprimido con pena de prisión; o eran colocados en una sección especial de la Escuela Correccional del Estado o en un reformatorio agrícola por un tiempo indeterminado no menor de seis meses, si cometían un delito reprimido con internamiento, penitenciaría o relegación, o si el adolescente, «por su profunda perversión o sus malas tendencias evidentes, pareciere peligroso» (artículo 143 del CP).

Asimismo, el artículo 148 del CP de 1924 establecía que quienes al momento de delinquir tuvieran más de dieciocho y menos de veintiuno podían acceder a un trato benevolente, como el reemplazo de la pena de internamiento por la de penitenciaría no menor de diez años, la reducción por debajo del mínimo de tiempo para penas de penitenciaría, relegación o prisión y la reducción a la mitad del plazo de prescripción (artículo 148 del CP de 1924). Los mayores de veintiún años eran plenamente responsables.

El Código Penal de 1924 previó, como causa excluyente de la responsabilidad, cometer el hecho punible en estado de enfermedad mental, idiotez o grave alteración de la conciencia y no poseer, en el momento de obrar, la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o determinarse según esta apreciación (artículo 85.1).

De otro lado, el tratamiento de la diversidad cultural fue peyorativo, según la concepción dominante en la época. El artículo 44 del CP de 1924 estableció que:

[...] tratándose de delitos perpetrados por *salvajes*, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y de prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años. Cumplidos dos tercios del tiempo que según la ley correspondería al delito, si hubiera sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional *si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse*. En caso contrario, continuará en la colonia hasta que se halle en esta situación o hasta el vencimiento de los veinte años. Un reglamento del poder

ejecutivo determinará las condiciones de vida de los *salvajes* colocados en colonia penal, que serán organizados en el propósito de *adaptarlos en el menor tiempo posible al medio jurídico del país* [cursivas añadidas].

Por su parte, el artículo 45 del CP de 1924 dice que «tratándose de delitos perpetrados por *indígenas semi-civilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo*, los jueces tendrán en cuenta su *desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres*, y procederán a reprimirlos, prudencialmente [...]» (cursivas añadidas).

4. La legislación vigente, como ya se ha visto, establece que la edad a partir de la cual se es penalmente responsable es catorce años y prevé como causas de incapacidad la anomalía psíquica, la alteración de la consciencia, la alteración de la percepción que altera gravemente el concepto de realidad —a consecuencia de lo cual se pierde la capacidad para comprender la ilicitud del acto o para comportarse de acuerdo a dicha comprensión (artículo 20.1 del CP)— y también la diversidad cultural (artículo 15 del CP).

5. Cuando se compara la edad penal en los distintos códigos, se aprecia que, si bien en todos ellos las medidas aplicables a los menores y adolescentes persiguen protegerlos frente a las circunstancias que les llevaron a delinquir —aunque no por ello dejan de ser sanciones—, con el paso del tiempo ha aumentado: siete, trece y ahora catorce años. Esta situación refleja la valoración imperante en cada época con respecto al grado de comprensión e inhibición que se exige. En otros sistemas jurídicos, la edad del sujeto no impide que, excepcionalmente, pueda ser juzgado como adulto. Sucede así, por ejemplo, en algunos estados de Estados Unidos de Norteamérica, donde un menor puede ser juzgado como adulto y recibir penas como tal dependiendo de una serie de requisitos, como la gravedad del delito, si es reincidente, su madurez, entre otros¹.

¹ Véase la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso Kent v. United States (N.º 104).

6. Por otro lado, es llamativo que recién en 1924 se haya superado el modelo meramente biológico de la incapacidad del CP de 1863, que hacía descansar dicha incapacidad en la demencia o locura, para asumir el modelo biológico-psicológico conforme al cual la facultad de apreciar el carácter delictuoso del acto o de determinarse según dicha comprensión (factor psicológico) se diferencia de la causa biológica que la produce (enfermedad mental, idiotez o grave alteración de la conciencia); como también lo es que el CP de 1924 empleara una terminología inadecuada para referirse al indígena (salvaje, degradado por el alcohol y la servidumbre, semicivilizado), aunque dejaba en claro que la finalidad de las medidas era lograr su adecuación «al medio jurídico del país» (artículo 44 *in fine* del CP de 1924), esto es, adaptarlos a la cosmovisión dominante. Como se verá más adelante, la incapacidad penal por diversidad cultural no habilita a imponer una medida que pretenda que el sujeto adopte una identidad cultural distinta; sino, en todo caso, que se aproxime a ella para que, sin dejar su propia cosmovisión, pueda integrarse y participar en un contexto sociocultural distinto.

Asimismo, es positivo que en el CP actual se haya dejado de lado terminologías como «moralmente pervertidos», «peligro moral», «profunda perversión», «malas tendencias», etc., que se empleaba en el CP de 1924 para graficar la incapacidad del menor o del adolescente porque enfatiza la separación entre el juicio penal y el juicio moral.

III. LA CUESTIÓN DE LA EDAD PENAL

El tratamiento que la legislación penal vigente, dispensa a la edad, se gradúa y distingue en cinco etapas: (i) menores de catorce años; (ii) adolescentes entre de catorce y dieciocho años; (iii) mayores entre dieciocho y veintiún años; (iv) mayores entre veintiún y sesenta y cinco años; y (v) mayores de sesenta y cinco años.

1. Menores de catorce años

1. A los niños menores de catorce años no se les reconoce capacidad penal porque no son iguales y no tienen capacidad para vulnerar la norma. A pesar que realizan hechos previstos, como delito o falta en la ley penal, no responden penalmente y están sujetos a medidas protectoras que persiguen fines tutelares, como: el cuidado en su propio hogar; la participación en un programa oficial o comunitario de defensa con atención educativa, de salud y social; la incorporación a una familia sustituta; o la atención integral en un centro de protección especial (artículos IV, TP, y 242 del CNA). Esta reglamentación incorpora al derecho interno lo dispuesto por el artículo 40.3.a de la CDN que obliga a los Estados parte a establecer una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

Las medidas de protección son las que mejor se adecúan al problema de fondo en los casos de niños en conflicto con la ley penal, pues la razón de que un menor de catorce años realice un hecho previsto como ilícito penal normalmente está vinculada a la situación de abandono, falta de orientación o atención que padece. Es esta la razón por la cual las medidas de protección no son sanciones para el niño ni representan reproche hacia ellos. Pero, por lo mismo, sí expresan una llamada de atención a quienes están a su cuidado². Esto se aprecia con nitidez en la medida prevista en el artículo 242.a del CNA, que consiste en mantener al niño en el propio hogar, «para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones».

² Véase el artículo 5 del CDN: «Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención».

2. Si bien la presunción de que los menores de catorce son incapaces no admite prueba en contrario, no por ello deja de ser una ficción ni significa que en realidad siempre sean incapaces. Lo correcto es entender que en estos casos la exclusión de la responsabilidad penal obedece a que o bien el niño no ha alcanzado el nivel suficiente de comprensión e inhibición o bien no existe merecimiento de pena suficiente que justifique la punición. En efecto, la realidad enseña, por ejemplo, que el menor de catorce años comprende la prohibición de sustraer bienes de un almacén y la de golpear a un compañero de clases, por lo que habría que afirmar su capacidad penal al menos en dichos supuestos; pero, según la valoración vigente, los actos contrarios a la ley penal que realiza el menor de catorce años no despiertan en la colectividad la necesidad de reaccionar con pena, entre otras razones porque el purgar una condena puede producir a esa edad efectos contrarios a los deseados y se prefiere apostar por medidas tutelares.

Lo anterior significa que el menor de catorce puede haber desarrollado un nivel de comprensión e inhibición, pero todavía es insuficiente. Este discurso es el único que explica que la capacidad no se adquiere de un momento a otro, como por arte de magia; sino que es consecuencia de un largo proceso de aprendizaje social durante el cual el sujeto es *irradiado* por las normas sociales hasta madurar y comprender adecuadamente la realidad. A partir de dicho momento, que según la presunción legal ocurre a los catorce años, el sujeto será, en sentido estricto, destinatario de la norma penal. Todos somos destinatarios de la norma social pero solo los capaces son además destinatarios de la norma penal de conducta y, por tanto, responden por su vulneración.

3. La capacidad penal es un presupuesto procesal (*supra* capítulo 5, IV, 1). Por tanto, la exclusión de responsabilidad penal por edad menor a catorce años conduce al sobreseimiento y no a la absolución (si fuera posible absolver, también se podría condenar); pues el hecho realizado por un niño no adquiere significado de ilícito y no cabe la formulación de cargos por hechos atípicos.

2. Mayores de catorce y menores de dieciocho años

1. Según el artículo VI, TP, del CNA, se responde penalmente a partir de los catorce años. Es una presunción sin prueba en contrario que asume como válido que a partir de dicha edad las personas alcanzamos un nivel de comprensión e inhibición que, si bien se seguirá desarrollando en el futuro, es suficiente para que se nos exija comprender la ilicitud penal de los actos y actuar de conformidad con tal comprensión. Este periodo se extiende hasta los dieciocho años y las sanciones por los delitos perpetrados por adolescentes en conflicto con la ley penal que prevé el artículo 217 del CNA (amonestación, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida e internación en establecimientos para tratamiento) es proporcional a la capacidad penal de una persona a dicha edad y combinan una marcada finalidad socioeducativa (artículos 229 y ss. del CNA) con un reproche por la infracción cometida.

2. En doctrina nacional, se sostiene que el mayor de catorce y menor de dieciocho años es inimputable (Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga, García Cavero). Sin embargo, la opinión contraria parece ser la más acertada. En primer lugar, porque permite aplicar el artículo 183 del CNA, que considera adolescente infractor a aquel cuya *responsabilidad* ha sido determinada como autor o partícipe de un delito o falta, y el artículo 215.c del CNA, que obliga al juez a ponderar el grado de *responsabilidad* del adolescente para determinar la medida a imponerle. En segundo lugar, debido a que es compatible con el marco normativo internacional asumido por el Perú que reconoce que el menor de dieciocho años puede ser declarado culpable por la comisión de delitos (artículos 40.1 y 40.4 de la CDN). Y, en tercer lugar, por la coherencia con la distinción que hace el ordenamiento penal entre las *consecuencias jurídicas* que se aplican a los mayores de catorce y menores de dieciocho años, por un lado, y a los mayores de dieciocho años por otro lado: la interpretación sistemática por comparación que se impone del artículo 20.2 del CP frente al artículo IV, TP, del CNA es que el mayor de catorce y menor de dieciocho años

está exento de responsabilidad penal *según las reglas del CP* y que no se le pueden aplicar las penas ahí previstas, pero responde penalmente según la reglas y sanciones del CNA.

En lo que respecta a la CDN, que considera niño al menor de dieciocho años (artículo 1) y le dispensa un *tratamiento* distinto al que reciben los mayores: medidas orientadas a las educación (artículos 40.1 y 40.4), imposibilidad de pena capital y prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación (artículo 37.a), privación de libertad separado de adultos (artículo 37.c).

El artículo 20.2 del CP regula una condición personal para (in) aplicar el CP y aplicar supletoriamente las reglas del CNA y no una causa de incapacidad penal, por lo que debería ubicarse en el capítulo III del título I de la Parte general; esto es, con el resto de reglas de la aplicación personal de la ley penal.

3. Con frecuencia, el adolescente entre catorce y dieciocho años tendrá la capacidad de comprender el injusto material suficientemente formado, pero no así la fuerza de voluntad necesaria para hacer frente a la presión que ejercen ciertos motivos que le conducen a la comisión de delito. Así, por ejemplo, quien es convencido por su profesor de colegio para cometer un hurto y no puede resistirse por la autoridad y respeto que le tiene, a pesar de conocer que se trata de un hecho ilícito, o quien conoce la ilicitud del comercio de marihuana pero no repara en ello debido a la presión social de sus amigos.

3. Mayores de dieciocho y menores de veintiún años

1. La persona que se ubica entre este margen de edades (semiadulto) posee plena responsabilidad penal y se aplican las reglas del CP. Sin embargo, dado que en algunos casos quien tiene más de dieciocho y menos de veintiún años puede no haber completado su desarrollo mental y psíquico, si ello se demuestra en el proceso, se le puede reducir prudencialmente la pena de conformidad con el artículo 22 del CP, salvo que se trate de un delito

de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional, traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.

4. Mayores entre veintiún y sesenta y cinco años

1. Dentro de estos márgenes de edad la persona es considerada plenamente capaz debido a que se le exige comprender lo injusto de sus actos y adecuar sus actos a dicha comprensión. El merecimiento de pena aquí es el más intenso en el ordenamiento jurídico pues al adulto que no presenta síntomas psicológicos se le exige comprender la ilicitud de sus actos e inhibirse de realizarlos. Por tal razón, en estos casos la ley no contempla atenuantes por razón de la edad ni siquiera facultativas.

5. Mayores de sesenta y cinco años

1. En la quinta etapa se ubican, según el artículo 22 del CP, quienes tienen más de sesenta y cinco años al momento de cometer la infracción. Estos pueden beneficiarse con la atenuación de la pena. Así como la capacidad penal se desarrolla hasta alcanzar una capacidad de comprensión y de adecuación de los actos a dicha comprensión, también, con el natural desgaste de las facultades mentales que irremediablemente genera el paso del tiempo, se deteriora y pierde.

2. El acuerdo plenario 4/99 de 1999 estableció que la circunstancia atenuante prevista en el artículo 21 del CP es de aplicación obligatoria, mientras que la regulada en el artículo 22 del CP es facultativa; en ambos casos, la disminución prudencial de la pena opera del mínimo legal hacia abajo. A pesar que una interpretación literal del artículo 21 del CP no dejaría duda acerca de la naturaleza facultativa de la atenuante (el juez *podrá* disminuir prudencialmente la pena), la decisión adoptada en el mencionado acuerdo plenario es correcta: si la capacidad penal se vincula a la comprensión del injusto y a las posibilidades de inhibición,

disminuidas estas, debe atenuarse la pena. Pero tener entre dieciocho y veintiún o más de sesenta y cinco años al momento de cometer la infracción no disminuye automáticamente la capacidad penal, por lo que debe atenuarse la pena solo si se constata una real disminución de la capacidad penal. Sin embargo, que la pena atenuada deba determinarse a partir del mínimo legal hacia abajo, como lo indica el acuerdo plenario 4/99 de 1999, no se sostiene ni en la ley ni en una interpretación acorde con su razón de ser.

3. La regulación del artículo 22 del CP parece contradictoria, pues da la impresión de que no se podría exigir al sujeto una *mayor* capacidad de comprensión de la ilicitud en función del delito cometido. Así, según la ley, una persona cuya edad oscila entre dieciocho y veintiún años es considerado imputable relativo, a no ser que perpetre un delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua. Es la gravedad del delito y no la edad del sujeto lo que determina la imputabilidad.

La capacidad de comprensión de la ilicitud no se desarrolla de manera homogénea para todas las infracciones, sino que se desarrolla primero y con mayor intensidad para las infracciones nucleares del derecho penal que suelen ser las más graves y, además, aquellas cuya comisión se desincentiva y reprocha por medios de control social extrapenal (familia, educación, religión, etc.) que actúan sobre la persona a temprana edad. De ahí que las primeras ilicitudes que se conocen y comprenden son las primeras a las que se está expuesto, como por ejemplo, matar, lesionar o robar. Lo anterior solo demuestra que es posible diferenciar entre niveles de capacidad penal en atención a la gravedad del reproche que genera el hecho —es decir, en función al merecimiento de pena—; pero no afirma que el artículo 22 del CP mencione *solo* a los delitos más graves ni a los delitos más graves que debería mencionar (ver Anexo 2).

IV. LOS ESTADOS DE CONEXIÓN BIOLÓGICOS, PSICOLÓGICOS Y CULTURALES

El artículo 20.1 del CP consigna tres indicios de incapacidad penal: anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones en la percepción. El artículo 15 del CP, por su lado, regula un cuarto indicio: cultura o costumbres.

1. Anomalía psíquica

1. Las anomalías psíquicas se refieren a las representaciones mentales (alucinaciones, por ejemplo) que, por no corresponderse con la realidad, se reputan como psicosis. Estas pueden deberse a factores biológicos, psíquicos o sociales. En algunos casos se producen a consecuencia de causas ajenas al organismo del sujeto (exógenas), como las psicosis por infección, intoxicación por alcohol o drogas, atrofia cerebral e incluso por situaciones extremas (guerras). En otros casos se debe a causas endógenas, como la esquizofrenia, la oligofrenia o debilidad mental congénita y la demencia maníaco depresiva.

2. La amplitud del concepto «anomalía» no debe preocupar; pues lo relevante no es la enfermedad o lo que sufre el sujeto, sino la posibilidad de comportarse con la normalidad aceptada en la vida común. Así, aun cuando lo patológico pueda existir, ni siquiera es determinante a la hora de apreciar la anomalía psíquica; pues, en algunos casos, esta —que no es otra cosa que un estado psíquico *no normal*— puede venir generada por defectos o alteraciones del proceso de socialización relevantes en la determinación de la incapacidad del sujeto. Así, aun cuando el CP actual haya dejado de la lado la terminología empleada en el CP de 1924 (enfermedad mental), no por ello se reniega de la enfermedad mental como síntoma de incapacidad: la anomalía psíquica es enfermedad mental y cualquier enfermedad que afecta el intelecto, incluida la idiotez, puede ser subsumida en el supuesto de hecho del artículo 20.1 del CP. Pero tampoco uno más nefasto: lo relevante de cara a la incapacidad penal

no es la anomalía psíquica o la enfermedad mental, sino la incapacidad de comprensión e inhibición.

2. Grave alteración de la conciencia

a) Trastorno mental transitorio

1. Si la alteración de la conciencia en el artículo 20.1 del CP solo puede significar trastorno o desorden (alteración) que afecta al mundo de lo psíquico, pues los efectos que genera exceden el plano cognitivo y se extienden al intelectual y comprensivo, la alteración de la conciencia es anomalía psíquica cuya diferencia frente al supuesto anterior se reduce a su carácter transitorio frente a la permanencia de aquel. Al ser transitorio, su origen es exógeno y no patológico.

Tal es el caso de estados poshipnóticos, postraumáticos, ciertos estados de agotamiento o fatiga extrema y, en general, de emociones o estados pasionales que trastocan las instancias psíquicas de control de la persona (odio, celos, miedo). Más que la capacidad de comprensión, en estos supuestos es la capacidad de inhibición la que se encuentra perturbada y, por tanto, el nivel de exigencia se reduce. Así, por ejemplo, el padre que se entera que su esposa y mellizos han muerto en un accidente de tráfico y agrede al policía que le trasmite la noticia.

En esta línea, el artículo 46 del CP prevé, dentro del catálogo de circunstancias de atenuación, el obrar en estado de emoción o de temor excusable y la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible. En algunas ocasiones, la ley prevé, como atenuación o exoneración de responsabilidad, el estar bajo el influjo de un estado psíquico que determina que la reacción del sujeto sea casi instintiva. Sucede así en el artículo 109 del CP que tipifica el delito de homicidio por emoción violenta que las circunstancias hacen excusable. Así, la redacción del precepto es confusa: si las circunstancias del hecho lo hacen excusable, debería declararse la atipicidad del hecho y no atenuarse la pena.

2. El trastorno mental transitorio ha de ser grave. La gravedad se determina en función a *lo que se exige* en la situación concreta. Así, por ejemplo, el machismo del esposo que le lleva a golpear a su cónyuge cada vez que no cocina ni atenúa ni exonera de responsabilidad, por muy enraizado que esté en su personalidad.

3. Los estados de inconciencia que la doctrina mayoritaria califica como supuestos de ausencia de acción —el sueño profundo, la hipnosis y la embriaguez letárgica— son en realidad supuestos de incapacidad penal, en los que el común denominador es la imposibilidad de controlar los actos. La forma cómo el sonámbulo, el hipnotizado y el ebrio letárgico se relacionan con el entorno adolece de significado jurídico-penal porque no son competentes de la causa exógena que les lleva a perder la conciencia. Por lo mismo, si el estado de inconciencia ha sido creado o aprovechado por un tercero, el comportamiento de este último sí adquiere relevancia penal y será castigado como autor mediato. Es el caso del hipnotizador que instruye al hipnotizado para que sustraiga un bien ajeno.

b) Actio libera in causa (ALIC)

1. Cuando la incapacidad penal transitoria es atribuible al sujeto que la padece, ha de argumentarse si y por qué el hecho que se realiza bajo incapacidad de comprensión e inhibición y, por tanto, cuando la asequibilidad normativa está perturbada, genera responsabilidad. Esta explicación corre por cuenta de la teoría del *actio libera in causa* (acto libre en su causa). En doctrina se conocen hasta tres fundamentaciones cuyo presupuesto en común es la idea de que solo se puede actuar en derecho penal si en el momento de los hechos se tiene la posibilidad de relacionarse con el entorno como destinatario de la norma penal.

2. La primera fundamentación la ofrece la tesis de la excepción. De acuerdo con ella, considerar que el sujeto realiza un comportamiento penalmente relevante cuando está incurso en un estado de inconciencia es una excepción a la regla anteriormente mencionada que se justifica por razones

de justicia material. No hacerlo, se dice, sería admitir una injustificable laguna de punibilidad. La objeción salta a la vista: como excepción, contamina y rompe el sistema de imputación de responsabilidad penal.

La segunda fundamentación, el modelo del tipo, postula que el comportamiento típico comienza cuando el sujeto pierde la conciencia. Sin embargo, anticipar el inicio de la ejecución del delito a un momento en que el bien jurídico no ha sido colocado en estado de peligro, desnaturalizaría el concepto de comportamiento típico y habría que buscar un criterio distinto al de riesgo prohibido en qué sostenerlo.

El tercer modelo es el de la autoría mediata y es el que aquí se asume. Según este, se imputa la creación de las circunstancias que originan la incapacidad cuando se hubiera conocido (dolo) o se fuera exigible conocer la existencia de dicha causa (culpa). Se entiende que el propio sujeto se ha *autoinstrumentalizado* para actuar bajo una causa de incapacidad, tornándose garante de los comportamientos que realice luego. Así, por ejemplo, cuando la madre se duerme junto a su hijo recién nacido y lo ahoga con su cuerpo, se ha de analizar el momento inmediato anterior a aquel en el cual la madre perdió la posibilidad de controlar voluntariamente sus actos (antes de quedarse dormida). En ese momento, es posible afirmar que ella se autoinstrumentalizó. Si lo hizo con dolo o por imprudencia, es algo que depende de si se le exigía o no conocer la posibilidad de lesionar el bien jurídico bajo la causa de atipicidad que también se le exigía conocer.

3. El *actio libera in causa* encuentra cobertura legal en el artículo 20.1 del CP, en el extremo de la grave alteración de la conciencia. En efecto, una interpretación teleológica lleva a admitir que si dicho precepto regula el trastorno mental transitorio y este no abarca los casos en que el sujeto es garante de no perder la conciencia; este deber de garante es un límite del trastorno mental transitorio que excluye los casos de autoinstrumentalización (ingesta de alcohol o drogas, por ejemplo). Sin embargo, lo dicho hasta ahora solo obliga a considerar que quien está incurso en un supuesto de *actio libera in causa* actúa con capacidad, pero no

indica cuál es el tratamiento político-criminal más conveniente. Cuando se revisa legislaciones comparadas, se aprecia que procurarse un estado de inconciencia para delinquir o tener una excusa legal, lejos de ser un acto valorativamente neutro, es una circunstancia agravante. Esta parece ser la mejor respuesta, pues expresa una mejor ponderación del reproche penal.

3. Sufrir alteraciones en la percepción

1. La lectura tradicional de esta circunstancia se fundamenta en un criterio biológico natural que parte del defecto sensorial (sordomudez, ceguera) que puede tener su origen en el nacimiento o incluso en la infancia y que conlleva en el sujeto una percepción equivocada de la realidad. Estas personas, sin duda, sufrirán alteraciones en la percepción que afectarán gravemente su concepto de realidad.

2. Hoy en día, a partir del reconocimiento de que cada quien forma su propia realidad y no existe una realidad correcta, se acepta que la alteración de la percepción como causa de incapacidad se refiere a la percepción de las valoraciones sobre las cuales se organiza la vida en común. Como sostiene Terradillos Basoco, quien no conoce, siquiera en términos aproximativos, el catálogo de los principios jurídicos básicos y su relevancia —que obliga a respetarlos—, carece del desarrollo intelectual necesario para ser motivado por una norma teleológicamente dirigida a la protección de aquellos. Este sujeto no es imputable y ello con independencia de cuáles 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.

4. Factores culturales o costumbre

1. El artículo 15 del CP estipula: «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». Según la propia ley, este sería un supuesto de *error de comprensión culturalmente condicionado* que anularía o atenuaría la responsabilidad del sujeto —por error— cuando su cosmovisión le impida o dificulte comprender la ilicitud del hecho que realiza. Este regla, propuesta por Zaffaroni, pretendía superar la forma por demás peyorativa y etnocentrista con la que el CP de 1924 trataba la diversidad cultural, en particular la de los indígenas («salvajes», «indígenas semicivilizados o de degradados por la servidumbre y el alcoholismo»), calificándolos de inimputables y previendo para ellos la sustitución de la pena por medidas de seguridad.

2. Sin embargo, la interpretación que hace la doctrina mayoritaria del artículo 15 del CP no es recibo. Por un lado, resulta cuestionable que se haya elegido una fórmula de error para postular un trato digno para la diversidad cultura, cuando el error supone, siempre, comparación con quien tienen la razón: la cosmovisión centralista sería la acertada y la indígena, errónea. Ciertamente que el respeto íntegro de la diversidad cultural obliga a declarar la impunidad de quien, condicionado por su cultura o costumbre, realiza un hecho previsto como delito; pero, además, exige que el fundamento de la impunidad sea compatible con el respeto a sus valores y cultura. No se trata entonces de imponer a las minorías culturales una determinada forma de pensar, una cosmovisión que les resulte ajena, ni de calificar su cosmovisión de errónea cuando no se ajusta a la dominante.

El Estado de derecho no se encuentra legitimado para imponer a las personas una determinada forma de entender las cosas mediante la coacción penal³. Este elemental postulado, que difícilmente alguien se atrevería a cuestionar, resulta contrariado con la tesis del error de comprensión culturalmente condicionado; pues el mensaje que transmite

³ Al respecto, ver la STC 010-2002-AI/TC del 3 de enero de 2003, fundamento XI (disponible en: <http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/docs/tc_010-2003-AI.pdf>).

el Estado a los grupos culturales minoritarios que no han podido o no han logrado plasmar en el derecho vigente sus costumbres, valores y su cosmovisión, es que, a pesar de ello, deben guiarse por el derecho vigente.

3. Por otro lado, si por comprensión se entiende la acción de comprender y la facultad, capacidad o perspicacia para entender y penetrar la realidad; luego, todo «error» es un error de comprensión. Incluso uno de tipo o de prohibición. Y como toda comprensión de la realidad está condicionada por la cultura de la persona, todo error es un error de comprensión culturalmente condicionado, incluso un error de tipo o de prohibición.

4. Debe aceptarse, como se ha venido insistiendo, que la incapacidad penal es un concepto normativo valorativamente neutro, que no conlleva reproche alguno, adolece de carga peyorativa y hace referencia a un estado en el cual la persona no puede ser motivada en condiciones de normalidad por la norma penal. El discurso que rechaza calificar de incapaz (o inimputable) a un *extraneus* cultural porque ello sería degradante, debería afirmar lo mismo cuando se califica de inimputable a un loco o a un menor de edad y, en general, tendría que aceptarse que todo inimputable es un sujeto inferior. Que históricamente se haya menospreciado a las culturas indígenas y que se les haya equiparado a sujetos psicológicamente incapaces, como si el tener una cosmovisión distinta fuera un defecto, no justifica, en la actualidad, seguir suscribiendo el mismo discurso.

En otras palabras, si calificar de inimputable a un *extraneus* cultural es considerarlo un sujeto inferior o tratarlo despectivamente, tendría que predicarse lo mismo con respecto a quienes padecen una anomalía psíquica, una grave alteración de la conciencia o sufren alteraciones en la percepción, y también con respecto a los menores de edad. Y esto, por absurdo, nadie lo sostiene. Dejando en claro entonces que el indígena no padece tara o defecto alguno, pero aceptando que existen casos en los que por su costumbre no puede comprender o comportarse según tal comprensión, se impone llamar a las cosas por su nombre sin que ello presuponga recurrir al término «inimputable» para disfrazar un trato vejatorio.

Lo dicho en el párrafo anterior puede entenderse mejor si no se pierde de vista algo ya señalado: que las causas de inimputabilidad son penalmente irrelevantes si es que no llegan a producir en el sujeto una incapacidad para comprender la ilicitud de su acto o para comportarse de conformidad con dicha comprensión, o la atenúan. Existen muchas personas que padecen taras o defecto mentales y no son inimputables. El centro de la discusión se traslada desde el estado emocional (patológico, por ejemplo, en el caso de una grave alteración psíquica, o no patológico, minoría de edad o diversidad cultural), hacia la consecuencia, hacia la inimputabilidad. Siendo la imputabilidad un concepto eminentemente jurídico, lo único que conlleva su atribución es que el sujeto estará vinculado por las normas penales, *contrario sensu*, el inimputable no lo estará; será, en este sentido, un *extraneus*.

La inimputabilidad por diversidad cultural no presupone defecto alguno, salvo que se esté dispuesto a calificar de defecto el hecho que el sistema jurídico no pretenda que sus normas penales vinculan a los *extranei* culturales. Lejos de un defecto, es una virtud. Aun cuando el sujeto disponga, de conformidad con su constitución psíquica, de la capacidad de comprender la naturaleza ilícita del hecho, es posible que, en el caso concreto, tal comprensión quede descartada por el hecho de provenir de otra cultura.

5. Otras causas (*extra legem*) de incapacidad penal

1. Se ha insistido en que lo relevante es la incapacidad penal y no el hecho de conexión que la genera. En tal medida y según la sistemática que se sigue en esta obra, los supuestos conocidos tradicionalmente en doctrina como «ausencia de acción» describen en realidad circunstancias de incapacidad penal, tal como se demostró en el caso de «los estados de inconciencia» (embriaguez letárgica, sueño profundo e hipnosis) cuando se estudió la grave alteración de la conciencia (*supra* capítulo 6, IV, 2, b). Con la «fuerza física irresistible» y los «movimientos reflejos» sucede lo mismo.

El argumento es ya conocido: no se comparte la tesis que sostiene que en la incapacidad de acción no hay voluntad mientras que en la incapacidad de responsabilidad penal esta se encuentra disminuida, puesto que a la capacidad penal, como presupuesto de la tipicidad, le es indiferente si la capacidad de comprensión e inhibición es nula o se encuentra disminuida, siempre y cuando se ubique por debajo del mínimo exigible.

2. La «fuerza física» irresistible, según el artículo 20.6 del CP, consiste en obrar «por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza» (*vis absoluta*). A partir de la definición legal, es posible identificar sus dos elementos:

- (i) La fuerza ha de ser *física* y *provenir de un tercero o de la naturaleza*. Esto permite descartar que actuar compelido por una amenaza (*vis compulsiva*) sea una causa de atipicidad de las que ahora se analizan. En tales casos, el sujeto mantiene la posibilidad de controlar su comportamiento voluntariamente. Por ejemplo, quien al ser empujado por un tercero, o al perder el equilibrio a consecuencia de un movimiento telúrico o por un fuerte viento, cae sobre otra persona y le fractura una costilla, está incurso en un caso de fuerza física proveniente de la naturaleza o de un tercero que determina que los daños que causa, por no haber podido controlar su cuerpo, no expresen un sentido penalmente prohibido. Pero quien, bajo el efecto de una amenaza contra su vida, sustrae dinero ajeno, sí puede decidir conscientemente realizar un acto distinto (aunque una simple ponderación entre su vida y el patrimonio indica que su comportamiento no puede ser antijurídico por obrar al amparo de una causa que excluye el injusto).
- (ii) La fuerza debe ser irresistible. No es posible vencerla o neutralizarla. No rige aquí el criterio de hombre promedio. Así, por ejemplo, un leve empujón será suficiente para vencer la resistencia de quien utiliza muletas, pero no para quien no las usa. Por lo demás, al

no existir diferencia entre un gesto activo y uno omisivo, estar amarrado sin poder moverse es también un supuesto de fuerza física irresistible.

3. Por su parte, los «movimientos reflejos» son reacciones motoras a estímulos externos controladas directamente por el sistema nervioso. Mover la mano al quemarse con la hornilla de la cocina y levantar la pierna cuando se golpea la rodilla son ejemplos de movimientos reflejos. En doctrina, se distinguen los movimientos reflejos de las acciones «automatizadas», al entenderse que en estas últimas, producto del entrenamiento y la repetición, se puede llegar a controlar voluntariamente el acto. Pisar el freno del vehículo ante el repentino cruce del peatón y girar la perilla para activar la máquina empaquetadora por parte del operario en la fábrica, son acciones automatizadas.

V. LA ATENUACIÓN DE LA CAPACIDAD PENAL

1. La capacidad penal atenuada no es un estado de semicapacidad, intermedio entre capacidad e incapacidad. Es un supuesto de capacidad penal en que el sujeto se hace cargo de sus actos. La atenuación de la capacidad de comprensión y control —que puede originarse por las mismas causas biológicas, psíquicas y sociales que la incapacidad penal y puede ser permanente o transitoria— ha de ser notable: sin llegar a neutralizar la exigencia de adecuación normativa, la disminuye en comparación a la del resto. Dentro del amplio espacio de valoración compuesto por el universo de casos de capacidad penal, el juez habrá de considerar a la capacidad atenuada cuando la estructura psíquica, biológica o cultural del sujeto determine que su concepto de realidad y con ello su comprensión de lo ilícito, se aparta claramente de la media de normalidad y se aproxime a la incapacidad.

2. La atenuación de la capacidad se determina a partir de lo que se exige al sujeto. Es atenuación de exigibilidad de comprensión e inhibición.

De no ser así y si por el contrario la atenuación se determinase a partir de la real capacidad de autocontrol al momento de la realización del hecho, no solo no se podría dar una solución satisfactoria a acciones *libera in causa*; sino que, además, se debería admitir siempre en los delitos cometidos por venganza o por pasión. Lo que no significa que las *alteraciones* de la capacidad penal no se tomen en cuenta, simplemente que ello depende de la valoración que recaiga sobre las causas que la producen y de quién es el garante para evitarlas. Por ejemplo, alguna vez son atenuantes (obrar por móviles nobles o altruistas —artículo 46.1.b del CP—) y otras agravantes (ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole —artículo 46.2.d del CP—).

3. El artículo 21 del CP dispone la atenuación facultativa de la pena para los casos de disminución de capacidad, que el Acuerdo Plenario 4/99 interpreta como obligatoria y por debajo del mínimo legal. Ya se dijo que se comparten las razones para considerar obligatoria a la atenuante, aunque no que sea por debajo del mínimo legal. Esta idea nada tiene que ver con que la pena no deba superar el límite de la culpabilidad; pues, si bien esta tesis logra traslucir la idea de fondo, no supera la inseguridad que significa hacer reposar el límite máximo de pena en un concepto tan ambiguo, flexible y caprichoso como la culpabilidad. La atenuación de la pena en los casos de capacidad penal disminuida no se explica por la existencia de una alteración emocional que puede ser competencia del propio sujeto (*actio libera in causa*), en cuyo caso el reproche debe ser mayor; sino por la atenuación de la exigencia de comprensión e inhibición que surge a consecuencia de ella. Así, no cabe la atenuación del artículo 21 del CP cuando a pesar de la concurrencia del hecho de conexión el sujeto haya reconocido el hecho como prohibido y se le exija evitarlo.

Fondo Editorial PUCP

TERCERA PARTE
TEORÍA DEL DELITO

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 7

EL COMPORTAMIENTO TÍPICO: LA CREACIÓN DEL RIESGO TÍPICO

Sumario: I. Concepto de comportamiento típico. II. La creación desaprobada de un riesgo como criterio rector del comportamiento típico. 1. El concepto «creación desaprobada de un riesgo». 2. Dimensiones de la creación jurídicamente desaprobada de un riesgo. III. Determinación del riesgo típico (creación de un riesgo penalmente prohibido). 1. Legitimación del riesgo típico. 2. Determinación del riesgo típico. IV. Empleo de criterios subjetivos en la concreción del riesgo típico.

I. CONCEPTO DE COMPORTAMIENTO TÍPICO

1. El comportamiento típico es una situación de riesgo penalmente prohibido para un bien jurídico que se atribuye a quien está obligado a evitarla (garante). La terminología empleada (comportamiento) induciría a pensar que el comportamiento típico dependería o estaría vinculado a un acto corporal, movimiento muscular o a un quedarse de brazos cruzados sin hacer algo. Sin embargo, si así fuera, se le anclaría en concepciones causalistas que privilegian la forma en que se exterioriza el riesgo prohibido para el bien jurídico (acción, omisión, relación de causalidad) y relegan a un segundo nivel de importancia el *significado jurídico o desvalor* que se le atribuye; significado o desvalor que, por lo demás, dependería de la forma en que se exteriorice el comportamiento.

Aquí se postula que el comportamiento típico es una valoración o, mejor dicho, una *desvaloración* o *juicio de valor negativo* que se formula sobre una concreta situación de riesgo para el bien jurídico a partir del criterio de merecimiento de pena, que no es otra cosa que ponderar libertades en sede de tipicidad. De nuevo: ¿cuánta libertad de actuación hay que prohibir en el caso concreto para garantizar la mayor cantidad de libertad de actuación? La situación de riesgo puede ser causada por un comportamiento activo (disparar, golpear), omisivo (no suministrar alimento, no denunciar, no evitar el comportamiento lesivo de un subordinado) e incluso por un hecho de la naturaleza (el mar agitado que ahoga al bañista, el deslizamiento de tierra que daña la propiedad). Todo ello es intrascendente. Relevante es que el desvalor sea atribuido como consecuencia de un juicio de reproche y, a título de hecho propio, a quien libre y voluntariamente asumió el deber de evitar el riesgo para el bien jurídico.

2. En el presente capítulo, se argumentará la tesis descrita en el párrafo anterior, en particular el primer segmento del comportamiento típico (situación de riesgo penalmente prohibido para el bien jurídico). En el siguiente capítulo, se abordará la atribución de dicha situación de riesgo al garante (competencia por el riesgo).

Antes, sin embargo, debe recordarse que el comportamiento típico no se encuentra descrito en la ley penal. Tres razones así lo afirman. En primer lugar, los tipos de la Parte especial suelen incorporar un resultado material (preceptos de resultado) que, como se ha visto (*supra* capítulo 2, V, a), no es un presupuesto de la punibilidad ni se toma en cuenta en el juicio de merecimiento de pena. En segundo lugar, porque el conjunto de signos lingüísticos que conforman el precepto penal debe ser interpretado para construir la norma penal e identificar las situaciones de riesgo prohibido para bienes jurídicos. Es pues la norma penal y no el precepto penal la que *describe* al comportamiento típico. Y en tercer lugar, porque el precepto penal describe una situación fáctica que no logra

explicitar en toda su dimensión la desvaloración penal que recae sobre ella. Para aprehender dicha desvaloración, es necesario apostar por una interpretación teleológica que identifique el bien jurídico protegido y si, en el caso concreto, ha sido sometido a una situación de riesgo intolerable, para lo cual el comportamiento típico debe ser construido con la suma de los elementos (positivos) del precepto de la Parte especial y los elementos (negativos) de las causas que excluyen el injusto (tipo total, propio de la teoría de los elementos negativos del tipo).

II. LA CREACIÓN DESAPROBADA DE UN RIESGO COMO CRITERIO RECTOR DEL COMPORTAMIENTO TÍPICO

1. El concepto «creación desaprobada de un riesgo»

1. La vida en sociedad implica riesgos. Participar en el tráfico rodado, ya sea como conductor o como peatón, supone un peligro para la vida e integridad de los peatones y también para la del conductor. Lo mismo se puede decir del transporte aéreo, la explotación minera y la venta de medicamentos y alimentos. Incluso las actividades que a primera vista aparecen como inocuas pueden generar lesiones a terceros. Una enfermedad puede transmitirse mediante un saludo y se puede lesionar al compañero practicando deporte. Los riesgos para las personas y para la sociedad misma son consustanciales a la interacción de las personas en sociedad (*sociedad de riesgo*) (Beck). En pocas palabras, todo comportamiento en sociedad entraña riesgos para terceros.

2. La afirmación anterior no autoriza a prohibir cualquier riesgo. Si así se obrase, se condenaría al contacto social a su extinción y con ello a la sociedad a su colapso. Se trataría de a una restricción de libertad tan absurda como disfuncional; pues, si bien por un lado se aseguraría que no se realicen comportamientos de riesgo y se evitaría resultados lesivos para terceras personas, por otro lado sería una consecuencia más perjudicial que los resultados lesivos que se pretenderían evitar.

3. Un análisis costo-beneficio que privilegie la libertad de actuación arroja como resultado que es preferible *tolerar* algunos comportamientos de riesgo y los resultados lesivos que causen si es que así lo justifican los beneficios para las personas y la sociedad que se obtienen con su realización. Por tanto, solo es legítimo prohibir los comportamientos que entrañen un riesgo *relevante* para los bienes jurídicos. Relevancia que, parece obvio, se determina a partir de un test de ponderación en el caso concreto. La pregunta fundamental del derecho penal: ¿cuánta libertad de actuación hay que restringir para, a su vez, garantizarla?, se formula y responde en sede de tipicidad. Y se hace de la mano del principio de igualdad: la restricción de la libertad de actuación que opera sobre uno debe ser trasladable al resto.

Además del criterio de la probabilidad de producción del resultado lesivo, conforme al cual se prohíbe realizar aquellos comportamientos que *normalmente* (por experiencia se sabe que) desencadenan resultados lesivos, en otros casos el comportamiento se prohíbe si el daño que puede generar es letal, altamente nocivo e irreversible, aun cuando sea poco probable y hasta remota su producción. Es el caso de la manipulación de energía nuclear que puede desencadenar graves e irreversibles daños a las personas y al medioambiente.

4. Llevada al extremo, la premisa descrita impediría considerar que existen comportamientos típicos *per se*: dado que la entidad lesiva del comportamiento que decreta su tipicidad solo puede determinarse a partir de una delicada ponderación de las libertades en juego en el caso concreto, no podría existir un comportamiento que *ex ante* deba declararse ilícito siempre y en todos los casos. Desde este punto de vista, a lo sumo, *ex ante* solo podría afirmarse en términos genéricos y abstractos que, por ejemplo, el homicidio es un comportamiento de riesgo no permitido para la vida, como el hurto lo es para la libertad patrimonial y la piratería para la propiedad intelectual; pero, por lo mismo, no habrían comportamientos que *ex ante* sean siempre y en todos los casos típicos: disparar a matar puede ser un comportamiento lícito si se actúa en legítima defensa (artículo 20.3 del CP), como también puede serlo destruir un bien ajeno si es la

única posibilidad para preservar un interés superior (estado de necesidad —artículo 20.4 del CP—).

5. Sin embargo, la ley presume que ciertos comportamientos contravienen la esencia misma de la libertad individual y el respeto de los derechos humanos más elementales y los prohíbe desde una perspectiva *ex ante*. Sucede así, por ejemplo, con el tráfico de personas o la esclavitud. Según la opinión más extendida, en estos casos el consentimiento del titular del derecho afectado no tiene validez jurídica aun cuando hubiera sido prestado con plena libertad. Sin embargo, ya se vio que el Estado de derecho solo puede prohibir la realización de un comportamiento si con él se le impida a un tercero ejercer su libertad (por eso la pregunta de la tipicidad es siempre una pregunta acerca de ponderación de libertades). Por tanto, si excepcionalmente se quiere legitimar la prohibición penal de comportamientos libres, como en el caso hipotético de una persona que consiente en ser esclavizada, tendría que pensarse en argumentos pragmáticos que partan de reconocer la incapacidad del sistema jurídico para proteger eficazmente las libertades. Así, parece sensato prohibir *ex ante* todos los comportamientos de esclavitud o de tráfico de personas, negar en estos casos la validez jurídica del consentimiento y evitar, a cambio, debido a las imperfecciones del sistema, que alguien pueda aprovecharse de consentimientos viciados por necesidad, coacción o error.

El razonamiento descrito explicita que la decisión penal es siempre una ponderación de libertades. Incluso cuando se trata de la decisión legislativa de prohibir excepcionalmente y *per se* un determinado comportamiento: ¿qué tanta libertad de actuación es legítimo restringir para asegurar la mayor libertad de actuación?

6. Tampoco existen comportamientos que, descritos en abstracto y desde una perspectiva *ex ante*, se autoricen siempre y en todos los casos. Se podría pensar que algunos actos son inocuos para la libertad y que estarían amparados por el derecho a realizar el proyecto de vida. Pero incluso eventos tan cotidianos como caminar o hablar pueden ser

objeto de restricción si ponen en riesgo libertades de terceros: transitar por una zona prohibida o privada, o difamar. Una vez más, se trata de ponderar libertades en el caso en concreto a partir del principio de igualdad.

Lo dicho supone revisar el contenido del principio en cuya virtud lo que no se prohíbe se permite. Ciertamente que en un Estado de derecho se prefiere la libertad de actuación sobre la restricción de libertades, pues tal es el cometido último del derecho en general y del derecho penal en particular; pero también es verdad que el campo de aplicación de dicha regla es la interpretación jurídica, pues es ahí donde se determina el contenido de la ley penal y, por tanto, el contenido y límites del injusto penal.

Dejando al margen por el momento las prohibiciones *per se*, la regla general es que la prohibición del comportamiento de riesgo depende del incumplimiento de ciertas condiciones de seguridad que tienen por finalidad reducir la probabilidad de producción de resultados lesivos a un índice admisible. Sucede así con el tráfico rodado, el transporte aéreo, la venta de fármacos y la fabricación de productos de consumo humano; actividades todas que cuentan con un marco normativo que establece las condiciones bajo las cuales su realización es autorizada.

7. Cómo se diferencia entre comportamientos de riesgo prohibido y comportamientos de riesgo permitido, quién lleva a cabo dicha diferenciación y sobre la base de qué criterios, es algo que se analizará en las siguientes líneas. Ahora interesa llamar la atención sobre una de las consecuencias más importantes que se desprenden de lo dicho hasta este momento: un comportamiento que no crea de manera jurídicamente desaprobada un riesgo no genera responsabilidad penal, aun cuando haya ocasionado un resultado perjudicial para un tercero. Ese resultado nunca podrá ser *lesivo* para un bien jurídico penalmente protegido porque no se deriva de un comportamiento penalmente prohibido. El comportamiento de riesgo permitido es siempre un comportamiento *atípico* porque el sujeto actúa dentro del ámbito de libertad jurídicamente garantizada determinada por el ordenamiento jurídico (Frisch).

Por el contrario, el comportamiento típico (comportamiento de riesgo penalmente prohibido) lo es precisamente porque crea un riesgo *penalmente* vedado por la norma penal. Por ejemplo, cuando el médico opera al paciente cumpliendo con las medidas establecidas y el paciente, no obstante, fallece, no se realiza un comportamiento de riesgo prohibido para la vida humana: al no crear de manera desaprobada un riesgo, la conducta del médico es atípica.

Por eso, el conjunto de normas penales expresa una distribución de libertades, que será distribución *justa* de libertades si las normas penales son legítimas: todos los comportamientos que puedan ser subsumidos como supuestos de hecho de una norma penal es un espacio de actuación que el ordenamiento jurídico garantiza.

8. Anteriormente, se ha señalado que la superación de las concepciones causales han dado lugar a que el bien jurídico sea la valoración positiva que recae sobre una condición imprescindible para que las personas nos desarrollemos en libertad, que se diferencia del objeto material en el cual se representa, cuya alteración o destrucción puede obedecer a razones distintas a la lesión del bien jurídico y que esta no siempre conlleva aquella, y que la «lesión del bien jurídico» es la desvaloración que recae sobre la situación de peligro a la que ilícitamente se le somete. En esta línea, el comportamiento típico (creación de un riesgo desaprobado para el bien jurídico) es también la desvaloración que recae sobre un acto corporal, activo o pasivo, e incluso sobre un hecho de la naturaleza, que se vincula a alguien (el garante) porque se le exigía evitarlo o controlarlo.

El comportamiento típico, al igual que el bien jurídico, supone un juicio de desvaloración en el que la forma externa que adquiera el acto en nada influye. De ahí que, por ejemplo, una suma de dinero donada o hurtada produce el mismo efecto sobre la masa patrimonial, pero solo en el primer caso se desvalora como delito y que los daños causados a la propiedad ajena sean atípicos si se actúa al amparo del estado de necesidad, pero se prohíben y desvaloran si no concurre la mencionada causa de exclusión del injusto.

2. Dimensiones de la creación jurídicamente desaprobada de un riesgo

1. El derecho penal no se ocupa de sancionar todas las creaciones desaprobadas de riesgos; solo las situaciones de riesgo *penalmente desaprobadas*, con lo cual refuerza la actuación de las instancias y medios de control prepenales. Por eso es necesario, en primer lugar, que se cree un riesgo, en el sentido de que el comportamiento debe ser desaprobado *jurídicamente*, y luego, recién, constatar si dicho riesgo es típico. Con respecto a lo primero —riesgo desaprobado jurídicamente—, es de mucha utilidad la metodología propuesta por Frisch (en lo que sigue, 2004, pp. 105 y ss.) con arreglo a la cual es posible identificar: (i) conductas que se encuentran reguladas en ámbitos prepenales; (ii) conductas que se encuentran limitadas en ámbitos prejurídicos; y (iii) conductas que adolecen de regulación prepenal y prejurídica.

- (i) La regulación prepenal de determinadas actividades, como la que ofrece el derecho administrativo, por ejemplo, es manifestación de riesgos básicos tolerados. Dichos riesgos, en la medida en que se mantengan dentro de los límites de la regulación prepenal, son penalmente intrascendentes y también jurídicamente irrelevantes. La contaminación al medioambiente producida por la empresa que cumple con su programa de adecuación del medioambiente no es, ni siquiera, un ilícito administrativo. La unidad del sistema jurídico descarta en estos casos la tipicidad del comportamiento que se ajusta a la regulación prepenal; pues, como se ha dicho, si no constituyen infracción administrativa, tampoco infracción penal. La trasgresión de la regulación prepenal por parte del comportamiento será un indicativo, necesario pero insuficiente, para afirmar luego la relevancia típica del acto y salvar así la diferencia que existe entre la infracción administrativa y el comportamiento típico.

- (ii) Las conductas que se encuentran reguladas en ámbitos prejurídicos son aquellas que forman parte de la *lex artis* o que son objeto de recomendaciones o directrices de ciertas asociaciones (por ejemplo, colegios profesionales). No gozan de reconocimiento normativo, en el sentido de que los casos a los que aquí se alude adolecen de regulación jurídica, propiamente dicha. Pero ello no impide que estas reglas sean expresión de la experiencia ni que sirvan para fundamentar el juicio de previsibilidad que es imprescindible para la tipicidad. Si de lo que se trata es de prever resultados lesivos y si ello solo se logra conociendo cuáles son los comportamientos evitables que normalmente los generan, parece lógico que la *lex artis* y aquellas reglas que no forman parte del derecho formal, en la medida en que sean aceptadas por la generalidad y reflejen una ponderación razonable entre libertad y seguridad, se equiparen a la normativa jurídica.

Lo anterior se ilustra, por ejemplo, con la obligación del médico de desinfectarse las manos antes de auscultar a su paciente que se deriva de los usos y costumbres de la actividad médica. Que no exista un reglamento o una ley que así lo indique, no significa que esa costumbre profesional no deba ser observada. Al igual que con la regulación prepenal, los comportamientos que se adecuan a las reglas técnicas de la profesión o arte no crean un riesgo y los que las transgreden podrán ser penalmente relevantes si se constata que el riesgo creado es un riesgo típico.

- (iii) Existen, por último, conductas que adolecen de regulación prepenal y prejurídica. En estos casos, el comportamiento crea de manera desaprobada un riesgo y su regulación puntual sería redundante. Que no exista una ley que prohíba expresamente golpear a una persona hasta que pierda el conocimiento o sumergirle la cabeza bajo el agua durante cinco minutos, o una directiva que sugiera su no realización, no significa que sean

comportamientos permitidos. Están prohibidos, al menos los ejemplos propuestos, por la norma penal que protege la vida humana. El criterio a invocar aquí es «interpretación de la ley penal».

2. Los tres criterios anteriormente mencionados contribuyen a dotar de contenido a la norma penal y con ello a delimitar el comportamiento típico. En los casos en que exista una regulación prepenal y el comportamiento se ajuste a ella, o cuando sea acorde con la regulación prejurídica, o cuando el comportamiento, a pesar de no estar expresamente regulado en los ámbitos prepenal y prejurídico, sea un comportamiento permitido, queda descartada la posibilidad de que pueda ser un comportamiento típico. Todo esto permite afirmar que el comportamiento ha creado de manera desaprobada un riesgo; pero no, todavía, saber si esa desaprobación es penalmente relevante.

III. DETERMINACIÓN DEL RIESGO TÍPICO (CREACIÓN DE UN RIESGO PENALMENTE PROHIBIDO)

1. Legitimidad del riesgo típico

1. Aseverar que se ha creado un riesgo típico presupone, en primer término, que se haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado. Luego, recién, se podrá concretar el ámbito de lo prohibido por el tipo de lo injusto; esto es, dotar de contenido a la norma penal mediante la interpretación de la ley y establecer los parámetros de ponderación de libertades en el caso del particular bien jurídico comprometido que sirven para determinar el tipo de comportamientos que se prohíbe (interpretación de la ley penal). En segundo lugar, una vez que se sabe qué tipo de comportamiento prohíbe la norma penal, se podrá analizar (ponderar) si el comportamiento que se juzga es o no uno de ellos (juicio de subsunción). Esta metodología suele pasar desapercibida, sobre todo cuando se examina conductas que por costumbre o por sentido común ordinariamente se subsumen en el tipo.

Nadie duda que cuando el sicario mata a su víctima realiza un comportamiento típico de homicidio, al ser evidente que *ese* comportamiento —disparar por precio— se prohíbe penalmente para proteger la vida humana. Expresado de otra forma: en el conflicto de intereses entre la vida humana y el lucrar con la muerte de otro, predomina claramente el primero. Pero cuando la subsunción no se da por intuición, ya sea porque el comportamiento que se juzga no era imaginable cuando se tipificó el delito (por ejemplo, lesionar a un tercero empleando un mecanismo tecnológico de reciente creación) o porque no es frecuente y no se conoce todavía con precisión qué intereses puede afectar ni las condiciones de seguridad en las que debe ser practicado, se hace patente que antes de subsumir el comportamiento en el tipo penal se ha de conocer qué comportamientos prohíbe el tipo penal.

2. Sin embargo, con lo anterior solo se ha descrito la función que cumple la norma penal en la concreción del riesgo típico, pero no se ha argumentado si dicha norma y la finalidad que persigue son legítimas. Esta legitimidad se alcanza si la prohibición penal de un comportamiento es un mecanismo *razonable* para proteger la libertad individual. En caso contrario, la restricción de la libertad de actuación será injusta y arbitraria y, por lo tanto, inconstitucional. Así vista, la función del Estado como garante de la libertad no puede entenderse sin el cometido, también estatal, de asegurar las condiciones en las cuales las personas pueden desarrollarse libremente. Esta permanente tensión entre *libertad* y *seguridad* debe ser resuelta con arreglo a los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la intervención penal.

Es legítimo entonces recurrir a la prohibición penal de un comportamiento en la medida en que sea *necesario* e *idóneo* para mantener los daños a terceros dentro de los índices de lo tolerable y que ello permita la convivencia social; y además, cuando la forma en que se limita la libertad (pena) sea *proporcional* al daño que se quiere evitar. Los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad permiten someter a una

permanente crítica la actividad legislativa-penal, pero también facultan a cuestionar la legitimidad de la norma penal y, en su caso, inaplicarla por inconstitucional vía control difuso (artículo 138 de la Constitución).

2. Determinación del riesgo típico

1. La tesis que aquí se asume reza así: el comportamiento es de riesgo típico si tiene, *per se*, entidad suficiente para poner en peligro al bien jurídico protegido en la concreta situación en que se desarrolla. La entidad lesiva se determina mediante un juicio de valor que recae sobre el riesgo (y no a partir de la destrucción o modificación del objeto material en el cual se representa el bien jurídico): habrá entidad lesiva si *la razón* para prohibir el riesgo creado es la preservación del bien jurídico puesto en peligro en el caso en concreto.

Transitar por encima del límite de velocidad es una infracción administrativa; si además constituye un comportamiento típico de homicidio, es algo que no depende de si se mata o no a un peatón, sino de si en el caso en concreto y según las circunstancias que ahí concurren aparece como necesario, adecuado y proporcional prohibir penalmente *ese* tipo de conducción para preservar la vida humana de los peatones que participan responsablemente del tráfico rodado y sancionar su realización con una pena. La misma interrogante surge cuando los manifestantes bloquean una vía e impiden que el accidentado llegue al hospital y sea atendido. Aquí es preciso saber si *ese* tipo de manifestación, en las condiciones, momento y lugar en que se dio, se prohíbe penalmente para proteger la salud de las personas y si se sanciona por tal razón. Y también, cuando se analiza si la venta de la pistola empleada como arma homicida es un acto que crea de manera desaprobada el riesgo típico, es necesario proceder de la misma manera.

2. La determinación del riesgo típico no es más que la aplicación de principios jurídico-penales en sede de tipicidad. Esto se aprecia con total nitidez cuando se revisan los denominados criterios de imputación

objetiva que la doctrina ha sistematizado para orientar el juicio de tipicidad a través de la interpretación teleológica. Así, por ejemplo, la *prohibición de regreso*, en virtud de la cual se niega relevancia penal al comportamiento imprudente que es aprovechado por un autor doloso; el ámbito de protección de la norma, que descarta la tipicidad de los efectos lesivos de la conducta por no ser competencia del sujeto; y el *principio de confianza*, que decreta la atipicidad ahí donde razonablemente cabe esperar que un tercero se comporte según el derecho, son la plasmación en sede de tipicidad de la autorresponsabilidad, exigibilidad y sobre todo de la ponderación del ejercicio de libertades en juego a la hora de delimitar los espacios de actuación vedada (riesgo típico) y los espacios de libertad jurídicamente garantizada (riesgo permitido). Sobre esto se regresará luego y en detalle (capítulo 13).

Lo anterior está en plena armonía con la tesis aquí defendida de que el comportamiento típico es un juicio de *desvaloración*. Otra forma de demostrarlo es que la concurrencia de una de las llamadas causas de justificación o de exculpación (aquí se denominan por igual «causas de exclusión del injusto») hace desaparecer la valoración negativa que recaería en el comportamiento ante su ausencia, aun cuando el objeto material se destruya o altere. Así, por ejemplo, las lesiones en legítima defensa o los daños en estado de necesidad exculpante.

3. El razonamiento expuesto demuestra que la *eventual* producción del resultado material (muerte o lesiones a la salud) es un dato que se tomará en cuenta para prohibir el comportamiento antes de su realización, pero no para determinar si se ha creado un riesgo típico. Es un dato que se emplea en la criminalización primaria para decidir si el comportamiento merece pena y es legítimo acudir al derecho penal para prohibirlo.

Si bien es verdad que, cuando acaezca el resultado, el delito (de resultado) ya se habrá consumado y será más fácil advertir que se está frente a un comportamiento típico, también lo es que el comportamiento no dejará de estar prohibido si el resultado no acaece ni que el resultado

ofrezca seguridad de que sea expresión del riesgo típico. Lo primero se demuestra con la punición de la tentativa (artículos 16 y ss. del CP) y lo segundo, en los supuestos de cursos alternativos ajustados a derecho en los que un comportamiento lícito no evitaría el resultado. Es el caso del camionero que al quedarse dormido invade el carril contiguo, atropella y mata al ciclista que conduce en estado etílico por la carretera y que, producto de su ebriedad, pierde el control y colisiona con el camión; aun cuando el camionero no hubiese perdido el control del vehículo, el ciclista hubiera igual muerto.

IV. EMPLEO DE CRITERIOS SUBJETIVOS EN LA CONCRECIÓN DEL RIESGO TÍPICO

1. Se discute en doctrina si la determinación del riesgo típico toma en cuenta únicamente criterios objetivos o también subjetivos. La respuesta que se dé a esta interrogante tiene importantes consecuencias prácticas, sobre todo en el ámbito de los conocimientos especiales que posibilitan detectar el riesgo ahí donde una persona *promedio* no lo haría y en el tratamiento del error, donde solo tiene sentido exigir que el sujeto conozca lo que es cognoscible.

2. El principio de exigibilidad condiciona la toma de postura: en la medida en que los riesgos que se exige evitar deben ser conocidos (dolo) o cognoscibles (imprudencia) por el sujeto, los riesgos que se prohíbe crear son los que se conocen por experiencia colectiva y los que se derivan del estado actual de la ciencia que explican y obligan a prever resultados lesivos (no es necesario disparar a otro para que se exija saber que ese comportamiento suele causar la muerte), e incluso los que sin lograr identificar la relación causal que produce el resultado, demuestran que no obedece a otras causas. En la concreción del riesgo típico se emplean criterios subjetivos. A la razón anteriormente expuesta de que la prohibición de todos los comportamientos de riesgo llevaría a paralizar la dinámica social, se añade ahora que los conocimientos que en

el momento actual del desarrollo científico tenemos como sociedad son todavía insuficientes para identificar y explicar un conjunto de sucesos o para vincular el resultado lesivo a una causa.

Lo anterior no significa que deba permitirse la realización de dichos comportamientos; sino, simplemente, que si la experiencia enseña que la consecuencia *normal* del comportamiento es el resultado lesivo, aun cuando no se pueda explicar científicamente la relación de causalidad, ha de prohibirse el comportamiento. Lo contrario, es decir, condicionar la prohibición penal a la comprobación empírica de la causalidad, significaría un costo demasiado elevado para la libertad de las personas cuyos bienes jurídicos son sometidos a situaciones de riesgo en las que no se pueda probar causalidad alguna. Cognoscibilidad del riesgo, entonces, según la experiencia colectiva. Y, como no es posible adecuar el comportamiento para evitar riesgos no cognoscibles, estos no se prohíben. Lo que se condice plenamente con la perspectiva *ex ante* que impone la norma penal: solo se puede prohibir aquello que se exige conocer.

3. Lo dicho hasta aquí exige dos precisiones:

- (i) La primera es que no se deba optar por el criterio del hombre promedio para determinar qué riesgos resultan cognoscibles. Si el ejercicio responsable de la libertad presupone que el sujeto se procure ciertos conocimientos para que sus actos no pongan en riesgo bienes de terceros, los conocimientos exigibles al sujeto para que intervenga en un determinado ámbito (económico, familiar, social, etc.) se derivan de lo que en dicho concreto ámbito resulte razonable exigir: al cardiólogo se le exige ciertos conocimientos que no al podólogo, y al químico farmacéutico se le exigen conocimientos que no al psicoterapeuta.

Expresado en otras palabras, el riesgo típico no se determina individualmente. Por el contrario, constituye un baremo que tiene vocación de generalidad y como tal rige para todas las personas

que, bajo el mismo cargo o rol, intervengan en un determinado ámbito de riesgo. No otra cosa se deduce del hecho que la norma penal no varía en función a las características del sujeto (no existe una norma penal por cada ciudadano), sino que la norma penal es una pauta de conducta que rige para todas las personas que tienen capacidad penal.

- (ii) La segunda precisión es que el empleo de elementos subjetivos en la concreción del riesgo típico no significa que este no sea un dato objetivo. Una vez que se determina el nivel de riesgo tolerable para los bienes jurídicos penales, para lo cual, como se viene insistiendo, se precisa de la experiencia colectiva, ese nivel de riesgo típico pasa a ser un dato objetivo, en el sentido de que constituye un baremo de medición aplicable a todas las personas que participan en el ámbito para el cual se determinó el riesgo típico (existe un riesgo típico para la vida en el ámbito del transporte aéreo). Por eso, para el experto piloto de una aerolínea comercial, rige el mismo nivel de riesgo típico que para el novel piloto de la competencia y por eso, también, el desconocimiento invencible del riesgo (el mal llamado error de tipo invencible, según el primer párrafo del artículo 14 del CP) demuestra que el comportamiento no crea riesgo típico alguno.

CAPÍTULO 8

LA COMPETENCIA POR EL RIESGO TÍPICO: LA IMPUTACIÓN AL GARANTE

Sumario: I. Planteamiento general. II. La identidad valorativa entre acción y omisión como presupuesto metodológico de la posición de garante. 1. Planteamiento del problema: la relación entre comportamientos activos y omisivos. 2. La omisión como comportamiento que puede corresponderse valorativamente a la realización activa de un delito. a) Presupuestos. b) Consecuencias. 3. La identidad normativa y valorativa entre omisión y acción. a) Presupuestos. b) Consecuencias. 4. ¿Criterios para distinguir entre acción y omisión? 5. Precisión terminológica: ¿omisión propia/omisión impropia y omisión pura/comisión por omisión? III. La configuración del deber de garante (ámbito de competencia). IV. La incorporación voluntaria del control de la fuente de riesgo al ámbito de competencia como posición de garante común a todo delito. 1. El comportamiento previo como posición de garante. 2. Características del comportamiento previo. V. Excurso: el artículo 13 del CP. 1. Disfunciones gramaticales. 2. Las posiciones de garante. a) El deber jurídico de evitar el hecho punible. b) Crear un peligro inminente que fuere propio para producir el hecho punible. 3. La correspondencia entre la omisión y la realización del tipo penal mediante un hacer. 4. La atenuación facultativa de la pena.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. En el capítulo anterior se analizó el primer componente del comportamiento típico: la situación de riesgo penalmente prohibida para el bien jurídico. En este se estudia la imputación de dicha situación

de riesgo al garante y se completa así el estudio de la vertiente objetiva del comportamiento típico. La terminología utilizada puede jugar una mala pasada: no es posible, como pudiera parecer, que exista una situación de riesgo penalmente prohibido para el bien jurídico sin que al mismo tiempo sea imputada al garante. La división efectuada entre situación de riesgo e imputación al garante solo persigue fines pedagógicos. Para que el bien jurídico esté sometido a una situación de peligro penalmente relevante, dicha situación debe atribuirse necesariamente a un garante. La imputación al garante de la situación de riesgo es un elemento esencial del comportamiento típico sin el cual las condiciones desfavorables que soporta el bien jurídico no pasarían de ser un suceso sin relevancia penal.

Esta es la razón de por qué, por ejemplo, el ahogamiento del bañista solo significa la lamentable pérdida de una vida humana a no ser que sea atribuida a un garante (salvavidas) o por qué en algunas ocasiones el comportamiento típico no se atribuye a quien despliega el comportamiento físico o a quien causa el resultado lesivo, sino al que no lo evita o condiciona (omisión y autoría mediata).

2. La doctrina mayoritaria entiende, sin embargo, que el razonamiento descrito rige únicamente en delitos perpetrados mediante comportamientos omisivos. Se argumenta que en estos casos, a diferencia de lo que acontece en los comportamientos activos, el sujeto no causa (en el sentido de la relación causal) la lesión del bien jurídico; sino que no evita que otra persona, que puede ser incluso la propia víctima o un hecho de la naturaleza, la produzca. En armonía con lo afirmado en torno a que el comportamiento típico depende únicamente de consideraciones valorativas vinculadas a la ponderación de libertades en el caso concreto y que nada tienen que ver con las características causales de los actos, aquí se postula que la posición de garante, sus presupuestos y límites son los mismos en todas las infracciones penales, que la posición de garante es un presupuesto del comportamiento típico y que su infracción (dolosa o imprudente) un elemento de este.

3. En concreto, la tesis que aquí se postula reza: el riesgo típico será competencia del sujeto si, previamente, ha asumido el compromiso de mantener estable, en términos de riesgo permitido, una fuente de riesgo para bienes jurídicos de terceros. Asumir el deber de mantener estable una fuente de riesgo significa que al sujeto se le exige evitar la creación del riesgo típico y, en los casos en que el riesgo típico ya se ha desencadenado, se le exige revertirlo a niveles permitidos (teoría del comportamiento precedente o injerencia). Dado que se trata de legitimar la *imputación* del riesgo desaprobado y no de consideraciones *causales*, es irrelevante si el riesgo proviene de un curso causal que el propio sujeto crea y/o domina (disparar o golpear a la víctima), de un tercero a quien condicionó (contratar a un sicario o amenazar a otro para que cometa un hurto), de un acontecer de la naturaleza (no se opera al enfermo para que muera de apendicitis o no rescata a quien se ahoga), o si el curso causal proviene de un tercero (el guardia de seguridad que no evita el asalto). En todos estos casos, el común denominador es que al garante se le exige evitar la situación de riesgo para el bien jurídico con independencia de la fuente del riesgo.

4. En cuanto a la posición de garante, esta se asume mediante comportamientos previos que significan y expresan el compromiso asumido libre y voluntariamente de evitar el riesgo prohibido para el bien jurídico. Esta metodología para atribuir responsabilidad, que consiste en establecer ámbitos de competencia a partir de los compromisos asumidos, es tan cotidiana y frecuente que suele pasar desapercibida. Con el tratamiento al paciente, el médico expresa que asume el deber de intentar mantenerlo estable; si le envenena o permite que la enfermera lo haga, *crea* por igual el riesgo típico de homicidio. Sin embargo, *ese* riesgo no compete al médico del pabellón contiguo. Este, al igual que cualquier otro ciudadano, a lo más responderá por la omisión de prestar ayuda en los términos del artículo 127 del CP si hubiera conocido la situación de peligro. Incluso cuando el comportamiento activo proviene del propio garante (disparar un arma para matar), se advierte la asunción del deber

de garante: ¿existe acaso algún comportamiento que exprese con mayor vehemencia y claridad que uno se hace cargo del riesgo que el crearlo uno mismo? A explicar y fundamentar estas ideas se dedica el presente capítulo.

II. LA IDENTIDAD VALORATIVA ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN COMO PRESUPUESTO METODOLÓGICO DE LA POSICIÓN DE GARANTE

1. Planteamiento del problema: la relación entre comportamientos activos y omisivos

1. En derecho penal se discute si la omisión es una forma de comportamiento típico *distinta* a la acción y, si lo es, cuáles deben ser sus presupuestos y consecuencias. La ley no absuelve esta duda. El artículo 11 del CP estipula que son «delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por ley»; pero no se pronuncia sobre si acción y omisión son formas idénticas de cometer el mismo delito. Según la opinión más extendida, el artículo 13 del CP sí lo haría, pues exigiría una serie de requisitos para considerar típicos «delitos de resultado» cuando son perpetrados por comportamientos omisivos que no se requerirían cuando esos mismos delitos son realizados mediante un comportamiento activo. No obstante, este artículo admite una lectura distinta, conforme a la cual un delito de resultado —y también uno de mera actividad— puede ser cometido tanto por acción como por omisión.

2. Desde muchos puntos de vista, acción y omisión son formas distintas de comportamiento. Se podría pensar que, a diferencia de quien envenena a su víctima y le causa la muerte, el empresario que no evita que sus subordinados contaminen el río con residuos tóxicos únicamente no impide el resultado lesivo para el medioambiente causado por terceros. Podría pensarse también que cuando se compra un vehículo se omite comprar los que permanecen en la tienda. Pero ninguna de estas aproximaciones interesa aquí. Al derecho penal solo le concierne la omisión de los comportamientos que *deben* realizarse. De ahí que la postura que se tome sobre acción y omisión está condicionada por el concepto de

norma penal y de comportamiento típico que se adopte, así como por la relevancia que se otorgue a la causalidad en la creación del riesgo típico. En otros apartados de esta obra se ha señalado ya que entre acción y omisión no existen diferencias. Ahora se profundizará en esta tesis a la par que se valorarán las posturas que relacionan estos dos comportamientos.

2. La omisión como comportamiento que puede corresponderse valorativamente a la realización activa del delito

Esta tesis sostiene que los llamados «delitos de resultado» (homicidio, lesiones, aborto, etc.) prohíben únicamente comportamientos activos. De lo que se sigue que la omisión es atípica y, por tanto, distinta a la acción. Para responder por omisión sería necesario que se incluya en la Parte general del CP una cláusula —como el artículo 13 del CP— que establezca los requisitos que deben verificarse para que la omisión se corresponda valorativamente a la acción y pueda ser considerada, recién, típica.

a) Presupuestos

1. Una de las razones que sostiene esta tesis consiste en diferenciar entre normas penales *prohibitivas* y normas penales *preceptivas*. Las primeras conminarían a no realizar comportamientos y darían lugar a los delitos activos y las normas preceptivas obligarían a desplegar un determinado acto cuyo incumplimiento daría lugar a los delitos omisivos. Así, por ejemplo, ya que el artículo 106 del CP describe al homicidio como «matar a otro», la norma penal de dicho delito sería una que prohibiría el comportamiento activo de matar, mientras que la norma penal del delito de omisión de denuncia (artículo 407 del CP) sería preceptiva, pues instaría a realizar una denuncia. Se trataría, en definitiva, de identificar la naturaleza de la norma penal a partir de la regulación legal del precepto penal.

Distinguir entre acción y omisión a partir de las diferencias que pudiera existir entre normas preceptivas y prohibitivas es propio de una particular concepción de la norma penal que condiciona su vulneración a las características externas del comportamiento (movimientos físicos

o inercia de movimiento) y consecuencia de una interpretación muy poco funcional del precepto penal que ignora la importancia de la interpretación teleológica y olvida que los preceptos penales que prevén los llamados delitos de resultado —que son los que ahora interesan— normalmente solo relatan la producción de un resultado sin mencionar siquiera que ha de ser causado por un comportamiento activo o uno omisivo (esta afirmación rige incluso para los delitos de medios determinados); por lo que distinguir entre normas preceptivas y prohibitivas no tiene sustento legal. Esto se aprecia claramente en el homicidio, las lesiones y el aborto, cuyos preceptos penales relatan la producción del resultado muerte, lesiones y aborto, pero nada apuntan sobre la forma en que ha de producirse.

2. La segunda razón que se invoca para argumentar que la omisión es un comportamiento distinto a la acción, que en el mejor de los casos puede equipararse pero nunca ser idéntica, es la importancia que se le da a la relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado. Este argumento es de larga data: para el concepto causal de acción, la omisión no era una modalidad de comportamiento humano porque no podía causar un resultado (*ex nihilo, nihil fit*; es decir, «la nada», «nada causa») y el concepto final de acción rechazó, al menos en un principio, que la omisión fuera comportamiento debido a la imposibilidad de ser dirigida voluntariamente hacia la alteración del mundo exterior. Sin embargo, pronto se hizo evidente que dichos conceptos de acción eran insuficientes y se reclamó la inclusión de criterios valorativos-normativos con arreglo a los cuales se acepta que al no-hacer-algo le sigue un resultado lesivo (el no alimentar, el no curar y el no salvar, suele conllevar lesiones o muertes) y se hizo evidente que el derecho penal no debería limitarse a sancionar únicamente comportamientos que crean o incrementan un curso causal lesivo (comportamientos activos), sino que debía atender también, y con la misma preocupación, a los supuestos en que, debiendo evitarse, se permitía que un curso causal de riesgo originado por un tercero o por la naturaleza se desarrollara o incrementara en la vida social.

b) Consecuencias

1. En primer lugar, la omisión será un comportamiento típico cuando la redacción del precepto de la Parte especial comprenda expresamente a los comportamientos omisivos. Esto, que suele ser catalogado como un corolario natural del principio de legalidad, genera que solo en la llamada omisión propia (delitos omisivos de mera actividad que, como la omisión de prestar auxilio o la omisión de denuncia, están redactados pensando en comportamientos omisivos) la omisión sea típica, pero no la llamada omisión impropia o comisión por omisión, pues estos serían delitos de resultado cuyo texto preverían exclusivamente comportamientos activos. Esta parece ser la idea que inspiró al legislador nacional a introducir en el Código Penal una cláusula (artículo 13 del CP) que establezca los requisitos que permiten equiparar a nivel de tipicidad comportamientos omisivos no previstos en el tipo con los comportamientos activos sí previstos.

Según esta tesis, la madre que no alimenta a su hijo recién nacido y muere no cometería parricidio, pues este delito *consistiría* en matar a un descendiente y, para responsabilizarla, sería necesario *equiparar* su omisión al supuesto hipotético en que la madre mata a su hijo empleando comportamientos activos (como, por ejemplo, asfixiándolo, envenenándole o disparándole. Según el artículo 13 del CP, la equiparación procedería si el sujeto tiene una posición de garante y la omisión se corresponde a la realización del tipo con un hacer. Con la mencionada equiparación entre omisión y acción, se *cubriría* además la laguna de punibilidad que, por aquello del *nullun crimen sinne lege*, impediría sancionar la omisión a la cual se le imputa un resultado. La atipicidad inicial de la omisión quedaría subsanada al equipararse a la acción.

2. La segunda consecuencia ha sido ya anotada y consiste en que, para alcanzar la *correspondencia* entre omisión y acción, es necesario distinguir, entre todas aquellas personas que pueden actuar, quién o quiénes están obligados a hacerlo (posición de garante). De ahí que responda por homicidio el bombero que no salva a la víctima del incendio y no el testigo

del siniestro. Cuáles son las posiciones de garantes y cómo se incorporan a la esfera de competencia es algo que sigue generando discusión en doctrina y que será analizado en detalles luego. Ahora interesa que, para la tesis de la equiparación, la omisión que genera resultados (comisión por omisión) sería un delito especial, pues solo quienes detenten la posición de garante podrían ser autores del delito.

Además, la posición de garante no *sería* necesaria para perpetrar activamente delitos de resultado, pues en estos casos la autoría se *determinaría* a partir del criterio de dominio del hecho. Un ejemplo ilustra lo dicho: cuando el médico, a pesar de estar obligado, omite suministrar el medicamento que requiere el paciente para sobrevivir y muere, será autor del delito de homicidio en comisión por omisión (si responde por homicidio doloso o negligente es algo que ahora carece de importancia) porque tiene una posición de garante que le obliga a cuidar la salud del paciente; pero si el mismo médico perfora el corazón del paciente con un bisturí y le mata, sería autor de un homicidio activo sin necesidad de comprobar si tiene alguna posición de garante.

3. En tercer lugar, para conseguir la correspondencia entre una conducta omisiva y una comisiva, es necesario añadirle a la omisión una posición de garante, la omisión resulta siendo un comportamiento «inferior» a la realización activa del delito. Esta es la razón por la cual las cláusulas de equiparación suelen prever la posibilidad de atenuar la pena de quien omite. Así lo expresa el artículo 13 del CP en la lógica de que la omisión, a lo sumo, podría corresponder a un comportamiento activo, pero nunca llegar a ser igual a él, por lo que dicha diferencia debe respetarse en la pena.

4. En cuarto lugar, la tesis de la equiparación entre omisión y comisión no logra esconder que se sanciona por un comportamiento (omisivo) que no se tipifica en la ley penal. Es común que quienes opinan que la llamada omisión impropia no se tipifica en la ley penal tachen de inconstitucional la posibilidad de sancionar dichas omisiones. Por eso reclaman la inclusión en la ley penal de una cláusula de equiparación (artículo 13 del CP) que

permita, en vía de interpretación, construir la tipicidad de la omisión a partir de un tipo activo y superar así la inicial vulneración del principio de legalidad.

Sin embargo, esta solución no evita la analogía: el artículo 13 del CP —como cualquier cláusula de equiparación que existe en derecho comparado¹— aplica a un supuesto no previsto por la ley (omisión atípica) las consecuencias de un supuesto que sí lo está (delito activo típico). Si bien este proceder viene avalado por la propia ley, ello solo la convierte en una analogía legal que sigue estando prohibida por la Constitución para definir delitos (artículo 139.9 de la Constitución). Esto queda más claro si se repara en que uno de los criterios de equiparación que prevé el artículo 13 del CP es que «la omisión se corresponda con la realización del tipo mediante un hacer» (artículo 13.2 del CP); es decir, el juez debe decidir si y porqué lo *atípico* se corresponde a lo *típico* o, lo que es lo mismo, la ley le exige una integración analógica.

3. La identidad normativa y valorativa entre omisión y acción

Esta tesis postula que los comportamientos activos y omisivos son valorativamente idénticos y las diferencias morfológicas que pueden existir entre ambos son irrelevantes para el derecho penal. Tanto acción como omisión son típicas, medios idóneos para realizar los mismos delitos de resultado y no se requiere una cláusula en la Parte general del CP que equipare la omisión a la acción.

a) *Presupuestos*

1. En el proceso de criminalización primaria de creación de la norma penal es intrascendente si el comportamiento del infractor adquirirá, cuando se exteriorice en el futuro, la forma de acción o de omisión. Sí interesa que se abarque la mayor cantidad posible de comportamientos que a lo largo

¹ Véase solo el artículo 11 del CP español y el §13 StGB.

de la vigencia de la norma penal se considerarán intolerables para el bien jurídico penal. A ello ayuda que el texto legal se redacte teniendo en cuenta esta necesidad, pero determinante es que se interprete sin perderla de vista. Una cosa es el mandato que la norma penal transmite para prohibir *todos* los comportamientos de riesgo intolerable para el bien jurídico protegido y, otra muy distinta, las formas activa u omisiva en que se exterioriza la transgresión a la norma penal. Aunque bastaría una simple interpretación literal para darse cuenta que la gran mayoría de preceptos legales que regulan delitos de resultado no excluyen a la omisión ni apuestan exclusivamente por la acción como forma delictiva. La interpretación teleológica adquiere de nuevo valía al otorgarle un sentido racional al precepto penal que tenga en cuenta el carácter atemporal de la norma penal y la dinámica de la sociedad.

Para decirlo con el ejemplo del médico antes narrado: que no suministre el fármaco que mantenía estable al paciente o le inserte un cuchillo en el corazón en nada afecta a la tipicidad del homicidio, pues en ambos casos se vulnera la misma norma penal de la misma forma y, por tanto, en ambos casos se advierte el *mismo* comportamiento típico. Es la propia tipicidad del tipo de lo injusto (en el ejemplo planteado del homicidio, pero sucede lo mismo con otros delitos) lo que permite que sea perpetrado tanto por una acción como por una omisión. Es, en definitiva, como se adelantó, antes incluso que una cuestión de interpretación teleológica, una de interpretación literal.

2. El concepto de comportamiento típico asumido también condiciona la identidad normativa y valorativa entre acción y omisión. El resultado material que exigen los delitos de resultado no forma parte de lo prohibido por la norma penal o, formulado en otras palabras, el resultado y su vinculación causal y/o imputación al comportamiento de riesgo no son elementos del comportamiento típico. El resultado es un elemento de la categoría punibilidad y su presencia o ausencia repercute en el *quantum* de la pena, pero no en la calificación típica del hecho. De ahí que a la identidad

entre omisión y acción, que es una materia propia del comportamiento típico, no se le pueda oponer que solo la acción se relaciona causal y/o normativamente con el resultado.

b) Consecuencias

1. De la identidad normativa y valorativa entre acción y omisión planteada se deduce, en primer lugar, que tanto una como otra se tipifican por igual en los delitos de resultado que prevé la Parte especial y no es necesario acudir al artículo 13 del CP para conferirle tipicidad a la omisión. La distinción entre delitos comisivos y omisivos en derecho penal no es una exigencia legal, sino la consecuencia de una particular construcción dogmática que como cualquier otra responde a determinados presupuestos ideológicos que en este texto no se comparten.

2. En segundo lugar —y al margen de los delitos de resultado—, pareciera que en algunos casos la ley exige un comportamiento activo al describir el supuesto de hecho del tipo penal sobre la base de un verbo eminentemente comisivo. Sucedería así con la denuncia calumniosa (artículo 402 del CP): «denunciar» un hecho punible a sabiendas de su falsedad, y con el prevaricato (artículo 418 del CP): juez o fiscal que «dicta» una resolución o «emite» un dictamen contrario al texto expreso y claro de la ley. En otros casos, pareciera que el delito únicamente podría perpetrarse por omisión, como la omisión de auxilio (artículo 127 del CP): «omitir» prestar auxilio a un herido, y en la omisión de denuncia (artículo 407 del CP): «omitir» denunciar a la autoridad un delito (Gimbernat). Sin embargo, si no se pierde de vista lo dicho sobre la determinación de la competencia por el riesgo típico, se aprecia que también en los casos señalados se trata de determinar en quién descansa el deber de evitar el riesgo penalmente prohibido y no de quién materialmente lo crea. No interesa pues quién redacta la denuncia calumniosa o la resolución prevaricadora, sino quién tiene el deber de que ello no suceda.

Por lo demás, no debe extrañar que el legislador utilice términos como «omitir» (artículos 127 y 497 del CP) o «causar» (artículo 121 del CP). Aun cuando puedan inducir a pensar que únicamente prohíben comportamientos activos u omisivos y venga impuesto por las limitaciones del lenguaje escrito, no significa que la interpretación de la ley penal deba ser gramatical. A partir de aquí se puede cuestionar aquella extendida opinión que denomina «comisión por omisión» a la realización omisiva de un delito de resultado que según su redacción solo se puede perpetrar por acción: no solo porque no existen tales delitos, sino también porque dicha terminología distorsiona el significado del injusto perpetrado por un comportamiento omisivo: no se comete (acción) el delito por omisión, simplemente se perpetra.

3. En tercer lugar, al ser formas de comportamiento idénticas, omisión no es «inferior» a la acción. Por lo que, si para la omisión se exige una posición de garante, debe exigirse también para la realización activa de un delito; pero, además, no existe razón alguna para atenuar la pena, ni siquiera de manera facultativa, en los delitos de resultado perpetrados mediante comportamientos omisivos.

4. ¿Criterios para distinguir entre acción y omisión?

1. En doctrina se ha esbozado una serie de criterios para decidir si en los llamados «supuestos límites» se está frente a una acción o una omisión. Ello es propio de quienes admiten la diferencia entre normas prohibitivas y preceptivas y la posibilidad de se pueda infligir ambas al mismo tiempo. Estos criterios deben ser superados a tenor de lo dicho en los párrafos anteriores.

2. Algunos autores postulan que en los casos límite ha de indagarse si el resultado ha sido causado por el empleo de energía positiva, en cuyo caso se tratará de un comportamiento activo (criterio de la causalidad). Al centrarse en aspectos externos del comportamiento y en su relación causal con el resultado material, este criterio no ofrece una solución plausible

para la postura que aquí se mantiene. El criterio de la subsidiariedad de la omisión frente a la acción, conforme al cual se tratará de una omisión si se descarta previamente la comisión, merece la misma observación al suponer que la acción es más grave que la omisión.

5. Precisión terminológica: ¿omisión propia/omisión impropia y omisión pura/comisión por omisión?

1. Es común que se distinga entre omisión propia y omisión impropia. Se dice que en la omisión propia se tipifica expresamente un comportamiento omisivo (por ejemplo, omisión de prestar auxilio, incumplimiento de prestar obligación alimentaria, omisión de denuncia) como delito de mera actividad (mera inactividad) y, por versar solo sobre un comportamiento omisivo, se les conoce también como «delitos de omisión pura». Por su lado, la omisión impropia no sería en puridad un delito omisivo, sino la perpetración de un resultado activo mediante un acto omisivo, siempre que se trate de comportamientos equiparables. Recibe también el nombre de «comisión por omisión».

2. Aquí se rechaza la clasificación omisión propia/omisión impropia porque presupone que ciertos delitos de resultado solo se pueden perpetrar con comportamientos activos y su realización por actos omisivos dependería de que concurran los requisitos que la ley prevea para la equiparación. En la medida en que el principio de legalidad obliga a que toda omisión que reprime el derecho penal debe preverse como comportamiento típico, no cabe oponer una omisión propia (verdadera, natural, no postiza ni figurada) a una impropia (ajena a una cosa o extraña a ella). Dicho con el ejemplo del homicidio: así como se prohíbe apuñalar a la víctima, también se prohíbe dejar que otro la apuñale si se tiene el deber de evitarlo; ambos son por igual comportamientos penalmente prohibidos para la vida humana, ambos son omisiones propias.

Lo mismo sucede con el binomio omisión pura/comisión por omisión. Si bien permite distinguir entre un tipo penal de mera actividad (omisión

pura) y uno de resultado (comisión por omisión), desconoce que en ambos casos el tipo de lo injusto es un comportamiento y con la locución «cometer por omisión» evoca una diferencia ya superada entre acción y omisión.

3. Si no se pierde de vista que el comportamiento típico somete al bien jurídico a una situación de riesgo que se exige evitar, el prototipo de comportamiento penalmente relevante es el comportamiento omisivo. Que esta no sea una tesis extendida se debe a que el devenir de la discusión dogmática en derecho penal ha priorizado al comportamiento activo y edificado sobre este el sistema de imputación de responsabilidad penal, entre otras razones, porque el comportamiento activo se adecuó mejor a las ideas imperantes que encontraron en la causalidad y no en la infracción del deber el criterio que permitió explicar —según dichas ideas— la lesión del bien jurídico. Si cambia el punto de apoyo, muta también la consecuencia: si la desvaloración y prohibición penal se derivan del incumplimiento del deber de garante y no de quién ni cómo se causa el daño, la diferencia entre acción y omisión no solo termina de ser sepultada, sino que el juicio de responsabilidad penal es por *incumplir* un deber.

III. LA CONFIGURACIÓN DEL DEBER DE GARANTE (ÁMBITO DE COMPETENCIA)

1. No todos somos garantes de evitar todos los riesgos. En un modelo de organización social que privilegia la libertad de actuación, la atribución de responsabilidad por riesgos típicos presupone que se haya asumido por injerencia el compromiso jurídico de evitar el riesgo. Hay dos formas en que el deber de garante se configura: deberes preconfigurados y deberes configurados por el propio sujeto. Sin embargo, esta distinción no altera el hecho que en ambos casos el deber emana del principio en virtud del cual toda persona tiene el deber de organizar su vida en sociedad sin crear riesgos para terceros, a no ser que quiera ser considerado inimputable.

- (i) Los deberes preconfigurados son delimitados por el ordenamiento jurídico normalmente mediante alguna regulación legal (leyes, reglamentos, directivas) y se encuentran adscritos a un determinado cargo o función. Por ejemplo, el cargo de juez conlleva una serie de deberes y obligaciones que describe la Ley Orgánica del Poder Judicial y otras leyes. Lo mismo ocurre con el cargo de policía, bombero, cónyuge, empresario minero o dueño de un perro. Quien libremente ejerce un determinado cargo o función libremente asume los deberes que trae consigo, sin posibilidad de modificar o rechazar su configuración original o de aceptarlos solo parcialmente. Así, al policía se le exige intentar evitar el asalto aun cuando tenga miedo a las balas y al juez, condenar al culpable a pesar que sienta lástima por él.
 - (ii) Los deberes configurados por el propio sujeto no se encuentran preconfigurados ni adosados a un cargo o función. En estos casos, a medida que el sujeto se relaciona en sociedad, configura su propio ámbito de competencia incorporando los deberes que expresan sus actos, como ocurre, por ejemplo, cuando el grupo de alpinistas que emprenden juntos la conquista del Kachenjunga asumen de manera implícita el deber de socorrerse mutuamente. El ejemplo más claro de los deberes configurados por el sujeto es la obligación de revertir el riesgo prohibido que se crea con el propio comportamiento: si de lo que se trata es de evitar la situación de riesgo para el bien jurídico, el deber de garante consistirá tanto en evitar el riesgo como en revertirlo. Así, por ejemplo, quien apunta con un revolver a un tercero crea con su comportamiento el riesgo típico y es ese acto el que lo torna en garante de revertirlo.
2. La línea que distingue a los deberes preconfigurados de los que se configuran con la propia actuación es difusa y desaparece porque los deberes se encuentran descritos de manera genérica y requieren de ulteriores concreciones que permitan individualizar el deber de garante

penal en el caso concreto. Los miembros de la Policía Nacional del Perú tienen el deber genérico de mantener el orden interno, pero la concreción de dicho deber depende en buena cuenta de los actos que en concreto lleve a cabo el sujeto: la forma cómo se contribuye al orden interno es distinta cuando se es policía de tránsito que cuando se es miembro de un escuadrón especializado antisubversivo.

Por lo tanto, que el deber de garante esté descrito de manera genérica (el «guardaespaldas» vela por la seguridad de su protegido), no significa que el garante responda por todos los riesgos que atenten contra el bien jurídico. Pues si bien, por ejemplo, el salvavidas es competente por la vida e integridad de los bañistas, solo responde frente a los riesgos que sea razonable exigirle que evite en atención al cargo que desempeña: no se le obliga salvar a los tres bañistas cuando solo puede rescatar a uno ni tampoco intentar el salvataje a nado en un mar infestado de tiburones.

3. Que los deberes preconfigurados requieran siempre de ulteriores concreciones para individualizarlos y saber qué se exige al garante en el caso en concreto lo explica también el que sean de naturaleza extrapenal. Son, en su mayoría, regulados por el derecho civil y el derecho administrativo. Por tanto, siempre será necesario filtrar el deber extrapenal para extraer de aquel el deber de garante penal. Así, por ejemplo, según la ley civil el titular de la patria potestad es portador de deberes de alimentación, educación y vivienda frente al menor. Estos deberes son insumos para detraer de ellos y, en atención a las condiciones del caso en concreto, el deber de garante penal que obligue, por ejemplo, velar por la vida e integridad del menor.

4. La importancia del binomio deberes preconfigurados/deberes configurados por el propio sujeto no debe sobrevalorarse. Solo describe la forma cómo se configuran deberes en sociedad, pero nada indica sobre la forma en que dicho deber ha de ser cumplido o puede ser desatendido y menos sobre las consecuencias jurídico-penales del incumplimiento del deber. Esto último presupone indagar en torno a la *naturaleza* del deber que se asume y su relación con el bien jurídico protegido.

5. No es esta, sin embargo, la forma cómo un importante sector de la doctrina lo entiende. Muchos autores construyen toda una teoría de la imputación penal diferenciando entre delitos de infracción de un deber, si se trata de deberes preconfigurados, y delitos de dominio, si son deberes que el sujeto configura con sus actos. Ello les permite establecer distintos requisitos y detraer consecuencias también disímiles para cada una de las categorías que se aprecian en el ámbito de la autoría y participación.

Así, por ejemplo, se destaca que para la autoría en los delitos de infracción de un deber no interesaría quién tiene el dominio del hecho, en el sentido de quién controla realmente el acontecer del hecho, sino quién tiene el deber de evitar el suceso. Con lo cual los sujetos que no están investidos con el deber no podrían ni siquiera ser partícipes. Tal sería el caso del prevaricato, en donde no interesa si el juez o el secretario redacta la sentencia, sino que el juez será autor si la autoriza y el secretario no podría responder por *ese* delito. Por el contrario, en los delitos de dominio sí interesaría quién tiene el control sobre los hechos para diferenciar entre autor y partícipes (siempre y cuando el tipo penal sea un tipo común y no uno especial). El homicidio y las lesiones serían delitos de dominio porque no existe ningún deber especial que impida matar o lesionar a otro, por lo que el autor será el que domine la escena del crimen y los partícipes, quienes le presten apoyo en la realización del delito.

Ya se vio que en realidad todos los delitos son de infracción de un deber y también de dominio. A lo que, con arreglo a lo dicho en el planteamiento general de la competencia sobre el riesgo típico (capítulo 8, I y II), se le puede agregar ahora que el tamiz de infracción de un deber radica en la infracción al deber de garante común a todos los delitos y el de dominio en la posibilidad de realizar el acto debido o evitar el prohibido.

6. Una situación particular se presenta cuando son varios los competentes por el riesgo típico. Dejando por ahora de lado los casos en que la víctima es uno de los intervinientes (competencia de la propia víctima) y los casos en que el tipo penal (especial) requiere una cualificación para ser sujeto activo, la distribución de la responsabilidad penal entre los distintos

competentes por el riesgo típico se resuelve según las reglas de la autoría y participación (artículos 23 y ss. del CP). Basta por el momento con señalar que, dado que cada interviniente tiene el deber de evitar el riesgo típico, se vincula directa y personalmente con el hecho, lo que obliga a diferenciar las contribuciones en el terreno de la determinación judicial de la pena que se impone a cada uno de ellos y no a nivel de injusto. Dicho de otra forma, todos los competentes por el riesgo responden por el hecho como *intervinientes*, pero no con la misma pena.

7. Hasta aquí se ha explicado que la competencia por el riesgo típico proviene de los deberes que se encuentran configurados con antelación a su libre aceptación por parte del sujeto o puede ser que el propio sujeto vaya estableciendo los contornos y límites del deber con su actuar cotidiano. Resta pues analizar cómo se asume el deber de evitar el riesgo típico. A ello se dedican las siguientes líneas.

IV. LA INCORPORACIÓN VOLUNTARIA DEL CONTROL DE LA FUENTE DE RIESGO AL ÁMBITO DE COMPETENCIA COMO POSICIÓN DE GARANTE COMÚN A TODO DELITO

1. El comportamiento previo como posición de garante

1. La posición de garante permite identificar quién *tiene* el deber de evitar el riesgo desaprobado y revertirlo. Según la teoría funcional de las posiciones de garante, que goza del respaldo de la doctrina mayoritaria, existen dos grupos de posiciones de garante que se diferencian por el contenido del deber de garante: las que obligan a *controlar una fuente de peligro* de manera que no emane de ella *outputs* de riesgo y las que obligan a *proteger un bien jurídico* de los riesgos a que pueda estar sometido.

En el primer grupo —control de una fuente de peligro—, se suele ubicar a las siguientes posiciones de garante: (i) comportamiento de terceros: obligación de vigilar a una persona incapaz para que no lesione a terceros o a él mismo (por ejemplo, quien cuida a un enfermo mental); (ii) ingerencia o comportamiento precedente: obligación de revertir el

riesgo que se ha creado con un comportamiento previo (por ejemplo, quien atropella a una persona se obliga a prestarle ayuda); y (iii) control propiamente de una fuente de peligro: deber de mantener inocua una fuente material de riesgo (por ejemplo, el dueño de un perro debe pasarlo con bozal y correa y el empresario minero debe garantizar que su industria no contamine el medioambiente).

En el segundo grupo —protección de un bien jurídico—, se ubican las siguientes posiciones de garante: (i) contrato y ley: fuentes de deberes de garante que gozan del respaldo del ordenamiento jurídicos (por ejemplo, el guardaespaldas, policía y bombero); (ii) estrechas relaciones familiares: relaciones familiares o análogas entre en las que una de las partes es incapaz de valerse por sí misma (por ejemplo, los padres frente al hijo menor y los hijos frente a sus padres ancianos); y (iii) comunidad de peligro: situaciones en las que implícitamente se asume el deber de protección mutua (por ejemplo, el grupo de expedicionarios).

2. Esta clasificación de las posiciones de garante es incapaz de explicar y sistematizar la razón por la cual una persona se torna en garante: la obligación de proteger un bien jurídico no es distinta al deber de controlar los peligros que pueden surgir de una fuente de riesgo y la obligación de controlar una fuente de peligro es igual al deber de proteger bienes jurídicos frente a los riesgos que emanen de la fuente de peligro. De hecho, el listado descrito de fuentes de posiciones de garante —como cualquier otro— no es más que un esfuerzo doctrinario por sistematizar los casos en que suele ser indiscutible —para la doctrina que los sistematiza— que existe una posición de garante y tener así una herramienta que aplicar a casos similares. Así, por ejemplo, los deberes de protección mutua que existen entre esposos se extienden análogamente a las relaciones entre novios.

3. Aquí se sigue una metodología distinta. Para que sea legítimo exigir a una persona controlar una fuente de riesgo, dicho deber debe haberse asumido voluntaria y libremente mediante un *comportamiento precedente*. De ahí que, por ejemplo, el contrato escrito solo sea la forma en que se exterioriza

el compromiso previo de mantener estable la fuente de peligro adquirido por el garante y la ley, la fuente de deberes preconfigurados que el sujeto incorpora cuando acepta un determinado cargo o función.

El comportamiento previo como fuente de posición de garante se aprecia tanto en los comportamientos omisivos como en los activos. Esto suele pasar desapercibido en los delitos que se perpetran de manera activa porque la «exteriorización» del comportamiento (disparar, empujar, atropellar, etc.) hace que nos percatemos de la creación del riesgo típico sin necesidad de reparar en la necesidad de la posición de garante; mientras que en los comportamientos omisivos se hace «necesaria» la posición de garante, pues la no realización de la acción debida presupone que se debió actuar de una manera determinada.

4. No interesa el título en virtud del cual se asume el compromiso de contener el riesgo para el bien jurídico ni las formalidades que lo rodeen. Es intrascendente si el propio agente 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, lo relevante es la incorporación voluntaria del deber de controlar la fuente de riesgo en la esfera de organización. Así, por ejemplo, el fundamento último de la responsabilidad penal del funcionario público se encuentra en su aceptación *libre y voluntariamente* de ocupar el cargo de funcionario público y cumplir todos los deberes que dicho cargo conlleva y no en que haya infringido un deber «institucional» o «institucionalizado».

Cada uno de los deberes cuyo incumplimiento conlleva responsabilidad penal, encuentra su génesis en la misma idea: a nadie se le obliga a asumir el cargo de funcionario público, a nadie se le obliga a comprar un arma y a nadie se le obliga a contraer matrimonio. Quienes lo hacen, asumen libremente el control de una fuente de peligro y responden por las consecuencias que se deriven de su administración defectuosa. El acto de asunción del control de la fuente de riesgo produce que la indemnidad del bien jurídico protegido dependa del sujeto que asume dicho deber (Schünemann).

5. El razonamiento expuesto posibilita tomar postura sobre algunos casos complejos al mismo tiempo que se analiza su capacidad de rendimiento. Así, por ejemplo, se podría cuestionar la legitimidad del delito de omisión de prestar auxilio (artículo 127 del CP) que sanciona a quien encuentra a un herido grave y omite prestarle ayuda porque el omitente no ha asumido previamente un deber de garante; pero sí lo ha hecho: quien no cuestiona democráticamente el deber de solidaridad frente al prójimo necesitado que la sociedad impone a sus ciudadanos, lo asume. Quien no esté satisfecho con la actual regulación es libre de participar activamente en la vida política y promover iniciativas para modificarla o de instalarse en un lugar que se acomode a sus expectativas; mientras no lo haga, expresa su conformidad. Las personas nos expresamos en sociedad a través de nuestros actos y, al ser parte de la sociedad, expresamos la conformidad con los deberes que el estatus de ciudadano conlleva.

El mismo razonamiento indica que el delito de aborto en casos de violación de la autodeterminación sexual (artículo 120.1 del CP) es ilegítimo. No solo por la manifiesta discriminación que conlleva el que se aplique solo en los casos de violaciones ocurridas fuera del matrimonio (la mujer ultrajada por su esposo que aborta responderá sin atenuantes); sino porque, en lo que aquí atañe, la víctima no exprese libremente su voluntad de hacerse cargo del producto de una relación sexual que no ha consentido. En este caso, el Estado le impone un deber de garante a partir de una cuestionable ponderación de intereses, sin reparar que no existe un acto libre y voluntario de asunción de un deber de garante.

2. Características del comportamiento previo

1. El comportamiento previo ha de ser consciente y voluntario, en el sentido de que habrá de participar de las características que permitan imputarlo a una persona; es decir, deberá ser doloso o imprudente. Por tanto, no son comportamientos previos que desencadenen posiciones de garante los hechos fortuitos, pero sí lo son los casos de fuerza mayor. Por ejemplo, quien en estado de necesidad (artículo 20.4 del CP) abre

la compuerta para que el agua apague el incendio, debe luego cerrarla para evitar mayores daños.

2. El comportamiento previo ha de significar una ocasión de riesgo *previsible* para el bien jurídico. De no ser así, todo comportamiento podría ser visto como la asunción de un deber *general* de cautelar una fuente de peligro y no se podría concertar el contenido del deber de garante. Por ejemplo, portar una pistola conlleva deberes de garante distintos al de portar golosinas. Esto no impide que se impongan deberes para evitar riesgos conocidos con posterioridad al comportamiento previo. Así, por ejemplo, los efectos nocivos para la salud o medioambiente que se han descubierto en ciertas drogas o combustibles.

3. El comportamiento previo puede ser lícito o ilícito. Lo primero ocurre en los casos de deberes preconfigurados adosados a cargos o funciones cuya aceptación impone el deber de evitar el riesgo típico según la razón de ser del cargo o función y también en los casos de comportamientos cotidianos. El comportamiento previo será ilícito cuando la posición de garante surja de la creación del riesgo típico y obligue a revertirlo. Es lo que sucede en los denominados «delitos activos». Por ejemplo, secuestrar a una persona obliga a liberarlo.

Que el deber de garante surja de un comportamiento ilícito y obligue a revertir el riesgo típico es por demás coherente con la distribución de libertades sobre la que descansa el derecho penal: el riesgo prohibido le pertenece en primer lugar a quien lo crea y su reversión se le exige mientras exista. Esto explica que la ley premie el desistimiento voluntario e incluso que la reparación voluntaria de los daños producidos con el delito sea tomada en cuenta como criterio para atenuar la pena.

V. EXCURSO: EL ARTÍCULO 13 DEL CP

Según la exposición de motivos del CP, su artículo 13 regula la cláusula de correspondencia entre la omisión y un delito realizado mediante un comportamiento activo. Según el punto de vista del legislador, omisión

y acción no son idénticas. Sin embargo, el texto del artículo 13 del CP contiene una serie de incorrecciones que dificultan su interpretación, incluso desde la perspectiva que distingue entre acción y omisión. Con todo, es posible interpretar este artículo a partir de la identidad normativa y valorativa entre acción y omisión y afirmar que se trata de un precepto declarativo y no constitutivo. Sobre ello versan las siguientes líneas.

1. Disfunciones gramaticales

1. El encabezado del artículo 13 del CP señala que será sancionado «el que omita impedir la realización del hecho punible». Una interpretación literal indicaría que los únicos supuestos que abarcaría sería cuando el hecho punible es realizado por un tercero y se dejaría fuera del campo de aplicación del precepto los casos en que el delito es realizado por el propio omitente.

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 omitente realiza el hecho punible, no se entiende cómo puede *omitir* o *impedir* algo que él mismo realiza. Cuando el hecho punible es realizado únicamente por el omitente, es él mismo quien realiza el hecho punible. Para decirlo con el ejemplo de la madre que no alimenta a su hijo recién nacido y muere por inanición: ella no omita impedir la realización del hecho punible «homicidio» del niño, ella misma es quien lo realiza. Lo contrario llevaría al absurdo de tener que admitir que el hecho punible «homicidio» ha sido realizado por alguna otra persona distinta a la madre o, peor aún, que un curso de la naturaleza ha realizado el delito. ¿Quién sino ella ha realizado un comportamiento de riesgo prohibido para la vida?, ¿quién sino ella ha matado en términos jurídico-penales? El hecho punible —mejor dicho, el comportamiento típico— le pertenece únicamente a la madre, pues sobre su comportamiento recae el desvalor jurídico-penal.

Lo contrario sucede cuando se omita impedir la realización de un hecho punible que realiza un tercero. Así, por ejemplo, la madre que nada hace para impedir que su esposo abuse sexualmente de la hija menor de edad,

omite impedir el hecho punible «violación de la libertad sexual» que realiza su esposo. Si la madre responde como autora o partícipe, es algo irrelevante en este momento.

2. En suma, el tenor literal del encabezado del artículo 13 del CP solo permite que el precepto sea utilizado cuando el hecho punible es realizado por un tercero. La única forma de salvar las incoherencias causadas por la deficiente redacción del mencionado artículo, anclada en una insostenible corriente causalista, es entender, en correspondencia con las ideas vertidas en este capítulo, que todos los comportamientos omisivos de riesgo prohibido para el bien jurídico son típicos *per se* porque se desprenden directamente del tipo de la Parte especial y no necesitan que una cláusula en la Parte general les conceda relevancia típica. Que el hecho punible haya sido realizado por un tercero o sea consecuencia de no impedir que un curso de la naturaleza cause el resultado lesivo es un dato anecdótico que ni resta ni añade al juicio de desvalor que recae sobre el comportamiento del garante.

2. Las posiciones de garante

El artículo 13.1 del CP prevé como posiciones de garante el deber jurídico de impedir el hecho punible y el crear un peligro inminente que fuere propio para producirlo.

a) El deber jurídico de evitar el hecho punible

1. Si el adjetivo «jurídico» que califica al «deber» significa que «atañe al derecho o se ajusta a él», debe entenderse que abarca a todas las posiciones de garante que tengan amparo del derecho. Así, no solo el contrato y la ley serán fuentes de deberes de garante, sino también las que son reconocidas por la jurisprudencia y doctrina al ser fuentes de derecho. Incluso el comportamiento precedente en los términos planteados en esta obra sería un deber jurídico porque goza de reconocimiento en derecho. 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, incluyéndose a todas las normas jurídicas con independencia de su rango, la gran mayoría de supuestos de posiciones de garante según la teoría funcional de los deberes de garante quedarían cubiertos.

Por ejemplo, el guía de la excursión alpinista tiene el 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 los novatos participan en la excursión siempre y cuando el guía les socorra de ser necesario y cuando el guía acepta dirigir la excursión de novatos comunica que asume la obligación de socorrerles en caso sea necesario.

2. En la medida en que el deber jurídico es todo aquel deber que atañe al derecho, se ha de entender también que tiene cabida en este extremo del artículo 13 del CP la promesa unilateral (artículos 1956 y ss. del CC). No obstante, al igual que para el caso del contrato, aquí se ha de prescindir de las formalidades propias del derecho civil.

3. Con todo, no debe olvidarse que gran parte de los deberes de garante se concretan a partir de deberes extrapenales que se encuentran preconfigurados. Por tanto, el contrato y la ley, como insumos extrapenales, requerirán de una ulterior concreción que tenga en cuenta las circunstancias del caso y que permitan saber qué es lo que se le exige al garante.

b) Crear un peligro inminente que fuere propio para producir el hecho punible

1. Si se recuerda lo dicho sobre el comportamiento previo como fuente de posición de garante, se notará que el texto del artículo 13.1 del CP se refiere solo a una de las posibilidades que se identificaron como comportamiento previo. En efecto, crear un peligro inminente que fuere propio para producir el hecho punible es un comportamiento lícito —si fuera ilícito realizaría el hecho punible— que se ubica en un estadio

temporal inmediatamente anterior a la realización del comportamiento típico o representa una amenaza cierta de su realización; por eso es inminente para producir el hecho punible.

Con esta fórmula solo se abarca posiciones de garante cuyo origen sea un comportamiento que cree un riesgo *penalmente irrelevante*, pero que obligue a mantener estable la fuente de riesgo (es el caso, por ejemplo, de algunos actos preparatorios); pero se deja fuera de su campo de aplicación los casos en que el comportamiento previo es ilícito y aquellos en que el comportamiento previo (lícito o ilícito) se distancia tanto en el tiempo del comportamiento típico como para no crear un peligro inminente. Así, los padres no serían garantes de la vida de su hijo, pues el comportamiento previo —relaciones sexuales libre— no crea un riesgo inminente para la vida ni el juez sería garante de administrar justicia; ya que la posición de garante (preconfigurada) la asume cuando es nombrado.

3. La correspondencia entre la omisión y la realización del tipo penal mediante un hacer

1. Una vez establecido que el omitente detenta una posición de garante, el artículo 13.2 del CP declara que para que la omisión sea punible ha de corresponderse con la perpetración activa de un delito. Por ejemplo, la omisión de los padres de alimentar a su hijo que le produce la muerte se *correspondería* con la muerte que se causa con golpes. El artículo 13.2 del CP presupone que los tipos penales que pueden ser realizados por comportamientos omisivos son tipos que, en principio, solo pueden ser cometidos activamente. Ya se vio que esta tesis no es correcta. Atinado es, por el contrario, entender que el precepto penal se encuentra redactado de manera tal que el comportamiento típico puede ser realizado indistintamente por comportamientos activos o pasivos.

2. 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 hay una relación de correspondencia y no, como aquí se postula, de identidad.

4. La atenuación facultativa de la pena

1. El último párrafo del artículo 13 del CP prevé la atenuación facultativa de la pena para el omiso. Esta cláusula, que proviene de la legislación alemana (§ 13 StGB), intenta justificar en derecho comparado desde diferentes puntos de vista. 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; que la energía delictiva o criminal (*verbrecherische Energie, kriminelle Energie*) en las omisiones puede ser inferior que en los comportamientos activos y que, 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, 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.

En algunos casos excepcionales, se afirma que la antijuridicidad en la omisión podría tener una intensidad menor a la que tiene en los delitos realizados a través de comportamientos activos. 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. 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. Aunque esto conllevaría a aceptar que la atenuación facultativa de la pena sería aplicable a todos los delitos en virtud de la responsabilidad institucional, tanto comisivos como omisivos; algo que, *de lege data*, es imposible.

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 (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.

2. Con todo, la aceptación de una de las 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, sí lo serán 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*) y, lógicamente, no será viable la atenuación facultativa de la pena.

3. La atenuación facultativa de la pena en la comisión por omisión nada tiene que ver con la capacidad de culpabilidad del omitente; pues, si la capacidad de 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 la pena, frente a quien lo comete de manera activa y no se le reduce la pena. De esto se sigue que la capacidad para motivarse por la norma penal y estar vinculado a ella 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.

4. La justificación de la atenuación facultativa de la pena del omiso tampoco podría ubicarse en el injusto, ya que la omisión es idéntica a

la realización activa desde una perspectiva valorativa y estructural. Solo se podría afirmar lo contrario si se otorga relevancia penal al «esfuerzo físico» que se despliega para realizar un comportamiento activo. Sin embargo, debería aceptarse luego que, por ejemplo, el injusto del delito de parricidio del marido, por no salvar a su esposa de morir ahogada, es menor que si la hubiera introducido en el agua con sus propias manos. Este razonamiento obligaría a aceptar que el injusto del delito de homicidio de quien solamente percute el gatillo de la pistola y mata a su víctima o el 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»².

² Y ello con independencia de que concurra gran crueldad (artículo 108.3 del CP).

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 9

LA VERTIENTE SUBJETIVA DEL INJUSTO

Sumario: I. Dolo e imprudencia como únicas formas legítimas de imputación subjetiva. II. Teoría de la culpabilidad y teoría del dolo. III. Ubicación sistemática del dolo y de la imprudencia.

I. DOLO E IMPRUDENCIA COMO ÚNICAS FORMAS LEGÍTIMAS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1. En los capítulos anteriores, se examinó el injusto desde una perspectiva objetiva: se resaltó las *características externas* de la situación de riesgo prohibido para el bien jurídico y la competencia del garante para evitarla. Si no se está dispuesto a sancionar por responsabilidad penal objetiva y hechos fortuitos, la prohibición de una situación de riesgo requiere de circunstancias adicionales y distintas a la forma en que el riesgo se exterioriza. Por ende, es menester analizar las características subjetivas del injusto (la parte *interna* del comportamiento) y estar en capacidad de responder a ciertas preguntas como: ¿con qué conocimientos y/o intenciones se tiene que actuar para que sea legítimo prohibir el comportamiento?, ¿qué grado de conocimiento se requiere?, ¿el conocimiento se establece con arreglo a un criterio objetivo-general (esfera paralela del lego o profano), depende de cada persona (criterio subjetivo-individual) o se determina en función

a las circunstancias propias del concreto ámbito de riesgo donde se realiza el comportamiento?

2. La división del tipo de lo injusto entre tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva que aquí se hace obedece solo a motivos pedagógicos. No existe un tipo objetivo que pueda ser diferenciado y separado del tipo subjetivo. Uno y otro adquieren sentido cuando se fusionan entre sí y dan lugar al injusto. Separados son incapaces de fundamentar la prohibición penal; la prohibición y sanción de un comportamiento debido a sus características externas resulta tan ilegítima como la prohibición y sanción de la decisión o intención de realizarlo. En un caso se vulneraría la responsabilidad penal subjetiva y, en el otro, la libertad de pensamiento.

3. De lo anterior se sigue que entre la vertiente objetiva y la subjetiva del injusto existe total congruencia y que son, para emplear terminología numismática, dos caras de la misma moneda. Dicho con otras palabras, la vertiente subjetiva no puede perder de vista que, si el injusto es un comportamiento de riesgo que se desvalora y prohíbe para incentivar su evitación, presupuesto para su realización será que al destinatario de la norma penal se le exija conocer la entidad lesiva (el riesgo) que su comportamiento entraña para el bien jurídico. Si el sujeto se percata del riesgo al que somete al bien jurídico con su conducta y no obstante no evita el comportamiento que ya identificó como lesivo para la libertad de un tercero (dolo) o si actúa sin conocerlo (imprudencia) es algo que no repercute en la configuración del injusto. Se trata solo de dos formas distintas, la primera más grave que la segunda, de infringir la misma norma cuando se exige, en ambos supuestos, identificar la entidad lesiva del comportamiento.

Esta exigencia de conocimiento es el mínimo común e irreductible (a nivel subjetivo) de todo injusto y es lo que permite exigir al sujeto que obre según el mandato normativo. Si no se exige conocer no se puede exigir que se evite actuar. Por eso, el injusto puede definirse desde el punto de

vista subjetivo como un comportamiento cuyo riesgo se exige conocer, y el dolo y la imprudencia son formas de perpetrar el mismo injusto.

4. A partir de lo anterior, se derivan algunas consecuencias:

- (i) La primera es que, al prohibirse solo comportamientos que puedan ser inhibidos por la norma penal, solo los actos dolosos y los imprudentes pueden ser sancionados. Esta es la opción del legislador nacional (artículo 10 del CP) y la que se sigue en derecho comparado.
- (ii) La segunda consecuencia es que el comportamiento doloso genera mayor reproche que uno imprudente. La razón, se dice comúnmente, es que quien actúa con dolo muestra un mayor desprecio frente al derecho que quien lo hace con imprudencia. Esto es verdad, pero también lo es que el comportamiento imprudente infringe la misma norma penal que quebranta la modalidad dolosa del delito, aunque el *reproche* que genera es menor que en el comportamiento doloso porque la *desvaloración* es menor. Nótese que es la misma norma penal que protege un concreto bien jurídico (vida, integridad, patrimonio) la que da lugar a la modalidad dolosa y culposa del delito. La norma penal que subyace a los delitos de lesiones dolosos y culposos es la misma: no realizar comportamientos de riesgo penalmente prohibidos para la integridad psicofísica, que puede vulnerarse bien por dolo o bien por culpa. En ambos casos, el desvalor *objetivo* de acción es el mismo.

La menor intensidad del reproche por vulnerar la norma penal con imprudencia que con dolo conlleva a que algunas infracciones imprudentes no superen el mínimo de relevancia que se exige para considerarlos típicos y la pena resultaría excesiva. Así, por ejemplo, no se tipifica el hurto imprudente ni las injurias imprudentes. Esta es la razón por la cual todos los delitos tienen una modalidad

dolosa, pero solo algunos prevean una modalidad imprudente (artículo 12 del CP).

- (iii) En tercer lugar y a consecuencia de lo anterior, la pena de la modalidad imprudente será inferior que la de la modalidad dolosa del mismo delito. Si se tratara de injustos distintos, sería posible que un tipo imprudente tenga una pena superior a uno doloso.
- (iv) La cuarta consecuencia es que los denominados errores invencibles (de tipo y de prohibición) no son errores. Al derecho penal solo le incumben los errores o desconocimientos de lo que exige conocer para actuar en sociedad sin lesionar bienes de terceras personas. En el error invencible, se desconoce un dato que no se exige conocer.

II. TEORÍA DE LA CULPABILIDAD Y TEORÍA DEL DOLO

1. En el esquema causalista del delito, el aspecto objetivo se analizaba en el injusto y se reservaba para la culpabilidad la parte subjetiva del delito; es decir, la vinculación psicológica entre el hecho y el sujeto. La antijuridicidad era sinónimo de contradicción objetiva del hecho con el derecho y era irrelevante para dicha calificación si el sujeto había conocido y/o querido realizar el hecho antijurídico. Por lo mismo, el dolo, como forma de culpabilidad, abarcaba el conocimiento del injusto o, lo que es lo mismo, el sujeto que actuaba con dolo conocía la ilicitud de su acto (teoría del dolo) y, por tanto, al abarcar el conocimiento de la prohibición penal, el dolo se conocía como «dolo malo» (*dolus malus*).

2. A consecuencia del finalismo y gracias a su concepto de acción final —para el cual la capacidad del sujeto de dirigir voluntariamente el comportamiento hacia un resultado es un elemento consustancial de la acción—, el dolo y la culpa dejaron de ser formas de culpabilidad y fueron admitidas como formas del comportamiento, lo que justificó su trasladado de la culpabilidad a la tipicidad (al injusto). A partir de ese momento,

el dolo fue concebido como conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo y ya no abarcaba el conocimiento de la antijuridicidad (teoría de la culpabilidad). Se trataba de un dolo neutro. El conocimiento de la ilicitud se seguía analizando en la culpabilidad que, debido a las contribuciones de autores como Frank y Freundenthal, se entendía como reproche normativo por haber podido el sujeto actuar de otra manera. En la actualidad y aun cuando muy pocos autores compartan la fundamentación *ius* filosófica del finalismo, se sigue manteniendo al dolo y a la imprudencia en el tipo.

2. Este breve repaso pone de relieve que los conceptos de dolo y de imprudencia, así como sus respectivos contenidos y los conceptos de error de tipo y error de prohibición, dependen de los conceptos de acción, injusto y delito. La extendida definición de dolo como conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo nada nuevo ni relevante dice. Si bien explicita de manera correcta el marco de referencia (es obvio que lo subjetivo tiene que estar referido a lo objetivo), no responde a la interrogante de qué se entiende por tipo y tampoco revela el verdadero contenido del dolo ni de la imprudencia.

III. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DOLO Y DE LA IMPRUDENCIA

1. Según el concepto de «injusto» como tipo total que se sigue en esta obra, la vertiente subjetiva del injusto contiene los presupuestos subjetivos de la punibilidad (conocimientos y en algunos casos intenciones) que se toman en cuenta en el merecimiento de pena para decidir qué comportamientos prohíbe el derecho penal. Dichos conocimientos e intenciones se refieren tanto a los elementos objetivos positivos como a los elementos objetivos negativos, también conocidos como «presupuestos de las causas de exclusión del injusto». Afirmar que el dolo o la imprudencia abarcan únicamente el conocimiento o desconocimiento de los elementos positivos del tipo, es propio de un concepto de delito que distingue entre tipicidad y antijuridicidad.

Por el contrario, si se asume que el comportamiento de riesgo penalmente prohibido está integrado por ambas categorías, todos los elementos objetivos que fundamentan la prohibición penal de ese comportamiento deben ser cognoscibles por el sujeto. En pocas palabras, la prohibición penal exige que el destinatario de la norma penal conozca los presupuestos objetivos de la prohibición. Dolo e imprudencia son datos normativos y no aspectos ontológicos ni naturalísticos.

Cuadro 2

Dato fáctico	Dato normativo	Calificación dogmática	Relevancia penal
Sí se conoce	No se exige conocer	Conocimientos especiales	Atípico (objetivo)
Sí se conoce	Sí se exige conocer	Dolo	Típico
No se conoce	Sí se exige conocer	Culpa (error de tipo vencible)	Típico
No se conoce	No se exige conocer	Error de tipo invencible	Atípico (objetivo)

2. Es postura prácticamente unánime que el dolo y la imprudencia no abarcan el conocimiento y desconocimiento sobre la ilicitud del comportamiento y que ello se analice en sede de culpabilidad. Esta parece ser la postura adoptada por el legislador que ha distinguido el error de tipo del error de prohibición (artículo 14 del CP) y ha asignado consecuencias jurídicas distintas a cada uno de ellos.

A favor de esta tesis, se argumenta, por un lado, que al ser elementos del injusto el dolo y la imprudencia no podrían abarcar el conocimiento y desconocimiento del injusto como comportamiento penalmente ilícito:

no podrían abarcar el conocimiento de sí mismos (Jakobs); por otro lado, se sostiene que la antijuridicidad existe incluso cuando el sujeto la desconozca. Así, por ejemplo, el director de hospital que hace llamadas de larga distancia de carácter personal «pensando que era uno de sus derechos y que le estaba permitido al no tener ninguna reglamentación que estableciera lo contrario», actúa desconociendo la ilicitud de su conducta; pero no por eso su conducta deja de ser ilícita ni se le autoriza a realizar llamadas personales de larga distancia (expediente 1522-2000, Ayacucho, Ejecutoria Suprema del 21 de marzo de 2003).

3. Aquí se postula que el conocimiento de la ilicitud penal no es abarcado por el dolo, pero sí se deriva de él. Así como el desconocimiento de la ilicitud penal (error de prohibición) se deriva de la imprudencia (error de tipo), al capaz en derecho penal que conoce las circunstancias de hecho en que actúa se le exige que se percate de la prohibición que recae sobre el comportamiento que realiza. Si no le se exige conocer la prohibición es porque el comportamiento que él realiza no se desvalora como ilícito penal y no se sanciona. Es lo que ocurre cuando el inimputable no tiene capacidad para comprender la ilicitud de su acto o en los casos del llamado «error de prohibición invencible».

Se sostiene además que es necesario distinguir entre la exigencia de conocer la ilicitud penal y su conocimiento o desconocimiento. El primero es un presupuesto del injusto que se analiza en el *merecimiento de pena (ex ante)* y el segundo, un criterio de *necesidad de pena (ex post)* que permite graduar la sanción a imponer. Esta interpretación, que es perfectamente compatible con el artículo 14 del CP que declara exento de pena el desconocimiento insuperable de la ilicitud (error de prohibición invencible) y atenúa la pena cuando el desconocimiento es superable (error de prohibición vencible), será expuesta en el capítulo 12.

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 10

TIPICIDAD SUBJETIVA (I): DOLO

Sumario: I. La teoría de la voluntad y la teoría del conocimiento. II. El dolo como conocimiento y voluntad: la clasificación tripartita del dolo. 1. Las modalidades de dolo. a) Dolo directo de primer grado. b) Dolo directo de segundo grado. c) Dolo eventual. 2. Objeciones. III. Concepto normativo de dolo. IV. Dolo como conocimiento; el injusto de decisión. 1. Concepto. 2. Contenido del dolo (límites). 3. La atribución del dolo. a) Percepción y valoración de los elementos del tipo: la atribución del sentido del tipo. b) La determinación de los conocimientos exigibles. c) Las circunstancias objetivas del caso como marco de imputación del dolo. 4. Momento del dolo. 5. Conocimientos mínimos. 6. Conocimientos superiores. 7. ¿Indiferencia como dolo? V. El rol del elemento volitivo en la tipicidad subjetiva: los denominados «elementos subjetivos» distintos del dolo. VI. Los móviles y fines como criterios para determinar judicialmente la pena (artículo 46 del CP).

1. En la vertiente subjetiva del injusto o tipicidad subjetiva, se estudia si el garante conoce o desconoce —y en su caso, si actúa intencionalmente— el riesgo para el bien jurídico que entraña su comportamiento. A partir de esta definición, se distingue entre dolo e imprudencia; es decir, si el sujeto conoce el riesgo típico o no, respectivamente. El común denominador en ambos casos es la exigencia de conocimiento y dicha exigencia es la base del reproche en la tipicidad subjetiva: si al sujeto se le exige identificar que el comportamiento que realiza significa un riesgo intolerable para

el bien jurídico, podrá actuar con dolo si se le atribuye el conocimiento o con imprudencia si se le imputa el desconocimiento. Si, por el contrario, no se le exige conocer el riesgo (error invencible o insuperable), actuará lícitamente por tratarse de un comportamiento atípico.

2. Basta revisar los manuales de derecho penal para darse cuenta que es común y frecuente que la imprudencia se estudie después que el dolo, en el entendido de que la modalidad comisiva dolosa es el prototipo de delito y que la infracción imprudente es una modalidad complementaria, como lo sería también la omisiva. Dado que en esta obra se postula que el delito es un comportamiento de riesgo desaprobado que se exige evitar y la única forma de hacerlo es percatándose de su existencia, el dolo y la imprudencia como formas subjetivas de vulnerar el deber de conocer el riesgo comparten el mismo fundamento, objeto y atribución. A fundamentar estas ideas se dedican los dos siguientes capítulos.

I. LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD Y LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO

1. Según doctrina y jurisprudencia ampliamente mayoritarias, actúa con dolo quien conoce y quiere la realización de los elementos objetivos del tipo. Esta concepción, conocida como «teoría de la voluntad», se opone a la teoría del conocimiento o de la representación, para la cual el dolo requiere únicamente conocer la realización de los elementos objetivos del tipo.

La decisión que en dogmática penal se ha de tomar entre una y otra opción (es decir, incluir el elemento volitivo en el dolo) depende de las premisas sistemáticas que se adopten en la construcción del injusto. Así, por ejemplo, el finalismo explica la incorporación del elemento volitivo en el dolo porque concibe a la acción como un comportamiento dirigido *voluntariamente* a un fin¹, mientras que otras corrientes (que se han venido

¹ Sin embargo, algunos finalistas no exigen el elemento volitivo en los comportamientos omisivos (Welzel, Hirsch, Bustos Ramírez), lo que sin duda es coherente con sus presupuestos metodológicos: al ser la omisión un curso causal dominado por un tercero o la naturaleza, el sujeto no tiene capacidad subjetiva para controlarlo con su voluntad.

a denominar comúnmente como *normativas*) lo descartan por considerar, con algunas variaciones, que en el dolo es suficiente que el sujeto se represente el riesgo que el comportamiento implica para el bien jurídico.

No sucede lo mismo con el elemento cognitivo. En la medida en que solo se puede querer o desear aquello que se conoce, el *conocimiento* es exigido tanto por la teoría de la voluntad como por la del conocimiento (en este último caso, como único elemento del dolo). Los conflictos que pueden surgir en torno al elemento cognitivo se refieren a su contenido: quien realiza un comportamiento típico conoce (dolo) o desconoce (imprudencia); pero qué es lo que se conoce o desconoce depende, como se adelantó, del concepto de tipo de lo injusto que se acoja. En todo caso, debe dejarse en claro que el conocimiento en el dolo recae sobre el mismo objeto (el riesgo) que el desconocimiento en la imprudencia. Lo que se conoce en uno es lo que se desconoce en la otra.

2. Con cargo a demostrarlo luego (capítulo 12), la ley se decanta por la teoría del conocimiento, pero no ofrece claridad cuando se pronuncia sobre el objeto del dolo. En efecto, una lectura *a contrario* del artículo 14 que define al error de tipo como el error sobre un elemento del tipo, podría inducir a pensar que el elemento cognitivo es el conocimiento de los elementos objetivos del tipo. Sin embargo, que el sujeto conozca los elementos del tipo no garantiza que perciba que esos elementos concurren en la *realización* del hecho típico. Dicho con otras palabras, no se actúa con dolo por conocer la ley o por conocer la estructura típica del delito, sino por conocer que en el caso en concreto concurren los elementos del tipo.

Por eso y para decirlo con el conocido ejemplo del cazador que dispara sobre un colega pensando erróneamente que se trata de un venado, poco interesa que el cazador sepa que los elementos objetivos del tipo de homicidio son «matar a otro» y menos importa cómo accede a dicho conocimiento. Puede haberlos adquirido por estudios, experiencia o por cualquier otro medio. Lo relevante es que se percate que dispara a otro y no, como él cree, a un venado. Esta observación metodológica suele pasar desapercibida, pero resulta vital porque condiciona el contenido

y tratamiento del dolo —y también de la imprudencia— como modalidad subjetiva de lo injusto y, con ello, el contenido y tratamiento del error que recae sobre el injusto y su diferencia frente al error sobre la ilicitud del comportamiento.

3. La inclusión en la tipicidad subjetiva de los elementos cognitivo y volitivo que se produjo de la mano del finalismo y que hasta la actualidad goza del respaldo de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, dio lugar a la clasificación tripartita de dolo (dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual) y a la clasificación bipartida de la imprudencia (imprudencia con representación e imprudencia sin representación), en donde las distintas categorías de dolo e imprudencia se diferencian por la presencia e intensidad de los elementos cognitivos y volitivos.

II. EL DOLO COMO CONOCIMIENTO Y VOLUNTAD: LA CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DEL DOLO

1. Las modalidades de dolo

a) Dolo directo de primer grado

1. Actúa con dolo directo de primer grado quien conoce y persigue la realización del delito. Conocimiento y voluntad se conjugan aquí en su máxima expresión. Se suele admitir que también actúa con dolo de primer grado quien no persigue el delito como fin último de su conducta, pero desea igualmente el resultado, siendo esta la razón por la que se le conozca también como «dolo de intención».

2. Así, quien mata por venganza deseará la muerte de su víctima y obrará con dolo directo de primer grado. Particulares problemas se presentan cuando no es seguro alcanzar el resultado deseado. La respuesta aquí no debería diferir de los casos en que todo hacía indicar que el resultado anhelado se produciría: quien con intención de matar dispara a su víctima a una distancia de 500 metros sin conseguir su designio, actúa con dolo

de primer grado, al igual que quien con la misma intención dispara a la cabeza de su víctima a 10 centímetros de distancia y no le mata. En ambos supuestos, se conjugan *conocimiento* e *intención* de matar.

b) Dolo directo de segundo grado

1. Quien no *persigue* la ejecución del tipo, pero *conoce* que su actuación con seguridad o muy probablemente lo realizará, se dice que actúa con dolo de segundo grado. Conocido también como «dolo de consecuencias necesarias», se suele ejemplificar con el caso Thomas (1795): el dueño de una embarcación la hizo explotar para cobrar el seguro por siniestro; las muertes de los tripulantes no eran queridas por él (dolo de segundo grado), pero eran necesarias para alcanzar su objetivo: la destrucción de la embarcación para cobrar el seguro (dolo de primer grado). Lo mismo sucede cuando se dispara al guardaespaldas para poder atacar al ministro: el homicidio del guardaespaldas será con dolo de segundo grado y el del ministro, con dolo de primer grado.

2. El dolo de segundo grado comparte, con el de primer grado, la presencia e intensidad del elemento cognitivo; pues en ambos casos se tiene plena conciencia del riesgo, pero la intensidad del elemento volitivo es menor que en el dolo de segundo grado dado que el comportamiento no se persigue *per se*, sino solo como medio para alcanzar otro objetivo ilícito.

c) Dolo eventual

1. Consiste en advertir como posible el resultado típico y aun así actuar. Dentro de las teorías que explican el dolo eventual destacan dos:

- (i) La teoría de la aceptación o del consentimiento pone el acento sobre el elemento volitivo e indica que, si el sujeto acepta, aprueba o asume *mentalmente* el resultado, actuará con dolo eventual y, si lo rechaza, *mentalmente* actuará con imprudencia consciente. Por ejemplo, quien conduce por encima del límite de velocidad

en una zona escolar y atropella a dos niños, procede con culpa consciente si a pesar de haber percibido el riesgo que su conducción implicaba para los escolares rechazó mentalmente la posibilidad de atropellarlos por considerarse capaz de esquivarlos; pero actuará con dolo eventual si aceptó mentalmente ese resultado.

- (ii) La teoría de la probabilidad o posibilidad privilegia el elemento cognitivo y le es suficiente, para afirmar el dolo eventual, que el sujeto cuente con la posibilidad del resultado. Por ejemplo, el conductor que advierte el riesgo que su conducción representa para los niños peatones y se representa como probable la realización del tipo de lesiones o de homicidio obra con dolo eventual según la teoría de la probabilidad; asimismo, lo hará con imprudencia consciente si considera que son pocas las posibilidades de que ello ocurra.

2. Dado que en el dolo eventual solo se admite como probable o se acepta el resultado, la intensidad del conocimiento es menor que en el dolo directo de primer grado y que en el de segundo grado. En el elemento volitivo se aprecia también una merma en su brío en comparación a las otras dos clases de dolo.

2. Objeciones

1. Distinguir entre dolo directo de primer grado, de segundo grado y dolo eventual sobre la base del grado de conocimiento y a la intensidad de la voluntad, carece de consecuencias prácticas. No representa ventaja alguna para el proceso penal ni para lo que ahí se discute (si el hecho que se juzga es un delito y qué pena se ha de imponer). No repercute en el ámbito de los concursos de delitos ni en la participación criminal ni en la tentativa: el concurso de delitos, tanto real como ideal, se admite entre delitos dolosos de cualquiera de las tres modalidades; se acepta la participación criminal incluso de quien actúa con dolo eventual y la participación dolosa —en

cualquiera de sus formas— en el delito que comete quien actúa con dolo eventual; y tampoco en la tentativa se rechaza la sanción para cualquiera de las tres formas de dolo.

Ni siquiera en el ámbito de la determinación judicial de la pena se aprecian razones prácticas que hablen a favor de la mencionada clasificación tripartita del dolo. El juez puede imponer una pena superior por actuar con dolo eventual o con dolo de segundo grado que por hacerlo con dolo de primer grado, pues la diferencia entre estas clases de dolo no se traduce en el reproche que generan. Sin duda es grave que el empresario mate con dolo de intención al socio que le desfalcó, pero es más grave —o en todo caso no es menos grave— atropellar y matar a la anciana que cruza reglamentariamente la pista cuando se conduce a excesiva velocidad para llegar temprano a ver el partido de fútbol y se confía que la habilidad en el volante evitará el accidente (dolo eventual).

2. Otras objeciones se formulan desde la propia lógica de la división tripartita del dolo. Por un lado, si en el dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias no se quiere el resultado, pero se conoce que es necesario para alcanzar el objetivo, es más que dudoso que el elemento volitivo desempeñe algún papel relevante. Se trataría de un supuesto en donde el conocimiento sería el único elemento del dolo. Por otro lado, la frontera entre dolo (eventual) e imprudencia (consciente) se delimita exclusivamente sobre la base del elemento volitivo: tanto para el dolo eventual como para la culpa consciente se exige que el sujeto actúe a pesar de advertir o representarse como probable la realización del tipo. Si se recuerda que solo algunos de los delitos tienen una modalidad imprudente y que las modalidades imprudentes del delito son menos graves y tienen una pena inferior a las modalidades dolosas del mismo delito, para la división tripartita del dolo el elemento volitivo es más importante que el cognitivo. Este último se limitaría a diferenciar la culpa consciente de la inconsciente, pero no sería un elemento propio del dolo.

3. Por otro lado, se podría sostener que una de las bondades de la clasificación tripartita del dolo sería que el juez podría establecer márgenes de pena más adecuados a cada modalidad subjetiva. Así, por ejemplo, podría aplicar las penas más altas previstas dentro de la pena conminada en los casos de dolo directo de primer grado, las inferiores para el dolo eventual y reservar las «medianas» para el dolo de segundo grado. Sin embargo, ello implicaría admitir como válida la premisa de la tripartición del dolo —que aquí se ha puesto en duda— y sería un razonamiento que no solo no encuentra respaldo en la ley, sino que la contraviene manifestamente.

En efecto, desde el punto de vista estrictamente legal, el Código Penal no contiene un solo precepto que obligue o predisponga a admitir la existencia del dolo directo (de primer y segundo grado) y del dolo eventual. La tesis de la clasificación tripartita del dolo como forma de comportamiento doloso típico no tiene respaldo legal. Existe, por el contrario, claras manifestaciones legales que excluyen la voluntad del dolo y reservan su valoración para la determinación judicial de la pena. Así, por ejemplo, el artículo 46.1.b del CP regula como circunstancias atenuante el obrar por móviles nobles o altruistas y el artículo 46.2.c del CP, como circunstancia agravante ejecutar la conducta punible por motivo abyecto o fútil. Si la ley le exige al juez valorar los móviles y fines (intenciones, deseos, anhelos, pretensiones, etc.) para individualizar la pena, no podría emplearlos para tipificar el comportamiento, como pretende la clasificación tripartita del dolo, pues desvaloraría y reprocharía dos veces las mismas circunstancias: cuando tipifica como doloso el hecho y trabaja con un marco legal de pena más gravoso que el previsto para la imprudencia —en caso se tipifique una modalidad «imprudencia del delito»— y en la individualización de la pena².

² Si bien no se juzgará ni condenará dos veces por el mismo hecho, se trataría de una vulneración al principio *non bis in idem*; pues se advierte identidad de hechos, sujetos y razonamiento: se valora negativamente *dos veces el mismo fin o intención que tuvo el sujeto para actuar*.

4. Están por último las críticas que revelan lo nebuloso e impreciso de los límites entre las tres clases de dolo y entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. La diferencia entre las dos clases de imprudencia es notoria: conocimiento de la situación de riesgo en la imprudencia consciente y desconocimiento en la inconsciente.

Formulado en tono de interrogantes: la diferencia de dolo directo de primer grado y de segundo grado que a nivel teórico se esgrime pierde nitidez en la práctica: ¿cuándo se actúa con intención de alcanzar el resultado y cuándo es solo una consecuencia necesaria del objetivo que se persigue?; ¿es posible diferenciar entre perseguir un resultado y no quererlo, pero aceptarlo como seguro?; y, si es posible, ¿tiene algún sentido hacerlo?; quien se percató de las consecuencias que con seguridad o con una muy alta probabilidad generará su comportamiento, ¿no las *quiere*? Diferenciar el dolo eventual de la imprudencia sobre la base de lo que el sujeto imagina y decide en su fuero interno (teoría de la aceptación), pero que no se condice con su comportamiento, ¿no es acaso conceder demasiada importancia al fuero interno (si no se puede sancionar por ideas, tampoco deberían descargar o atenuar la responsabilidad)?; el dolo eventual, según la teoría de la representación, ¿no prescinde ya del elemento volitivo o lo reduce a su máxima expresión³?; y, por último, si no existe una escala de gravedad en la clasificación tripartita del dolo y no existen diferencias prácticas entre las clases de dolo, ¿por qué no asumir que el dolo eventual es el prototipo de dolo? Si con él se satisface la tipicidad subjetiva, permite la participación criminal, admite la tentativa y los concursos de delitos y faculta al juez a imponer cualquier pena que se encuentre dentro de los límites de la pena conminada.

³ En este sentido, es acertada la propuesta de Frisch de considerar al dolo eventual como la forma básica de dolo y que la intención sea un elemento para la imposición y determinación de la pena, que es perfectamente aplicable al derecho peruano. En detalle, *infra* capítulo 10, VI.

5. Las interrogantes planteadas se contestan aquí rechazando la mentada clasificación y extrayendo la voluntad del dolo. No por la dificultad que supone probar judicialmente lo que el sujeto quiso, deseó o anheló, ya que a ese tipo de dificultades probatorias los tribunales siempre han hecho frente, ni porque lo que sea difícil de probar deba ser rechazado. La razón es que no existen argumentos que justifiquen la presencia del elemento volitivo en el dolo con carácter autónomo. Esto puede ser presentado desde otra perspectiva y acaso más acertada: antes de preguntar cómo y porqué se justificaría un concepto de dolo cuyo único elemento es el cognitivo, habría que exigir al concepto bipartito de dolo que explique cómo y porqué incluye al elemento volitivo⁴.

Esta incógnita puede ser solventada por el concepto final de acción, pero las críticas que desnudan la intrascendencia práctica de incluir la voluntad en el dolo mantendrán su vigencia. Además, si se estima, como aquí se hace, que actúa voluntariamente quien considera probable que su comportamiento entraña un riesgo para el bien jurídico y no obstante lo lleva a cabo, pues si no lo hubiera querido o aceptado hubiera modificado su conducta, a no ser que esté sometido a una circunstancia de exclusión de la capacidad penal o de exclusión del injusto. Debe aceptarse que querer, desear, rechazar o aceptar mentalmente el riesgo es irrelevante para el derecho penal; ya que, si ya se había advertido el riesgo del propio comportamiento, se asumió la posición de garante y no se evitó el comportamiento típico. Estos actos expresan una libre decisión de menosprecio por la seguridad del bien amenazado.

6. Por último, desde la perspectiva asumida en esta obra, conforme a la cual el delito es injusto de conducta y el resultado material que algunos preceptos penales prevén (delitos de resultados) es un criterio para graduar la pena, debe criticarse que los elementos cognitivo y volitivo se refieran

⁴ La legitimidad de toda teoría jurídica-penal radica en su coherencia interna y en su compatibilidad con los fines del derecho penal y no en las críticas que pueda dirigirse contra sus detractores.

al resultado o a la posibilidad de que este acontezca. La diferencia entre dolo e imprudencia y la eventual clasificación de uno y otra no puede depender de criterios ajenos a lo injusto, como sucede con el resultado. Por el contrario, el elemento cognitivo hace referencia al conocimiento o desconocimiento del riesgo y el volitivo, al dato, accesorio del conocimiento, de aceptar el riesgo que se conoce se está realizando.

III. CONCEPTO NORMATIVO DE DOLO

1. Es frecuente encontrar en la literatura referencias al «concepto normativo de dolo» que señalan que el dolo se deriva de la ley y se accede a él mediante la interpretación que la doctrina y jurisprudencia hacen de los textos legales. El concepto normativo de dolo se suele relacionar con la teoría del conocimiento bajo el entendido que la ley no contempla preceptos que incluyan a la voluntad como elemento del dolo. Algunos autores sostienen que la perspectiva normativa en derecho penal no supone necesariamente descubrir los conceptos que encierra la ley, sino que se caracteriza por concebir a la realidad como una valoración y no como realidad empírica aprehensible por los sentidos. Desde esta perspectiva, el dolo sería título de atribución y no descartarían la voluntad. Se trataría, en definitiva, de una discusión terminológica.

2. A la pregunta de si la ley excluye o no a la voluntad del dolo, se responde aquí de manera positiva. La razón es la interpretación de la regulación del error de tipo (primer párrafo del artículo 14 del CP), de la tentativa (artículo 1 del CP) y del desistimiento voluntario (artículo 18 del CP) con arreglo a los presupuestos metodológicos que se han expuesto en los capítulos anteriores.

3. La regulación del error de tipo (primer párrafo del artículo 14 del CP) puede ser vista como un argumento a favor de la teoría del conocimiento: en ella se descarta la actuación dolosa cuando *no se conoce* un elemento del tipo penal, pero nada se dice sobre la ausencia de voluntad.

Luego, si para excluir el dolo la ley analiza solo el elemento cognitivo, *a contrario sensu*, el dolo solo está integrado por este y no por el elemento volitivo. El planteamiento seduce, pero solo demuestra que, para el artículo 14 (primer párrafo) del CP, el conocimiento forma parte del dolo y no descarta ni se asume que la voluntad también⁵.

Pero si se acepta, como aquí se hace, que quien crea el riesgo típico a pesar de haber advertido que su comportamiento significaba un peligro inminente para el bien jurídico incorpora voluntaria y libremente *ese* riesgo a su esfera de competencias y se torna garante por evitarlo, el error de tipo excluirá el dolo porque el sujeto no conoce que incumple el deber garante. Pero, dado que se le exige evitar el riesgo en tanto garante, queda intacta la posibilidad de atribuir el acto a título de imprudencia.

4. Un razonamiento similar procede efectuar con la regulación de la tentativa (artículo 16 del CP). Podría sostenerse que, si en la tentativa «el agente comienza la ejecución de un delito, que *decidió* cometer, sin consumarlo», es porque la decisión de cometer un delito supone voluntad de hacerlo o, lo que es lo mismo, la ley incluiría la voluntad en el dolo. Pero sucede que la *decisión* de cometer un delito puede ser leída como decisión contra el bien jurídico y entender que para tomar dicha decisión se requiere únicamente conocer la situación de riesgo para el bien jurídico: quien la conoce y actúa decide contra el bien jurídico.

5. Lo mismo ocurre en el denominado «desistimiento voluntario» (artículo 18 del CP), aunque aquí la referencia que hace la ley a la voluntad es expresa: el agente se «desiste *voluntariamente* de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado». Si el desistimiento de seguir ejecutando un delito implica voluntariedad, empezar a ejecutarlo también debería requerirla. Y es que, en efecto,

⁵ Lo único que se puede deducir de $A \rightarrow B$ es $\sim A \rightarrow \sim B$. Si la variable A es «ausencia de conocimiento (error de tipo)» y la variable B «exclusión del dolo», solo se puede deducir que si se niega la variable A («presencia de conocimiento»), entonces no se excluirá el dolo.

el desistimiento debe ser voluntario; pues, de lo contrario, no tendría sentido descargar de responsabilidad al sujeto.

Cuando el ladrón abandona el asalto porque cree haber sido divisado por la policía, no actúa voluntariamente —no al menos en el sentido jurídico que se da al desistimiento—; ya que se trata de una decisión condicionada por una (falsa) representación. Tampoco hay desistimiento voluntario cuando el ladrón se percató, esta vez correctamente, que ha sido descubierto por la policía; pues la decisión no es libre (voluntaria) al estar condicionada por un factor externo. Por el contrario, sí hay desistimiento voluntario si el sujeto interrumpe la ejecución del delito de manera espontánea (voluntaria) sin que haya sido inducida o condicionada por factores externos. En resumen, la voluntariedad en el desistimiento equivale a decidir libremente, lo que solo presupone conocer la situación de riesgo.

6. Sin embargo, tal como se había adelantado, el argumento legal que obliga a descartar la voluntad del ámbito del dolo y apostar por un concepto cognitivo se encuentra en los artículos 46.1.b y 46.2.c del CP; preceptos donde se establece que los motivos nobles, altruistas, abyectos y fútiles se valoran en la individualización de la pena. La ubicación en la cual el legislador ha colocado a la voluntad de cometer el delito con que actúa el sujeto es en la punibilidad y no en la tipicidad. Y como la *desvaloración* de la misma voluntad en dos momentos distintos sería cargar injustificadamente al reo, no cabe sostener que, además de en la punibilidad, la voluntad sea analizada también en la tipicidad.

Tampoco es de recibo el argumento en cuya virtud los artículos 46.1.b y 46.2.c del CP se referirían a los denominados elementos subjetivos distintos del dolo. Ello implicaría desconocer que son elementos que excepcionalmente se añaden al dolo para completar la tipicidad subjetiva y presuponen siempre la concurrencia del dolo; mientras que los artículos 46.1.b y 46.2.c del CP regulan criterios aplicables a todo delito (incluso el imprudente) para determinar la pena.

7. Estas breves reflexiones ponen de relieve que una interpretación en clave normativa (normativa-valorativa) de los preceptos de la Parte general que privilegie la motivación mediante la cual el derecho penal tutela la libertad de las personas se decanta por la teoría del conocimiento.

IV. DOLO COMO CONOCIMIENTO: EL INJUSTO DE DECISIÓN

1. Concepto

1. Al concepto cognitivo de dolo se llega no solo por las críticas que se formulan a la teoría de la voluntad, que demuestran que a nivel de injusto es suficiente que el sujeto se percate de la concurrencia de las circunstancias que hacen que el comportamiento se prohíba penalmente; es decir, que se percate de que el comportamiento que despliega representa un riesgo para el bien jurídico y a pesar de ello *decide* actuar. También se arriba a él si no se olvida que, desde el punto de vista de la prohibición y desvaloración jurídico-penal, la voluntad carece de autonomía frente al conocimiento: a quien se le exige conocer el riesgo de su comportamiento y a pesar de conocerlo actúa es porque libre y voluntariamente así lo ha decidido.

2. Lo anterior lleva a que el injusto doloso sea un injusto de decisión (FRISCH), aunque no por ello el dolo es una decisión contra el bien jurídico. De ser así, el sujeto debería conocer el carácter ilícito de su acto; pues, si la lesión del bien jurídico depende del juicio de desvalor que recae sobre el comportamiento y no de la destrucción del objeto material en el cual se representa (la vida se lesiona porque se interfiere sin derecho en la libertad de su titular de administrarla como le plazca y no por la existencia de un cadáver), no se entendería cómo el sujeto llega a conocer la idoneidad de su acto para lesionar el bien jurídico sin conocer la desvaloración que recae sobre su acto. Además, un derecho penal orientado a evitar comportamientos de riesgo y no resultados lesivos debe exigir tan solo el conocimiento de que, en el caso en concreto, concurren las circunstancias que han llevado a prohibir penalmente ese tipo de actos; circunstancias

o presupuestos que se encuentran descritas en el tipo penal y a las cuales se accede a través de la interpretación.

3. El dolo es el conocimiento de que concurren los presupuestos materiales que fundamentan la prohibición penal. Como tal, su atribución implica que se exija conocer que, en el caso en concreto, concurren todos los elementos, positivos y negativos, que fundamentan la desvaloración jurídica y prohibición penal de la conducta con independencia de que se conozca la desvaloración jurídica y prohibición. El sujeto ha de representarse mentalmente las circunstancias que el legislador tomó en cuenta para prohibir penalmente el comportamiento. En el caso de los elementos positivos, el dolo implicará percatarse de su realización; mientras que en el caso de los elementos negativos, se deberá conocer que no concurren. Así, quien por error se representa ser atacado y golpea a quien cree le agrede, no actúa con dolo; pues, si bien conoce la concurrencia de los elementos positivos del injusto, desconoce que no concurre (cree erróneamente que sí concurre) el elemento negativo del injusto que, en este caso, es una situación de agresión ilegítima que le facultaría a defenderse.

4. Se discute en doctrina si el dolo abarca o no el conocimiento de la ilicitud de la conducta. A esta interrogante ya se ha respondido negativamente, pero las consecuencias que ello acarrea hacen necesaria una explicación más detallada. El problema, tal cual se ha planteado en doctrina, consiste en determinar si la vertiente subjetiva del injusto solo reclama que el sujeto conozca los elementos del tipo penal o si además es necesario que sepa que su conducta se encuentra prohibida. Así planteado, todo depende del concepto de tipo penal y de lo que el derecho penal exige evitar.

En efecto, no se requiere que el sujeto conozca la ilicitud de su comportamiento para que la norma penal despliegue su potencia motivacional. Dicha motivación surge ya desde el momento en que el sujeto se percata que concurren los presupuestos materiales que fundamentan la prohibición penal. Dicha representación, como se ha dicho, cumple una llamada de atención sobre la ilicitud del comportamiento y,

en una sociedad de personas responsables, resulta suficiente para exigir que quien se encuentre en dicha situación se desista de proseguir o iniciar su conducta de riesgo típico.

Lo dicho puede expresarse de otra forma: el dolo, como conocimiento de los presupuestos materiales positivos y negativos que fundamentan la prohibición penal, conlleva conocer que no concurren los presupuestos de las causas de exclusión del injusto. De aquí se deduce que la razón por la cual el conocimiento de la ilicitud no es abarcado por el dolo se deriva directamente del concepto de norma penal y de lo que se estima necesario debe conocer el sujeto para adecuar su conducta a la motivación normativa y no tanto de la ubicación sistemática del dolo o del conocimiento de la ilicitud.

En esta línea, lo normal y frecuente será que quien actúa con dolo, al conocer los presupuestos materiales de la prohibición penal, conozca también la prohibición penal misma que recae sobre su comportamiento. Sin embargo, como se ha advertido, el dolo y el conocimiento de la ilicitud hacen referencia a objetos distintos y se analizan en momentos distintos. De ahí que sea posible que quien actúa con dolo no conozca la ilicitud de su conducta, aunque se trata de supuestos realmente excepcionales que podrán presentarse en ciertos casos de delitos económicos en donde la ilicitud del comportamiento penal viene determinada fundamentalmente por la normativa extrapenal (contrabando, delitos contra los derechos de autor, etc.).

Esta estrecha vinculación entre el conocimiento de los presupuestos materiales de la prohibición penal (dolo) y el conocimiento de la ilicitud hace que el desconocimiento de la ilicitud (error de prohibición) sea una consecuencia natural de la imprudencia: si el sujeto no se percató de la concurrencia de los presupuestos materiales de la prohibición penal, no podrá conocer la prohibición que recae sobre el hecho. Dicho con otras palabras, la consecuencia natural de desconocer el hecho es que no se puede conocer que se trata de un hecho penalmente prohibido. Por lo mismo, el desconocimiento de la ilicitud «no será razonable» si el sujeto

actúa con dolo, pues el sujeto conoce los presupuestos que le deberían llevar a conocer también la prohibición.

De lo dicho en el párrafo anterior se deduce que el dolo cumple una llamada de atención al advertir sobre la ilicitud del comportamiento. Lo que refuerza la inhibición que la norma penal busca generar en las personas cuando estas conocen las circunstancias a partir de las cuales fluye la prohibición penal. Por tanto, dado que se trata de conocer los presupuestos materiales que fundamentan la prohibición penal del comportamiento, el dolo es *objetivamente malo*⁶: abarca las circunstancias fácticas que hacen que el comportamiento se desvalore por el derecho penal cuyo conocimiento es necesario y suficiente para que el sujeto se percate que está frente a un acto penalmente prohibido aunque sin necesidad de que llegue a tal percepción.

5. La concepción de dolo que aquí se sigue supone que en los tipos de la Parte especial se determina qué es lo que el sujeto se ha de representar. El objeto del dolo o, lo que es lo mismo, el objeto del conocimiento a nivel de injusto se prevé en los tipos penales a partir de la concreción de los supuestos de hecho de la norma penal. Expresado con un ejemplo, no hay un dolo de homicidio al no existir un único comportamiento de riesgo penalmente relevante para la vida. Hay tantos dolos de homicidio como comportamientos de riesgo para la vida.

6. Lo anterior no significa que se comparta la diferencia que para un sector de la doctrina existiría entre el dolo de lesión y el dolo de peligro. Esta diferencia, que se deriva del grado de afectación al bien jurídico que exige el tipo penal, supone que en los delitos de lesión el agente debería representarse la lesión efectiva del bien jurídico; mientras que en los delitos de peligro bastaría con el conocimiento del riesgo de lesión. Sin embargo, si el dolo consiste en conocer los presupuestos materiales de la prohibición

⁶ Este concepto de *dolus malus* (distinto al «dolo malo» empleado por los causalistas) proviene de Weber, quien insistía en que el *dolus malus* debe abarcar la antijuridicidad, pero desde una valoración objetiva.

penal y esta se refiere al comportamiento y no al resultado lesión o al resultado peligro, el dolo tiene la misma estructura en aquellos que en estos. En ambos casos, el injusto es siempre un injusto de comportamiento. Lo mismo rige para los llamados delitos de resultado: dado que el resultado material no es un presupuesto de la prohibición por no formar parte del injusto, el dolo no exige su representación.

7. Lo dicho en los párrafos anteriores rige también en los supuestos de resolución condicionada. Ahí donde la decisión de perpetrar el acto está sujeta a la realización de un comportamiento previo, es posible imaginar las siguientes soluciones:

- (i) Si la decisión depende de que acontezca algo que todavía no sucede, no hay dolo y ni siquiera hay tentativa. Quien hurta a la víctima y, cuando esta se defiende, recién decide amenazarle para lograr sustraer la billetera, cometerá robo doloso a partir del momento en que decidió emplear —y empleó— la amenaza como medio.
- (ii) Lo mismo sucede si ya se tomó la decisión, pero la ejecución del acto se supedita a un evento futuro. Aquí, si bien existe una decisión, todavía no se ha exteriorizado en un comportamiento y se trata de un acto atípico hasta que la decisión se plasme en un comportamiento. Es el caso de quien ha decidido robar y está dispuesto a emplear violencia si la víctima se resiste al asalto, lo que sucede. Recién habrá robo (doloso) cuando se emplee la violencia.
- (iii) Si el sujeto decide actuar y actúa, pero está dispuesto a desistirse si algún evento se lo condiciona, existe ya un comportamiento doloso y, si el sujeto se desiste, deberá someterse a la regla del artículo 18 del CP. Por ejemplo, quien comienza un robo pero está dispuesto a desistirse si es divisado por un policía.

8. En algunas ocasiones se apuesta por el concepto cognitivo de dolo debido a las dificultades que existirían para probar judicialmente la voluntad. Esta no es la razón del porqué aquí se descarta la voluntad como elemento del dolo. Que un dato sea de difícil probanza no significa ni autoriza a dejar de probarlo. La teoría de la prueba cuenta con suficientes recursos para declarar como hecho probado elementos subjetivos. Además, como resulta obvio, el conocimiento, al igual que la voluntad, es un elemento subjetivo y su prueba se logra imputándolo a partir de las circunstancias objetivas que rodean al caso.

Se ha tachado también a la teoría cognitiva de incoherente frente al concepto de culpabilidad: si la voluntad no forma parte de lo injusto o es irrelevante y si la culpabilidad es el reproche por haber podido actuar *voluntariamente* de otra manera, no se entendería cómo el dolo podría carecer de voluntad si esta posibilita la culpabilidad. Esta objeción, sin embargo, olvida que, si bien la voluntad es una característica del *comportamiento humano*, la valoración penal no la toma en cuenta como un elemento subjetivo *autónomo* del injusto (en detalle, *supra* capítulo 10, II, 2; III y IV).

2. Contenido del dolo (límites)

1. El contenido del dolo se deriva de su definición. Al ser el conocimiento y desconocimiento, respectivamente, de que concurren todos los elementos que fundamentan la prohibición penal de la conducta, abarcan todos los elementos positivos y negativos del tipo de lo injusto. Así, tanto los elementos descriptivos y los elementos normativos han de ser conocidos (dolo) por el sujeto. Lo mismo sucede con los elementos esenciales y los accidentales. Lo dicho rige para todos los elementos accidentales, sea que se trate de circunstancias agravantes o atenuantes; pues, si bien existe acuerdo en torno a que si el elemento accidental es una circunstancia agravante, la tipicidad del comportamiento requerirá que el sujeto conozca la concurrencia de dicha circunstancia. No sucede lo mismo cuando el elemento accidental se tipifica como circunstancia atenuante. En estos casos,

la propia ley (primer párrafo del artículo 14 del CP), sin criterio alguno, no exige que el sujeto conozca la concurrencia de la circunstancia atenuante para beneficiarse de ella. Sin embargo, *de lege ferenda* se impone una modificación; pues, si la prohibición de la responsabilidad penal objetiva rige ya para cargar al sujeto, es lógico que se aplique también para descargarlo (situación que aparece corregida en el primer párrafo del artículo 14 del ALRCP).

2. Dejando de lado por un momento la posición que aquí se defiende, un sector de la doctrina estima que el conocimiento de la ilicitud sí es abarcada por el dolo (dolo malo). Usualmente se identifica a esta corriente con la teoría del dolo y se le asimila al causalismo y a la división del delito en un aspecto objetivo (injusto) y otro subjetivo (culpabilidad). En dicho esquema, el dolo, como forma de culpabilidad, recaía sobre el injusto, abarcando el conocimiento de los elementos del tipo y de la ilicitud.

Sin embargo, otros autores consideran que incluso en un esquema del delito donde el dolo y la imprudencia se ubiquen en la tipicidad, el conocimiento del carácter antijurídico es necesario para configurar el dolo en el injusto penal. Para los seguidores del *dolo malo*, el desconocimiento de la ilicitud descarta el dolo y permite tipificar el comportamiento a título de imprudencia. La regulación de los errores de tipo y de prohibición que ofrece el artículo 14 del CP (y también la que postula el artículo 14 del ALRCP de 2004), al prever un tratamiento distinto para el desconocimiento de los elementos del tipo que para el desconocimiento de la antijuridicidad, se contrapone expresamente a la teoría del dolo.

La teoría de la culpabilidad propone, en contraposición a la teoría del dolo, que el conocimiento del carácter antijurídico del comportamiento no forma parte del dolo y se ha de analizar en la culpabilidad. Esta concepción se originó a partir del sistema finalista, propuesto por Welzel, y supuso el traslado del dolo y de la imprudencia a la tipicidad, dejando en la culpabilidad el reproche por el comportamiento antijurídico que necesitaba del conocimiento de la antijuridicidad penal. Supuso también que la conducta típica no era necesariamente antijurídica. El dolo se

diferenció así del conocimiento del carácter ilícito del hecho y pasó de ser uno malo a ser un *dolo neutro*.

En términos prácticos, lo anterior significa que el desconocimiento de un elemento del tipo descarta el dolo mientras que el desconocimiento de la ilicitud lo deja intacto y repercute en la culpabilidad. Por ejemplo, quien cree ser víctima de un ataque cuando en realidad es objeto de una broma por parte de un amigo y reacciona golpeando a su aparente agresor, actúa dolosamente; pues conoce que su comportamiento se inserta dentro de la tipicidad de las lesiones. Que se haya representado que su reacción era lícita porque se creía atacado, es algo que repercutirá solo en la culpabilidad. Esta es la sistemática que según un gran sector de la doctrina ha seguido el legislador nacional en el artículo 14 del CP.

De otro lado, la teoría de los elementos negativos del tipo ha venido sosteniendo que las denominadas «causas de justificación»⁷ son elementos (negativos) constitutivos del tipo y el dolo abarca el conocimiento de su ausencia. De conformidad con este planteamiento, quien actúa con dolo conoce que en su comportamiento no concurren los presupuestos de la causas de justificación. La consecuencia práctica es que el desconocimiento de que no concurre el presupuesto de una causa de justificación descarta el dolo; mientras que el desconocimiento de la existencia de las causas de justificación o de los límites afectaría el conocimiento de la antijuridicidad.

En el ejemplo anterior, en que el sujeto cree ser agredido de forma ilícita, se representa falsamente la concurrencia del presupuesto de una causa de justificación (legítima defensa) y no actúa con dolo. Si se trata de un supuesto de imprudencia, es algo que depende de si se le exigía al sujeto conocer la ausencia del presupuesto de la causa de exclusión del injusto. Si, por el contrario, el sujeto reprende físicamente al hijo de su vecino al creer que tiene derecho de corregir a todos los menores

⁷ Si bien anteriormente se ha descartado el uso de la locución «causas de justificación», ya que los elementos negativos no justifican el hecho, sino que complementan el supuesto de hecho del comportamiento típico, aquí se empleará dicha locución por corresponderse al planteamiento original de la teoría de los elementos negativos del tipo.

de su vecindario (error sobre la existencia de una causa de justificación) actúa con dolo, pero desconociendo la ilicitud de su conducta.

Este planteamiento se conoce como «teoría restringida de la culpabilidad» y ha sido acogido por algunos autores a pesar de no compartir los postulados de los elementos negativos del tipo con el argumento de que, si bien los presupuestos de la causas de justificación no son elementos del tipo, sí son circunstancias de hecho muy similares a los elementos del tipo, lo que justificaría su tratamiento como tales.

La «teoría estricta de la culpabilidad» sostiene que tanto el conocimiento de los presupuestos de las causas de justificación, como el conocimiento de su existencia y de sus límites, son aspectos ajenos al tipo y pertenecientes al conocimiento de la ilicitud. El desconocimiento de cualquiera de ellos deja intacto el dolo y atenuará o eliminará la culpabilidad.

3. Con respecto a los elementos de valoración global, estos no son abarcados por el dolo. Si bien aparecen descritos en el precepto penal —califican al comportamiento de ilícito—, su conocimiento o desconocimiento es propio del conocimiento de la ilicitud y se analiza, según el esquema aquí adoptado, en la punibilidad. El delito de apropiación ilícita sirve para explicar lo dicho. Cuando el artículo 190 del CP sanciona a quien en su provecho o de un tercero se apropia *indebidamente* de un bien mueble que ha recibido en depósito, el elemento de valoración global «indebidamente» no se refiere a las circunstancias fácticas del comportamiento que fundamentan la prohibición penal, sino a la desvaloración jurídica que recae sobre el comportamiento; es decir, a la prohibición penal misma. Su conocimiento no queda comprendido por la vertiente subjetiva del injusto.

4. El conocimiento o desconocimiento del resultado típico en los delitos de resultado tampoco es abarcado por el dolo. En sentido similar, se ha pronunciado la jurisprudencia (cfr. RN 724-2005-Lima, del 19 de mayo de 2005, Sala Penal Permanente CSJR: «el dolo solo requiere que el autor haya conocido el peligro concreto que deriva de su acción para los bienes jurídicos»). En un derecho penal que prohíbe comportamientos de riesgo

y no resultados, es irrelevante si el sujeto se representa el resultado o no, si cuenta o no con él o si es conoce o comprende la explicación científica de cómo acaece el resultado. Por el contrario, en el dolo de los denominados «delitos de resultado» sí es relevante que el sujeto se represente las circunstancias que hacen de su comportamiento uno de riesgo y producen el resultado típico o, lo que es lo mismo, que se represente los presupuestos de la prohibición penal. Por ejemplo, para cometer homicidio doloso basta saber que cuando se suministra el veneno a la víctima concurren las circunstancias que fundamentan la prohibición penal: que el producto suministrado suele causar la muerte de quien lo ingiere.

La misma explicación rige para las condiciones objetivas de punibilidad. Para actuar con dolo no es necesario conocerlas o no preverlas. La razón no es otra que, a pesar de estar previstas en el precepto penal, no son parte del comportamiento de riesgo que la norma penal prohíbe. No son pues presupuestos de la prohibición penal; sino, tan solo, condiciones para la punición del comportamiento.

3. La atribución del dolo

1. Los elementos subjetivos no se prueban judicialmente ni se demuestran empíricamente; se *atribuyen* (cfr. RN 724-2005-Lima, del 19 de mayo de 2005, Sala Penal Permanente). No se trata de indagar si en el fuero interno se conoce los presupuestos materiales que fundamentan la prohibición penal (el dolo no es un dato psicológico), sino de *imputar* el conocimiento o desconocimiento a partir de las circunstancias que dibujan el contexto en que se actúa.

2. La razón por la que el dolo se imputan, se deriva de la naturaleza del derecho penal como instrumento regulador de relaciones sociales y de la propia esencia del hombre como ser social: la responsabilidad penal y con ella todos los elementos que la sostienen —entre ellos el dolo— es el reproche que la sociedad formula a una persona o, lo que es lo mismo, el juicio de *desvalor* tal cual lo percibe la sociedad. Qué es en concreto

lo que se atribuye, cuáles son esas circunstancias externas que permiten la atribución del dolo y cómo se determina en el caso en concreto se analizará en los siguientes párrafos.

a) Percepción y valoración de los elementos del tipo: la atribución del sentido del tipo

1. La legítima atribución de responsabilidad penal requiere que el sujeto pueda comprender lo que prohíbe la norma penal y adecuar su conducta a dicha comprensión. En la medida en que el tipo penal describe lo que el legislador se representó para prohibir la conducta típica, para que la motivación normativa pueda surtir efecto, el sujeto debe advertir que en su comportamiento concurren las circunstancias representadas por el legislador para tipificar el delito. Sin embargo, no se puede esperar que el ciudadano promedio valore el comportamiento típico *de la misma manera* como lo valoró el legislador ni que se represente *con detalle y precisión* aquello que el legislador se representó para prohibir el comportamiento. Si así fuera, el delito doloso estaría reservado para los juristas y legos con conocimientos jurídicos.

Lo anterior significa que la representación mental de quien actúa dolosamente no ha de coincidir con el lenguaje que se emplea en los preceptos penales para describir el comportamiento prohibido ni con la expresión literal del precepto, sino con el *sentido* de dichos términos. Solo quien conoce el sentido del tipo puede formarse un motivo para omitir el comportamiento.

2. Lo dicho se condice con el concepto de comportamiento como expresión de relación ilícita con el entorno: no interesa si el comportamiento reviste la forma de acción o de omisión, tan solo que exprese un sentido prohibido. Así, para el dolo de homicidio que exige saber que se mata a «otro» (hombre), es suficiente que el autor se represente que da muerte a un ser vivo que no es un animal y no que comparta el concepto de hombre que pueda tener el legislador. El racista y el homofóbico no

podrán invocar que para ellos sus víctimas no son hombres, aun cuando así lo consideren. Quien en una tienda adultera el precio de la prenda que aparece en la etiqueta, adultera un documento aun cuando él no conozca que la etiqueta lo es; basta con que sepa que se trata de un soporte que consigna información.

Quien actúa con dolo no tiene que conocer la *frase* que el legislador ha utilizado para redactar el tipo. Solo debe conocer *qué es lo que ella quiere dar a entender*. Por tanto, no se trata de conocer las reglas jurídicas que dan lugar al sentido. Por ejemplo, no se requiere conocer las reglas civiles de adquisición y transferencia de propiedad para saber que la cosa es ajena y tampoco se necesita saber que a la cosa que pertenece a otro se le denomina «ajena»; asimismo, conoce que daña un bien ajeno (artículo 205 del CP) quien, en su creencia de mejorarla, altera la forma de una obra de arte ajena. Así como es irrelevante que frases equivalentes empleen términos distintos si significan lo mismo, así también carece de importancia si la representación del sujeto coincide literalmente con la representación del legislador.

En suma, si bien el dolo es el conocimiento exigible de que concurren los presupuestos materiales que fundamentan la prohibición penal, a este nivel de análisis se puede afirmar que lo que se exige conocer es que el comportamiento expresa el *mismo sentido* (o significado valorativo) que los presupuestos materiales que fundamentan la prohibición.

3. Un sector de la doctrina mantiene una concepción muy próxima a la propuesta y sostiene que el dolo implica conocer la dañosidad social de la acción. Desde la perspectiva que aquí se asume, se comparte dicha tesis; pero solo en algunos supuestos: cuando se conocen los elementos que fundamentan la prohibición penal se suele conocer también la dañosidad social del comportamiento. Por ejemplo, quien actúa con dolo sabe que su conducta es percibida por la sociedad como algo indeseable; pero puede suceder que quien actúa con dolo valore equivocadamente el sentido social de su conducta: se actúa con el dolo cuando se introduce de contrabando mercadería inexistente en el país, aun cuando se crea

que se fomenta la competencia y se estime que no conlleva daño social alguno. Puede incluso suceder que la conducta sea valorada positivamente por algún segmento de la sociedad, como en los casos de piratería; pero eso no significa que actúe sin dolo.

4. Conocer el sentido del tipo penal en los términos en que se ha expuesto supone, en primer lugar, percibir la realidad y, en segundo lugar, valorarla. Este postulado se entiende mejor si se explica a partir de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal. Se suele afirmar que los elementos descriptivos son aquellos cuyo conocimiento se alcanza mediante la *percepción* sensorial, como el «sustraer» (artículo 185 del CP) y la «destrucción» (de linderos) (artículo 202 del CP); mientras que los elementos normativos serían aquellos que se logran conocer mediante un proceso de *valoración*, como sucede con los términos «obsceno» (artículo 183 del CP) y «guarda» (artículo 388 del CP). Sin embargo, ya se vio que la aprehensión de los elementos descriptivos requiere también de una *valoración*, por lo que la separación entre estas dos clases de elementos es cuestionable.

Así, el elemento descriptivo «matar» (artículo 106 del CP) exige una valoración normativa para saber que se refiere al cese definitivo e irreversible de la actividad cerebral (artículo 5 de la ley 23415: Ley de trasplantes de órganos y tejidos de cadáveres, y de órganos y tejidos de personas vivas) y no a la muerte biológica. Lo mismo sucede, por ejemplo, con el elemento «durante la noche» que agrava el hurto (artículo 186.2 del CP): saber qué se entiende por «durante la noche» en el contexto de la protección penal del patrimonio no pasa por oponer el concepto «noche» al de «día», sino por entender que el primero se refiere a la oscuridad que aprovecha el autor del hurto para cometer el delito. De manera que la aprehensión del sentido de los elementos típicos requiere siempre una operación intelectual de interpretación.

Esto es más evidente en los denominados ámbitos no nucleares del derecho penal, como el derecho penal económico, en donde los comportamientos típicos se construyen con ayuda de términos propios de

una actividad especializada (así, por ejemplo, la defraudación tributaria, el contrabando, la concertación crediticia o el abuso de información privilegiada en el ámbito bursátil).

5. De lo dicho en los párrafos anteriores se deduce la respuesta para los casos de dolo alternativo. Cuando el sujeto dispara contra una persona que se encuentra delante de una valiosa y frágil estatua de cristal, actúa con dolo de homicidio y dolo de daños. Así como el comportamiento de disparar contra la víctima conlleva un riesgo contra la vida, ese mismo comportamiento implica también un riesgo contra el patrimonio. Lo que permite hablar aquí de un dolo alternativo es que el sujeto logra percibir el *sentido* de ambos tipos (del homicidio y del de daños). Expresado con otras palabras, se percata que en su comportamiento concurren no solo los presupuestos materiales que fundamentan la prohibición penal del *comportamiento* de homicidio, sino también los que fundamentan la prohibición penal del *comportamiento* de daños.

Por lo mismo, que la víctima muera, que se destruya la propiedad ajena, que se den ambos resultados o ninguno de ellos, en nada altera lo dicho. La presencia o ausencia de un resultado solo servirá para calificar el hecho de tentativa o de delito consumado, pero no alterará su tipificación. La teoría de la voluntad llegará a otro resultado: el ejemplo propuesto sería de homicidio doloso porque se quería matar a la víctima y de daños imprudentes⁸.

b) La determinación de los conocimientos exigibles

1. La determinación de qué conocimientos se exigen para desempeñarse lícitamente se deriva del concepto de riesgo permitido y de su concreción para una determinada actividad. Formulado en tono de pregunta: ¿con qué

⁸ Que al no encontrarse tipificada la modalidad de daños imprudentes, se trataría, en este extremo, de un comportamiento atípico. Aunque, dependiendo de si se asume la teoría de la representación o de la aceptación para definir el dolo eventual, podría incluso sostenerse, desde la teoría de la voluntad, que los daños se habrían causado con dolo eventual.

conocimientos ha de contar una persona para que la sociedad tolere que intervenga en un determinado ámbito de riesgo?, o lo que es lo mismo, ¿qué conocimientos se exigen tener para poder detectar los riesgos propios de la actividad, que son precisamente los que la norma penal quiere evitar? La respuesta dependerá de la regulación de la actividad que se realice. Y aquí rige lo que se ha dicho sobre la determinación del riesgo típico (*supra* capítulo 7, III). Así, para manipular energía nuclear se reclama que quien lo haga conozca las condiciones de seguridad bajo las cuales dicha actividad es inocua. Lo mismo sucede con el tráfico rodado y con la producción de alimentos.

2. Sin embargo, la determinación de los conocimientos que se exige tener para desempeñarse lícitamente en una concreta actividad de riesgo no responde a la interrogante de si el sujeto actúa con dolo o culpa, pues el común denominador de ambos supuestos es la exigencia del conocimiento. Cuestión distinta y a las que se dedican las siguientes líneas, es precisar el baremo o criterio con arreglo al cual se imputa el conocimiento propio del dolo.

c) Las circunstancias objetivas del caso como marco de imputación del dolo

1. Se discute en doctrina cuál es el baremo a partir del cual se imputa el dolo. Algunos autores sostienen que se trata de la «valoración paralela en esfera del profano». Esta tesis fue ideada por Mezger para valorar el conocimiento de los elementos normativos: en la medida en que estos últimos requerirían el conocimiento de su significado social, dicho conocimiento se determina a partir de una valoración paralela en la esfera del profano; es decir, el sujeto que actúa habrá conocido el elemento normativo si el profano también. Otros autores optan por la propuesta de Welzel de valorar el conocimiento del significado social de los elementos normativos según la «esfera paralela en la conciencia del sujeto». Otros asumen la idea del «hombre medio ideal desde la perspectiva del derecho»,

con lo cual la inhibición que pretende el derecho penal se daría donde la generalidad de personas la percibirían. Por último, otros prefieren imputar al dolo a partir del rol que ocupa el sujeto.

2. Las críticas contra las tesis que atribuyen el dolo a partir de un modelo de persona *distinto* al sujeto (profano, hombre medio ideal) han sido ya expuestas en doctrina. Con ellas se finge un presupuesto de acción —haber captado el sentido de las cosas— para luego tomar una decisión sobre lo que el sujeto conocía. Se finge un presupuesto del delito toda vez que, si el sujeto no sabe que su comportamiento implica un riesgo, no tiene razón para dejar de actuar, aun cuando el profano lo hubiera sabido. Por otro lado, las tesis criticadas se remiten irremediabilmente a la experiencia que ha de tener acumulada el profano o el hombre ideal y, como no existe un ser viviente de tales características que pueda explicar qué hubiera hecho en el caso del autor, se trata de una analogía. La tesis del rol no es ajena a estas críticas, ya que el rol es un modelo de conocimiento a partir del cual se imputa el dolo.

3. La tesis de la «esfera paralela en la conciencia del sujeto» tiene la virtud de tomar en cuenta a la *persona* a la cual se imputa el dolo, porque analiza lo que el agente conoce y no lo que *otro* (hombre medio, profano, otro en su rol) hubiera conocido en su lugar. Como tal, marca la ruta a seguir. Esta tesis, sin embargo, no se pronuncia sobre el *contexto* en que la conciencia paralela del sujeto se desarrolla para determinar los conocimientos que se imputan o no. Aquí se asume que ese contexto está constituido por las circunstancias objetivas propias del caso y son las que permiten la concreción de la norma penal en el individuo.

Así, los conocimientos que se imputan a título de dolo son los que se inferen de los indicadores externos (circunstancias, elementos, hechos o experiencias) que dibujan el contexto en el cual el sujeto actúa. Dicho en otras palabras, opera aquí la prueba indiciaria. Por ejemplo, el farmacéutico no podrá sostener que no conocía los efectos nocivos de un producto que expende en su tienda; el consumo de cuatro copas de whisky indica

que el sujeto se encuentra en estado etílico para efectos del delito de conducción en estado de embriaguez (artículo 274 del CP); o a quien pasea por una reserva ecológica se le imputará conocer que la flora y fauna que ahí se encuentra está protegida.

4. Momento del dolo

1. En tanto elemento del injusto, el dolo debe concurrir cuando se realiza el comportamiento típico, ni antes ni después. A partir de este postulado, que se deriva del principio de culpabilidad en su acepción de responsabilidad por el propio hecho, se deduce una serie de consideraciones:

- (i) En primer lugar, lo dicho se aplica tanto para calificar de doloso el concreto momento en que el delito se consuma, como para todo el lapso que dure el comportamiento antijurídico. En delitos de efectos permanentes (como el secuestro), el sujeto habrá de actuar con dolo durante todo el tiempo que dure el estado antijurídico. Lo mismo rige cuando la tentativa consiste en un período de tiempo.
- (ii) En segundo lugar, el dolo antecedente (*dolus antecedens*), con el cual se actúa durante los actos preparatorios pero que no perdura durante la ejecución del delito, es insuficiente para afirmar el dolo. Estos son supuestos de imprudencia o de atipicidad. Quien programa una bomba para su detonación y, minutos antes, arrepentido, cree desactivarla pero no lo hace y la bomba detona y causa muertes, no llega al momento consumativo conociendo el riesgo de su acto, aunque sí se le exige conocerlo. Distinta es la situación de quien, habiendo programado la bomba, intenta luego desactivarla sin éxito. Aquí, cuando el delito se consuma, el sujeto conocía el riesgo de su conducta. Su arrepentimiento no evitó la realización en el resultado lesivo del riesgo prohibido de su comportamiento, por lo que a lo sumo podrá estar sujeto

a las reglas del arrepentimiento, pero se tratará siempre de un acto doloso.

El mismo tratamiento del *dolus antecedens* rige en los casos de *dolus subsequens* (dolo subsiguiente): son supuestos de imprudencia y no de dolo. Y no se trata aquí de invocar el inexistente elemento volitivo y descartar el dolo por ausencia de voluntad lesiva cuando, por ejemplo, por imprudencia se golpea al enemigo y la lesión producida causa alegría en el causante. La respuesta correcta exige atender al conocimiento de la concurrencia de los presupuestos materiales que fundamentan la prohibición penal. De ahí que, si después de mantener relaciones sexuales se conoce recién que la pareja es menor de catorce años, no se actúa con dolo.

- (iii) En tercer lugar, en los casos de *actio libera in causa* (*supra* capítulo 4, I, b) que se imputen a título de dolo, será necesario que se realice el comportamiento precedente conociéndose su capacidad lesiva. Esta afirmación es coherente con el hecho que los casos de ALIC son supuestos de comportamiento de riesgo penalmente prohibido: que el sujeto se autoinstrumentaliza y se encuentra bajo una circunstancia de ausencia de responsabilidad cuando se produce la lesión al bien jurídico no impide que el acto previo de autoinstrumentalización se desvalore como comportamiento de riesgo penalmente prohibido, ni que se apliquen a dicho acto las reglas del dolo.

2. El momento del dolo determina también la tipicidad del comportamiento. Cuando se golpea a la víctima hasta botarla al piso y pierde la billetera, lo que es aprovechado por el agresor para sustraerla, se realizan dos comportamientos típicos: lesiones (artículo 121 del CP), hurto (artículo 185 del CP) y no uno solo de robo (artículo 188 del CP). Es verdad que la tipicidad del acto depende de la norma penal, pero también lo es que en muchos casos se alcanza por un análisis de la subjetividad del autor

y del momento en que actúa con dolo. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando se infringen lesiones a otro que desde el punto de vista objetivo también representan un riesgo prohibido para la vida, a tal punto que la víctima muere, pero el autor solo se percata de la idoneidad del comportamiento para lesionar la integridad psicofísica. Este es un caso de lesiones dolosas (artículo 121 del CP), en concurso con el delito de homicidio culposo (artículo 111 del CP) o, por principio de especialidad, delito de lesiones dolosas agravada por muerte culposa (artículo 121 del CP).

5. Conocimientos mínimos

1. Una de las secuelas que se derivan de que los conocimientos e ignorancias se imputen con arreglo a circunstancias objetivas del caso en concreto es que los conocimientos mínimos se atribuyen de manera automática a todo aquel que tenga capacidad para actuar en derecho penal. Que las personas desarrollemos nuestra capacidad perceptiva y valorativa a la vez que nos insertamos y participamos en la dinámica social genera que poco a poco vayamos incorporando a nuestro universo de conocimientos los datos elementales e imprescindibles sin los cuales no podría alcanzarse el nivel de capacidad que se nos exige para actuar con libertad y responsabilidad y disciplinar nuestro comportamiento según la norma penal. Expresado en otras palabras, a todo mayor de edad que no padece una grave alteración de la conciencia o de la percepción y cuyos patrones culturales son compatibles con los que rigen en sociedad, se le imputa saber, por ejemplo, que empujar a una mujer embarazada supone un riesgo para la vida del feto o que la ingesta de veneno conlleva a la muerte.

2. Siempre será necesario demostrar las circunstancias objetivas a partir de las cuales se deduce e imputa el conocimiento, incluso en los casos de conocimientos mínimos. Lo único que varía es que la circunstancia objetiva de la cual se deriva el conocimiento mínimo es el proceso de socialización. Esto genera tres consecuencias: en primer lugar, lo dicho es coherente con que se exija conocer el sentido de los presupuestos

materiales que fundamentan la prohibición penal y que la percepción y valoración de ese sentido se aprehende en sociedad; en segundo lugar, como la capacidad penal se presume para imputar el desconocimiento de los conocimientos mínimos, deberá demostrarse que el sujeto se encuentra incurso en alguna causa de incapacidad; y, en tercer lugar, aun cuando el sujeto capaz desconozca el contenido del conocimiento mínimo, se le atribuirá su conocimiento: el error en estos casos será irrelevante.

6. Conocimientos superiores

1. Con los conocimientos superiores o especiales sucede algo distinto. Si la vertiente subjetiva del injusto está conformada por los conocimientos que se exige tener para desempeñarse lícitamente en el ámbito de riesgo en que se actúa, es lógico que, quien por experiencia, *hobbie*, estudios o cualquier otra razón adquiere un conocimiento que no se le exige para actuar y no lo emplea para evitar un resultado lesivo a pesar de poder hacerlo, no realiza un comportamiento de riesgo prohibido.

2. Los conocimientos superiores se integran en el injusto porque quien los detenta no es garante y carece de relevancia analizar si actúa con dolo o imprudencia. Si el conocimiento fuera fuente de posición de garante, todos deberíamos responder por los delitos que sabemos se cometen rutinariamente (piratería, receptación, etc.). Así, por ejemplo, el cartero que por su afición a la química se percató que el sobre que entrega es una bomba, no crea de manera desaprobada un riesgo para la vida a pesar del resultado «muerte» que su comportamiento acarrea. El cartero se limita a adecuar su conducta a lo que la norma penal le exigía en tanto haya actualizado los conocimientos que se le exige tener para participar de ese concreto ámbito de riesgo.

La razón última del porqué los conocimientos superiores excluyen el injusto se deriva de la propia idea de libertad y de la creación desaprobada de un riesgo como fundamento del injusto. Si el derecho penal solo prohíbe realizar comportamientos cuyo riesgo se exige conocer

para desempeñarse libremente en un concreto ámbito de riesgo de manera que los conocimientos que exceden a dicho nivel de actuación libre ya no son exigibles, así como el *desconocimiento* de dichos riesgos es penalmente irrelevante, también lo es su conocimiento. En ambos supuestos, se trata de conocimientos que escapan al ámbito de lo exigible. Si, a pesar de que el derecho los proclama como aspectos de la realidad que no se exige conocer, se imputasen al sujeto, se restringiría arbitrariamente la libertad. Los particulares conocimientos del sujeto no se valoran ni desvaloran porque con el injusto se pretende desmotivar los comportamientos de riesgo que se prohíben con carácter general.

Lo dicho no impide que quien detenta conocimientos especiales no responda por omisión de prestar auxilio. En el ejemplo propuesto, lo único que se puede afirmar a partir de los conocimientos especiales del aficionado a la química, es que no se le exigía adecuar su conducta a dichos conocimientos para evitar un riesgo para la vida de la víctima. Pero, al igual que cualquier otra persona, sigue estando sujeto al deber de ayuda cuyo incumplimiento tipifica el artículo 127 del CP.

7. ¿Indiferencia como dolo?

1. Se discute en doctrina si los casos de indiferencia frente al derecho son supuestos de dolo. Se trata de determinar si actúa con dolo o culpa quien no logra conocer lo que se le exige representar para mantener su comportamiento dentro de los márgenes del riesgo permitido en una determinada actividad debido a su desidia o desinterés. Es el caso de quien, por ejemplo, para desempeñarse como médico se le exige conocer los riesgos propios de la cirugía; pero no hace el menor esfuerzo por alcanzar dichos conocimientos. El sector mayoritario de la doctrina estima que estos son casos de imprudencia; pues el sujeto desconoce el riesgo y afirmar lo contrario sería tergiversar la realidad.

A esta corriente se le sumaría la letra de la ley: el artículo 14 del CP regula el error de tipo como el desconocimiento de un elemento del tipo sin distinguir entre las causas que lo generan. Y también el hecho que el

momento en el cual se determina la cognoscibilidad es cuando se actúa y no antes. El dolo, en esta concepción, sería, más que un dato a imputar, el conocimiento cierto y real de un aspecto de la realidad como dato psicológico y, la imprudencia, la ausencia de dicho conocimiento.

2. Otro sector de la doctrina considera que los casos de indiferencia frente al derecho —también conocido como «ceguera jurídica»— son supuestos de dolo. La razón que suele esgrimirse es que el dolo se imputa al sujeto en función al específico rol que desempeña y, aun cuando por indiferencia desconozca el riesgo de su comportamiento, ese riesgo se le imputa si su rol así lo demanda. Nótese que para esta postura —al igual que lo que aquí se mantiene—, el dolo es atribuido; pero no a partir de circunstancias objetivas propias del caso —como aquí se postula—, sino de un concreto rol.

El cambio de objeto de referencia para determinar el dolo (de circunstancia de hecho propias del caso al rol) conlleva una serie de consecuencias, entre las que destaca que supuestos de imprudencia pasan a ser tratados como comportamientos dolosos: aun cuando las circunstancias objetivas determinen que el sujeto no conocía los presupuestos materiales que fundamentan la prohibición penal, sería posible imputarle el dolo. En el caso planteado, el médico que por displicencia desconoce que concurre un elemento del tipo cuando practica una operación, actuaría con dolo pues su rol se exige conocerlo. Esta consecuencia es aceptada por los partidarios de tratar a la indiferencia como dolo al no ser este un dato que se obtiene del análisis del sujeto, sino de la imputación de los conocimientos propios del ámbito de riesgo en el que se desempeña.

3. Sin embargo, si bien es cierto que el dolo debe ser determinado desde *fuera* y no sobre la base de la subjetividad propia del autor (es decir, se atribuye con arreglo a las circunstancias objetivas del caso y no se trata de demostrar qué es lo que efectivamente conocía), eso no significa que la indiferencia sea una razón que justifique imputar a título de dolo aspectos que, de no mediar dicha indiferencia, se atribuirían a título de imprudencia.

Dicho en otras palabras, la tesis de la indiferencia como dolo asume que comportarse de modo *no indiferente* forma parte del rol y como tal se imputa. O, lo que es lo mismo, el rol no admite comportamientos indiferentes; pero sí descuidados, que se imputarían a título de culpa.

Se llega así a la necesidad de tener que argumentar por qué el rol, cualquiera que este sea, descarta la indiferencia, pero no los descuidos. La razón se encontraría en la naturaleza misma de la indiferencia como estado de desconocimiento que el sujeto persigue. Pero lo cierto es que cualquier supuesto de imprudencia participa de dicho diagnóstico; pues, en todos ellos, el sujeto, por distintas razones, llega a un estado de desconocimiento que él mismo ha generado o que, al menos, le resulta imputable, a tal punto que se le atribuya el comportamiento típico (culposo).

4. La tesis de la indiferencia como dolo incurre en la crítica con que reprocha a las tesis cognoscitivas: la única forma de saber que se está frente a un supuesto de indiferencia que se imputa como dolo y no frente a uno de un simple descuido que da lugar a imprudencia, es analizar la *razón* por la cual el sujeto desconoce lo que se le exige conocer. Este es un análisis que no se puede practicar a partir del criterio del «rol»; ya que la única respuesta que dicha categoría ofrece es la imputación dolosa. El análisis demanda atender a la subjetividad de la persona; es decir, preguntarte por qué el sujeto desconoce y, en ese sentido, ya no podría tratarse de *imputación subjetiva desde el rol*, sino de atribuir la indiferencia a partir de las circunstancias objetivas propias del caso. En ese caso, se tendría que asumir —como aquí se hace— que las circunstancias objetivas propias del caso pueden conllevar dolo o imprudencia. Si es así, esas mismas circunstancias objetivas indican que en los casos de la indiferencia el sujeto desconocía y que se trata de imprudencia.

5. Lo que no se puede negar es el valor político-criminal de la tesis del «dolo como indiferencia». Desde el punto de vista valorativo, no hay duda que es más grave padecer un estado de desconocimiento que se ha buscado por indiferencia que atravesarlo por descuido. La indiferencia no es descuido,

pero ello solo deja en claro que el desconocimiento se debe a factores de distinta gravedad. Así planteado, el problema demanda una solución que valore en su verdadera dimensión la causa de la imprudencia. Ello puede lograrse si la indiferencia se toma en cuenta para graduar la pena, pero no para tipificar el comportamiento. Así, quien por indiferencia desconoce el riesgo de su comportamiento actúa con culpa —y no con dolo—; pero su pena puede ser agravada, siempre dentro de los límites legales, en atención a la importancia de los deberes infringidos. Las reglas de la determinación judicial de la pena ofrecen perfecta cobertura a esta solución.

6. Con todo, siempre será posible valorar la posibilidad de la imputación dolosa con arreglo a la teoría del *actio libera in causa*. Si se acepta la irrelevancia de la autoinstrumentalización para beneficiarse de una circunstancia de incapacidad, *ab maioris ad minus*, la misma razón debería regir cuando la autoinstrumentalización conduciría a la imputación imprudente en vez de la dolosa.

V. EL ROL DEL ELEMENTO VOLITIVO EN LA TIPICIDAD SUBJETIVA: LOS DENOMINADOS «ELEMENTOS SUBJETIVOS» DISTINTOS DEL DOLO

1. Algunos tipos penales dolosos incorporan en su estructura típica elementos volitivos que exigen al sujeto actuar con alguna subjetividad adicional al conocimiento del riesgo de su acto. Se habla en estos casos de «elementos subjetivos distintos al dolo» y se distingue entre elementos de tendencia interna trascendente y elementos de tendencia interna intensificada.

2. Los elementos subjetivos de tendencia interna trascendente exigen que el autor persiga una concreta finalidad que trasciende al comportamiento típico y que no es necesaria para consumar el tipo. Sobre la base de ello, se admite, en primer lugar, los tipos mutilados de dos actos para señalar los casos en que el sujeto pretende un acto posterior al comportamiento

típico que ha de ser realizado por él, tal como sucede con la posesión de drogas para su tráfico ilícito (segundo párrafo del artículo 296 del CP).

En segundo lugar, se admite la existencia de tipos de *resultado* cortado en los que el autor busca un resultado independiente de él. Es el caso de la contabilidad paralela que, según el artículo 199 del CP, debe realizarse con la finalidad de obtener *ventaja indebida*. Los tipos que contienen elementos subjetivos de tendencia interna trascendente se consuman con el primer acto sin que sea necesario que se logre el segundo (en los casos de tipos mutilados de dos actos) o el resultado que se pretende (en los tipos de resultado cortado). La tipicidad del comportamiento se alcanza en la medida en que se actúe con la mencionada tendencia.

3. Los tipos de tendencia intensificada se caracterizan porque el comportamiento ha de venir acompañado de una específica *intención* alcanzable con el comportamiento mismo. El asesinato por placer (artículo 108.1 del CP) y la circunstancia de actuar por un móvil de honor (artículo 146 del CP) constituyen ejemplos de lo dicho. Los elementos de tendencia intensificada han de estar previstos expresamente por la ley. En caso contrario, se modificaría el supuesto de hecho del tipo penal y se vulneraría el principio de legalidad.

4. Al igual que el dolo, los elementos subjetivos distintos a este se imputan a partir de las circunstancias objetivas que rodean al caso. Por ejemplo, el sicario que recibe dinero para matar actúa por lucro (artículo 108.1 del CP), aun cuando done el dinero a una obra de caridad.

VI. LOS MÓVILES Y FINES COMO CRITERIOS PARA DETERMINAR JUDICIALMENTE LA PENA (ARTÍCULO 46-A DEL CP)

1. Ya se vio que el artículo 46 del CP contempla una regla que obliga al juez a valorar los móviles y fines con que actúa el sujeto para individualizar la concreta sanción a imponer dentro de los márgenes legales de pena. A partir de esta regla, todas las tendencias, finalidades o motivos con que

se actúa pertenecen a la categoría «punibilidad» y no a la tipicidad, a no ser que se trate de los denominados elementos subjetivos distintos del dolo. No otra cosa se desprende de una interpretación sistemática que tenga en cuenta el artículo 46-A del CP y los tipos penales de la Parte especial. Así, la regla general señala —con la única excepción que se acaba de anotar— que los móviles y fines no califican el comportamiento de doloso, imprudente o atípico; sino que ello depende de si al sujeto que se le exigía conocer, conoció o no que concurrían los presupuestos materiales de la prohibición penal.

2. Sin embargo, en tanto criterio para determinar judicialmente la pena, los móviles y fines que se mencionan en el artículo 46-A CP hacen referencia no solo a los que pueden agravar la situación del agente, sino también a los que pueden atenuarla. Quien, motivado por piedad, mata a otro, tendrá una pena inferior que aquel que mata por venganza. Y es correcto que sea así; pues las tendencias subjetivas no determinan la vulneración de la norma penal, pero sí permiten una valoración proporcional del hecho que se adecúe a la responsabilidad del agente.

Este postulado ha sido defendido en doctrina. Frisch sostiene que el denominado «dolo eventual» es la forma básica de dolo en una teoría cognitiva y que la intención con que pueda haber actuado el agente, así como el conocimiento certero de producción del resultado —recuérdese que solo se exige conocer la posibilidad de que este se produzca— solo tienen relevancia para la imposición y determinación de la pena. En esta línea, las divergencias entre las tesis cognitiva y volitiva del dolo pueden perder atractivo si se recuerda que la doctrina mayoritaria, partidaria de exigir el elemento volitivo en el dolo, exige la *aceptación* de la realización del tipo y no el *quererlo* en un sentido literal. Es más, el valor del conocimiento en el dolo no es reclamado únicamente por los cognoscitivistas; también los partidarios del dolo volitivo acuden a exclusivos criterios de conocimiento para delimitar el dolo eventual de la imprudencia consciente.

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 11

TIPICIDAD SUBJETIVA (II): IMPRUDENCIA

Sumario: I. Aproximación inicial. II. Imprudencia y caso fortuito. III. La regulación de la imprudencia en el Código Penal. IV. Modelos de imprudencia. 1. La imprudencia como elemento del tipo y de la culpabilidad (imprudencia de dos niveles). 2. La imprudencia como elemento del tipo (imprudencia de un nivel). 3. Modelo mixto. 4. Consideraciones críticas. V. La infracción del deber objetivo-general de cuidado como creación desaprobada de un riesgo. VI. Concepto de imprudencia. 1. La creación imprudente del riesgo desaprobado. 2. Grados de desconocimiento. 3. De nuevo, sobre las capacidades especiales. VII. Imprudencia consciente e ¿inconsciente? 1. Concepto. a) Imprudencia consciente. b) Imprudencia inconsciente. 2. Valoración. VIII. El resultado en el tipo imprudente.

I. APROXIMACIÓN INICIAL

1. No obstante la gran incidencia estadística de las infracciones imprudentes, los esfuerzos por elaborar una dogmática de la imprudencia son recientes y escasos si se compara con la atención recibida por el dolo. El desarrollo y descubrimiento de nuevas tecnologías científicas y productivas y la masificación de actividades que *per se* representan un elevado riesgo para bienes jurídicos (piénsese en el tráfico rodado, el transporte marítimo de mercancías, el empleo de energía nuclear, la explotación de hidrocarburos, la producción de nuevos fármacos, etc.) han elevado la posibilidad

de comportamientos «descuidados» y alertado sobre la necesidad de definir los contornos de la imprudencia.

2. Sin embargo, el hecho que el delito doloso se erigiese como modelo ideal de comportamiento punible fue un obstáculo para la evolución dogmática de la imprudencia: su contenido, límites y esencia se perfilarían en oposición al dolo, dificultándose establecer diferencias claras entre uno y otro. Este escenario, propio de la teoría causal y de la teoría final de la acción, explica dos fenómenos: por un lado, la proclividad de la jurisprudencia en calificar de imprudente conductas que en realidad son dolosas, tal como sucede en muchos casos de lesiones y homicidios producidos en el tráfico rodado y en el ámbito de la siniestralidad laboral; por otro lado, que en gran parte de los manuales y tratados de la Parte general se siga considerando a la imprudencia como una forma ampliada, especial o una extensión del comportamiento punible.

II. IMPRUDENCIA Y CASO FORTUITO

1. Una de las consecuencias que se derivan del artículo 11 del CP (que prevé que los delitos solo pueden ser dolosos o imprudentes) y del artículo VII del TP del CP (que proscribe la responsabilidad penal objetiva) es que el caso fortuito y los demás supuestos en que el agente no haya podido o no se le exija prever el riesgo de su comportamiento son objetivamente atípicos.

Cuando la jurisprudencia afirma que «conforme al artículo VII del Título Preliminar queda proscribida toda forma de responsabilidad objetiva» y concluye que «si la muerte del agraviado no se debió a acción dolosa o culposa del procesado, sino a la propia negligencia de aquel que conducía una bicicleta por la acera, no puede imputársele al acusado tal desenlace fatal» (expediente 4031-98), yerra al descartar la responsabilidad penal por ausencia del elemento subjetivo del tipo cuando la competencia por el riesgo desaprobado recae en la propia víctima y no en el causante material del resultado. La razón por la que quien atropella al ciclista

no responde penalmente nada tiene que ver con la tipicidad subjetiva (dolo o imprudencia), sino con la inexistencia de un riesgo objetivamente típico para la vida del ciclista. Lo dicho desvirtúa aquella extendida opinión según la cual la imprudencia se diferencia del caso fortuito porque en este último la infracción de la norma de cuidado ya no sería imputable al sujeto.

2. La diferencia que aquí interesa y sienta las bases de la dogmática de la imprudencia no es la que pudiese existir entre ella y el caso fortuito, sino la que separa a este último del comportamiento típico; en otras palabras, lo que distingue una conducta atípica de una típica. Si se recuerda lo dicho sobre el dolo y la imprudencia como formas de comportamiento típico, se entiende ahora que el comportamiento doloso y el imprudente vulneran la misma norma penal. Tanto en uno como en otro se *exige* prever el riesgo y evitarlo.

Verter agua hirviendo en el rostro de otro es un comportamiento que vulnera la norma penal del delito de lesiones, tanto si se realiza con dolo como con imprudencia. En ambos, es un riesgo previsible y controlable por el sujeto y, por lo tanto, se le exige abstenerse de practicarlo. La evitabilidad no solo es el común denominador de todo comportamiento típico; sino, además, el sustrato mínimo de lo injusto. Sin embargo, ello no autoriza que el tratamiento jurídico de la imprudencia y del dolo sea el mismo; ya que existen razones sistemáticas amparadas por la ley que indican que la infracción dolosa de la norma penal es más grave que su vulneración imprudente. A explicar este panorama legal se dedican las siguientes líneas.

III. LA REGULACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL

1. La legislación emplea el término «culpa» para referirse a la mayoría de supuestos de imprudencia. Sucede así en los preceptos de la Parte general (artículos 11 y 12 del CP, por ejemplo) y en tipos penales de la Parte especial (artículos 111 y 121 del CP, por ejemplo). En otros preceptos, el legislador se ha valido de una técnica lingüística distinta. Un ejemplo de ello es la muerte de la víctima a consecuencia de la lesión cuando el agente

pudo prever la muerte, que agrava la pena del delito de lesiones (artículos 121, 121-A, 121-B, 122, 122-A, 122-B y 123 del CP), en donde es obvio que, si se sanciona por no prever el resultado (ausencia de dolo), es porque se exigía hacerlo (imprudencia). Lo mismo ocurre en los abortos agravados cuando sobreviene la muerte de mujer y el agente pudo prever el resultado (artículos 115 y 116 del CP). Si al uso no uniforme del lenguaje se le añade que la culpa, imprudencia, impericia, negligencia y descuido significan por igual vulnerar una norma de cuidado sin percatarse de ello, aun cuando etimológicamente existan algunas diferencias, aquí se emplea el término «imprudencia» y se reserva la locución «culpa» o «culpabilidad» como reproche que recae sobre el sujeto por cometer un hecho antijurídico.

2. Todas las infracciones que contempla la legislación tienen una modalidad dolosa, pero solo algunas gozan además de una modalidad imprudente. Así, por ejemplo, se ha previsto el homicidio y las lesiones dolosas e imprudentes; pero solo se ha tipificado la violación dolosa de libertad sexual, el hurto doloso y la defraudación dolosa de rentas de aduana. Ello ha dado lugar a que la doctrina y la jurisprudencia señalen que la regulación de la imprudencia se rige por el sistema de números *clausus* y no por el sistema de números *apertus*; lo que genera la sensación equivocada de que para las infracciones dolosas rige el sistema de números *apertus*.

Sin embargo, todas las infracciones (dolosas e imprudentes) se regulan de manera expresa y taxativa; por lo que el único sistema de tipificación válido en derecho penal es el de números *clausus*¹. El propio artículo 12 del CP así lo exige. El que se haya previsto en el mencionado artículo que «el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley», no significa que no ocurra lo mismo con las dolosas, más aun cuando el principio de legalidad así lo demanda. No obstante,

¹ Esta afirmación se extiende a todo el derecho sancionador. Por tanto, la exigencia de tipificar expresamente las infracciones rige también en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

una interpretación histórica y sistemática del mencionado artículo enseña que su razón de ser es superar aquel modelo de tipificación de delitos imprudentes conforme al cual no se diferenciaba expresamente entre infracciones dolosas e imprudentes y era el juez quien debía interpretar si el tipo penal admitía o no su perpetración imprudente. Este modelo, superado en nuestro país desde el Código Penal de 1924, es conocido en derecho comparado como «sistema de números *apertus*»; pero, como se viene señalando, dicha terminología no es correcta porque incluso en dicho modelo no habría más infracciones imprudentes que los delitos previstos por la ley.

3. Se sostiene mayoritariamente que el modelo conocido como «números *clausus*» favorece la seguridad jurídica por impedir interpretaciones extensivas o no compatibles con la ley y que se condice con el principio de legalidad y el carácter de *ultima ratio* del derecho penal. Sin embargo, ya se ha dicho que en algunas ocasiones el legislador no emplea el término «culpa» para tipificar una infracción imprudente o una agravante por imprudencia y es cuestión de interpretación saber si se trata o no de un comportamiento imprudente. Por tanto, la seguridad jurídica depende de la argumentación que se utilice en la interpretación.

Además, para satisfacer el principio de legalidad, basta descartar a los tipos penales que incorporan elementos de tendencia interna transcendente, que por definición son incompatibles con la negligencia, para saber que el resto *puede* tener una modalidad imprudente. Así, por ejemplo, no es complicado determinar que el delito de falsa denuncia (artículo 402 del CP) no puede ser cometido por imprudencia si consiste en denunciar a la autoridad un hecho punible *a sabiendas* que no se ha cometido ni hacer lo mismo con los delitos que exigen una determinada intención. Si lo que se pretende es alcanzar seguridad jurídica, basta y sobra con exigir razonabilidad en la argumentación judicial.

4. Pero para afirmar la tipicidad del delito imprudente no es suficiente que sea dogmáticamente posible vulnerar por negligencia la norma penal.

El carácter de última ratio del derecho penal y que la infracción imprudente de una norma penal sea menos grave que su vulneración dolosa, exigen que solo sea necesario sancionar penalmente las negligencias más graves que repercuten sobre los bienes jurídicos penales más importantes. En este sentido, el que únicamente algunos pocos delitos posean una modalidad imprudente es una decisión político criminal y no una consecuencia dogmática. No existe pues un delito imprudente (*crimen culpae*), sino delitos de homicidio, lesiones, etc., imprudentes (*crimina culposa*). Dicho con un ejemplo, si bien no se tipifica el hurto imprudente, desde el punto de vista dogmático nada impide que alguien se apropie de un bien que por error cree le pertenece; pero *ese* descuido, por leve, es penalmente irrelevante.

5. En orden a las consecuencias que genera la regulación de la imprudencia, cabe destacar, en primer lugar, que el campo de aplicación del error de tipo se reduce a los supuestos en que se ha previsto una modalidad imprudente del delito: quien en error de tipo lesiona a otro, comete lesiones imprudentes; pero quien en error de tipo insulta a otro, actúa atípicamente al no existir una modalidad imprudente de injuria ni de difamación. Lo mismo sucede en la tentativa imprudente, que requiere un tipo penal imprudente que admita la tentativa; como, por ejemplo, el homicidio imprudente. Por último, en el ámbito de la participación también se advierten consecuencias; pues los artículos 24 y 25 del CP tipifican únicamente la instigación dolosa y la complicidad dolosa, siendo atípica la participación imprudente. Por el contrario, en nada varía el tratamiento de la imprudencia si el comportamiento es activo u omisivo.

IV. MODELOS DE IMPRUDENCIA

1. El concepto de «imprudencia» y su ubicación en la teoría del delito están condicionados por la sistemática del delito que se adopte. La teoría causal, partidaria de un concepto psicológico de culpabilidad, concibió a la imprudencia como un dato psicológico (ausencia de voluntad,

por ejemplo) que vinculaba al sujeto con el hecho antijurídico y la definió en consecuencia como una forma de culpabilidad (la otra forma de culpabilidad era el dolo). El finalismo dedujo del concepto final de acción que la imprudencia era un elemento del tipo imprudente por ser la voluntad el elemento esencial del comportamiento humano, trasladándola al tipo y haciendo de ella —y del dolo— un elemento del tipo. Entre estos dos extremos (la imprudencia como forma de culpabilidad o como elemento subjetivo del tipo) existe una serie de propuestas que pretenden dotar de contenido a la imprudencia y la ubican en la tipicidad, en la culpabilidad o en ambas categorías simultáneamente. El análisis de estos modelos permitirá la toma de postura.

1. La imprudencia como elemento del tipo y de la culpabilidad (imprudencia de dos niveles)

1. En la actualidad, un grueso sector de la doctrina postula que el análisis de la imprudencia se realiza en dos momentos y niveles distintos. En primer lugar, a nivel de injusto se habla de un deber de cuidado objetivo-general; ya que, para prohibir penalmente el comportamiento, no se tomaría en cuenta los conocimientos o habilidades superiores o inferiores al resto que en su caso pueda tener el agente. El segundo nivel de análisis se ubicaría en la culpabilidad. Aquí se analizaría si el mandato general de cuidado podía haber sido cumplido por el sujeto en atención a su formación, conocimientos, habilidades, experiencia, etc. El deber de cuidado en este segundo nivel sería individual o subjetivo.

2. Las consecuencias a las que arriba el sistema diferenciador dependen de las semejanzas o diferencias entre el deber de cuidado individual y el deber de cuidado objetivo-general. Por ejemplo, los casos de capacidades inferiores, donde los conocimientos y/o habilidades individuales del agente se ubican por debajo de las que se exigen para el común de las personas, se tratarán de comportamientos típicos; pero el sujeto que lo lleva a cabo no podrá ser considerado responsable, justamente en atención a sus capacidades

que impiden se le exija un comportamiento más diligente. Es lo que ocurre cuando se lesiona a otro al disparar un arma sin conocer el mecanismo de funcionamiento que es exigible para quien pretendiera manipularla.

La respuesta varía en las hipótesis de capacidades superiores. Si para detectar el riesgo y evitarlo se requiere de conocimientos y/o habilidades que están por encima de lo que se exige al modelo general, el comportamiento será atípico al no existir un deber de cuidado objetivo general que respetar. Sucede así cuando el médico que interviene en una cirugía al corazón descubre una lesión en el paciente debido a sus particulares, profundos y avanzados conocimientos y que ningún otro médico hubiera detectado y, pudiendo hacerlo, omite tratarlo, muriendo luego el paciente a causa de la mencionada lesión. En este caso, ni siquiera habría homicidio imprudente.

2. La imprudencia como elemento del tipo (imprudencia de un nivel)

1. Las respuestas que ofrece el modelo de dos niveles son rechazadas por algunos autores por considerar que colisionan con el sentido común. Para evitar calificar de antijurídicos los supuestos de capacidades inferiores y poder exigirle al sujeto con capacidades superiores que las utilice cuando pueda, se ha propuesto analizar en la tipicidad las capacidades individuales (deber de cuidado individual o subjetivo). Otros autores coinciden con esta sugerencia, aunque por razones distintas: rechazan que el injusto tenga carácter objetivo-general porque solo se podría prohibir lo que cada quien está en capacidad de evitar y proponen, en consecuencia, que la norma penal es individual, como también es individual el injusto; por lo que el deber de cuidado cuya infracción da lugar a la tipicidad imprudente sería igualmente un deber de cuidado.

2. En este modelo, los supuestos de capacidades inferiores serán atípicos si el sujeto no podía percatarse del riesgo, aun cuando la mayoría de personas lo hubiera hecho sin mayor dificultad; ya que no vulnera *su propio*

deber individual de cuidado. Por el contrario, si no hubiera empleado sus limitadas capacidades para actuar según el particular deber de cuidado que se le exige, el comportamiento será imprudente. Y será doloso si, valiéndose de sus capacidades, advierte y puede controlar el riesgo propio de su acto; pero no despliega el cuidado que se le exige. Así, por ejemplo, el deber de cuidado del conductor novato se determinaría en función a su falta de experiencia y la diligencia con que se le exigiría conducir sería menor que la que se demanda al chofer experimentado.

Por otro lado, si el agente ostenta capacidades superiores, su deber de cuidado será también superior y el comportamiento que despliega sin tenerlas en cuenta será típico, a pesar que al resto de personas no se les exija un deber de cuidado tan elevado. El experto piloto de fórmula uno que ha desarrollado una habilidad poco usual para conducir a velocidades en las que cualquier otro perdería el control del automóvil, incurrirá en lesiones si no utiliza *su* capacidad que le hubiera permitido evitar atropellar al peatón. Si el comportamiento es doloso o imprudente, es algo que dependerá de si advierte o no las condiciones materiales que fundamentan la punición de la conducta.

3. Modelo mixto

1. Ha sido Roxin quien ha propuesto una fórmula intermedia, conforme a la cual las capacidades inferiores a la media no excluyen el tipo ni la antijuridicidad (generalización hacia abajo), pero las capacidades superiores a la media deben ser empleadas por el sujeto (individualización hacia arriba). Las razones que arguye son, básicamente, que la estructura del delito enseñaría que la capacidad de actuar de otro modo es un problema de culpabilidad, así como la creación del peligro es uno de tipicidad, independiente de la individualidad del sujeto. Se dice también que, si la realización del tipo dependiera de baremos individuales, como pretende el modelo de un solo nivel, se borraría la línea divisoria entre injusto y culpabilidad. Sin embargo, sostiene este autor que, en los casos de capacidades superiores, nada impide exigir al sujeto que las emplee si

con ello se evita la lesión del bien jurídico: el conductor experto cuyas habilidades le permiten controlar el vehículo cuando derrapa y por negligencia no lo hace, debería ser castigado por homicidio imprudente. Se dice que ya en la omisión se trabaja de esta forma, pues el campeón de natación que labora como socorrista no puede dejar ahogarse al bañista por ir a rescatarlo a la velocidad promedio, no obstante que él llegaría en la mitad del tiempo.

4. Consideraciones críticas

1. Las diferentes soluciones que postulan los modelos analizados para los supuestos de capacidades inferiores pueden matizarse si se tiene en cuenta que coinciden en que la capacidad de rendimiento del agente es un límite de la punibilidad, ya sea como elemento de la culpabilidad (modelo de dos niveles y modelo mixto) o como elemento típico de la imprudencia (modelo de un solo nivel). Ni siquiera en el ámbito de los concursos de delitos se aprecian consecuencias prácticas relevantes; ya que, al afectar a la determinación judicial de la pena, se requiere de injustos punibles y no meros injustos. Solo en el terreno de la participación criminal, se apreciaría un tratamiento práctico diferenciado; pero ello supondría admitir la accesoriedad limitada de la participación (como hace la doctrina mayoritaria) y la participación en delitos imprudentes (que rechaza la doctrina mayoritaria).

2. En cuanto a las capacidades superiores, las críticas que se formulan mutuamente entre los partidarios de la tesis individualizadora y la tesis del baremo general suelen perder de vista que son consecuencia de distintas concepciones del delito. Incluir el deber individual de cuidado en el injusto y rechazar la atipicidad de la conducta de quien no emplea sus capacidades superiores, obedece a un concepto individual de norma penal o a considerar que la imprudencia tiene una estructura distinta que el dolo. Así, lo que se puedan reprochar entre una tesis y otra son en realidad objeciones a sus conceptos de norma penal, tipo y culpabilidad.

Algo similar sucede con la objeción expuesta por Roxin a la teoría individualizadora. Cuando este autor critica la atipicidad por no emplear las capacidades superiores porque se dejaría sin protección bienes jurídicos que al derecho le interesa proteger, da por cierto aquello que debería probar para sostener su afirmación: que la muerte producida por el conductor experto que no emplea sus habilidades especiales para evitar el accidente es un bien jurídico. Además, la tesis mixta rompe la sistemática del delito que tanto reclama a la tesis del baremo general: la razón dogmática que permite «generalizar hacia abajo» y considerar típicos los casos de capacidades inferiores es el carácter objetivo-general del deber de cuidado que se analiza en el injusto y esa es precisamente la razón que impide «individualizar hacia arriba» y considerar típicos los supuestos de capacidades superiores. Los partidarios del modelo mixto deberían reconocer que en estos casos la sistemática del delito cede ante *sus* valoraciones político-criminales.

3. Siempre en el ámbito de las capacidades superiores, las diferencias teóricas entre los modelos de imprudencia también se reducen considerablemente si se recuerda que el deber de cuidado objetivo-general se concreta en función a las particularidades del sector en que se aplica y al nivel de especialización que se requiera para desempeñarse en él sin riesgo típico para terceros. De ahí que, para determinar el baremo general de cuidado exigible al médico que practica una operación al corazón, se acuda al criterio «médico cardiólogo» y no al «médico» y para calibrar el baremo de cuidado de quien se dedica a conducir buses de pasajeros, el de «chofer de transporte público» y no solo «chofer».

Cualquier intento por concretar el deber de cuidado general que no tenga en cuenta la especialización que se requiere para intervenir en el concreto ámbito de vida ni la amplia diversidad de ámbitos de vida existentes y que por el contrario adopte como modelo al «ciudadano promedio», no solo asumirá falsamente que todos podemos incursionar sin riesgo de lesión a terceras personas en cualquier actividad; sino que, a consecuencia de lo anterior, colocará la valla más debajo de lo deseable para que cualquiera pueda participar en el ámbito de vida.

V. LA INFRACCIÓN DEL DEBER OBJETIVO-GENERAL DE CUIDADO COMO CREACIÓN DESAPROBADA DE UN RIESGO

1. Más allá de las observaciones expuestas, llama la atención la importancia que se le otorga al «deber objetivo-general de cuidado» en la construcción de la tipicidad de la imprudencia. Sobre todo si se compara con su escasa y a veces nula mención en el comportamiento doloso. No son escasas las concepciones que definen a la imprudencia como la infracción del deber de cuidado. Ello genera, al menos, dos consecuencias.

Por un lado, induce a pensar que la infracción del deber de cuidado en la imprudencia, ya sea que se trate de un deber objetivo-general o de uno individual, supone un análisis distinto al de creación desaprobada de un riesgo y que este último no sería un elemento constitutivo de la imprudencia. Por otro lado, sugiere que el comportamiento doloso no infringe deber de cuidado alguno y que el desvalor de acción se limitaría a la creación desaprobada de un riesgo. Esta forma de entender las cosas termina postulando que el comportamiento imprudente tiene una estructura típica distinta al comportamiento doloso. Sin embargo, como se demostrará en seguida, la infracción del deber de cuidado y la creación desaprobada de un riesgo son sinónimos que se refieren a la vulneración de la norma penal, con independencia de si se actúa con dolo o imprudencia.

2. Se ha dicho ya que crear de manera desaprobada un riesgo no es otra cosa que vulnerar el mandato normativo que prohíbe realizar comportamientos penalmente relevantes para bienes jurídicos. Y es así porque cuando los destinatarios de la norma penal participamos en cualquier ámbito de vida, se nos exige respetar los estándares de seguridad existentes. O lo que es lo mismo, que observemos los distintos deberes de cuidado vigentes en cada ámbito de vida. Contrariamente a lo que sostiene la tesis que aquí se critica, estos deberes de cuidado han sido configurados como criterios que distinguen actos lícitos de ilícitos y no como límites del comportamiento imprudente frente al doloso.

Así como nadie duda que conducir en la noche por encima del límite de velocidad, por el carril izquierdo y sin luces, vulnera de manera manifiesta el deber de cuidado que rige en el tráfico rodado, así tampoco debería generar incertidumbres que dicho deber de cuidado se quebranta tanto si el conductor no conoce las reglas de tránsito, se las olvidó o se confundió (imprudencia), como si las conoce y poco le importa los daños que pueda causar, e incluso cuando lo haga adrede (dolo). También el sicario que mata por precio y quien causa lesiones a la víctima por venganza, incumplen el deber de cuidado; pues disparar a una persona y lesionarla al margen de la legítima defensa es un comportamiento de riesgo para la vida humana. Estos ejemplos demuestran que la infracción del deber de cuidado ocurre también en los comportamientos dolosos, aunque es algo tan obvio que suele pasar inadvertido.

La demostración de que la infracción del deber de cuidado y la creación desaprobada de un riesgo son conceptos idénticos se alcanza no solo afirmando que ambos indican cuándo el comportamiento supera el nivel de riesgo prohibido. Al mismo resultado se llega si se repara en que, para fijar el nivel de riesgo prohibido (o de cuidado exigido), se utilizan los mismos criterios (reglamentación administrativa, *lex artis* y lesividad) y siguen los mismos procedimientos. Esto se aprecia con mayor nitidez cuando se califica a los tipos imprudentes de tipos abiertos, bajo el entendido que el deber de cuidado se determina con arreglo a normas no penales y en su mayoría no escritas. Afirmación que, sin dejar de ser cierta, vale para todo comportamiento típico.

3. La legitimidad para intervenir en un determinado ámbito de riesgo no depende de las particulares capacidades del sujeto, sino de si sus capacidades superan el baremo exigido. Al chofer novato que quiera participar en el tráfico rodado, se le exige el mismo grado de diligencia que al experimentado. La explicación es siempre la misma: la manera cómo se ha distribuido la libertad en nuestra sociedad autoriza a realizar una actividad que repercute en terceros solo a quien da muestras de poder hacerlo

sin más riesgos que los estrictamente tolerados. Así visto, lo relevante a nivel de injusto es establecer el mínimo de cuidado exigible.

La idea de libertad sirve otra vez para fundamentar lo dicho: el esfuerzo por evitar el riesgo prohibido de quien no alcanza el mínimo de capacidades exigidas, no garantiza que efectivamente lo evitará; por lo que la valoración siconormativa que recae sobre el comportamiento será la de antijurídico. «Mínimo», sin embargo, no significa que el baremo de riesgo está en sintonía con las capacidades del novato/inexperto; pues eso implicaría tener que soportar riesgos que no superan el test de proporcionalidad. Pero tampoco parece acertado ubicar el baremo a la altura de las capacidades del perito, toda vez que, si bien los riesgos de lesión se reducirían a su mínima expresión, el número de personas que podría intervenir en el concreto ámbito de riesgo sería también reducido; lo que frenaría la dinámica y el desarrollo del sector. Parece más bien que el baremo de cuidado general se corresponde con la especialización requerida para intervenir en el concreto ámbito de riesgo; esto es, con el conjunto de conocimientos y experiencias que hagan creíble que el comportamiento no supondrá riesgos intolerados para terceros.

4. Las notas de previsibilidad y evitabilidad comúnmente invocadas como elementos interno y externo, respectivamente, del deber de cuidado en el comportamiento imprudente y que se formulan sobre la base de las experiencias que se repiten en un ámbito de vida, son componentes que permiten determinar el comportamiento típico. Esto, que se advierte con meridiana facilidad en el comportamiento imprudente al no haber el «deber de cuidado» si no se exigía evitarlo o no hubiera podido preverlo, rige también para el comportamiento doloso: quien roba el monedero sabe que realiza una conducta de riesgo y tiene la obligación de no incurrir en ella y quien lesiona a otro por venganza detecta a la perfección que su comportamiento supone un riesgo y está obligado a evitarlo.

Que en los comportamientos dolosos la previsibilidad del peligro suela pasar inadvertida no significa que no se requiera. Sin embargo, la previsibilidad del riesgo no es un elemento del comportamiento típico,

como sí lo es la exigencia de evitar el comportamiento típico, por la sencilla razón de que, si se exigiera prever la peligrosidad de la conducta, el derecho penal incursionaría en el fuero interno del sujeto y debería sancionar por no prever riesgos. A esta consecuencia se arriba cuando se considera a la previsibilidad como un elemento del deber de cuidado en los delitos imprudentes.

5. A la postura aquí mantenida se le objeta la poca fiabilidad del criterio del riesgo prohibido para determinar el nivel de prudencia requerido. Se sostiene que en muchas ocasiones —como sucedería, por ejemplo, en el derecho penal económico— el riesgo permitido evalúa una serie de factores económicos, laborales, medioambientales, productivos, etc., pero también fácticos, en el sentido de que lo que *de facto* se tolera termina siendo luego permitido por el derecho. La respuesta a esta observación cae por su peso: al igual que los deberes de cuidado, los niveles de riesgo permitido no se establecen por clamor popular, sino en atención a criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Es una cuestión normativa.

Además, si bien la determinación del baremo general de cuidado (o la línea que divide el riesgo permitido del prohibido) se nutre de la actuación real de las personas que intervienen en el concreto ámbito de riesgo, se debe evitar asimilar el baremo general (*deber ser ideal*) al nivel de cuidado mostrado por los intervinientes en el respectivo ámbito de vida (*realidad*). De otro modo, el deber de cuidado no sería más que una constatación de la realidad. Por ejemplo, que en la actividad minera no se respeten las normas sobre protección medioambiental no significa que el deber de cuidado deba equipararse a la poca diligencia mostrada en dicho rubro.

VI. CONCEPTO DE IMPRUDENCIA

1. La creación imprudente del riesgo desaprobado

1. La imprudencia penalmente relevante crea un riesgo desaprobado cuando se desconoce, pero se exige conocer, que concurren los presupuestos objetivos, positivos y negativos que fundamentan la punición

de la conducta. En la imprudencia, el riesgo pasa inadvertido para el sujeto debido a un déficit de información o preparación que se requiere para intervenir en el ámbito de riesgo: quien quiera manipular un arma deberá primero informarse de cómo funciona y de los riesgos que entraña; asimismo, quien quiera manipular una grúa deberá antes instruirse en su funcionamiento.

Por eso, aunque no desaparecen, las posibilidades de evitar el comportamiento típico en la imprudencia, se reducen, a tal punto que solo podrá omitirse el acto típico si se sigue la regla general, derivada del deber de cuidado objetivo-general que obliga a abstenerse de realizar actividades cuya lesividad o inocuidad se desconoce. Los comportamientos dolosos, por el contrario, consisten en no evitar un acto peligrosidad se conoce. Las posibilidades de evitar el comportamiento típico que tiene quien actúa con dolo, comparadas con las que ostenta el imprudente, son mayores. Pero en ambos casos, la exigencia de evitarlo es idéntica.

2. Lo dicho termina de confirmar que el tan mentado deber de previsibilidad ni es deber ni tiene naturaleza penal, pues ocurre en el fuero interno del sujeto y su incumplimiento no genera responsabilidad penal. Quien no se informa de las reglas de cuidado que rige la fabricación de productos de consumo humano no actúa antijurídicamente; lo hará recién cuando intervenga en el mencionado rubro; pero, hasta entonces, su deber se limita a la prudencia de no empezar aquello que no sabe cómo va a terminar.

Que no exista un deber (penal) de procurarse información lo demuestra también el ejemplo de quien accede «de casualidad» a la información que requiere, pero que no estaba dispuesto a procurársela: un testigo descubre a quien manipula el arma que está cargada. Los conocimientos que pueda tener o no tener el agente solo constituyen el presupuesto a partir del cual el derecho penal exige en mayor (dolo) o menor grado (imprudencia) la evitación del riesgo típico. Expresado en otras palabras, la imprudencia es la forma de evitabilidad básica en derecho

penal, caracterizada, en comparación al dolo, por la falta de conocimiento actual de lo que ha de evitarse.

3. No debe extrañar entonces el tratamiento legal que recibe la imprudencia. No se insistirá en las razones ya expuestas que han llevado al legislador a no tipificar una modalidad imprudente de cada delito, pero a este nivel del análisis se comprende que la pena más leve de las infracciones imprudentes frente a la de las dolosas no depende de que en el dolo se exija una fidelidad mayor al derecho que en la imprudencia ni a que el tipo objetivo en la imprudencia sea distinto al del comportamiento doloso (son idénticos); sino que obedece a la menor posibilidad de motivación normativa para evitar el riesgo típico que existe en la imprudencia. Esto hace de ella una ofensa menos injusta y menos reprochable a la norma penal que la conducta dolosa, a tal punto que, por ejemplo, a diferencia del comportamiento doloso, cuando se desconoce la concurrencia de los presupuestos objetivos que fundamentan la punición del comportamiento, se desconoce siempre la ilicitud del acto. Quien actúa en error de tipo actúa, además, en error de prohibición.

4. Si bien basta con que se desconozca un solo elemento objetivo del tipo para descartar el dolo y afirmar la imprudencia (principio de congruencia), no es correcto definir a la imprudencia como ausencia de dolo. Ello no solo induce a pensar equivocadamente que la diferencia entre ambas formas de comportamiento típico se reduce a un dato psicológico y que en ausencia de dolo concurre automáticamente la imprudencia. Oculta, además, que la razón para afirmar la imprudencia es una consideración normativa referida a la existencia del deber de no evitar imprudentemente un riesgo típico; es decir, a la existencia de un tipo penal imprudente.

5. Aquí no se comparte la tesis según la cual el elemento subjetivo de la imprudencia es querer o perseguir la realización de la conducta imprudente. Si bien es cierto, por ejemplo, que lo que se persigue cuando se dispara por descuido contra el compañero al limpiar el arma es dejarla

en perfectas condiciones y no perjudicar la salud del amigo, también lo es que dicha subjetividad resulta ser un dato irrelevante para el derecho penal. Relevante es, por el contrario, la situación de desconocimiento de riesgo típico que disminuye las posibilidades de evitarlo. Aquí se aplica lo que rige en el ámbito del dolo: la voluntad del sujeto es un dato accesorio, no autónomo frente al conocimiento, y por tanto ajeno a los fines del injusto, a no ser que el concreto tipo penal contemple elementos subjetivos de tendencia. Es obvio que el imprudente no quiere lesionar o matar, pero la responsabilidad por imprudencia surge por no evitar el riesgo típico cuando se exige hacerlo.

6. Como infracción de la norma penal, la imprudencia se verifica al momento en que se crea el riesgo típico, no antes ni después: que se desconozca la concurrencia de los presupuestos objetivos que fundamentan la punición antes de realizarse el comportamiento (*culpa antedecente*) o con posterioridad a él (*culpa subsequente*), nada indica sobre si se actúa con dolo o imprudencia. De este principio se desprende el tratamiento de la llamada «imprudencia por emprendimiento o por asunción»: desplegar una actividad sin conocer los deberes de cuidado que la rigen de manera que no podrá ser dominada, contraviene el deber general de prudencia, consustancial al tipo imprudente, que obliga a evitar actividades cuya lesividad se desconoce.

Claro que, si se trata de una conducta inocua, al no existir diligencia alguna que se exija tener, será un supuesto atípico. La tesis del *actio libera in causa* contribuye a aclarar el panorama: al emprender una actividad sin conocer los riesgos inherentes a ella, se coloca en una situación en la que, a consecuencia de su propio y libre acto, no podrá luego detectar el riesgo típico cuando este concurra, cuando le era exigible hacerlo. Así vista, la imprudencia por emprendimiento se identifica con los casos de imprudencia por indiferencia anteriormente analizados. En ambos se desconoce el riesgo y en ambos se exige conocerlo. Y también en ambos se aprecia con nitidez que la imprudencia se da cuando se emprende una

actividad de riesgo sin haber tomado en cuenta los deberes de cuidado exigibles y no cuando se realiza la acción material, ya sin posibilidades de percatarse del riesgo.

7. Los casos de imprudencia por emprendimiento se distinguen de aquellos otros en los que el sujeto, por inexperto o debido a cualquier otra razón, se reconoce incapaz de cumplir con la diligencia exigida y, lejos de abstenerse, ejecuta la acción. En estos casos, al percatarse del riesgo, realiza un comportamiento doloso y no uno imprudente.

2. Grados de desconocimiento

1. La legislación penal peruana no distingue entre distintos grados de imprudencia, como sí ocurre en derecho comparado (en España se habla de culpa leve y culpa grave) y como ocurre también en materia civil que diferencia a la culpa inexcusable, sinónimo de negligencia grave (artículo 1319 del CPC) de la culpa leve, que es la omisión de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar (artículo 1320 del CC).

Sin embargo, cualquier distinción que se haga en atención al grado del descuido no reconocerá que una imprudencia leve puede generar mayores riesgos que una imprudencia grave; ya que, por ejemplo, un leve descuido en la manipulación de energía nuclear representa un riesgo mayor que el derivado de una conducción temeraria de patineta al interior de una tienda de lámparas. La solución más adecuada es valorar la imprudencia en función a la importancia del deber.

2. Cuestión distinta es qué sucede cuando el sujeto se peca del riesgo pero, creyendo que es inferior al real, se limita a asumir un cuidado inferior al debido. Este caso, al tratarse de una falsa representación, se resuelve según las reglas del error. Dado que la obligación de evitación que se discute a nivel de injusto se refiere al riesgo típico, se trata de un comportamiento imprudente. No interesa si el sujeto fue parcialmente diligente o si incumplió de forma completa con su obligación de precaución,

pues el deber que aquí se discute no puede ser segmentado y todo lo que no sea su cumplimiento integral equivale a su vulneración. Por el contrario, quien cree por error que el riesgo es mayor al real y despliega medidas de seguridad superiores a las exigidas, se mantiene siempre dentro del ámbito de riesgo permitido porque su comportamiento no expresará un riesgo desaprobado.

3. De nuevo, sobre las capacidades especiales

1. La postura que se adopte sobre el empleo o no de las capacidades especiales del sujeto (conocimientos y habilidades superiores e inferiores) depende del concepto de injusto y de culpabilidad que se postule. En lo que aquí interesa, se ha expuesto ya las razones por las cuales el respeto de las normas de cuidado objetivo-general permite, aunque no garantiza, mantener el riesgo en niveles de permisibilidad y que ello se analiza en el injusto. Se vio también que la categoría «culpabilidad» se desintegra y que sus elementos (imputabilidad, conocimiento potencial de la ilicitud y exigibilidad de otra conducta) se analizan como presupuestos o como elementos del delito. Así y con ánimo de clarificar el panorama, conviene distinguir el análisis de las capacidades superiores o inferiores *al resto* de las capacidades superiores o inferiores al baremo general de cuidado.

2. Los conocimientos y habilidades superiores o inferiores a las del *resto* de personas que participan en el ámbito de riesgo² se toman en cuenta como insumo en el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad que se realiza para determinar el cuidado objetivo-general. Comparar las capacidades del sujeto con las del resto solo permite saber el grado de preparación que tiene frente al resto, pero nada dice sobre si esas

² Resultaría improductivo pronunciarse sobre las capacidades superiores o inferiores al resto de personas en general sin circunscribir el análisis a quienes intervienen en el ámbito de riesgo; ya que el riesgo que aquí interesa es el que se determina para cada ámbito de riesgo en función al desarrollo y a los conocimientos especializados de quienes intervienen legítimamente en él.

capacidades son superiores o inferiores a las del baremo general ni permite saber si cumplirá con el deber de cuidado exigido (modelo *ideal y normativo* de actuación).

En otras palabras, ni tener capacidades superiores al resto conlleva estar por encima del baremo objetivo-general del cuidado ni poseer capacidades inferiores al resto significa ubicarse por debajo del él. Así lo demuestra la realidad en algunos sectores, como el tráfico rodado, que soportan frecuentes comportamientos cuya diligencia puede ser inferior a la exigida; pero superior a la promedio de los participantes. En suma, el criterio de las capacidades superiores o inferiores al resto solo representa mayores o menores probabilidades de actuar con dolo o imprudencia.

Por ejemplo, el internista experto deberá emplear todas sus capacidades para detectar las enfermedades que se exige identificar en un análisis clínico; pero también el novato deberá emplearse al máximo para cumplir con ese deber de cuidado exigido (a los dos se les exige el mismo grado de diligencia). La única diferencia es que el médico experto *podrá* cumplir el deber de cuidado y detectar de riesgo con menos esfuerzo y en menos tiempo que su colega novato y, por lo tanto, sus posibilidades de actuación imprudente son menores que las del médico novato (cuanto más capacidades, más posibilidades de prever el riesgo típico).

3. La tesis que rige el análisis de las capacidades superiores o inferiores al baremo general de cuidado sostiene: solo se puede y debe exigir al sujeto que utilice aquellos conocimientos y habilidades que se tomaron en cuenta para determinar el baremo general de cuidado. Sin embargo, ha de tenerse presente que quien tiene capacidades inferiores al baremo general puede llegar a actuar atípicamente si sus capacidades son tan reducidas que lo ubican fuera del universo de destinatarios de la norma penal. Según lo visto, se trataría de casos de ausencia de acción: quien padece alguna enfermedad mental que no le permite comprender, ni siquiera aproximativamente, el mandato normativo, no podrá actuar con dolo ni imprudencia. De manera que los casos que aquí interesan son los de aquellas personas

cuyos conocimientos se sitúan por debajo del baremo general y por encima de la línea que separa lo típico de lo atípico.

Así, si el agente detenta *conocimientos inferiores al baremo*, difícilmente podrá advertir el riesgo típico (error de tipo) por lo que su comportamiento será imprudente. Sin embargo, si se tiene en cuenta que no existe un deber de información y que el conocimiento o desconocimiento del riesgo es solo un presupuesto del deber de evitación, es posible imaginar supuestos en los el sujeto recibe una «llamada de atención» o «llamada de alerta» que le advierte sobre la situación de riesgo típico cuyas habilidades inferiores al baremo no le permitirán superar (advierte su incapacidad). Si decide, no obstante, proseguir y crea un riesgo desaprobado, lo hará a título de dolo.

Dicho con un ejemplo, quien continúa manipulando el artilugio a pesar de habersele informado que es un explosivo que no conoce ni puede controlar, creará dolosamente un riesgo prohibido para la vida e integridad de las personas al representarse la posibilidad real de lesión. A diferencia de la tesis de la imprudencia de dos niveles, no se encuentra aquí razón alguna distinta a las causas de exculpación aplicables a los comportamientos dolosos para exculpar por el delito imprudente a quien tiene capacidades inferiores al baremo.

4. Siguiendo la tesis de que solo puede y debe exigirse el empleo de aquellos conocimientos y habilidades tomados en cuenta para determinar el baremo general de cuidado, el no uso de las capacidades superiores (conocimientos y habilidades) al baremo general es un comportamiento atípico de cara al ámbito de riesgo en donde se actúa, aunque no por eso deja de ser un acto insolidario que puede dar lugar al delito de omisión de prestar auxilio (artículo 127 del CP). Para graficar esta situación, es frecuente recurrir al ejemplo propuesto por Stratenwerth: el experto conductor de *rallys* que no emplea sus muy superiores habilidades para evitar derrapar el vehículo. Este autor, partidario del deber de cuidado subjetivo, sostiene que sí se le exige al conductor hacer uso de las mencionadas habilidades y si por descuido no lo hace, realiza una conducta imprudente.

Sin embargo, debe primero precisarse si el baremo general de cuidado ha tomado en cuenta o no las capacidades extraordinarias que pueda tener el sujeto. De ser así, no se podría seguir hablando de capacidades «superiores al baremo general». Ahí donde el deber de cuidado general consista, por ejemplo, en salvar la vida del otro, tal como sucede en la actividad de rescate (salvavidas, bomberos, paramédicos), el cumplimiento del deber de cuidado obliga a aplicar todas las capacidades posibles.

El ejemplo propuesto por Roxin, aunque para sostener la idea contraria, sirve para graficar lo dicho: el campeón de natación que trabaja como socorrista y nada al doble de velocidad que sus colegas, no debe dejar morir al naufrago por nadar «a la velocidad de los demás»³. Es verdad que se exige al socorrista nadar a la velocidad más rápida que pueda, pero la razón nada tiene que ver con el empleo de «capacidades superiores a las del resto» —ya se dijo que ello no determina la atipicidad o la tipicidad del comportamiento—, ni con el empleo de «capacidades superiores al baremo», ya que el cuidado exigido a quien asume el deber de rescatar a otro implica el uso de todas las capacidades disponibles. En estos ámbitos de riesgo, no existen capacidades superiores al baremo.

5. En suma, debe analizarse si el baremo general ha incorporado las capacidades extraordinarias que pueda tener el sujeto. Si así fuera, las capacidades extraordinarias pasan a integrar el baremo general; en dicho ámbito de riesgo, no existirán capacidades superiores al baremo y el sujeto debe emplear todos sus conocimientos y habilidades para evitar el riesgo. Si actúa con dolo o culpa, depende de si prevé o no el riesgo. Si, por el contrario, las capacidades extraordinarias no fueron consideradas en el baremo general, sí podrá actuarse con capacidades superiores al baremo general en el concreto ámbito de riesgo y su no empleo será un acto atípico.

³ Nótese que las capacidades del socorrista se comparan con «las del resto» y no con el baremo general de cuidado.

VII. IMPRUDENCIA CONSCIENTE E INCONSCIENTE?

1. Concepto

La doctrina mayoritaria, partidaria de incluir a la voluntad como elemento del tipo subjetivo y partidaria, por tanto, de la clasificación tripartita del dolo, distingue entre imprudencia consciente e imprudencia inconsciente.

a) Imprudencia consciente

1. Actúa con imprudencia consciente quien, representándose la realización del delito, lo rechaza mentalmente (teoría de la aceptación) o imagina su realización como un hecho poco probable (teoría de la probabilidad o posibilidad). Por ejemplo, empujar a un anciano asumiendo que debería soportar la fuerza que se le imprime, pero cae y sufre lesiones graves; o expender alimentos vencidos confiando que los comensales no se intoxicarán.

2. La imprudencia consciente y el dolo eventual comparten el mismo elemento cognitivo y en la misma intensidad: en ambos casos el sujeto se representa como probable que su comportamiento podría lesionar el bien jurídico (de ahí que se le conozca también como «imprudencia con representación»). La sutil y confusa diferencia radica en el mundo de las intenciones: el sujeto actuará con imprudencia si confía que no será así por algún motivo que no se desprende del contexto en que se actúa; pues, si la razón para confiar en la no realización del delito fuera una previsible y admisible según las circunstancias objetivas del caso, el comportamiento sería un caso fortuito.

b) Imprudencia inconsciente

1. En la imprudencia inconsciente o sin representación, el sujeto ni siquiera se representa la posibilidad de que su comportamiento ponga en riesgo el bien jurídico. La diferencia frente a la imprudencia consciente y a las modalidades de dolo es notoria: es la única modalidad subjetiva en que

el elemento cognitivo está ausente. Y como no se puede querer lo que se desconoce, tampoco concurre el elemento volitivo. Por ejemplo, patear un bulto en una calle oscura pensando que es un saco de basura cuando en realidad es un vagabundo.

2. La imprudencia consciente es un supuesto de *error* que conduce a la aplicación de la regla contenida en el primer párrafo del artículo 14 del CP. En estos casos se percibe incorrectamente el contexto fáctico en que se realiza el comportamiento y no se detecta el riesgo que él implica para el bien jurídico. Por tanto, las posibilidades de inhibición son reducidas y la pena se sustenta en el reproche por la falta de cuidado, prudencia o atención que se exige para poder identificar el riesgo y evitar el comportamiento de riesgo.

3. Los casos de imprudencia consciente son *errores irrelevantes*. El equívoco de quien confía que el riesgo no se realizará carece de relevancia. En realidad, más que equívoco, es exceso de confianza, pues cuando se detecta que el comportamiento que se realiza entraña un daño potencial para el bien jurídico, el ordenamiento jurídico exige que uno se abstenga de continuar y lo module. De hecho, quien así actúa asume el deber de garante de evitar el riesgo típico. En estos casos, no es posible aplicar la regla del llamado «error de tipo» que regula el artículo 14 del CP, pues no se desconocen los hechos del caso.

2. Valoración

1. La relevancia práctica de esta clasificación es nula. Al no distinguir la ley vigente entre imprudencia consciente e inconsciente, ambas son igualmente típicas y acarrear las mismas penas y consecuencias. El homicidio que comete quien no detiene su vehículo después de advertir que su conducción representa un riesgo de lesión para la vida o integridad de los peatones (imprudencia consciente) y el que perpetra quien no se percata de dicho riesgo (imprudencia inconsciente) están sancionados,

ambos, como homicidios imprudentes, con pena de prisión no mayor de dos años.

2. Podría contestarse afirmando que la eventual practicidad del baremo imprudencia consciente/inconsciente se ubicaría en el terreno de la punibilidad —en concreto, en la individualización de la pena—; pero ni siquiera ahí se encuentran razones para su admisión. Sus partidarios sostienen —con razón, aun cuando a primera vista no parecería correcto— que la imprudencia consciente no es siempre más grave que la inconsciente. Ello dependería en realidad de la importancia del deber infringido: es más grave el descuido o indiferencia de quien no se preocupa por conocer las pautas elementales de convivencia y no detecta el riesgo que sus actos suponen para la vida de terceros que la falta de precaución de quien sí conoce dichas reglas. Incluso el ejemplo propuesto por Roxin demuestra que no siempre es posible delimitar la imprudencia consciente de la inconsciente, siendo posible actuar con ambas: quien confía en la no realización de un riesgo cuya producción estima en el 10%, cuando en realidad asciende a 25%, al prever el riesgo actúa con imprudencia consciente; pero también con imprudencia inconsciente, al no haber advertido todo el riesgo en su integridad.

3. Más allá de su improductividad, existen también razones sistemáticas que obligan a descartar la diferenciación entre imprudencia consciente e inconsciente. Si la realización del riesgo típico, a pesar de haberse previsto como posible, es imprudencia (consciente) por haberse confiado en su no realización, para actuar con dolo se requerirá no solo prever el riesgo sino, además, no confiar en su realización o querer su realización. Ello contradice abiertamente los postulados que aquí se asumen como válidos: desde que existe la obligación de evitar comportamientos de riesgo, la diferencia entre dolo e imprudencia no puede recaer en la voluntad de realizar el riesgo o en la confianza de evitarlo, sino en el reconocimiento que se está frente a una situación de riesgo.

La principal obligación de quien advierte, incluso como posible, un peligro típico es evitarlo. La confianza que pueda tener en sus habilidades para superar la situación sin poner en riesgo bienes jurídicos ajenos no parece ser un criterio válido para que la sociedad deba soportarlo. Los peatones no tienen por qué tolerar conducciones temerarias y menos las del conductor que ya ha previsto como probable un atropello, pero confía que el cursillo de fórmula 1 que llevó, la experiencia en carrera de piques que tiene o el haberse encomendado a la virgen de la cual es devoto (al final se trata simplemente de si él confía en sus habilidades y no si tiene base objetiva y razonable para hacerlo), impedirán que realice el riesgo típico.

4. A la misma conclusión se arriba también si se repara en la equiparación que algunos autores formulan entre imprudencia consciente e inconsciente y deber de cuidado interno y externo. Es verdad que la denominada imprudencia inconsciente se refiere a un descuido interno —no prever el riesgo— y la consciente, a la habilidad del sujeto para evitarlo —aspecto externo—; pero también lo es que quien actúa con imprudencia consciente ha superado el estadio de desconocimiento del riesgo y se ubica, ahora, en una situación en la que, advertido el riesgo típico, debe evitar comportarse de aquella forma en la que, según su propia previsión, es posible que lesione a terceros.

Expresado en pocas palabras, quien conoce actuará con dolo. Por ejemplo, aun cuando el cirujano confíe que las puñaladas que inserta en el abdomen de su víctima solo le producirán lesiones a su salud y no la muerte, pues es reconocido en el ámbito médico como un cirujano de buen pulso y altos conocimientos anatómicos, realiza *dolosamente* un comportamiento de riesgo para la vida; incluso, actuará siempre con dolo si las habilidades que emplea para evitar el riesgo típico cuya realización ha previsto como posible son superiores al baremo general de cuidado, pues el deber de cuidado se determina según el baremo objetivo-general y el dolo e imprudencia del sujeto se refieren a él.

5. De todo lo anterior se sigue que la imprudencia consciente hace alusión a actuaciones dolosas y no a comportamientos imprudentes. La consecuencia inmediata es que se reducen los supuestos de imprudencia a los que la doctrina mayoritaria califica de imprudencia inconsciente y hace innecesaria la diferenciación entre dos categorías distintas de imprudencia. La razón última de esta afirmación aflora con nitidez: solo puede concebirse como infracción imprudente de la norma penal el comportamiento que se lleva a cabo sin saber que crea de manera desaprobada un riesgo.

Sin embargo, frente a esta propuesta se esgrime que amplía indeseablemente el ámbito de lo punible. No solo porque lo que antes se consideraba una actuación imprudente (imprudencia consciente) será ahora un comportamiento doloso, con las consecuencias que dicha calificación trae aparejada y que se suelen negar en el ámbito de la imprudencia (como la imposición de una pena mayor, la represión de los cómplices e instigadores y la punición de la tentativa); sino también porque la tipificación de las infracciones dolosas, de carácter general frente a la regulación excepcional de las infracciones imprudentes, otorgará relevancia típica a una serie de supuestos que eran irrelevantes al no existir una modalidad imprudente.

Todo lo anterior es verdad; pero no autoriza a calificar la tesis cognitiva aquí defendida como ampliación de la punibilidad, como tampoco sería apropiado sostener que la tesis que se rechaza favorece la impunidad. Cada una parte de postulados sistemáticos distintos y, si de consideraciones político-criminales se trata, debería aceptarse que la actuación de quien prevé el riesgo y a pesar de ello actúa, es precisamente el tipo de comportamiento que al derecho penal le interesa reprimir con mayor drasticidad.

VIII. EL RESULTADO EN EL TIPO IMPRUDENTE

1. El resultado material no integra la tipicidad del delito imprudente. No existe razón alguna para que deje de operar aquí la pauta que rige

a todo comportamiento típico y que se analizó en el ámbito del delito doloso, conforme a la cual la norma penal se vulnera con la realización del comportamiento de riesgo y no necesita que se verifique el resultado que, en el caso de los denominados «delitos de resultado», prevé el precepto.

Es verdad que los preceptos penales que tipifican comportamientos imprudentes se redactan como delitos de resultado material; pero ello solo obliga a valorar el resultado —en caso concurra— como criterio para individualizar la pena, tal como se procede en los delitos dolosos de resultado. El resultado, presente o ausente, ni añade ni resta gravedad a la infracción de la norma penal y constituye un elemento del merecimiento de pena.

2. Dentro del reducido universo de autores que conciben al injusto como injusto de comportamiento, algunos consideran que en la estructura del delito imprudente el resultado es una condición objetiva de punibilidad. Su concurrencia indicaría la *necesidad de pena* que recaería sobre la infracción de la norma penal ya consumada; en caso contrario, el comportamiento que vulnera la norma solo sería *merecedor de pena* y la imposición de la misma no quedaría habilitada. Una variante de esta corriente entiende que son más bien razones de índole procesal las que determinan el rol del resultado en la imprudencia: se trataría de una garantía de seguridad; pues resultaría difícil, cuando no imposible, identificar un comportamiento imprudente típico si no se tiene un resultado lesivo en el cual se representa el riesgo del comportamiento. Por ejemplo, no se sabría si la conducción irrespetuosa de las reglas de tránsito es un comportamiento típico imprudente de homicidio, de lesiones o una infracción administrativa hasta que no se atropelle a un peatón. Se asevera incluso que permite dirigir el proceso penal contra una persona y decidir acerca de la importancia de un hecho.

Las diferencias entre las posturas reseñadas se plasman en la tentativa. Considerado como un criterio de determinación judicial de la pena, la no concurrencia del resultado no impedirá la tentativa del delito imprudente (en realidad, injusto imprudente) y solo sugerirá al juez que imponga

una pena proporcional a la situación que desvalora; esto es, una pena atenuada, pero siempre dentro de los límites de la pena legal. Mientras que, si el resultado se cataloga como condición objetiva de punibilidad, la tentativa de delito imprudente será típica, pero impune. La toma de postura debe inspirarse en los principios que regulan la actuación del derecho penal y, en particular, en su carácter de *ultima ratio*.

3. Sancionar a quien por negligencia infringe una norma penal sin causar resultado lesivo alguno parecería ser una reacción desproporcionada cuya regulación, en todo caso, podría relegarse al derecho administrativo sancionador. Sin embargo, no debe perderse de vista que, al menos según los postulados que se asumen en esta obra, el peligro penalmente intolerable se expresa en el comportamiento y no en el resultado material y que los tipos imprudentes se tipifican solo para proteger los bienes jurídico-penales más importantes, como la vida y la integridad. Por tanto, la admisión de la tentativa imprudente punible solo «ampliaría» la punibilidad en estos casos.

Así visto, debe analizarse si la peligrosidad de la conducta es suficiente para justificar la imposición de la pena. Piénsese en un supuesto de manipulación imprudente de un reactor nuclear que, antes de explotar, es corregido por el colega de quien lo opera. No parece que haya que esperar a que el reactor estalle para sancionar por tentativa (imprudente) de homicidio.

CAPÍTULO 12

EL ERROR EN DERECHO PENAL

Sumario: I. Planteamiento general. II. Concepto. III. El principio *ignorantia iuris non excusat* en derecho penal. IV. Error de hecho y error de derecho, error de tipo y error de prohibición (ubicación sistemática). 1. Error de hecho y error de derecho: esquema causalista. 2. Error de tipo y error de prohibición: esquema finalista. 3. Valoración. V. Error vencible y ¿error invencible? VI. Errores relevantes e irrelevantes. VII. Supuestos especiales de error. 1. Error sobre la ley extrapenal que complementa el supuesto de hecho en la ley penal en blanco. 2. Error sobre el elemento de valoración global. 3. Error sobre predicados de valor. 4. Error sobre las llamadas causas de justificación. VIII. Modalidades de error. 1. Error sobre el objeto de la acción (error en la persona o en el objeto). 2. *Aberratio ictus*. 3. Error sobre el riesgo típico. 4. *Dolus generalis*. IX. La regulación del error en el artículo 14 del CP. 1. Error sobre elementos esenciales y accidentales. 2. Error de prohibición.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. Puede resultar extraño al lector que todas las modalidades de error penalmente relevantes se estudien conjuntamente en un mismo capítulo, pues es común que se distinga el tratamiento del error de tipo del error de prohibición en el entendido que afectan a categorías distintas del delito y acarrear consecuencias también distintas. En efecto, según la opinión más extendida en la actualidad, el error de tipo afectaría a la tipicidad

y el error de prohibición sería una causa de no exigibilidad de otra conducta que se analizaría en la culpabilidad.

2. Sin embargo, el tratamiento del error en derecho penal en un único capítulo viene avalado por el hecho que, al margen de cuáles sean las categorías de error que reconozca la ley, doctrina y jurisprudencia, se trata siempre del desconocimiento o ignorancia de un dato constitutivo del hecho delictivo o de su valoración jurídica que impide al sujeto formarse una motivación adecuada en contra del delito.

Además, como se ha señalado anteriormente (*supra* capítulo 4, III, 2), en esta obra se postula que los elementos y criterios que sustentan el reproche por el comportamiento delictivo se ubican y analizan en el injusto y no en la culpabilidad y que los elementos que, según doctrina mayoritaria, componen esta categoría han de ser reubicados. Así, la incapacidad penal (imputabilidad) es un presupuesto del delito porque determina el universo de personas a las cuales se dirige la norma penal; la exigibilidad de otra conducta es un principio que inspira la construcción del delito porque impide prohibir y reprochar comportamientos que no se exige evitar, a tal punto que el conocimiento potencial de la ilicitud o, lo que es lo mismo, la exigencia de conocer la ilicitud del comportamiento, tiene que ser analizado a nivel de injusto. Cuestión distinta será la graduación de dicho conocimiento.

II. CONCEPTO

1. El error es una falsa representación de la realidad que, como se vio, es un constructo social que define al entorno en que las personas actuamos a partir de la percepción social dominante (*supra* capítulo 5, II). Por tanto, yerra quien no percibe el entorno como lo percibe el resto.

2. En lenguaje coloquial, se distingue entre *error* e *ignorancia* debido a la creencia de que una representación equivocada de las cosas o de su significado no es igual que desconocer por completo la realidad o la valoración que se hace de esa realidad. Sin embargo, si se atiende a los

fin del derecho penal, la irrelevancia de esta diferencia queda pronto a descubierto: si el juicio de imputación de responsabilidad penal requiere que el sujeto pueda representarse adecuadamente la realidad para que logre inhibirse de realizar el comportamiento de riesgo, cuando eso no ocurra, ya sea por ignorancia o error, el reproche penal quedará afectado. Así, quien vulnera un bien jurídico *ignorando* que está protegido por el derecho penal, se encuentra en la misma situación que aquella otra persona que sí tiene dicho conocimiento pero, por *error*, se confunde y no logra percatarse que su comportamiento lesiona el bien jurídico. Por tanto, error e ignorancia son sinónimos.

3. Lo anterior no impide afirmar que la única diferenciación que cabría formularse entre error e ignorancia es que el incapaz penal, debido a que no puede comprender el sentido jurídico de sus actos, solo podrá *ignorar*. Si pudiera *errar*, también podría acertar (conocer) y tendría que ser considerado capaz y sus actos podrían reprocharse penalmente. Empero, también esta diferenciación carece de relevancia para la atribución de responsabilidad penal. En efecto, en tanto no se exige al incapaz que comprenda de realidad, su comportamiento no podrá expresar lesión alguna contra un bien jurídico; por ende, sea por error o por ignorancia, su conducta siempre será atípica. Por ejemplo, el infante que toma el juguete de un amiguito porque no comprende el sentido de la ajenidad, o el incapaz que ingiere chocolates sin pagar en la tienda de comestibles; en ambos casos no se realizan comportamientos de riesgo para el patrimonio.

III. EL PRINCIPIO *IGNORANTIA IURIS NON EXCUSAT* EN DERECHO PENAL

1. Si la vigencia y eficacia del ordenamiento jurídico dependiera de que las leyes sean conocidas por las personas, cada quien estaría vinculado únicamente a las reglas jurídicas que conozca, lo que imposibilitaría la convivencia pacífica que el derecho pretende y este dejaría de existir como regulación de relaciones sociales y comportamientos aplicables

a todos por igual. De ahí que las leyes imperen incluso frente a quienes las desconocen y la vigencia del ordenamiento jurídico, en tanto modelo de organización social, no dependa del conocimiento o desconocimiento legal de los ciudadanos.

2. A partir de lo anterior, se entiende que en derecho se invoque el principio *ignorantia iuris non excusat* (la ignorancia no excusa del cumplimiento del derecho), cuya consecuencia práctica es que el ordenamiento jurídico presume que las personas conocemos el derecho. Sin embargo, esta presunción no oculta que en realidad las leyes son desconocidas o ignoradas por la generalidad de las personas. No otra cosa se concluye cuando se advierte que ni siquiera los estudiosos del derecho conocen todas las leyes y, aun cuando las conocieran, nunca compartirían la misma interpretación. El desconocimiento de las leyes es incluso más clamoroso en los sistemas jurídicos actuales, donde la licitud o ilicitud de los comportamientos depende muchas veces de la valoración integrada de un amplio conjunto de regulaciones de distinta naturaleza. Piénsese, por ejemplo, en los delitos tributarios o contra la propiedad intelectual, cuya tipificación se construye a partir de normativas sectoriales y valoraciones extrapenales.

En todo caso, la presunción de que las personas conocemos el derecho demuestra que los conocimientos se imputan y no se prueban (*supra* capítulo 10, IV, 3) y que así ha sido desde los tiempos en que se aplica el brocardo *ignorantia iuris non excusat*.

3. Se ha explicado ya que el conocimiento de las reglas jurídicas se deriva del conocimiento y comprensión de las reglas sociales que rigen la convivencia y no del conocimiento que se pueda tener del derecho positivo. Una cosa es conocer la ley y otra, distinta, comprender el derecho (*supra* capítulo 5, II y III). De ahí que los llamados «delitos naturales» (matar, lesionar, robar, violar, etc.) sean más conocidos que los delitos que, por ejemplo, norman aspectos técnico-contables, tributarios o medioambientales, aun cuando en ninguno de estos casos se haya leído o estudiado la ley. En esta línea de argumentación, conocer el derecho significa estar familiarizado con los

valores y razones sociales que permiten percatarse que el comportamiento que se realiza no se tolera e inhibirse de realizarlo y no conocer el texto legal ni la sanción que ahí se prevé. Así, por ejemplo, es suficiente advertir que adulterar facturas para pagar menos tributos es un comportamiento desaprobado sin que sea necesario saber en qué artículo o ley se prevé y cuál es la sanción para tal conducta.

4. Cuando se compara lo dicho acerca de la necesidad de que el ordenamiento jurídico procure su vigencia y para ello presuma que las personas conocemos las leyes, con el hecho de que tal conocimiento no es real y que en todo caso se deriva de la integración del sujeto en la dinámica social (socialización), se entiende que el conocimiento del derecho es la regla general y, su ignorancia, la excepción que deberá probarse en cada caso. Se comprende también que cada rama del derecho contemple sus particulares reglas para acreditar esta excepción en función a las finalidades que persigue. Por tanto, que todas las ramas del derecho prevean reglas que eximen o atenúan de responsabilidad en los casos de error, no significa que la ley deje de regir ni condiciona la respuesta que se deba dar al infractor.

5. En lo que al derecho penal respecta, el principio *ignorantia iuris non excusat* genera a una serie de consecuencias que se detallarán cuando se analice el error sobre la ilicitud penal. Basta por ahora con insistir que, por regla general, a toda persona capaz se le exige conocer la ilicitud de sus actos y que quien conoce los hechos (quien actúa con dolo) reconoce la valoración jurídica que recae sobre ellos. Solo aquellos que han comprendido lo que es injusto pueden reconocer qué situaciones resultan penalmente relevantes (Jakobs). Por ejemplo, quien se percató que el reloj que toma no le pertenece, advierte también el desvalor de ese comportamiento. El conocimiento real de la ilicitud no legitima el reproche penal, pero sí repercute en el *quantum* de la pena: cuanto mayor es el conocimiento del significado jurídico del comportamiento, más motivos hay para inhibirse y mayor será la pena.

Por tanto, la ley penal se aplica incluso cuando es desconocida; pero en su aplicación siempre deberá tomarse en cuenta las circunstancias personales del sujeto para seleccionar la reacción más adecuada al caso en concreto.

IV. ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO, ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN (UBICACIÓN SISTEMÁTICA)

1. Error de hecho y error de derecho: esquema causalista

1. El tratamiento jurídico-penal del error y la terminología empleada para su mención han estado siempre vinculados al concepto de delito. Hasta y durante la primera mitad del siglo pasado, el concepto *causalista* de delito, imperante entonces, postulaba la división del delito en un momento objetivo (el injusto) y otro subjetivo (la culpabilidad). El dolo y la imprudencia eran considerados formas de culpabilidad y, el conocimiento de la ilicitud, un elemento de ella. Luego, en tanto elementos subjetivos, todos ellos se analizaban en la culpabilidad.

2. En este esquema, los errores solo podrían referirse al elemento objetivo (injusto) y, dado que el injusto se componía tanto de aspectos fácticos como de la ilicitud del acto (antijuridicidad), solo era posible distinguir entre los errores que recaían sobre los hechos (error de hecho o *error facti*) y los que recaían sobre el significado jurídico del hecho (error de derecho o *error iuris*), sin que esta distinción se tradujera en un tratamiento diferenciado para cada uno de estos errores. En efecto, en el esquema causal, tanto el error de hecho como el de derecho dejaban intacta la tipicidad y la antijuridicidad del comportamiento —que era siempre objetiva— y afectaban solo a la culpabilidad: el *error invencible* era causa de inculpabilidad y el *error vencible*, al poder haber sido superado por el sujeto, conducía al delito imprudente.

2. Error de tipo y error de prohibición: esquema finalista

1. A partir de la segunda mitad del siglo pasado, debido a la influencia del concepto final de acción propuesto por Welzel, el dolo y la imprudencia se concibieron como elementos subjetivos del tipo y se ubicaron en la tipicidad. El conocimiento de la ilicitud, necesario para el juicio de reproche personal, permaneció en la culpabilidad. La introducción de elementos subjetivos en la tipicidad por parte del finalismo conllevó a que los conocimientos del sujeto —y por tanto también sus errores— se valorasen en función al objeto sobre el cual recaían. Así, el desconocimiento o ignorancia de los elementos del tipo, sean estos descriptivos, normativos o elementos de valoración global, da lugar, en el modelo finalista de delito, al denominado «error de tipo»; mientras que el desconocimiento de la ilicitud del comportamiento, que puede originarse por el desconocer de que se prohíbe o por la creencia errónea que se permite (error sobre causas de justificación), al error de prohibición.

2. Según la doctrina nacional, nuestra legislación asume esta diferenciación en el artículo 14 del CP. De hecho, la exposición de motivos del CP señala al respecto:

[...] notable innovación es la que se refiere al tratamiento [...] del error. Tradicionalmente se han utilizado los términos de error de hecho y error de derecho. Las nuevas fórmulas sustitutivas de error de tipo y de error de 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 (no responsabilidad por el error).

En derecho comparado, se reconoce que en la consolidación del error de tipo y error de prohibición, así como en la superación del error de hecho y de derecho, jugó un papel importante la sentencia del Pleno de la Sala Penal que sentó jurisprudencia de fecha 18 de marzo de 1952, emitida por el Tribunal Federal Alemán.

3. Al recaer sobre objetos distintos, los errores de tipo y de prohibición generan consecuencias distintas. En cuanto al error de tipo, dado que se analiza en la tipicidad, a ella afecta: el error de tipo *invencible* determina que el comportamiento sea atípico por ausencia de los elementos subjetivos (dolo e imprudencia) y el error de tipo *vencible* conlleva a que la infracción se califique de imprudente porque el sujeto habría podido percatarse de su error si hubiera sido negligente o cuidadoso.

Por su parte, el error de prohibición, al analizarse en la culpabilidad —en particular en la no exigibilidad de otra conducta—, solo repercute en ella y no en la tipicidad ni en la antijuridicidad; categorías que previamente habrán debido ser acreditadas para llegar al análisis de la culpabilidad. Así, el error de prohibición *invencible* es una causa de exculpación que impide la atribución del injusto al sujeto y el consecuente reproche de culpabilidad; y el error de prohibición *vencible* atenúa la culpabilidad del sujeto, el reproche penal y, en consecuencia, la pena.

3. Valoración

1. La consecuencia práctica de los errores invencibles es siempre la impunidad. El error de hecho invencible y el error de derecho invencible conducen ambos, en el esquema causalista, a la exculpación del sujeto, que es la misma solución que propone el esquema finalista para el error de prohibición invencible. Solo el error de tipo invencible explica la impunidad con el argumento de la atipicidad.

El tratamiento y la consecuencia jurídica en los casos de error vencible sí varía. Mientras que el error de hecho vencible y el error de derecho vencible acarrearán responsabilidad por imprudencia, al igual que el error de

tipo vencible, el error de prohibición vencible conlleva una consecuencia jurídica distinta: la atenuación de la pena.

2. Debe reconocerse que a ambas posturas, causalista y finalista, les asiste razón y que cada una explica las consecuencias del error a partir de los presupuestos que asume como válidos, aunque no por eso están exentas de críticas. Así, por ejemplo, es lógico que el *error de tipo vencible* conduzca a la imprudencia, en tanto el reproche al infractor se sustenta en la falta de cuidado que le impidió percatarse que su comportamiento era de riesgo para el bien jurídico. Pero cabría sostener lo mismo en el *error de prohibición vencible*, pues el sujeto podría haber advertido la ilicitud de su comportamiento si hubiera sido más diligente. Sin embargo, para el finalismo este error solo atenúa la pena del delito doloso.

3. Ignorar un elemento del precepto penal no significa que se incurra en error de tipo. La ubicación de un elemento en el precepto penal no implica que se trata siempre de un elemento de tipo ni que los elementos que ahí aparecen sean los únicos elementos típicos. Eso dependerá del concepto que se tenga de tipo penal y de si se le asimila o no al precepto penal (*supra* capítulo 1, V, 2). En esta línea, un amplio sector de la doctrina estima que es en el ámbito de las remisiones normativas (elementos normativos, ley penal en blanco) donde se aprecian las diferencias entre ambas posturas. Según la postura aquí asumida, los elementos normativos y la ley extrapenal que complementa el supuesto de hecho de la norma penal son elementos del tipo, pero se refieren a la valoración jurídica del hecho. Esto llevaría a que, según el esquema finalista, el error que recaiga sobre ellos debiera ser tratado como error de tipo (por la forma) y como error de prohibición (por el fondo).

4. Con todo, si el conocimiento que se exige a nivel de injusto recae sobre las circunstancias materiales que fundamentan la prohibición penal, el error de tipo será el desconocimiento de dichas circunstancia materiales y se equiparará al error de hecho (Frisch). De ahí que la ubicación sistemática del error tipo sea el injusto (o delito). Y, así como

el conocimiento de los hechos conlleva el de la valoración jurídica que recae sobre ellos, de manera que el conocimiento de la ilicitud penal difícilmente tendrá autonomía frente al conocimiento de los hechos porque se desprende de este, *mutatis mutandis*, el error de tipo generará que el sujeto no conozca la ilicitud de su conducta o, lo que es lo mismo, el error de prohibición no tendrá autonomía frente al error de tipo y el margen para su existencia será muy reducido. Por ejemplo, quien destruye un papel sin percatarse que se trata de un título valor que le pertenece a un tercero, no podrá saber que *ese* comportamiento se prohíbe.

En esta línea, es vital seguir distinguiendo entre la *exigencia de conocimiento de la ilicitud penal* como presupuesto del tipo y *el conocimiento de la ilicitud penal* (o error de prohibición) como regla de determinación de la pena.

V. ERROR VENCIBLE Y ¿ERROR INVENCIBLE?

1. El artículo 14 del CP, y con él la doctrina y jurisprudencia nacionales, distingue entre error *vencible* (también llamado «error superable o relativo») y error *invencible* (también conocido como «inevitables o absolutos»). El error vencible sería el que podría haberse evitado si se hubiera obrado con el cuidado debido y percatado de los hechos y su significado jurídico. El error invencible no hubiera podido ser evitado a pesar de haberse actuado con el cuidado debido. Las tesis que distinguen entre errores vencibles e invencibles están obligadas a imaginar un modelo ideal de comportamiento cuidadoso (actuar sin error, percatarse del riesgo para el bien jurídico y evitar la lesión del bien jurídico), para luego exigirlo al sujeto como pauta de conducta (error vencible) o no exigirlo (error invencible).

2. La diferenciación entre error vencible e invencible, aun cuando venga avalada por la ley, no es correcta. Una de las ideas sobre las que descansa la legitimidad del derecho penal es que solo puede imputar responsabilidad por un comportamiento que *exige* evitar. Los comportamientos que no se exige evitar no podrán ser desvalorados, prohibidos ni sancionados.

Por tanto, realizar un comportamiento cuyo significado fáctico o jurídico no se *exige* conocer será siempre un acto atípico y, por tanto, el derecho penal no podrá calificarlo de erróneo o de acertado. El derecho penal solo podrá catalogar de error o ignorancia la ausencia de un conocimiento que exige tener para actuar lícitamente. De ahí que los únicos errores a nivel de injusto son los que repercuten en la representación de la realidad que el tipo penal *exige* para que la motivación normativa pueda desplegar sus efectos; esto es, los llamados errores de hecho *vencibles*.

Los denominados errores *invencibles*, que por definición son siempre insuperables incluso cuando el sujeto hubiera sido todo lo cuidadoso que se le exige en la situación concreta, a tal punto que ni siquiera es seguro que hubiera podido superar la situación si contara con conocimientos superiores a los que se le exigen, no son errores porque no se exige algo distinto. Si en los supuestos de error invencible ya no se exige un comportamiento diligente, carece de sentido que el derecho penal repunte de erróneo algo que le es irrelevante y que no forma parte de su objeto de regulación. Quienes admiten los errores invencibles están obligados a calificar de erróneo comportamientos atípicos. Esta situación bien pudo evitarse si el legislador hubiera reparado con atención en el contenido del 16 § StGB que regula el error en derecho penal alemán y que, según la exposición de motivos del CP de 1991, le sirvió de modelo. Dicho precepto solo prevé la posibilidad de actuar sin conocer las circunstancias del hecho, en cuyo caso descarta la actuación dolosa, pero mantiene la imprudente (error vencible), sin regular el llamado error invencible.

3. Lejos de contribuir a clarificar la discusión, la teoría del error invencible distorsiona el análisis dogmático al inducir a pensar que los casos de error invencible son supuestos de atipicidad subjetiva por ausencia de dolo e imprudencia cuando en realidad son de atipicidad objetiva. En efecto, dado que la problemática que subyace a los casos de «error invencible» se aborda en la criminalización primaria cuando se seleccionan los comportamientos dolosos e imprudentes que se prohíben penalmente y, por tanto, se decide también que la idoneidad lesiva de dichos

comportamientos deberá ser reconocida por el ciudadano; quien actúa en error invencible realiza un comportamiento *objetivamente atípico*.

Lo dicho hasta aquí se aprecia con claridad cuando la jurisprudencia absuelve del cargo de violación de libertad sexual a quien creía que su pareja tenía dieciséis años y desconocía que tenía trece, debido a que la propia agraviada así lo había manifestado y su fisionomía así lo indicaba (RN 63-04, La Libertad, del 1 de octubre de 2004, Primera Sala Penal Transitoria). En este caso, ya no se le exige al imputado mayores esfuerzos para percatarse de la verdadera edad de su pareja. Su comportamiento, luego, es de riesgo permitido. Es atípico. Sostener que se trata de un caso de atipicidad subjetiva y que la tipicidad objetiva queda latente, supone desconocer que la tipicidad es un concepto que no puede ser escindido en una faceta objetiva y otra subjetiva; sino que el desvalor que expresa la tipicidad supone que el comportamiento se prohíbe porque concurren, al mismo tiempo, circunstancias objetivas (idoneidad lesiva para un bien jurídico) y subjetivas (exigencia de conocer la idoneidad lesiva).

4. Podría pensarse que lo dicho aquí no tiene mayor relevancia práctica; ya que la tesis del error invencible también concluye en la atipicidad de la conducta. Sin embargo, uno de los valores más preciados del derecho —y del derecho penal en especial— es la coherencia en el discurso y la rigurosidad en la argumentación. Tanto importa llegar a la respuesta correcta como llegar a ella por la razón correcta. Solo así se garantiza la seguridad jurídica. Además, la tesis que aquí se sostiene tiene consecuencias prácticas favorables: si la problemática del mal llamado error invencible compete al legislador al ser él quien decide qué comportamientos se tipifican, se debe exigir al fiscal y al juez que, para denunciar y abrir instrucción, respectivamente, descarten la concurrencia del error invencible¹ y no esperar al proceso para valorar, recién ahí, la no exigencia del conocimiento.

¹ Algo que tiene asidero legal en el artículo 77 del CPP que señala que, para abrir instrucción, el juez debe cerciorarse de que el comportamiento denunciado es típico.

Por lo demás, el rechazo del error invencible se condice con la idea suscrita en esta obra de que los conocimientos especiales no forman parte de lo que el tipo penal exige tener. En efecto, ya se dijo que los conocimientos especiales no se imputan porque no se exigen (*supra* capítulo 10, IV, 6). Por lo mismo, al no ser exigible superar el estado de desconocimiento propio del error invencible, tampoco resulta atribuible aquella situación.

VI. ERRORES RELEVANTES E IRRELEVANTES

1. Habiendo explicado que el único error en derecho penal es el vencible, es menester ahora detallar que la relevancia del error depende de lo que el comportamiento típico exija conocer. El tipo penal determina qué se ha de conocer: el error del asesino que confunde a su víctima y mata al hermano gemelo es irrelevante y deja intacto el dolo, pues el comportamiento típico de homicidio (artículo 106 del CP) solo exige que el agente se represente el riesgo para la vida de otro que su comportamiento supone, sin que sea necesario que conozca la identidad de su víctima. Por el contrario, si el tipo requiere una especial condición de la víctima el error sobre la identidad será relevante. Es por eso que el error de quien dispara sobre su padre creyendo que es otra persona es relevante y afecta el dolo: el tipo penal de parricidio (artículo 107 del CP) exige que la representación del sujeto abarque la vinculación filial con la víctima. Al derecho penal solo le interesan los errores relevantes.

2. Sobre la base de lo dicho:

- (i) El error sobre las condiciones objetivas de punibilidad es siempre irrelevante. Las condiciones objetivas de punibilidad no son presupuestos materiales que deban ser abarcados por el conocimiento del sujeto.

- (ii) Se afirma en doctrina que los errores sobre las llamadas causas personales de exclusión de pena son también irrelevantes. Sin embargo, ello será así solo si se participa de la creencia de que las causas personales de exclusión de la pena no afectan al injusto; posición que aquí se rechaza por entenderse que constituyen causas de atipicidad. En tal medida y para decirlo con el ejemplo del artículo 208 del CP, cuando se sustrae dinero que se cree le pertenece al cónyuge, pero pertenece en realidad a un tercero, se incurre en error de hecho en el delito de hurto². En el ejemplo se aprecia que la representación con la que debe actuar el sujeto viene determinada por el comportamiento típico que a su vez se determina a partir de una interpretación sistemática del precepto penal. Así, una lectura integral de los artículos 185 y 208 del CP indica que el comportamiento típico del hurto consiste en apropiarse de bienes muebles que no pertenezcan al cónyuge.
- (iii) El error sobre la punibilidad será siempre irrelevante. Saber qué tipo de pena y cuánta pena prevé el tipo penal no es un requisito para inhibirse de realizar el comportamiento. Para ello basta con representarse que concurren los presupuestos materiales que fundamentan la prohibición penal. De ahí que carezca de importancia haber creído que la pena del delito perpetrado era multa cuando en realidad era privativa de libertad. Aun cuando se podría decir que en la decisión delictiva fue determinante la creencia de que la pena era de multa, pues si se hubiese sabido que era de cárcel no se hubiera actuado (por no estar dispuesto a ser privado de la libertad, pero sí a pagar una multa), ese error no recae sobre un aspecto que se exija conocer para decidir

² Cuestión distinta es que los errores en estos casos serán realmente excepcionales, pues las relaciones de parentesco que exige el artículo 208 del CP (cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes, etc.) son tan estrechas que el ámbito del error se reduce considerablemente.

no delinquir. No se trata de una expectativa amparada por el derecho y su conocimiento o desconocimiento es irrelevante.

Por lo mismo, todos los errores que recaen sobre expectativas no amparadas por el derecho son irrelevantes. Equivocarse sobre los requisitos de la «confesión sincera» o del «arrepentimiento activo» (artículo 18 del CP) es siempre irrelevante. En todo caso, el error sobre la punibilidad tendría relevancia en la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, en donde el incentivo para no delinquir dependía de que el sujeto se percate de la amenaza (de la pena).

VII. SUPUESTOS ESPECIALES DE ERROR

1. Error sobre la ley extrapenal que complementa el supuesto de hecho en la ley penal en blanco

1. Estos casos se resuelven según la teoría general del error: en tanto elementos del tipo, el dolo exige conocerlos y el error de tipo supone su desconocimiento. Es así porque el sentido del tipo penal se completa solo si se tiene en cuenta la norma extrapenal o, lo que es lo mismo, la ley extrapenal es también un presupuesto material de la prohibición penal. Por ejemplo, quien captura animales de una especie protegida por la legislación nacional (artículo 308-C del CP) actúa con dolo si sabe que la especie que captura, cuya protección se detalla en una norma administrativa, es una especie protegida y con error de tipo si lo desconoce. Así, si el agente desconoce que el delfín es una especie protegida y captura un ejemplar, incurre en error de tipo. Sin embargo, si se equivoca de especie protegida (confunde un delfín con un caimán blanco), actúa con dolo; pues ha conocido los presupuestos que fundamentan la prohibición. En este caso, debería haberse formado la decisión de omitir el acto al haber comprendido correctamente los presupuestos que fundamentan la protección de animales en peligro.

2. Error sobre el elemento de valoración global

1. Los elementos de valoración global hacen referencia a la ilicitud del comportamiento y, en puridad de términos, no forman parte de las circunstancias fácticas del hecho; pero ello no impide, como se ha venido insistiendo, que lleguen a ser conocidos por el sujeto a consecuencia de la actuación dolosa. En tal medida, en los tipos penales que incorporan elementos de valoración global, el dolo abarcará el conocimiento de los presupuestos de dicha valoración. El error sobre el elemento de valoración global, por tanto, responderá a la regla del error de prohibición. Así, por ejemplo, cuando el artículo 307 del CP sanciona al que «ingrese *ilegalmente* al territorio nacional [...] desechos peligrosos para el ambiente [...]», el dolo de dicho comportamiento se limita al conocimiento de que se introduce al país desechos tóxicos; por lo que el error de tipo consistirá, por ejemplo, en no percatarse de la peligrosidad de los residuos que se ingresan. Que el sujeto suponga que lo hace lícitamente porque cree contar con una autorización administrativa válida, repercute en el conocimiento de la ilicitud.

2. Algún sector de la doctrina sostiene que el desconocimiento de los elementos de valoración global genera error de tipo. Se privilegia la ubicación del elemento de valoración global que aparece descrito en el precepto penal y se asume que, debido a ello, es un elemento del tipo. Sin embargo, se sabe que en el precepto penal se incluyen aspectos que no necesariamente son elementos del tipo, como las condiciones objetivas de punibilidad y el resultado material —en los delitos de resultado—, ni que todos los elementos del tipo se incluyen en él, como sucede con los elementos negativos del tipo o causas de exclusión del injusto que se prevén en la Parte general. Y es correcto que sea así, pues el comportamiento de riesgo penalmente prohibido es el resultado de interpretar el precepto penal como parte de un conjunto de preceptos.

3. Error sobre predicados de valor

1. En el caso de los predicados de valor —como los términos «obsceno» (artículo 183 del CP) y «crueldad» (artículo 108.1 del CP)—, se trata de conocer los presupuestos materiales que dan lugar a esa valoración según la percepción socio-normativa que recoge el derecho, aun cuando para el sujeto no sea así. El error se dará, entonces, cuando el agente ignore la concurrencia de las circunstancias de hecho que generan la valoración. De ahí que, aun cuando el agente crea que los gestos que realiza no son obscenos porque su concepto de obscenidad es más restringido que el que recoge el término «obsceno» en el delito de ofensas al pudor, actuará con dolo si se percata de la concurrencia del hecho que la sociedad valora como obsceno. Lo mismo sucede cuando el asesino mata a la víctima empleando un medio cruel que él, no obstante, califica de compasivo. En estos casos, se está ante un error de subsunción, irrelevante para el derecho penal al no descartar el dolo.

4. Error sobre las llamadas causas de justificación

1. Especiales consideraciones amerita el error sobre las llamadas causas de justificación:

- (i) Según la tesis del dolo, propia del esquema causalista, estos errores serían siempre errores de derecho que conducirían a la imputación del injusto a título de imprudencia (*culpa iuris*).
- (ii) La tesis de la culpabilidad, vinculada al esquema finalista, postula dos soluciones distintas. Por un lado, según la tesis de la *culpabilidad estricta*, los errores que recaen sobre las causas de justificación serían siempre errores de prohibición por ser las causas de justificación situaciones que, al autorizar la realización de un hecho originalmente prohibido, se refieren a la valoración jurídica que recae sobre él. Por otro lado, la tesis de la *culpabilidad restringida* distingue el tratamiento del error en función de

si recae sobre el presupuesto material de la causa de justificación (legítima defensa putativa) o sobre la existencia o límites de la causa de justificación (el anciano del barrio que cree tener derecho a corregir a los traviesos niños como lo tienen sus padres, el padre de familia que cree tener derecho a castigar físicamente a su hijo que ha sido desaprobado de curso escolar). Si bien según los postulados dogmáticos de la teoría de la culpabilidad estos tres casos son errores de prohibición porque recaen sobre una causa de justificación, la variable de la culpabilidad restringida propone aplicar la regla del error de tipo a los casos de error sobre el presupuesto material. Se argumenta sosteniendo que el presupuesto material de la causa de justificación, a pesar de no ser un elemento del tipo, forma parte del supuesto de hecho del delito y no de la valoración jurídica y que, por tanto, al asemejarse a un elemento del tipo, cabe la aplicación de la regla del error de tipo. Los errores sobre la existencia o límites de las causas de justificación serán errores de prohibición según la teoría de la culpabilidad.

2. Lo primero que debe reivindicarse es la intrascendencia de distinguir entre, por un lado, el desconocimiento de la prohibición del hecho con carácter general, supuesto conocido como error de *prohibición directo* (por ejemplo, se desconoce la prohibición de retribuir con un regalo al funcionario público que cumple su deber) y, por otro lado, la creencia errónea de que concurre una causa de justificación que levantaría la prohibición general del acto, supuesto conocido como error de *prohibición indirecto* (por ejemplo, apropiarse del objeto que se ha recibido para arreglar en tanto no se pague los servicios). Esta diferencia solo puede ser admitida por quienes consideran que el tipo penal se compone de elementos positivos y no de elementos negativos (ausencia de causas de exclusión del injusto) y aceptan, en consecuencia, que el derecho penal

puede prohibir un comportamiento con carácter general y autorizar luego su realización de manera excepcional.

En esta obra se asume la posición contraria (*supra* capítulo 2, VI, 1, 2 y VI), conforme a la cual tipicidad y antijuridicidad son sinónimos y el tipo penal se compone de elementos positivos que han de concurrir en el caso concreto y de elementos negativos (causas de exclusión del injusto) que no habrán de concurrir para que el comportamiento se prohíba. Por tanto, las llamadas causas de justificación en realidad nada justifican; solo demuestran que el hecho nunca estuvo prohibido y por tanto que se trata de un comportamiento atípico.

Asimismo, como se adelantó y verá en detalles en el capítulo siguiente, en esta obra se cataloga como causas de exclusión del injusto a lo que la doctrina mayoritaria denomina «causas de justificación», a algunas causas de exculpación e incluso a algunos criterios de imputación objetiva; pues en todos estos casos se advierte un común denominador, referido a que el comportamiento que se realiza no se prohíbe y por tanto es atípico. Son, en realidad, causas de atipicidad. En tal sentido, lo que se diga acerca de los errores sobre las causas de justificación es aplicable al resto de situaciones de atipicidad.

3. La valoración de los errores que recaen sobre las causas de exclusión del injusto debe seguir la línea trazada por la sistemática de la teoría del error. Así:

- (i) Los errores que recaen sobre los *presupuestos materiales de la causa de exclusión del injusto* son errores de tipo porque se desconocen los aspectos materiales sobre los que se sostiene la prohibición penal. Por ejemplo, quien golpea a una persona al creer que agrede a un tercero cuando en realidad se trata de la filmación de la escena de una película. En este caso, si bien el sujeto cree tener derecho a reaccionar en legítima defensa de terceros (artículo 20.3 del CP), su error recae sobre los hechos al haber interpretado equivocadamente que la situación por él divisada era una agresión.

Por tanto, siendo esos hechos (ausencia de una agresión ilegítima que impide reaccionar en legítima defensa) parte del fundamento material de la prohibición de lesionar a terceros (en ausencia de una agresión ilegítima, se prohíbe reaccionar en legítima defensa), el error que recaiga sobre ellos será error de tipo.

- (ii) El error sobre la existencia o sobre los límites de las causas de exclusión del injusto es error de prohibición. En estos casos, la ignorancia o desconocimiento ya no recae sobre el presupuesto material (hechos) que fundamenta la desvaloración penal, sino sobre la ilicitud penal del hecho. Así, por ejemplo, incurre en error sobre los límites de la legítima defensa quien considera tener derecho a seguir golpeando a su agresor después de haberlo neutralizado. Este supuesto de exceso no está cubierto por la legítima defensa, pues el ordenamiento jurídico limita su aplicación para evitar o vencer una agresión ilegítima. En el caso planteado, quien se defiende percibe correctamente que golpea al agresor; pero cree erróneamente que su conducta sigue cubierta por la legítima defensa, incluso después de haber superado la agresión. Lo mismo cabe decir en el ejemplo del anciano que corrige físicamente a los niños traviosos porque cree que existe un derecho análogo a la patria potestad que faculta a los mayores a corregir a los niños.

VIII. MODALIDADES DE ERROR

1. Error sobre el objeto de la acción (error en la persona o en el objeto)

1. Esta modalidad de error consiste en percatarse del sujeto u objeto contra el cual se dirige el accionar, pero no se percibe su identidad. Tiene relevancia cuando la identidad de la persona o del objeto sobre el que recae el comportamiento es tenida en cuenta por el tipo penal. El error de quien

lesiona a su vecino de la acera de enfrente pensando que se trata del vecino de al lado, o el error de quien hurta un electrodoméstico en la creencia que pertenece al dueño de la casa cuando en realidad le pertenece a un amigo de este que se lo había prestado, son ejemplos de errores irrelevantes porque el tipo penal de lesiones (artículo 121 del CP) solo exige conocer que se mata a otro, con independencia de su identidad, así como el tipo de hurto (artículo 185 del CP) solo precisa de la apropiación de un bien mueble ajeno, sin necesidad de que el agente sepa a quién le pertenece.

Por el contrario, ahí donde el tipo penal sí le concede importancia a la identidad, el error sobre ella será relevante. Ello sucede cuando la identidad de la persona o del objeto forma parte del desvalor que expresa el tipo penal. Es lo que ocurre con el parricidio (artículo 107 del CP), en donde el desconocimiento de la identidad de la víctima (desconocer que se trata del padre, por ejemplo) impide la imputación a título de dolo del delito y conduce a la imputación de la modalidad culposa del delito, si estuviese tipificada. Si no fuera este el caso y solo cuando la identidad de la persona o del objeto haya sido incorporada al tipo como circunstancia agravante, podrá imputarse el tipo básico a título de dolo. Rige aquí la regla ya explicada del error sobre la circunstancia agravante. Así, si el hijo no se percata que su víctima es su padre porque cree que es su enemigo, el error sobre la identidad de la víctima determina que el comportamiento sea imprudente; pero, al no existir una modalidad imprudente de parricidio, el comportamiento sería atípico de cara al parricidio. Pero sí sería un comportamiento típico de homicidio simple, ya que el error sobre la identidad no ha impedido que el sujeto se percate de que mataba a otro.

Algunos sostienen que la solución a este caso es afirmar tentativa de homicidio simple en concurso con homicidio imprudente simple; pues entienden que el agente no conoció que mataba a quien mató y, por tanto, no quiso matarla. Sobre el rechazo del elemento volitivo como elemento del dolo no se volverá (en detalle, *supra* capítulo 10, II y IV). Por lo demás, esta solución asume que el homicidio exige conocer la identidad de la víctima, cuando no es así.

2. Por otro lado, si el agente supone erróneamente que su accionar recae sobre alguien o algo que tiene especial protección cuando no es así, el error es irrelevante al no incidir en un elemento objetivo del comportamiento realizado. Cuando el hijo cree que mata a su padre y en realidad dispara contra un tercero, no comete parricidio, sino homicidio simple doloso.

2. *Aberratio ictus*

1. *Aberratio ictus* o «error en el golpe» es aquel en el que se identifica correctamente al objeto sobre el cual recae el comportamiento; pero, debido a un desarrollo equivocado en la ejecución del hecho, se termina causando un resultado sobre otro objeto. El ejemplo más extendido es de quien identifica a su víctima; pero, debido a que la mira de la escopeta se encontraba desviada, dispara y mata a quien se encontraba al costado. No se trata entonces de un error sobre el objeto de la acción; pero sí sobre la lesión o puesta en riesgo de un bien jurídico *distinto* al que planeaba lesionar el autor. Esto es, si se dispara sobre la víctima que se apoya sobre un árbol y la bala se incrusta en el árbol, no podrá afirmarse que el agente se haya equivocado al disparar al árbol o, mejor dicho, no podrá sostenerse que se trata de un error penalmente relevante, en tanto el árbol no es un bien jurídico protegido. En este el comportamiento deberá ser tipificado como tentativa de homicidio.

2. El *aberratio ictus* implica que el comportamiento lesione o ponga en riesgo *otro* bien jurídico. Cuando se envenena el café que el socio debería tomar, pero es ingerido por un cliente, el comportamiento será de tentativa de homicidio (del socio) en concurso ideal (artículo 48 del CP) con homicidio (del cliente). Un sector de la doctrina propone calificar de imprudente el comportamiento realizado en *aberratio ictus*: la muerte del cliente sería un homicidio imprudente. Otro sector sostiene que se trata de único delito consumado: no habrá tentativa de homicidio (del socio), solo homicidio doloso consumado (del cliente). Sin embargo, no existe una única respuesta. Ella depende de las circunstancias del caso:

- (i) Si el envenenar el café es ya un comportamiento de riesgo para la vida de quien muere (cliente) y el sujeto se percató de ello (si se vertió el veneno en la garrafa de café o en una taza que cualquier persona de las presentes pudo elegir), se tratará de un homicidio doloso y, al no existir error, no habrá *aberratio ictus*. Es lo mismo que sucede cuando se dispara sobre quien se encuentra a distancia y rodeado de otras personas, pues el disparo que impacta en cualquier de ellas que, desde una perspectiva *ex ante* era previsible alcanzar, se tratará de un comportamiento doloso.
- (ii) Si se exige que el agente conozca que su comportamiento era de riesgo para el bien jurídico, pero no se percató de ello, la muerte (del cliente) será imputada a título de imprudencia, en concurso ideal con tentativa de homicidio (del socio). Es lo que sucede, en el ejemplo propuesto, si el café fue vertido en el termo que utiliza todo el personal de la oficina; pero el agente creía que se trataba del termo personal de su socio. A diferencia del supuesto anterior, este sí es un caso de *aberratio ictus*. Esta misma regla se aplica en los casos de *aberratio ictus* en defensa: quien se defiende de una agresión y por error dispara a un peatón, comete lesiones culposas en agravio de este.
- (iii) Por último, si no se exige que el agente advierta el riesgo que su comportamiento significaba para el bien jurídico lesionado, se tratará de un hecho atípico. Este, en puridad de términos, tampoco es un caso de *aberratio ictus*.

3. Error sobre el riesgo típico

1. Este error consiste en una falsa representación del proceso causal que genera el resultado. Es el caso de quien arroja a su víctima desde un puente para que muera con el impacto, pero muere de la impresión en plena caída. Más allá que el error sobre el curso causal tenga relevancia

en los delitos de resultado y que en esta obra se entienda que el resultado no forma parte de comportamiento típico y, por lo tanto, al no ser abarcado por el dolo, no existen errores de tipo al respecto, lo cierto es que la problemática que suscitan los errores sobre el curso causal se refiere al comportamiento y a su idoneidad lesiva.

Así, en el ejemplo propuesto, si se acepta, como parece razonable hacerlo, que el riesgo de morir por la impresión al ser arrojado de un puente es inherente al comportamiento de arrojar en esas condiciones, habrá que descartar cualquier error y afirmar un homicidio doloso. Algunos autores hablan aquí de *desviación inesencial del curso causal* y llegan a la conclusión anotada, pero asumiendo que el resultado es imputable objetivamente y calificando al error como «error sobre el curso causal». Sin embargo, en atención al razonamiento expuesto, si bien dicha terminología deja en claro que el error recae sobre la causa del resultado, no expone en su verdadera dimensión la problemática que aborda. Resulta más certero referirse a ella como «error sobre el riesgo típico».

2. El error sobre el riesgo típico será relevante solo cuando el riesgo inherente al comportamiento no haya sido advertido por el sujeto. Tal es el caso de quien propina una serie de cortes a su víctima, pero esta muere a consecuencia de las infecciones contagiadas. En este supuesto, se trata de una tentativa de homicidio. Si además hay que afirmar homicidio imprudente, es algo que depende de si se le exige al agente conocer *ex ante* el riesgo que desencadena el resultado, que en este caso viene determinado por las infecciones contagiadas.

4. *Dolus generalis*

1. Son supuestos particulares de «error sobre el riesgo típico» y se presenta cuando el agente cree haber alcanzado su objetivo, pero en realidad este se produce por un comportamiento posterior. El ejemplo que con mayor frecuencia se emplea para explicar este error es el de quien supone que ha matado a su víctima con un disparo, le arroja al río para esconder el

cadáver y el herido muere ahogado. Nótese que la locución *dolus generalis* no es gratuita: es tributaria de entender que el dolo del sujeto abarca todo el proceso y que se trata de un único delito doloso consumado. En tal medida, al no conducir a la imprudencia, su pertenencia al género *error de tipo* genera dudas. En contra de la solución del *dolus generalis* que entiende que el dolo es general y existe un único comportamiento doloso, podría sostenerse que el dolo, en realidad, abarca solo el primer acto (en el ejemplo, disparar), no el segundo (arrojar el cuerpo al río), y que, en tal medida, habría solo tentativa de homicidio en concurso con homicidio imprudente.

2. Aquí se asume que la solución no depende de si el sujeto se representó o no la forma en que el resultado se produjo, sino de si ese resultado forma parte del riesgo inherente del comportamiento realizado. Se trata, entonces, de establecer una vinculación normativa entre el comportamiento y los riesgos penalmente relevantes que de él se derivan. Lo que se consigue al ser el propio sujeto quien se coloca como instrumento que, en el segundo acto, actúa en error o de manera atípica. Es de aplicación entonces la lógica del *actio libera in causa*: el acto original es ya de riesgo penalmente prohibido porque supone una autoinstrumentalización del agente para lesionar un bien jurídico que se da en el segundo acto. Se trata, por tanto, de un único hecho doloso y no de un supuesto de error.

3. Algo similar sucede con los casos de consumación prematura, en los cuales el delito se consuma antes de lo que el sujeto previó. Quien con dolo de matar ahoga a su víctima, pero para lograrlo le golpea la cabeza, muriendo por la lesión, incurre en homicidio doloso consumado en la medida en que haya conocido el riesgo que el golpe representaba para la vida. Si no lo conoce, habrá concurso entre homicidio culposo y tentativa de homicidio.

IX. LA REGULACIÓN DEL ERROR EN EL ARTÍCULO 14 DEL CP

El artículo 14 del CP distingue entre error de tipo y error de prohibición. Sobre el primero se ha dicho ya suficiente como para interpretar el texto legal, restando solamente estudiar el error de tipo cuando recae sobre elementos esenciales y accidentales. Sobre el error de prohibición se volverá.

1. Error sobre elementos esenciales y accidentales

1. La fórmula legal del primer párrafo del artículo 14 del CP prevé que el error de tipo puede recaer no solo sobre elementos del tipo penal, sino también sobre circunstancias que agravan la pena. Esta distinción es confusa y la redacción errónea: las circunstancias que agravan la pena que pertenecen al injusto son elementos del tipo penal y el error que puedan generar está ya incluido en la locución «error sobre elementos del tipo».

2. El tratamiento del error sobre elementos esenciales no ofrece mayor problema. Al tratarse de elementos constitutivos del injusto, su desconocimiento excluye el dolo y da lugar a la imputación del injusto a título de imprudencia si la ley prevé dicha modalidad. Sin embargo, con los elementos accidentales el análisis es más delicado. Por un lado, si se trata de elementos accidentales que agravan la pena (circunstancias agravantes del tipo), el error que recae sobre ellos impide la imputación dolosa de la circunstancia agravante, pero deja intacta su imputación imprudente si existiese tal modalidad en la ley o, en su defecto, conduce a la imputación dolosa del tipo básico.

Así, el hijo que mata a su padre en la creencia de que se trata de un tercero, no comete parricidio doloso (artículo 197 del CP) y, como no existe una modalidad imprudente de parricidio, se le imputa el delito de homicidio doloso. Esta solución viene impuesta por la propia naturaleza de las circunstancias agravantes del tipo, ya que son elementos que *se añaden* al tipo básico conformado por los elementos esenciales. Por tanto, el error sobre ellas no influye en el conocimiento de los elementos esenciales: el hijo no sabe que mata a su padre, pero sí sabe que mata a otra persona.

3. Por otro lado, el error en los elementos accidentales que atenúan la pena (circunstancias atenuantes del tipo) no se encuentra previsto en la regulación actual. Si bien esta situación ha sido superada en el artículo 14 del ALRCP de 2009 —que señala que el error de tipo se da «sobre un elemento del tipo penal o sobre una circunstancia que agrave o *atenúa* la pena»—, razones de justicia material, así como un correcto entendimiento del principio de culpabilidad, indican que ya *de lege data* debe diferenciarse entre los tipos atenuados —que *añaden* circunstancias atenuantes al tipo básico de los tipos atenuados que *sustraen* elementos constitutivos del tipo básico—. El error de tipo sobre elementos atenuantes solo se admitirá en el primero de los casos. Si los elementos atenuantes del tipo no son conocidos por el sujeto, no existe razón alguna que sustente su imputación ni que se le beneficie con la reducción de la pena. Si el agente no se percató de la concurrencia de la circunstancia atenuante, la situación que él se representa y frente a la cual la motivación normativa ha sido insuficiente es la que objetivamente se describe el tipo básico y no el atenuado. Así, por ejemplo, no tiene sentido imputar el aborto eugenésico doloso (artículo 120.2 del CP) a la mujer que aborta *sin conocer* que el feto que engendra conllevará al nacer graves taras físicas o psíquicas y que ello haya sido diagnosticado por un médico. En este caso, se imputará el tipo básico doloso, ya que la circunstancia atenuante no ha sido percibida (representada) por el sujeto. Tanto las circunstancias agravantes como las atenuantes del tipo despliegan efectos jurídicos solo si concurren y, además, cuando el sujeto las percibe correctamente.

Algunos autores sostienen que el error sobre circunstancias atenuantes da lugar a tentativa del tipo atenuado. Sin embargo, si la tentativa es iniciar la ejecución de un delito (doloso), el desconocimiento del sentido del tipo atenuado impedirá que se inicie su ejecución.

4. Distinto es el caso de la representación errónea de los elementos accidentales. En principio, rige aquí la regla de que ahí donde el agente supone que concurren las circunstancias agravantes o atenuantes del tipo,

solo cabe imputar el tipo básico, siendo este un supuesto de «error al revés», lo es también de delito imposible —respecto del tipo agravado o atenuado—. La suposición errónea de elementos atenuantes no conduce siempre y en todos los casos a aplicar el tipo básico doloso. En muchos casos, la representación mental del sujeto que cree que concurre la circunstancia atenuante no se corresponde plenamente con el supuesto de hecho que prevé el tipo básico; pues si el dolo es el conocimiento del sentido de los presupuestos materiales del tipo penal, no es lo mismo creer que se está frente a un aborto eugenésico que ante uno no eugenésico. O, dicho en otras palabras, cuando se cree abortar en una situación eugenésica, se sabe que se aborta; pero el *sentido jurídico penal* del aborto doloso en el tipo básico (artículo 114 del CP) es el de realizar un comportamiento de riesgo penal para el feto sin que existan motivos que puedan atenuar la responsabilidad. Aquí, el error cambia la valoración del comportamiento e impide la imputación del tipo atenuado a título de dolo; pero descarta también la atribución del tipo básico a título de dolo.

La regla entonces reza: solo cuando la representación equivocada de la circunstancia atenuante del tipo no altere la representación del sentido del tipo básico (el dolo que exige el tipo básico), será posible imputar todavía el tipo básico a título de dolo. En caso contrario, solo podrá imputarse a título de imprudencia, en la medida en que las modalidades culposas del tipo atenuado o básico se encuentren previstas por la ley.

2. Error de prohibición

1. A partir de la regla general en cuya virtud el dolo brinda los insumos necesarios para conocer la ilicitud penal del comportamiento (llamada la atención), se volverá ahora sobre la necesaria diferenciación entre la exigencia de conocer la ilicitud penal y el efectivo conocimiento de la ilicitud penal y se analizará ahora la ubicación sistemática del error de prohibición y los casos más relevantes.

2. Como se ha dicho, la exigencia de conocer la ilicitud penal es un presupuesto de la tipicidad exigible por regla general a toda persona capaz en derecho penal. Por tanto, dado que el error de prohibición no elimina la tipicidad, tampoco será necesario que el sujeto la conozca para calificar su comportamiento de típico. Sin embargo, el grado de conocimiento de la ilicitud sí afecta al reproche que recae sobre el injusto; pues sin duda es más grave realizar el comportamiento de riesgo cuando el sujeto se percató de que está prohibido que perpetrarlo cuando se ignora.

En tal medida, la regla del artículo 14 del CP, conforme a la cual el error sobre la ilicitud del hecho atenúa la pena, es correcta. Es más, dado que se trata de una regla de individualización de la pena, su ubicación en el texto legal debería ser el artículo 46 como circunstancia atenuante de la pena en los delitos dolosos; pues en los imprudentes, por propia definición, el sujeto desconocerá la ilicitud penal y no tendría sentido contemplar una regla que pondere la pena en los delitos imprudentes a partir de un elemento constitutivo de todas las infracciones imprudentes.

3. El error de prohibición recae sobre la *ilicitud penal* del comportamiento. No basta con que el sujeto se represente mentalmente la *prohibición general* del hecho. Así, por ejemplo, quien sabe que el comportamiento que realiza es infracción administrativa, pero ignora que es también delito. Que el error de prohibición verse sobre la ilicitud penal se deriva, por un lado, de la diferencia entre injusto penal e injusto administrativo y, por otro lado, que el reproche que ayuda a graduar el conocimiento de la ilicitud es *reproche penal*.

4. Con todo, los casos de error de prohibición serán muy poco frecuentes. No otra cosa se deduce de que el conocimiento de la ilicitud se deriva del conocimiento de los elementos materiales que fundamentan la prohibición penal (dolo). En esta línea, es posible identificar dos supuestos prototípicos de error de prohibición:

- (i) Cuando empieza a regir una ley que tipifica comportamientos que tradicionalmente han sido considerados de riesgo permitido, así, por ejemplo, reducir la edad para consentir válidamente participar en actos de contenido sexual. Lo mismo acontece cuando uno se traslada a otro país sin saber que ciertos comportamientos que rutinariamente realiza en su patria son punibles; así, por ejemplo, el consumo personal de drogas, que es un comportamiento atípico en el Perú, es delito en algunos países centroamericanos.
- (ii) El error sobre la ilicitud penal en el derecho penal económico y en especial en ámbitos en que la ilicitud penal se construye a partir de la integración de normas sectoriales.

CAPÍTULO 13

CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO

Sumario: I. Planteamiento general. II. Causas de exclusión del injusto contempladas expresamente en la ley. 1. El criterio del ámbito de protección de la norma como criterio rector. 2. Distintas manifestaciones del ámbito de protección de la norma. a) Competencia de la propia víctima. b) Comportamientos neutrales. c) Prohibición de regreso. III. Causas de exclusión del injusto regulas en la ley. 1. Consentimiento. a) El consentimiento como expresión de la autodeterminación. b) Consentimiento y acuerdo. c) Fundamento del consentimiento. d) ¿Consentimiento como atenuante? e) Presupuestos y requisito del consentimiento. f) Consentimiento presunto. 2. Legítima defensa. a) Concepto, efectos y modalidades. b) Requisitos. b.1. Agresión ilegítima. b.2. Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. b.3. Falta de provocación suficiente por parte de quien hace la defensa. 3. Estado de necesidad. a) Concepto y modalidades. b) Condiciones del estado de necesidad como causa de exclusión del injusto. b.1. Que el peligro sea grave, actual e insuperable. b.2. Que no se tenga el deber de garante de enfrentar el peligro. b.3. Que el comportamiento esté destinado a evitar un mal mayor o igual al que se pretende evitar. 4. Obrar por disposición de la ley o en cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20.8 del CP). a) Naturaleza jurídica. b) Las fuentes del deber y del derecho. c) El ejercicio legítimo de un derecho como causa general de exclusión del injusto. 5. Obediencia debida. a) Ámbito de aplicación. b) Naturaleza jurídica. c) La validez de la orden. d) Tratamiento jurídico de órdenes ilícitas. 6. Coacción y miedo insuperable.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. A partir de las reflexiones expuestas a lo largo de esta obra, debe quedar claro que el empleo de alguna de las circunstancias que descargan de responsabilidad penal, denominadas usualmente «causas de atipicidad», «causas de justificación» y «causas de exculpación» en atención a la categoría del delito a la cual afectan, necesariamente han de venir precedidas por la atribución de responsabilidad penal; esto es, por la constatación en el caso concreto de que se ha incurrido en un delito y se es responsable por él. De otra forma, la terminología tradicional sería confusa, pues no tendría sentido que el derecho justifique aquello que no es antijurídico ni que exculpe a quien no es culpable. Sin embargo, al menos según la metodología que aquí se sigue, *esa* forma de proceder confronta con el hecho de que la única forma de afirmar que el sujeto no es responsable penalmente es porque no ha realizado un comportamiento de riesgo penalmente prohibido y no que, habiéndolo realizado en un principio, luego, por la concurrencia de circunstancias, se desvanece.

Por otro lado, dado que en esta obra se asume que tipicidad y antijuridicidad se fundan en una única categoría denominada «injusto», no se distingue entre causas de atipicidad y causas de justificación: todas son por igual causas de exclusión del injusto. Las llamadas causas de inimputabilidad han sido catalogadas como causas de incapacidad penal y estudiadas en el capítulo 6.

2. Si se aceptan las ideas expuestas en el párrafo anterior, debería admitirse también que podría prescindirse del estudio de las causas de exclusión del injusto; pues los criterios y conceptos que legitiman la atribución de responsabilidad, por lógica inferencia, deben ser los mismos criterios y conceptos que legitimen la *descarga* de responsabilidad penal. En otras palabras, la presencia de alguna causa de exclusión del injusto solo demostrará la no concurrencia, en el caso concreto, de los presupuestos y elementos del delito. Desde este punto de vista, cabe afirmar que la

regulación legal de las causas de exclusión del injusto que dispensa el CP es declarativa.

Sin embargo, por razones pedagógicas se estudiarán las causas de exclusión del injusto y se cerrará así el círculo de la argumentación para la atribución (y por tanto también para la descarga) de responsabilidad penal.

3. Debe llamarse la atención acerca de que no todas las causas de exclusión del injusto se regulan en la ley; pero ello no es un obstáculo para su admisión, ya que las reglas de imputación de responsabilidad penal que prevé el libro primero del CP (por ejemplo, reglas sobre dolo, imprudencia, autoría y participación, error, tentativa, concursos de delitos, etc.) tienen que ser interpretadas y dotadas de contenido y es en dicha interpretación en donde se identifican los elementos constitutivos del delito cuya no concurrencia da lugar a las causas de exclusión del injusto.

Dicho con otras palabras, cuando el Código Penal señala, en su artículo 11, que «son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas y culposas penadas por la ley», deja al intérprete la labor de añadir al concepto de delito otras características distintas al dolo y la culpa (téngase en cuenta que el CP, acertadamente, ni siquiera define al dolo y a la culpa). Se trata entonces de construir el concepto de riesgo prohibido con arreglo a los valores constitucionales o, expresado de otra manera, de responder a la interrogante acerca de los elementos que ha de tener el comportamiento de riesgo para que su prohibición resulte *legítima* en un sistema que privilegia el desarrollo de las libertades como mecanismo del desarrollo de la personalidad en sociedad. Y, por lo mismo, la fundamentación de las causas de exclusión del injusto deberá seguir el mismo razonamiento.

4. Las causas de exclusión del injusto que no se contemplan expresamente en la ley son las que se conocen como criterios de *imputación objetiva* (competencia de la propia víctima, principio de confianza, comportamientos neutrales, prohibición de regreso, ámbito de protección de la norma, etc.). A pesar que sigue abierta la discusión en doctrina acerca de cuáles han de ser estos criterios, así como sigue latente la controversia

acerca de si excluyen el riesgo típico del comportamiento (imputación objetiva del comportamiento), el resultado típico (imputación objetiva del resultado) o ambos, su razón de ser goza de amplia aceptación doctrinal y jurisprudencial; lo que ha permitido que los criterios de imputación objetiva alcancen un elevado nivel de fundamentación como circunstancias de exclusión de la tipicidad.

Otras causas de exclusión del injusto sí se prevén en la ley; lo que no significa que dicha regulación condicione su naturaleza jurídica, interpretación y aplicación, ni que deje de ser constitutiva. Las causas de exclusión del injusto prevista por la ley son: la legítima defensa (artículo 20.3 del CP), el estado de necesidad (artículos 20.4 y 20.5 del CP), cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20.8 del CP) y consentimiento (artículo 20.10 del CP). La obediencia debida (artículo 20.9 del CP) es inconstitucional y, a pesar de estar prevista en la ley, según los presupuestos constitucionales que se respetan en esta obra, es inaplicable. El denominado «error invencible», de tipo y de prohibición (primer párrafo del artículo 14 del CP), es también una causa de exclusión del injusto (presupuesto de atipicidad) que ya se estudió (*supra* capítulo 12, V).

5. Por lo demás, como se verá al hilo de la explicación, en muchos supuestos concurrirán dos o más criterios que indicarán que el riesgo no es desaprobado o que, siendo desaprobado en ámbitos prepenales (por el derecho administrativo, por ejemplo), no es típico o, que siendo típico, no es competencia del sujeto que lo causa. Estas situaciones, tan frecuentes que pasan inadvertidas, no deben resultar extrañas en tanto que todas las circunstancias de exclusión del injusto comparten el común denominador de desprenderse del principio general de la creación desaprobada del riesgo como criterio rector del comportamiento típico y, por lo tanto, todas ellas acarrear la atipicidad del hecho. No son excluyentes entre sí.

Los criterios que excluyen la creación desaprobada de un riesgo rigen tanto para los comportamientos activos como para los omisivos; pues en

ambos casos se trata del deber que asume el sujeto frente al riesgo con independencia de si él lo ha causado o se trata de un curso causal generado por la naturaleza o un tercero.

II. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO CONTEMPLADAS EXPRESAMENTE EN LA LEY

1. El criterio del ámbito de protección de la norma como criterio rector

1. Las causas de exclusión del injusto que no contempla expresamente la ley, conocidas como *criterios de imputación objetiva*, se derivan de la sistemática que sigue la teoría del delito y, en particular, de la idea del ámbito de protección de la norma. Esta idea, que en el fondo reivindica la interpretación teleológica de la ley, descartar la creación de un riesgo típico cuando el comportamiento genera resultados que no son los que la norma pretende evitar (Gimbernat).

Así, por ejemplo, cuando el dueño de un departamento organiza una fiesta en la que el volumen de la música supera largamente los decibeles permitidos por la Municipalidad y eso genera hipersensibilidad y disminución de la capacidad auditiva a la anciana vecina, el criterio del ámbito de protección de la norma descarta que el organizador de la fiesta haya creado un riesgo típico para la salud de la vecina porque, no obstante haber infringido la norma administrativa que regula la cantidad de decibeles permitidos, la razón de ser de dicha regulación es que se respete un horario de descanso y no evitar problemas de sordera. La norma penal que prohíbe comportamientos de riesgo penalmente relevantes para la integridad no impide organizar fiestas a volumen indebido. Así también, no se realiza un comportamiento típico para la vida cuando el propietario de un coche lo estaciona en medio de la pista impidiendo el paso de la ambulancia que trasporta al herido y este muere porque no llega al hospital a tiempo.

2. Con el criterio de ámbito de protección de la norma, se pondera la justa distribución de libertades: ¿cuánta libertad es legítimo restringir en el caso concreto para garantizar la libertad de actuación? Es, por tanto, la plasmación más perfecta de la interpretación de la ley que tenga en cuenta las finalidades del derecho penal. Como tal, el criterio de ámbito de protección de la norma excluye el riesgo prohibido y no, como podría pensarse a primera vista, la imputación del resultado lesivo al comportamiento. Ello no solo sería incompatible con la idea que aquí se defiende, en virtud de la cual el resultado no forma parte del delito; sino que, además, para descartar la imputación del resultado, antes debería afirmarse que se está en presencia de un comportamiento de riesgo prohibido; riesgo permitido que el criterio de ámbito de protección de la norma precisamente excluye.

2. Distintas manifestaciones del ámbito de protección de la norma

A partir del criterio de ámbito de protección de la norma, es posible sistematizar grupos de casos en los que el mencionado criterio se manifiesta con ciertas particularidades.

a) Competencia de la propia víctima

1. La idea sobre la que descansa el postulado de la «competencia de la propia víctima» es el principio de autorresponsabilidad: el sujeto es el primer responsable por procurarse seguridad haciendo uso de las herramientas que el sistema jurídico pone a su disposición. Aquí es irrelevante si se trata de los llamados «deberes de aseguramiento» o de los «deberes por asunción»; pues ambos casos son reconducibles al mismo origen, que es el deber que tiene el sujeto por organizar su propia esfera de actuación de manera tal que de ella no surjan riesgos para terceros. Y si el riesgo lo padece quien lo creó, en puridad de términos no es correcto calificarlo de prohibido; pues el ordenamiento jurídico permite que el titular de un bien jurídico disponga de él en tanto no perturbe la libertad de terceros.

Por ejemplo, quien es atropellado al cruzar la carretera pudiendo y debiendo utilizar el puente peatonal. En este supuesto, en la medida en que el sujeto expresa con su comportamiento que asume libremente las consecuencias negativas y positivas que de él se deriven, el riesgo creado es atípico.

2. Por lo tanto, será errado considerar al afectado como víctima del hecho al ser él el competente por evitarlo. En este caso, los daños que recaen sobre sus bienes son jurídico-penalmente irrelevantes, al tener todos el derecho de colocarlos en situación de peligro. En tal medida, si el comportamiento del tercero que contribuye a la causación del resultado lesivo es un comportamiento permitido (quien conduce respetando las reglas de tráfico y atropella al peatón que no utiliza el puente), desde el punto de vista jurídico-penal debe ser visto solo como un suceso causal.

3. A partir de lo anterior, se deduce que, en los casos de competencia de la propia víctima, el comportamiento del afectado con el cual expresa que es garante por evitar el riesgo (injerencia) ha de ser un acto *libre, autónomo y responsable*; para lo cual debe cumplir con ciertas características: (i) no debe ser un acto realizado bajo amenaza, coacción u otra forma que doblegue su voluntad; (ii) no ha de ser un acto realizado en estado de error generado por un tercero; (iii) no debe existir un garante que tenga por deber evitar que el sujeto se coloque a sí mismo en peligro (por ejemplo, infantes o personas incapaces de valerse por sí mismas).

4. Como se podrá observar, el criterio de la competencia de la propia víctima se ubica, desarrolla y explica como elemento del comportamiento típico. En efecto, al estudiar en el capítulo 8 la competencia por el riesgo típico (posición de garante), se dijo que el comportamiento típico es un juicio en el que la situación de riesgo para el bien jurídico penalmente protegido se atribuye a quien previamente se había comprometido a evitarlo (garante). Por tanto, en los casos de competencia de la propia víctima, deberá aplicarse la regla general de las posiciones de garante: el compromiso de evitar una situación de riesgo no distingue la fuente

del riesgo, pudiendo ser uno mismo; pero, si no existe una situación de riesgo prohibido (las autopuestas en riesgo son permitidas), nada hay que reprochar al garante.

b) Comportamientos neutrales

1. Bajo esta rúbrica se ubican los comportamientos atípicos que contribuyen causalmente a la producción del daño generado por un tercero. La venta de la pistola o del veneno para roedores que es utilizada luego por el comprador para perpetrar un homicidio, o la venta del destornillador por parte del ferretero que es empleado luego por el comprador para matar a su esposa, son casos en los que el acto *atípico* (vender bienes de lícito comercio) es aprovechado por un tercero para crear (él) un riesgo típico. La locución «comportamiento neutral» es bastante gráfica en cuanto a su significado: se refiere a actos jurídicamente neutrales de cara a la creación del riesgo porque forman parte de la actividad regular y legal de una profesión, cargo u oficio y son aceptados y fomentados por la sociedad.

2. Los conflictos surgen a la hora de establecer los límites del comportamiento neutral frente al comportamiento típico. Si el armero conoce que el cliente requiere la pistola para perpetrar asaltos, ¿realiza un comportamiento típico si se la vende y el cliente lleva a cabo el delito? El problema, sin embargo, debe ser formulado en otros términos: ¿es *competente* el armero para garantizar que las armas que vende sean utilizadas lícitamente? Así planteado, se prescinde del conocimiento que pueda tener el sujeto y se es coherente con que el conocimiento que se pueda tener sobre la existencia de un riesgo típico no convierte al sujeto en garante por evitarlo. De no ser así, por ejemplo, todos seríamos responsables de los delitos contra la propiedad intelectual (piratería) que sabemos se comenten en determinadas zonas de la ciudad.

Por el contrario, la competencia se determina sobre la base del significado sacionormativo del acto (en el ejemplo planteado, el de vender un arma). Si el ordenamiento jurídico regula la adquisición de armas,

quien las vende respetando los requisitos para hacerlo (el comprador es mayor de edad, tiene licencia, etc.) realiza un comportamiento lícito al actuar dentro de los límites de libertad que el sistema jurídico garantiza a quien se desempeña como armero. Los resultados lesivos que a partir de ahí puedan derivarse por el mal uso del objeto que lícitamente vende, le son ajenos. *A contrario sensu*, vender a un menor de diez años veneno para roedores no es un comportamiento neutral y se podrá responder si el menor se intoxica.

3. En algunas ocasiones, el significado sacionormativo del acto puede tomar en cuenta que se advierta que el único sentido posible que tiene el hecho es el de contribuir con un delito. Cuando en la tienda de armas un cliente amenaza de muerte a su esposa, a quien tiene además agarrada por el cuello y a quien ha proferido ya una serie de heridas, y le solicita al armero que le venda una pistola para cumplir su amenaza y el armero le entrega la pistola, no parece que pueda seguir afirmándose que el comportamiento del armero expresa un acto propio de su oficio. Si bien ha vendido una pistola, la *inminencia* de la lesión y la certeza de que el arma sería utilizada *solo* para delinquir, le otorgan al acto un sentido ilícito: en este caso, la venta del arma constituye un verdadero comportamiento típico contra la vida.

c) Prohibición de regreso

1. Son muchas las acepciones de la prohibición de regreso. Aquí se adopta aquella en cuya virtud el comportamiento de una persona no debe ser juzgado teniendo en cuenta el aprovechamiento que de él hace un tercero para realizar un delito. A diferencia de los supuestos de comportamiento neutral, en la prohibición de regreso el comportamiento que es aprovechado por un tercero es típico, normalmente imprudente, aunque puede ser también doloso. Así, la virtud que tiene el criterio de la prohibición de regreso es impedir que el sentido original del acto ilícito (por ejemplo, lesiones imprudentes) sea alterado por terceras personas.

2. Sucede así en el conocido ejemplo en que se lesiona imprudentemente a otra persona (lesiones imprudentes) y cuando la víctima es trasladada al hospital muere en el accidente que provoca el chofer de la ambulancia por manejar en estado etílico. El sentido original del comportamiento de quien lesionó, si bien es ilícito, es *solo* de un riesgo para la integridad psicofísica, aun cuando, a consecuencia de ese curso causal, la víctima haya muerto. El riesgo para la vida ha sido creado de manera desaprobada por el chofer de la ambulancia y, como tal, le compete *solo* a él. Prohibición de regreso, entonces, porque no cabe regresar hacia atrás para imputar responsabilidad penal o modificar la ya existente por los riesgos que competen a otras personas, aun cuando se haya participado causalmente en la producción del resultado.

III. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO REGULADAS EN LA LEY

1. Consentimiento

a) El consentimiento como expresión de la autodeterminación

1. La problemática que rodea al consentimiento está íntimamente ligada a los efectos que el derecho penal reconozca a la decisión del titular de un bien jurídico de disponer de él. La discusión, así planteada, debería discurrir por el sendero que marca la Constitución: siendo que en su artículo 2.1 se reconoce el derecho fundamental a la identidad y el libre desarrollo de la personalidad, no existen inconvenientes para admitir que, si la decisión de disponer del bien jurídico por parte de su titular es voluntaria, en el sentido de que no está condicionada por algún tipo de coacción o error, quien contribuye a realizar dicha voluntad no realiza un comportamiento de riesgo prohibido; sino que, por el contrario, actúa de conformidad con el derecho al respetar y contribuir con la libre autodeterminación del titular del bien jurídico.

Afirmar lo contrario e imponer límites al consentimiento, implicaría, por un lado, negarle a la persona su condición de sujeto responsable frente a sus actos y poner en tela de juicio su derecho a la autodeterminación;

y, por otro lado, legitimaría un modelo de Estado paternalista que solo permitiría al sujeto desarrollar su personalidad en la medida en que se condiga con la imagen que el Estado ha trazado de dicha personalidad. El consentimiento es, pues, una institución constitucional.

2. Por ejemplo, quien destruye un cuadro o un jarrón con la autorización de su dueño, no realiza ningún comportamiento de riesgo prohibido para el patrimonio. Tampoco se lesiona la integridad psicofísica cuando el médico practica una cirugía estética y extirpa alguna parte del cuerpo del paciente que voluntariamente se sometió a la operación. Llevado este razonamiento al extremo, ha de aceptarse incluso que cuando se dispone voluntariamente de bienes jurídicos tan personales como la vida, el derecho penal tiene que permanecer al margen: la muerte, en este caso, es expresión de la decisión libre del sujeto. No otra cosa se afirma cuando se trata de un suicidio. Que la voluntad (en este caso la muerte) haya sido ejecutada por alguien distinto a quien toma la decisión, no debería alterar el razonamiento que se sigue cuando se trata de una decisión libre. En todo caso, la discusión sobre el consentimiento debería centrarse en sus requisitos; es decir, en las condiciones que han de comprobarse para afirmar que se está frente a una decisión libre que forma parte del derecho a la autodeterminación.

b) Consentimiento y acuerdo

1. Sin embargo, el punto de vista descrito no domina la discusión actual. Por el contrario, es usual encontrar en la literatura científica opiniones que distinguen entre acuerdo (*Einverständnis*) y consentimiento (*Einwilligung*). El acuerdo sería un elemento descrito expresamente en el precepto penal que exigiría al autor actuar contra la voluntad del sujeto pasivo, de suerte tal que, si este acepta la actuación, no se lesionaría el bien jurídico. Por ejemplo, el delito de violación de domicilio (artículo 159 del CP) que exige penetrar o permanecer en morada ajena sin derecho: cuando el titular de la vivienda acepta la presencia de quien ingresa, no se vulneraría el bien jurídico. Lo mismo sucedería con el delito de violación

de la correspondencia (artículo 161 del CP) y con el de violación de la libertad sexual (artículo 170 del CP), en la cual, si la víctima acepta voluntariamente participar en el acto, no se vulneraría su libertad sexual. La consecuencia jurídica del acuerdo sería la atipicidad del comportamiento por ausencia de un elemento típico que requiere el precepto penal, que es, precisamente, actuar contra la voluntad de la víctima.

2. El consentimiento, por su parte, se daría en los casos en los que el texto legal del delito no exige que el comportamiento se realice contra la voluntad de la víctima y el bien jurídico sea de libre disponibilidad. Ello sucedería, por ejemplo, en el delito de daños (artículo 205 del CP), que sanciona por destruir total o parcialmente un bien ajeno sin mencionar que la destrucción del objeto ha de ser contraria a la voluntad de su dueño. En el consentimiento se requeriría, además, que el bien jurídico sea de libre disposición; lo que conduce a afirmar a un grueso sector de la doctrina que en el consentimiento no impediría la lesión del bien jurídico y solo la justificaría. Así, en el caso del delito de daños planteado, la destrucción del objeto con el consentimiento de su dueño no evitaría el daño al patrimonio; solo lo justificaría.

3. Frente a la distinción entre acuerdo y consentimiento a partir de la *forma* cómo ha sido redactado el precepto penal, cabe objetar:

- (i) En primer lugar, como se ha visto (*supra* capítulo 1, V, 2 y capítulo 7, I), el comportamiento de riesgo prohibido es la intromisión *no autorizada* en la esfera de libertad del titular de un bien jurídico. De manera que, si el titular autoriza válidamente la intromisión, no existe razón alguna para sostener que se está frente a un comportamiento de riesgo prohibido. Expresado en otras palabras, que el precepto penal prevea o no que el comportamiento ha de ser realizado contra la voluntad del titular del bien jurídico, es solo una cuestión de estilo que ni condiciona ni relaja que la contradicción a la autodeterminación del titular del bien jurídico se exija siempre como elemento común a toda prohibición penal.

- (ii) En segundo lugar, la tesis que distingue entre acuerdo y consentimiento confunde al bien jurídico penal con el objeto material en el cual se representa. Cuando el propietario del vehículo autoriza su destrucción, lo único que se lesiona es el objeto material (el vehículo), pero no el bien jurídico (la libertad patrimonial). En lo que le interesa al derecho penal, que un tercero destruya el vehículo con el consentimiento del titular es exactamente igual a que si es el dueño quien lo destruye. El tratamiento que el derecho penal dispensa al derecho de las personas a disponer de los bienes de los cuales son titulares, no puede depender de los efectos materiales o naturalísticos.

4. Lo señalado en los párrafos anteriores rechaza la diferencia entre acuerdo y consentimiento y postula que la autodeterminación del sujeto, en un sistema jurídico que le encomiende al derecho penal el fomento y protección de libertades ciudadanas, conlleva que los comportamientos respetuosos de la voluntad sean siempre ajustados a derecho, con independencia de quién lo lleva a cabo.

c) Fundamento del consentimiento

1. Para explicar el fundamento del consentimiento, la doctrina suele invocar la tesis de la renuncia a la protección del bien jurídico y la tesis de la ponderación de intereses. Según la primera, el consentimiento no evitaría la lesión del bien jurídico; sino, tan solo, haría desaparecer la necesidad de sancionar penalmente dicha lesión. Para la segunda, se trataría de un conflicto entre la protección que se le otorga al bien jurídico y el derecho del titular a disponer de él.

2. Ambas teorías parten de concepciones que no se comparten. Cuando se ejercita la autodeterminación y el derecho a desarrollar la personalidad, no se renuncia a protección alguna; por el contrario, la protección jurídica continúa. Solo así es posible entender que la decisión del sujeto de disponer

del bien jurídico debe ser tutelada por el derecho. Dicho con un ejemplo, la decisión del paciente de someterse a una operación de cirugía estética no solo legitima la intervención del médico y hace que la modificación de la morfología del cuerpo sea un comportamiento totalmente irrelevante para el derecho. Además y previamente a ello, con el consentimiento se exige al ordenamiento jurídico que tutele el derecho que todos tenemos a realizar nuestra voluntad: nadie debería interferir en la operación ni impedirla. Por esa razón, la intervención de la autoridad carcelaria para evitar la muerte por inanición de quien realiza huelga de hambre es ilegítima.

Por las mismas razones, en los casos de consentimiento no es necesario llegar a ponderar intereses, pues ello presupondría la existencia de dos (o más) intereses en conflicto que, en el caso en concreto, merecerían tutela jurídica; situación que no concurre dado que lo único que sigue mereciendo protección jurídica es la decisión libre del sujeto.

d) ¿Consentimiento como atenuante?

1. En algunas ocasiones, la ley ha previsto al consentimiento como circunstancia atenuante y no como eximente de responsabilidad. Es el caso del, así denominado, aborto consentido (artículo 115 del CP). Este tipo de disposiciones parece responder a la idea de que, al ser el derecho penal parte del derecho público, el consentimiento no tendría que eximir siempre y en todos los casos de responsabilidad penal; ya que, en algunas ocasiones, la dimensión colectiva del bien jurídico (individual) obligaría a protegerlo aun cuando su titular haya expresado una decisión contraria. Sin embargo, sin negar que en algunas ocasiones existe un interés colectivo que recae sobre el interés particular, ya se vio que, tratándose de decisiones libres que expresan la autodeterminación del sujeto, cualquier acto que no respete dicha decisión, incluso cuando se trate de un acto estatal, debe ser visto como una intromisión ilegítima en el derecho a desarrollar libremente la personalidad.

2. Descartado lo anterior, la explicación del consentimiento como circunstancia atenuante deberá encontrarse en otro lugar y habrá de ser compatible con la autodeterminación. Para decirlo con el ejemplo del aborto consentido: la razón por la cual la madre no está legitimada para consentir sobre la vida del feto nada tiene que ver con que se tipifique el delito de aborto (artículos 114 y ss. del CP), sino con que ella no es titular de dicha vida; pero al ser titular de su integridad, sí puede someterse a una operación. La atenuación, entonces, se explica porque el consentimiento recae sobre un bien jurídico que el titular dispone (integridad), pero deja intacto el desvalor que recae sobre el comportamiento de riesgo para la vida del feto.

e) Presupuestos y requisito del consentimiento

1. El artículo 20.10 del CP, sin embargo, regula el consentimiento y dispone que «está exento de responsabilidad el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición». Parecería que, cuando el artículo 20.10 del CP exige que el consentimiento ha de recaer sobre un bien jurídico de libre disposición, limitaría la facultad del sujeto para disponer de algunos bienes jurídicos que, como la vida, resultan fundamentales para su desarrollo. Esta es, de hecho, la lectura que se impone en doctrina y jurisprudencia. Empero, sin perjuicio de profundizar luego en este planteamiento, una interpretación del artículo 20.10 del CP, de conformidad con el derecho a la autodeterminación, indica que los bienes jurídicos indisponibles no son bienes jurídicos individuales —frente a los cuales cualquier restricción a la autodeterminación sería inconstitucional—; sino bienes jurídicos colectivos que, como el medioambiente, no le pertenecen exclusivamente al sujeto. En estos casos, la disposición del bien jurídico colectivo implicaría que sus titulares (la sociedad) se pusieran de acuerdo.

2. Los presupuestos y requisitos del consentimiento se desprenden de su naturaleza jurídica: siendo expresión de la autodeterminación,

el consentimiento presupone que el sujeto tenga *capacidad* para consentir y que su decisión de disponer del bien jurídico no interfiera en la autodeterminación de terceras personas (es decir, que sea *titular* del bien jurídico del cual se dispone). Cuando se cumplan estos presupuestos, restará comprobar que, en el caso en concreto, la decisión del sujeto ha sido válida; esto es, que se trata de un acto libre, autónomo y responsable y, como tal, forma parte del desarrollo de la personalidad del sujeto y no ha sido determinado por engaño o coacción no atribuible al propio sujeto.

3. En detalle, los presupuestos del consentimiento son:

- (i) Capacidad para consentir. Tiene capacidad para consentir en derecho penal quien ha alcanzado un nivel de desarrollo suficiente que le permite *comprender el significado* de su decisión de disponer de un bien jurídico. No se trata pues de la capacidad de ejercicio que regula el Código Civil, pensada para declarar la validez jurídico-civil del acto, ni de que el consentimiento penal deba respetar las formalidades que prescribe el derecho civil. Se trata, por el contrario, de que las personas podamos actuar con libertad frente a cada bien jurídico del cual somos titulares. Esto, tal como se explicó cuando se estudió la capacidad penal (*supra* capítulo 5, I, II y III), supone que la capacidad para consentir no se adquiere en un único momento ni automáticamente a partir de una determinada edad, sino que se desarrolla al hilo de la vida en sociedad y según lo que en cada estadio se necesita para interactuar.

Por tanto, la capacidad para comprender el significado del acto de disposición estará sujeto a lo que se requiere en el concreto grado de desarrollo. Así, por ejemplo, el joven de dieciséis años puede disponer de su patrimonio (puede regalar su patineta a su amigo), aunque no de su integridad o vida; cuya disposición, por la importancia del bien jurídico y la trascendencia de sus consecuencias, implica un mayor grado de desarrollo. En algunas

ocasiones, la capacidad para consentir está definida por la ley, como sucede con la libertad sexual. Aquí, la ley (artículo 173.3 del CP) estima que recién a los catorce años se adquiere capacidad para comprender el significado del acto sexual.

La capacidad para consentir no depende de la capacidad que se requiere para ser responsable por un delito (capacidad penal o imputabilidad). Esta última se refiere a la capacidad para comprender la ilicitud del comportamiento e inhibirse de realizarlo. Dicho con un ejemplo, el incapaz que por sufrir alteraciones mentales no comprende el carácter delictuoso de apropiarse de bienes ajenos, no responde penalmente por hurto; pero eso no significa que no pueda tener capacidad para disponer de alguna forma y bajo ciertas limitaciones de otros bienes, como su integridad (puede tatuarse, colocarse aretes) o su libertad de domicilio (puede, válidamente, invitar a sus amigos a su domicilio).

- (ii) Disponibilidad del bien jurídico. En tanto expresión de la autodeterminación individual, el consentimiento no debe interferir con la autodeterminación de terceras personas. A partir de este postulado, se entiende que solo se puede consentir cuando el sujeto es titular del bien jurídico. Esta idea, sin embargo, tiene que ser complementada, pues solo cabe admitir el consentimiento cuando *todos* los titulares del bien deciden libremente su disposición. Así, los casos de bienes jurídicos individuales no presentan mayores dificultades; aunque, si son dos o más los titulares, todos ellos han de prestar su consentimiento: regalar un bien que pertenece a la sociedad conyugal requiere que ambos cónyuges consientan.

Si se trata de un bien jurídico colectivo (como el medioambiente, por ejemplo), no es que no quepa el consentimiento, pero la disposición supondría que todos los titulares —todos los miembros

de la colectividad— autoricen su disposición; algo que, por imposible de llevar a la práctica, constituye un límite al consentimiento. Tal como se adelantó, este es el sentido del artículo 20.10 del CP cuando establece que el consentimiento debe recaer sobre un bien jurídico de libre disposición. Dicho en otras palabras, todos los bienes jurídicos son de libre disponibilidad, pero solo se puede disponer de ellos cuando todos los titulares manifiesten su voluntad en tal sentido.

Lo dicho en el párrafo anterior no es admitido por la doctrina ni por la jurisprudencia. Ahí se establece como límite al consentimiento la existencia de ciertos bienes jurídicos sobre los cuales no es posible consentir. El supuesto más ejemplificativo de esta corriente es la vida y, en algunas ocasiones, la integridad y la libertad. Sin embargo, ya se dijo que no existe *razón jurídica* alguna que restrinja el derecho de la persona a disponer de sus bienes, a no ser que se interfiera en la libertad ajena¹. Es el caso de quien, para intentar suicidarse, detona una bomba que lesiona a terceras personas y causa daños a la propiedad ajena. Así también, el consentimiento ha de ser rechazado cuando sobre el bien recae una carga jurídica que impide o limita su disposición (el inmueble de la época colonial que es declarado patrimonio cultural).

Por lo demás, en la medida en que solo el titular puede disponer del bien jurídico, debe rechazarse el consentimiento cuando es prestado por el representante legal. Por eso, no hay consentimiento como causa de exclusión del injusto cuando los padres del menor autorizan que sea intervenido quirúrgicamente al no ser titulares de la integridad del menor. Sin embargo, esto no significa que

¹ Sin embargo, ya se dijo (*supra* capítulo 7, II, 1, párrafo 5) que en ocasiones excepcionales el ordenamiento jurídico, luego de una adecuada ponderación de libertades y de las reales posibilidades de protección de ellas, decide negar relevancia al consentimiento, como en los casos de esclavitud o de trata de personas.

el médico realice un comportamiento de riesgo prohibido; sino, tan solo, que su actuación es atípica por tratarse de un estado de necesidad.

- (iii) La validez del consentimiento. Este requisito, que viene exigido por el artículo 20.10 del CP, supone, en primer lugar, que el consentimiento ha de prestarse antes que empiece el comportamiento típico. El perdón de la víctima, por ser posterior a la vulneración de la norma penal, ni es consentimiento ni neutraliza la tipicidad del comportamiento. De ahí que el tratamiento jurídico del arrepentimiento y del perdón, en tanto circunstancias posdelictivas que influyen en la necesidad social de pena, se ubiquen en la determinación judicial de la pena y no en el injusto.

La validez del consentimiento supone, en segundo lugar, asumir de manera libre y consciente las consecuencias que genera la decisión; es decir, que no se actúe condicionado por error o coacción. En estos casos, la decisión de disponer del bien jurídico no expresa libertad y no es ejercicio del derecho a la autodeterminación. El consentimiento tampoco puede ser genérico; debe ser específico y referido al caso en concreto. La consciencia a la cual se hace referencia significa conocer las consecuencias previsibles que ocasiona el consentimiento, lo que presupone tener suficiente información para decidir. Sin embargo, la ausencia de información no siempre será un impedimento para admitir el consentimiento. Ello ocurrirá únicamente cuando el deber de información no recaiga en la persona que presta su consentimiento. Así, por ejemplo, para decidir someterse a una operación habrá que conocer los riesgos que entraña y el médico encargado será competente por compartir esa información al paciente.

4. El consentimiento ha de ser expreso, lo que no significa que su validez depende de la forma en que se preste; pues da lo mismo si es escrito, oral e incluso gestual. Lo relevante es que el comportamiento del titular del bien jurídico exprese su decisión de disponer del él. Aquí hay que acudir al criterio de la *valoración sacionormativa*: cada comportamiento expresa un sentido que viene determinado por el contexto social en que se emite. Así, el silencio expresará consentimiento si el contexto en el cual se actúa así lo indica. Por lo demás, es verdad que no siempre será fácil identificar el significado del comportamiento; pero eso no le resta valor a lo afirmado, solo impone el deber de atender al contexto en el cual se produce: participar en una pelea de box expresa que se asume el riesgo (se consiente) de resultar herido por los golpes del contrincante propios de este deporte y no a consecuencia del empleo de navajas.

f) Consentimiento presunto

1. Según la opinión dominante, el consentimiento presunto excluiría la relevancia penal del comportamiento. La problemática aquí consiste en determinar si, ante la inexistencia del consentimiento expresado por el titular (o ante su invalidez), es legítimo presumir que lo habría hecho. La respuesta que se da a esta interrogante suele ser afirmativa, sobre todo en el ámbito de las intervenciones médicas: la amputación de la pierna al paciente que es trasladado inconsciente al hospital de emergencias, porque a criterio del médico es la única posibilidad de salvarle la vida, es una decisión que, se dice, puede presumirse sería la que con seguridad adoptaría el paciente si pudiese consentir.

2. Sin embargo, el consentimiento presunto, por definición, no es expresión de la autodeterminación del titular del bien jurídico. Y aun cuando se pueda presumir que el sujeto consentiría, no deja de ser una especulación y, como tal, insuficiente para garantizar que la voluntad del sujeto, que se desconoce, sea respetada. Piénsese, por ejemplo, en el caso de «decisiones irracionales» en que el sujeto hubiera optado por una decisión distinta a

la quien interviene y que la opinión general encontraría descabellada. No parece que la solución a este caso sea justificar la intervención por tratarse de comportamiento de riesgo permitido, sino declarar la atipicidad por tratarse de un estado de necesidad.

2. Legítima defensa

a) *Concepto, efectos y modalidades*

1. La legítima defensa es una causa de exclusión del injusto que faculta a impedir o repeler agresiones ilícitas contra uno mismo o contra terceros. El Código Penal así lo reconoce, ubicándola en el capítulo IV de las causas de justificación y lo expresa afirmando que quien actúa en legítima defensa no comete delito (artículo 20.3 del CP). La idea sobre la cual se erige la legítima defensa es el derecho que todos tenemos de que se respete nuestra libertad de acción: la agresión que se sufre es una intromisión no autorizada en el ámbito de libertad de actuación que el ordenamiento jurídico protege; por lo que, si la agresión es ilegítima, resultado obvio que el afectado pueda desplegar comportamientos lícitos para revertir la situación.

La ponderación de libertades en los casos de legítima defensa consiste en confrontar un comportamiento ilícito, representado por la agresión ilegítima, con un comportamiento lícito, representado por el acto de defensa legítima. Así planteado, no cabe duda que el ordenamiento jurídico resolverá este conflicto de intereses privilegiando la licitud sobre la ilicitud. Esta es la razón por la cual la ponderación de intereses en conflicto que se da en la legítima defensa se resuelve siempre a favor de quien repele la agresión o defiende a un tercero y nunca de quien agrede injustamente: la legítima defensa es un conflicto entre una situación antijurídica (la agresión injusta) y una situación jurídica (la defensa) en la que se prefiere, como es obvio, esta última.

2. Existen dos modalidades de legítima defensa. Por un lado, la legítima defensa *propia*, en donde es agredido es quien se defiende; y, por otro

lado, la legítima defensa *de terceros*, en la cual se defienden bienes de un tercero. Así, por ejemplo, quien ve a dos adolescentes asaltar a una anciana, puede intervenir en legítima de terceros. El sustento teórico en ambos casos de legítima defensa es el derecho que tenemos los ciudadanos de reivindicar la licitud sobre la ilicitud y de ponernos del lado del derecho ante situaciones que lo amenazan. Este derecho se verá acompañado, en el caso de la legítima defensa propia, por el derecho a la autoprotección.

3. La legítima defensa es un derecho. En principio, nadie está obligado a defenderse o a defender a un tercero. Solo quienes detentan una posición de garante que les obligue a evitar agresiones ilegítimas (policías, por ejemplo) tendrán la obligación de defender. De ahí que la legítima defensa excluya la tipicidad; pues, si el ordenamiento jurídico faculta a realizar un acto, este tiene que ser lícito.

4. Se puede reaccionar en legítima defensa ante la agresión ilegítima contra cualquier bien jurídico. Sin embargo, no toda defensa califica automáticamente de legítima defensa. La legitimidad de la defensa y su admisión como causa de exclusión del injusto exige la concurrencia de tres requisitos: agresión ilegítima, racionalidad del medio empleado para repeler o neutralizar la agresión y falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

b) Requisitos

b.1. Agresión ilegítima

1. Según el artículo 20.3 del CP, la agresión ilegítima, en tanto autoriza reaccionar en legítima defensa, es un presupuesto de ella. La agresión ilegítima es una agresión que no se encuentra amparada por el derecho, ya que en algunos casos el propio ordenamiento jurídico admite la posibilidad de agresiones lícitas. El caso más emblemático lo constituye, precisamente, la legítima defensa; pero existen también otros casos, como las agresiones que puede practicar un efectivo policial a la persona que detiene.

2. La agresión ilegítima puede tener la forma de delito, aunque no es necesario que sea así. Por ejemplo, quien secuestra, roba, lesiona o intenta matar a otro, agrede injustamente; pero también lo hace quien ejerce violencia sobre otro sin que constituya lesiones o coacciones. No tendría sentido limitar la legítima defensa a los casos en que la agresión sea típica; pues, si la razón de ser de esta causa de exclusión del injusto es que nadie tiene porqué soportar agresiones ilegítimas y la ilicitud no es exclusiva del derecho penal sino que también otras ramas de derecho declaran ilícitos ciertos comportamientos, parece lógico que el derecho de repeler agresiones ilegítimas se extienda a todas las agresiones que no sean lícitas, con independencia de la rama del derecho que las declare como tal.

3. La agresión ilegítima tiene que ser actual o inminente. No cabe legítima defensa sobre agresiones pasadas. Lo cual es lógico; pues, si la finalidad de la legítima defensa es repeler agresiones y si esta ya se ha dado, nada hay frente a lo que defenderse y solo cabría actuar por venganza. Así, por ejemplo, no puede actuar en legítima defensa quien intenta recuperar su reloj al encontrar al ladrón que la semana pasada se lo sustrajo. La actualidad de la agresión se determina con arreglo al concepto de flagrancia: una agresión será actual cuando esté ocurriendo, no se haya consumado, el agresor esté todavía en la escena de la agresión o esté huyendo de la misma. Por ejemplo, cabe actuar en legítima defensa para atrapar al asaltante que está huyendo y recuperar el objeto robado.

La agresión ilegítima puede ser inminente y es correcto que sea así: no tendría sentido exigir al sujeto que espere a ser efectivamente agredido para defenderse, cuando es obvio y manifiesto que lo será. Así, por ejemplo, quien es asaltado no tiene por qué esperar a que el agresor le apunte con la pistola al pecho para defenderse.

b.2. Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión

1. La utilización de un medio racional para impedir o repeler la agresión ilegítima es un requisito esencial de la legítima defensa que explicita que, si bien uno tiene derecho a defenderse, ello no significa que la defensa pueda ser ilimitada. Esta idea explica que se haya abandonado expresamente el criterio de proporcionalidad que se exigía antes entre el medio empleado por quien se defiende y el medio utilizado por el agresor. El criterio de proporcionalidad, de notorio contenido objetivo, colocaba al agredido en una situación de desventaja al no contar siempre con un instrumento *igual o proporcional* al utilizado por el agresor: solo cabía defenderse con un cuchillo si el asalto era con arma blanca.

Ahora se exige racionalidad del medio empleado. Racionalidad que se determina en función a las posibilidades de éxito de la defensa o, para decirlo con la terminología que emplea el artículo 20.3 del CP, en la racionalidad del medio empleado se consideran «entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa». Así, no puede pretenderse que, quien es atacado por un avezado criminal que emplea un cuchillo, no se defienda con una pistola. La racionalidad del medio empleado implica también que la neutralización de la agresión cause los menores daños posibles: ante la inminencia de la agresión se deberá, primero, disparar al aire, luego a las piernas y, solo si fuera estrictamente necesario, se podrá liquidar al agresor.

2. Que la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión sea un elemento de la legítima defensa significa que esta no se resuelve a favor del bien que, desde una perspectiva objetiva, sea más importante; sino a favor del bien que la agresión ilegítima coloca en situación de riesgo. Si no fuera así, se llegaría al absurdo de tener que afirmar que quien se defiende solo podría causar al agresor un daño *igual o menor* que el daño que este le quiere infligir. Así, por ejemplo, la

víctima de un asalto (patrimonio) no podría repelerlo causando lesiones al agresor (integridad).

3. El medio que se emplee debe ser racional para impedir o repeler la agresión. Por tanto, no es necesario que la defensa sea exitosa para admitir la causa de exclusión de injusto; por el contrario, debe ser objetivamente idóneo para hacerlo. Así, por ejemplo, aun cuando quien defiende a la víctima de un asalto no logre evitar que el atracador huya con el botín, actuará en legítima defensa si el medio que utiliza es racional frente a la agresión.

b.3. Falta de provocación suficiente por parte de quien hace la defensa

1. Este requisito de la legítima defensa impide que se beneficie de ella quien ha ocasionado, provocado o iniciado la agresión. La falta de provocación suficiente rige también para los casos de legítima defensa de terceros: el tercero en cuyo favor se intercede no ha de haber provocado la agresión de la cual es víctima. Así, por ejemplo, no actúa en legítima defensa quien con su insulto desencadena la agresión.

2. La falta de provocación suficiente es un elemento prescindible en la legítima defensa. En efecto, es obvio que quien provoca una defensa agrede ilegítimamente.

3. Estado de necesidad

a) Concepto y modalidades

1. El estado de necesidad es una situación de peligro *actual e insuperable* que atraviesan dos o más intereses, propios o ajenos, en donde la única manera para preservar uno de ellos es a costa de lesionar el otro(s). La ley distingue entre el estado de necesidad *justificante* (artículo 20.4 del CP) y el estado de necesidad *exculpante* (artículo 20.5 del CP):

- (i) En el estado de necesidad justificante, los intereses en conflicto tienen distinto valor; lo que obliga a ponderar y preservar el bien jurídico más importante, sacrificando el de menor relevancia. Así, por ejemplo, si el conflicto es entre los bienes jurídicos «vida» y «patrimonio», deberá optarse por resguardar el primero. Este razonamiento es el que permite entender por qué la doctrina mayoritaria asume que el estado de necesidad justificante es una causa de justificación: en la medida en que uno de los bienes jurídicos en conflicto es más importante que el otro, el ordenamiento jurídico exige que sea ese el que se salve y el comportamiento de quien así actúa no puede ser ilícito.
- (ii) Si la valoración que recae sobre los intereses en conflicto es la misma o similar (por ejemplo, vida *versus* vida, integridad *versus* integridad, libertad *versus* libertad), no sería posible ponderar ni sostener que uno es más importante que el otro. En estos casos, ya no se le exigiría al sujeto decantarse por uno de los intereses en conflicto y podría elegir preservar cualquiera de ellos. Estos supuestos son conocidos como «estados de necesidad exculpante» y serían eximentes de culpabilidad porque al sujeto ya no se le exigiría decantarse por uno de los intereses en particular.

2. Como se explicará en las siguientes líneas, aquí se postula que entre ambas modalidades de estado de necesidad no existen aspectos que justifiquen diferenciarlos y que, por el contrario, sus elementos en común les obligan a compartir la misma regulación.

b) Condiciones del estado de necesidad como causa de exclusión del injusto

Las condiciones que han de concurrir simultáneamente para admitir el estado de necesidad son las que veremos a continuación.

b.1. Que el peligro sea grave, actual e insuperable

1. Por definición, el estado de necesidad es una situación de peligro grave, actual e insuperable. Esta primera condición regula tres características del peligro. Por un lado, el peligro ha de ser «grave». Esto significa que el riesgo que amenaza a los intereses en conflicto es relevante y serio, lo que condiciona que la supervivencia de uno de ellos implica necesariamente la lesión del otro(s). No se trata entonces de cualquier situación de riesgo *menor*. Así, por ejemplo, no cabe vulnerar la inviolabilidad de domicilio para recuperar el balón de fútbol que ha caído en el patio de la casa del vecino; pero sí se permite ingresar al domicilio ajeno para rescatar al niño que ha sido abandonado por sus padres.

2. La segunda característica del peligro es que ha de ser «actual» o inminente. Esta exigencia temporal expresa que el estado de necesidad es real y cierto (actual) o que es seguro que sucederá en cualquier momento próximo y ya no se exige esperar a que empiece para poder evitarlo (inminente). Así, por ejemplo, un peligro actual se da cuando la casa se incendia y deba ingresarse en ella para rescatar a sus habitantes; e inminente cuando el ingreso en la morada ajena sea para cerrar la llave de gas que los vecinos, por olvido, han dejado abierta al viajar fuera de la ciudad por vacaciones y evitar así el incendio que destruirá la vivienda.

3. La tercera característica es que el peligro sea insuperable o, lo que es lo mismo, que la única posibilidad de resolver el estado de necesidad sea sacrificando uno de los intereses en conflicto. Si existiera otra posibilidad de actuación distinta o menos lesiva, no sería una situación de conflicto insuperable. En el ejemplo anterior: si fuera posible evitar la fuga de gas cerrando la llave general que se encuentra fuera de la casa, sería innecesario ingresar a ella.

b.2. Que no se tenga el deber de garante de enfrentar el peligro

1. El estado de necesidad no beneficia a quien haya causado el peligro. En estos casos, quien crea el riesgo asume, por ingerencia, la obligación

de evitar las consecuencias lesivas que pudieran producirse (*supra* capítulo 8, III y IV). Así, quien coloca la bomba en el centro comercial no actuará en estado de necesidad cuando, ante la amenaza del estallido, lesiona a otras personas para salir ileso del local. El análisis jurídico en este caso no debe restringirse a la importancia objetiva de los bienes jurídicos; pues, desde un punto de vista objetivo, la integridad del terrorista vale tanto como la de la víctima.

La única manera de argumentar que la integridad de la víctima es el interés a preservar y la del terrorista es el interés a sacrificar, es incorporando al análisis jurídico el criterio de la exigibilidad de otro comportamiento: quien crea el riesgo para el bien jurídico está obligado a soportarlo y, a diferencia de quien no lo provoca, se le exige realizar un comportamiento concreto que es, precisamente, el de hacer frente al riesgo o peligro que ha causado. La razón sobre la que descansa esta argumentación es que la creación de la situación de peligro para el bien jurídico es fuente de posición de garante (ingerencia o comportamiento previo). Así, por ejemplo, el ladrón que ingresa al domicilio ajeno para robar no podrá afirmar que actuó legítimamente cuando destruyó la puerta para escapar al quedar atrapado dentro de la casa.

2. Esta limitante del estado de necesidad exige que el peligro haya sido causado voluntariamente; esto es, con dolo o imprudencia. No tendría sentido permitir que quien por descuido o falta de diligencia crea una situación de riesgo pueda hacer caso omiso al deber de revertirla; pues los comportamientos imprudentes, como los dolosos, expresan en sociedad la asunción del deber de garante (*supra* capítulo IV).

3. La posición de garante impide también que se beneficie del estado de necesidad quien tiene la obligación jurídica de hacer frente a la situación de riesgo sin haberla causado. Algunas personas tienen por razón de su cargo la obligación de afrontar el riesgo. Sucede así, por ejemplo, con los bomberos, salvavidas, policías y, en general, con muchos servidores públicos cuya función consiste en salvaguardar determinados bienes

jurídicos. Estas personas son garantes de dichos bienes jurídicos y, como la razón de ser de su cargo es precisamente encargarse de la protección del bien jurídico ante situaciones de peligro, no pueden escudar su incumplimiento en el peligro. Si en estos se actúa, se trata en realidad del cumplimiento de un deber (artículo 20.8 del CP).

Lo anterior no significa que los garantes estén obligados a actuar en todos los casos de riesgo, pues siempre será necesario ponderar. Así, por ejemplo, el salvavidas estará obligado a rescatar al bañista a no ser que las posibilidades de éxito del rescate sean nulas (mar infestado de tiburones, olas gigantes, corrientes imprevistas) y el bombero podrá no entrar a la casa que se incendia y no rescatar a la víctima si hacerlo implica una muerte segura. Esta posibilidad de ponderación no se admite cuando el agente provoca el mal. Se demuestra así que nadie tiene el deber de sacrificar su propia vida y, lo que es más importante, que quien actúa en estado de necesidad no está obligado a intervenir para salvar el interés en conflicto, pues ejercita un derecho: si no interviene no incurre en responsabilidad y, si lo hace, actúa atípicamente.

4. La restricción de que en estos casos el estado de necesidad no surte efecto como causa de exclusión del injusto solo se prevé en la modalidad de estado de necesidad exculpante que regula el artículo 20.5 del CP. Sin embargo, a partir de las ideas expuestas y, sobre todo, si no se pierde de vista que la razón de ser de la condición estudiada es la posición de garante y, por coherencia sistemática, es menester aplicar aquí las reglas que la rigen, tampoco cabe que el estado de necesidad justificante sea invocado por parte de quien ha creado la situación de riesgo para los interés en conflicto. Lo contrario equivaldría, para decirlo con un ejemplo, a reconocer que el ladrón *tiene derecho* a permanecer en la morada ajena mientras repara los desperfectos causados en el robo.

b.3. Que el comportamiento esté destinado a evitar un mal mayor o igual al que se pretende evitar

1. Esta última condición indica que en el estado de necesidad es posible ponderar entre los intereses en conflicto y que el mal o daño que se pretende evitar ha de ser mayor al que se produce. Sin embargo, al igual que en la legítima defensa, aquí tampoco se exige éxito. Basta y sobra que el comportamiento de quien actúa en estado de necesidad sea idóneo desde una perspectiva *ex ante* para preservar el bien jurídico preponderante.

Así, por ejemplo, quien ingresa a la casa contigua para rescatar al vecino que se ha caído por las escaleras, pero al ingresar se percata que ha muerto por la caída. En este caso, ni siquiera se podrá evitar el mal mayor. Algo similar sucede cuando se ingresa al domicilio ajeno para cerrar la llave de agua y evitar que los bienes muebles ajenos se malogren, pero la llave de agua está oxidada y no es posible cerrarla.

2. Debe también mencionarse que no se trata de elegir entre un mal mayor y uno menor; sino entre bienes jurídicos de distinta valoración que pueden estar sometidos a peligros de distinta magnitud. Es posible que el bien jurídico de menor relevancia se encuentre sometido a un riesgo de destrucción y el bien jurídico de mayor importancia solamente a un peligro que no signifique su deterioro. Por ejemplo, para salvar el patrimonio de un peligro de destrucción (bien jurídico de menor importancia y mal mayor), es posible que la integridad del socorrista sea puesta en riesgo (bien jurídico de mayor importancia y mal menor). De aquí se deduce que es obligatorio, para quien actúa en estado de necesidad, intentar causar el menor daño posible. Cuando se ingresa al domicilio ajeno para cerrar la llave de gas y evitar daños al patrimonio, debe hacerse con el debido cuidado, intentando no romper los bienes muebles del vecino.

3. Lo dicho permite comparar la legítima defensa y el estado de necesidad. En ambas se debe ponderar entre los bienes jurídicos en conflicto. En la legítima defensa, la situación de conflicto se da entre intereses que reciben *valoraciones jurídicas distintas*: los del agresor se encuentran en

una situación antijurídica y los del agredido o del tercero, en cuyo favor se actúa en legítima defensa, en una situación *licita* amparada por el derecho. En estos casos, la ponderación es entre una situación antijurídica y una jurídica, siendo obvio cuál de ellas es la que prefiere el ordenamiento jurídico.

En el estado de necesidad sucede algo distinto. La ponderación que se exige de quien se topa con una situación de peligro actual e insuperable, de otro modo que signifique un peligro grave para un bien jurídico, no enfrenta una situación ilícita ni presupone preservar una situación lícita frente a una ilícita. Así, por ejemplo, si para salvar la propia vida es necesario matar a otro, se tratará de un estado de necesidad porque el valor de la vida que se sacrifica es igual que el valor de la vida que se preserva. Pero en otros casos, la valoración de los bienes jurídicos en conflicto puede no ser la misma e incluso puede ser que el bien preservado sea de menor valor que el bien sacrificado. Ello es posible cuando existe una especial proximidad o vinculación del sujeto a uno de los bienes jurídicos, lo que le permite decantarse por el bien jurídico de menor valor. Así, por ejemplo, el padre de familia puede elegir preservar la integridad de su hija a costa de la vida de un tercero (para rescatarla de un secuestro, por ejemplo). Si la pregunta a responder es si se le exige un comportamiento distinto, no debería uno limitarse a indagar por la importancia de los bienes jurídicos; sino que debe analizarse además la magnitud del peligro.

4. Obrar por disposición de la ley o en cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20.8 del CP)

a) *Naturaleza jurídica*

1. El artículo 20.8 del CP establece que está exento de responsabilidad penal «el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho». A la luz de esta disposición legal, es necesario precisar que entre cumplir un deber y ejercitar un derecho existe una diferencia sustancial: mientras que el deber es de obligatorio

cumplimiento y su inobservancia genera responsabilidad, el derecho es una potestad cuyo no ejercicio no conlleva responsabilidad alguna. Es obligatorio cumplir un deber, pero es facultativo ejercer un derecho. Esta diferencia que, tal como se verá, condiciona el análisis que se haga de ambas figuras, encuentra su razón de ser en la distinta trascendencia que se reconoce a las prestaciones de las personas.

En efecto, *grosso modo*, los deberes (de los jueces, de los policías, de los directores de empresas públicas, de ministros, etc.) son indispensables para el funcionamiento del sistema social y del aparato estatal, para que las personas nos desarrollemos en libertad. De ahí que la expectativa de que los deberes sean cumplidos trasciende al portador del deber y a su inmediato beneficiado y alcance a la sociedad misma. Dicho con un ejemplo, que los jueces resuelvan sus causas con arreglo a derecho interesa a todas las personas y no solo al procesado.

Los derechos, por el contrario, hacen referencia a los estándares que se ha de respetar para que las personas desarrollen su personalidad en sociedad. Y si bien el respeto de un derecho y su eventual vulneración compete a toda la sociedad y no solo al titular perjudicado, la decisión de ejercitarlo sí es exclusiva de su titular. Así, sustraer el dinero de otra persona es un atentado contra el derecho a la propiedad (delito de hurto) cuya reivindicación genera interés social; pero no la decisión del titular del dinero de regalarlo o disponer de él de otra manera.

El margen de decisión que tiene el portador de un deber es muy limitado; pues la única posibilidad que el ordenamiento jurídico le ofrece para no incurrir en responsabilidad es cumplirlo y la responsabilidad por no hacerlo será normalmente de índole penal, amén del delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales que regula el artículo 377 del CP («el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto propio de su cargo»).

2. De lo dicho en los párrafos anteriores se desprende la naturaleza jurídica del cumplimiento de un deber y del ejercicio de un derecho como causas

de exclusión del injusto: si quien está obligado a cumplir un deber no tiene más elección que hacerlo, parece lógico que el cumplimiento de ese deber sea un comportamiento atípico por no crear ningún riesgo de manera desaprobada. Esta idea viene condicionada por la coherencia normativa del ordenamiento jurídico: si el sujeto no puede optar entre más alternativas que cumplir con el deber, es porque se trata de la única alternativa que tiene de mantenerse dentro de los límites de la juridicidad. Afirmar lo contrario —es decir, sostener que el cumplimiento de un deber lesiona el bien jurídico protegido, pero se trata de una lesión justificada— supone someter al destinatario de la norma penal a una indeseable confusión sobre el mensaje de la norma, perturbando su posibilidad de orientación.

El clásico ejemplo de la detención practicada por un agente policial en mérito a una orden judicial sirve para graficar lo afirmado. Es verdad que el policía priva de su libertad a quien detiene, pero esa privación de libertad no es más que un dato fáctico que carece de relevancia penal debido a que no existe norma penal alguna que le prohíba al policía llevar a cabo la detención. Por el contrario, sí existe una norma penal, la que subyace al delito de omisión de deberes (artículo 377 del CP), que le obliga a hacerlo. La tesis de que el policía lesiona el bien jurídico «libertad» cuando cumple con lo ordenado por el juez es, pues, equivocada; no crea un riesgo prohibido ni lesiona el bien jurídico «libertad individual».

En la misma línea, si quien actúa al amparo de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico se mantiene dentro del ámbito de actuación que el propio ordenamiento jurídico defiende, su conducta será siempre ajustada a derecho; esto es, atípica.

3. Un sector de la doctrina invoca la tesis de la colisión de deberes para explicar el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho. De conformidad con este planteamiento, el cumplimiento de un deber presupone dos obligaciones contrapuestas: una que constituye el deber que se cumple y que demanda un comportamiento por parte del portador del deber; y otra que le impide a la misma persona comportarse de la manera

en que la anterior norma le obliga a hacerlo (la norma prohibiría lesionar bienes jurídicos). Sin embargo, la coherencia del ordenamiento jurídico descarta la existencia de situaciones de conflicto entre dos deberes.

Sirve a este propósito el ejemplo del médico que ha de salvar a tres heridos graves; pero, como solo puede atender a uno de ellos, debe dejar de socorrer a los otros dos. La solución a este caso presupone entender que el deber del médico no consiste en salvar a todos los heridos, sino solo a los que *racionalmente* pueda atender, a no ser que se quiera admitir el absurdo que significaría la existencia de deberes que exigen comportamientos materialmente imposibles de realizar. El problema aquí, entonces, nada tiene que ver con que si el deber resulta exigible al sujeto, sino con la existencia misma del deber. De manera que el deber, en el ejemplo planteado, consiste en salvar solo a uno de los heridos. Luego, cae por su peso que el no salvar al resto no es incumplimiento de deber alguno ni vulneración de norma penal alguna. Esto, sin embargo, no significa que la vida de las personas que no pueden ser socorridas por el médico adolezca de protección penal (si alguien les dispara cometerá homicidio); tan solo que no se obliga al médico a salvarlas.

4. Condicionar el cumplimiento de un deber a alguna contraprestación ilícita desnaturaliza la causa de exclusión del injusto. En tales casos, se tratará de un delito de cohecho pasivo impropio (artículo 394 del CP) si quien condiciona el cumplimiento del deber es un funcionario público; o de un delito de chantaje, si es un particular. Sucede así cuando el encargado de conceder una licencia de construcción condiciona su otorgamiento al pago de una «coima». Pero sí es posible que el sujeto se encuentre motivado por alguna razón *distinta* a la de cumplir su deber: el policía que ejecuta el mandato de detención emitido por el juez puede estar especialmente interesado porque el delincuente es su enemigo. No se debe llegar al extremo de afirmar que el cumplimiento del deber decae cuando no se actúa con la exclusiva finalidad de cumplirlo o cuando tal finalidad no concurre; pues eso implicaría que el sujeto debe compartir

las razones que hacen que el acto sea obligatorio, lo que atentaría contra su libertad de pensamiento.

Lo correcto, entonces, es sostener que solo ha de conocerse que se actúa en cumplimiento del deber. Por lo mismo, cuando se desconozca la existencia del deber y se crea estar actuando ilícitamente, el comportamiento deberá ser sancionado como tentativa; pues, si bien existe un deber, el acto del sujeto responde a una decisión ilícita. Dicho con otras palabras, se trata de un comportamiento de aquellos que la norma penal pretende evitar. Así, el policía que cree equivocadamente que el mandato de detención no ha sido firmado por el juez y procede a la detención, incurre en delito de abuso de autoridad en grado de tentativa.

b) Las fuentes del deber y del derecho

1. En tanto causa de exclusión del injusto, el deber y el derecho a los cuales se refiere el artículo 20.8 del CP han de ser jurídicos. Ambos deben emanar del sistema jurídico y tener respaldo jurídico. Esto significa que es irrelevante que se encuentren expresamente previstos en la ley o que sea una orden o instrucción que emite una autoridad en el marco de sus competencias legales; pues en ambos casos se trata de una norma jurídica. Esta interpretación encuentra respaldo legal en el artículo 20.8 del CP, que se refiere tanto al «obrar por disposición de la ley» como «al cumplimiento de un deber». Actúa en cumplimiento de un deber, por consiguiente, tanto el policía que detiene en flagrancia (artículo 2.24.f de la Constitución) como el policía que detiene a quien le ordena el juez. No interesa pues si el deber surge *directamente* de la ley o *indirectamente* al provenir de una autoridad a la cual la ley le otorga la facultad de ordenar, pues en ambos casos el sujeto que lo cumple está sometido al derecho.

Que el artículo 20.8 del CP se refiera además «al ejercicio legítimo de un derecho», da pie a que se entienda, correctamente, que quien cumple un deber no deja de ejercer un derecho.

2. Podría pensarse que el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho *moral* o ético podría ser tenido también como causa de exclusión del injusto y que ello vendría avalado por el propio tenor literal del artículo 20.8 del CP, que no precisa la naturaleza del deber ni del derecho. Sin embargo, a la idea ya expuesta de que el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho es una institución de descarga de responsabilidad jurídica, hay que añadir ahora que los deberes y derecho *morales* o éticos, por su propia naturaleza, solo pueden surtir efectos en el ámbito moral o ético. Esto básicamente porque las normas penales, si bien pueden tener respaldo moral, no son normas morales. La norma penal se legitima en el consenso social de que el comportamiento prohibido es intolerable para el desarrollo de las libertades individuales y por eso vinculan a todos los ciudadanos por igual; las normas morales, por el contrario, vinculan solo a los que participan de la moral en cuestión.

3. El deber y el derecho han de ser legales. Lo que en muchos casos obliga a remitirse a la normativa extrapenal para determinar el contenido del deber o del derecho y sus límites. Con todo, la exigencia de que el deber y el derecho sean legales tiene especial importancia en los supuestos en que proviene de una autoridad, pues esta puede excederse en el ejercicio de sus funciones.

Aquí se asume que una orden mantendrá su capacidad de vincular al destinatario solo si cumple con los requisitos de fondo y forma que el sistema jurídico exige para reconocerla como tal. En un Estado de derecho, las órdenes ilícitas, como expresión de ilicitud y no de juridicidad, no conllevan ningún deber de obediencia (quien recibe una orden ilícita no se encuentra vinculado al derecho). Su cumplimiento, por lo tanto, crea un riesgo prohibido, a no ser que quien acata la orden ilícita lo haya hecho por error, coacción o para salvar un interés mayor. Con mayor razón, los deberes que forman parte de relaciones ilícitas tampoco pueden ser invocados. Por eso, el miembro de la banda criminal que recibe la orden de secuestrar no actúa en cumplimiento de un deber. Aquí tampoco existe una vinculación frente al derecho.

4. Particulares dificultades se presentan cuando el deber o el derecho no forman parte de la función pública (como en el caso propuesto del policía); sino que provienen de un ámbito privado, como una relación laboral. Aquí se tiene que acudir a la razón de ser de la causa de exclusión del injusto: si el deber o el derecho se fundamenta en la vinculación de quien lo cumple o ejercita con el ordenamiento jurídico, ahí donde exista dicha vinculación deberá admitirse la posibilidad de invocar la causa de exclusión del injusto y ello con independencia de que el deber o el derecho se encuentre previsto expresamente en la ley o haya surgido de una autoridad a la cual la ley le concede la prerrogativa de emitirlos. Por ejemplo, cuando el guardaespaldas neutraliza el ataque dirigido contra su cliente, lo hace cumpliendo un deber que asumió contractualmente y que encuentra respaldo jurídico en tanto el contrato es lícito.

c) El ejercicio legítimo de un derecho como causa general de exclusión del injusto

1. Todas las causas de exclusión del injusto son supuestos en que se actúa en el ejercicio legítimo de un derecho. Sucede así con la legítima defensa, el estado de necesidad y, en general, con el resto de circunstancias. Por tanto, sería suficiente con la regulación del ejercicio legítimo de un derecho y una buena dosis de rigurosidad en su interpretación constitucional para entender que en el resto de causas de exclusión del injusto se trata siempre de ponderar libertades (derechos) jurídicamente reconocidas.

Esta idea viene avalada por el hecho que la propia ley contemple el ejercicio legítimo de un derecho junto a otras causas de exclusión del injusto. En efecto, la necesaria unidad del ordenamiento jurídico obliga a entender que entre las circunstancias que generan la misma consecuencia jurídica (impedir la tipicidad del comportamiento) solo puede existir armonía y no contradicciones.

2. Lo anterior permite que el tratamiento de la extralimitación en el ejercicio del derecho sea aplicable a los casos de exceso en otras causas

de exclusión del injusto. Así, el ejercicio legítimo de un derecho, por definición, no puede ser ejercicio abusivo del derecho ni su extralimitación. Por ejemplo, se tiene el derecho de criticar el desempeño de los servidores públicos, pero no se puede insultarlos; se puede corregir a los hijos menores de edad, pero no golpearlos para que escarmenten. Los casos de exceso en las causas de exclusión del injusto son supuestos de error. Valga entonces la explicación dada en el capítulo 12, VII, 4.

5. Obediencia debida

a) *Ámbito de aplicación*

1. Según el artículo 20.9 del CP, está exento de responsabilidad penal quien «obra por orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones». La obediencia debida, así regulada, se refiere al acatamiento de órdenes en el marco de *ciertas* relaciones de subordinación. En efecto, al prever el artículo 19.8 del CJMP una eximente de obediencia debida que constituye ley especial para el ámbito castrense, el ámbito de aplicación del artículo 20.9 del CP se restringe a las relaciones jurídicas de subordinación que no sean militares ni policiales. La obediencia debida del artículo 20.9 del CP tampoco se refiere a las relaciones *privadas* de subordinación, como son las relaciones laborales, empresariales o familiares; ya que, si bien también en estas existe subordinación y por tanto posibilidad de obedecer, no le interesan al derecho penal como sí le interesan las relaciones de subordinación *públicas*. La razón es que un funcionario público, a diferencia de otro superior jerárquico, tiene autoridad para declarar, a nombre de Estado, qué es *jurídico* y qué *antijurídico*.

2. En doctrina se reconoce que la obediencia debida presupone tres relaciones. Una primera que vincula al superior jerárquico (funcionario público) con el ordenamiento jurídico y que es, precisamente, la que le faculta a emitir órdenes en el ejercicio de sus funciones; una segunda relación que se traza entre el superior y su subordinado, a quien le dirige

la orden en mérito a la autoridad que le reconoce el ordenamiento jurídico; y la tercera relación que se da entre el subordinado que ejecuta la orden y el titular de los intereses lesionados con dicha ejecución.

Es posible, sin embargo, identificar una cuarta relación, que es la que mantiene el ejecutor de la orden con el ordenamiento jurídico. Esta relación de obediencia, que encuentra su razón de ser en el sometimiento que todos debemos a las leyes en un Estado de derecho, es la que explica su subordinación frente al superior y la que le obliga a obedecerle. Esta idea es suficiente para sostener que la obediencia debida constituye un supuesto *especial* de actuar por disposición de la ley, diferenciándose en que la primera surte efectos solo en relaciones públicas de subordinación y la segunda, también en relaciones privadas. Lo que obliga ya a restringir la obediencia debida a aquellos supuestos en los que la orden que emite el superior jerárquico sea conforme a derecho, salvo que se esté dispuesto a aceptar que en un Estado de Derecho se impone al ciudadano el deber de acatar mandatos ilícitos.

b) Naturaleza jurídica

1. Orden es expresión de autoridad. Únicamente cuando la autoridad en cuyo ejercicio se emite la orden tenga respaldo jurídico, expresará *autoridad jurídica*. Si la autoridad, por el contrario, se funda en razones *ilícitas*, se tratará simplemente de un poder de mando fáctico que no cuenta con reconocimiento jurídico. La consecuencia que de esto se deriva es trascendental: desde el punto de vista jurídico, la orden de un funcionario público que cumple con los requisitos de fondo y forma que la ley establece, al basarse en una autoridad reconocida por el derecho, es vinculante; no así la orden que emite el cabecilla de un grupo terrorista o la de quien usurpa funciones, que no lo es.

2. Lo dicho en el párrafo anterior condice con la regulación de los delitos de abuso de autoridad (artículo 376 del CP) y de desobediencia a la autoridad (artículo 368 del CP). En efecto, en lo que aquí interesa, a partir del delito de abuso de autoridad («funcionario o servidor público que,

abusando de sus atribuciones, ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera») se deduce, por un lado, que los excesos y abusos en el ejercicio de cargo no expresan autoridad jurídica, sino arbitrariedad, y por eso se sancionan penalmente. Dicho con otras palabras, se creará de manera desaprobada un riesgo. Por otro lado, se deduce también que, mientras el funcionario público ejerza su facultad de emitir órdenes dentro de los límites que la ley señala, expresará autoridad jurídica y su comportamiento será de riesgo permitido.

La existencia del delito de desobediencia a la autoridad conduce a la misma conclusión: solo quien tiene autoridad para ordenar puede ser desobedecido y, únicamente cuando la orden sea expresión de *autoridad jurídica*, el Estado se encuentra legitimado para sancionar penalmente su desobediencia en los términos del artículo 368 del CP. Dicho en otras palabras, los actos penalmente relevantes de desobediencia suponen que la orden sea emitida por un funcionario público que actúa en el ejercicio de sus atribuciones legales. *A contrario sensu*, la desobediencia de una orden que no tenga respaldo legal no es desobediencia a la autoridad por no expresar, la orden, juridicidad.

3. Se llega así a la idea central en el análisis de la obediencia debida: si una orden es vinculante (obligatoria), quien la cumple no crea un riesgo prohibido. Siendo que la obediencia debida es obrar por orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones, tanto quien emite la orden como quien la cumple mantiene su comportamiento dentro del nivel de riesgo permitido. La obediencia debida es pues una causa de atipicidad. Resta, sin embargo, precisar cuándo una orden es lícita y por eso vinculante, así como el tratamiento que se le dispensa al cumplimiento de órdenes ilícitas (no vinculantes).

c) *La validez de la orden*

1. En lo que aquí interesa, la validez de una orden la determina las competencias materiales y territoriales. El ministro de salud no tiene *autoridad* para ordenar un desalojo, ni el Indecopi ostenta *autoridad*

para ordenar la detención de una persona; solo la tiene el juez y ha de hacerlo por escrito y en una resolución motivada (artículo 2.24.f de la Constitución). Tampoco tiene *autoridad* el alcalde para administrar fondos de una municipalidad distinta. En general, los requisitos de validez de una orden en el ámbito de la administración pública se regulan por el derecho administrativo y el derecho constitucional. Su inobservancia conlleva que la orden no sea conforme a derecho y que no sea vinculante.

Los *finés* que persigue la institución pública en la cual se inserta el funcionario público que emite la orden constituyen un criterio adicional a los ya mencionados criterios de competencia material y territorial, que contribuye a determinar la validez de la orden. No otra cosa se deriva de una serie de preceptos constitucionales, como el artículo 39 de la Constitución (los funcionarios públicos están al servicio de la nación); el artículo 166 de la Constitución (la Policía Nacional del Perú garantiza, mantiene y restablece el orden interno; garantiza el cumplimiento de las leyes; combate la delincuencia); y, fundamentalmente, los artículos 3 y 43 de la Constitución, a partir de los cuales el cumplimiento de las funciones y finalidades de las entidades públicas se corresponde con el modelo de Estado de derecho y la forma de gobierno que la propia Constitución establece. A partir de este marco normativo, se deduce que la orden que no se condiga con los *finés* que persigue la institución pública de la cual forma parte el servidor público que la emite, o que no sea proporcional, idónea ni razonable para alcanzar los objetivos a que aspira, contraviene el sentido mismo de la función pública. Es, por lo tanto, una orden ilícita y no vinculante.

2. En esta línea de argumentación, la exigente de obediencia debida, al menos tal como se encuentra regulada en el artículo 20.9 del CP, exige que la orden obligatoria que se expide en el ejercicio de las funciones sea una orden conforme a derecho y, por lo mismo, rechaza que un mandato ilícito pueda eximir de responsabilidad a quien lo ejecuta. Lo contrario no solo sería incongruente con la letra de la ley, sino que sería contradictorio con la razón de ser de la autoridad en un Estado de derecho; pues,

si se dispensa protección, incluso penal, al principio de autoridad, es solo porque la ley ha de hacerse efectiva a través de las decisiones de los poderes públicos. Así visto, la eximente de obediencia debida declara algo que es obvio: quien obedece a su superior y cumple una orden lícita, que por lo demás está obligado a cumplir, no crea un riesgo prohibido. Por lo tanto, el artículo 20.9 del CP resulta ocioso.

d) Tratamiento jurídico de órdenes ilícitas

1. Si bien es verdad que una orden ilícita no es obligatoria, también lo es que, en algunas ocasiones y bajo ciertas circunstancias, quien la ejecuta puede estar exento de responsabilidad penal.

Ello sucede, en primer lugar, cuando el destinatario de la orden cree, equivocadamente, que el mandato es lícito. Esta situación es frecuente; pues por lo general el inferior subordinado no tiene el deber de fiscalizar la legalidad de la orden que emite su superior, aunque sí tiene el derecho de cuestionarla si estima que la orden no es lícita e incluso de omitir su ejecución. Es el caso del secretario de juzgado que, cumpliendo la orden del juez, tramita un mandato de detención cuya ilicitud desconoce.

Situación similar se presenta cuando el destinatario de la orden cree que está obligado a obedecer incluso órdenes ilícitas: el secretario de juzgado que conoce la ilicitud del mandato de detención que el juez le ordena tramitar, pero lo hace porque cree que el principio de jerarquía se lo exige. Estos casos de error sobre la ilicitud han de ser tratados de conformidad con el segundo párrafo del artículo 14 del CP que regula el error de prohibición. Sin embargo, debe rechazarse la posibilidad de error ahí donde exista suficiente claridad sobre la ilicitud de la orden; pues, por ejemplo, la ilicitud de la orden de torturar es tan clamorosa que no se admite que alguien (funcionario público) la desconozca.

2. En segundo lugar, quien cumple una orden ilícita puede estar exento de responsabilidad penal si la funcionalidad y operatividad de la administración pública resultan ser de interés predominante frente al

deber genérico de no obedecer órdenes ilícitas. Se trata aquí de ponderar los efectos que puede generar la ejecución de la orden ilícita y, si resultan menos lesivos que el deber genérico de no obedecer mandatos ilícitos, se ha de entender que se trata de un estado de necesidad justificante (artículo 20.4 del CP). Sin embargo, no es la orden ilícita lo que justifica el comportamiento de quien la ejecuta, pues una orden de tales características carece precisamente de juridicidad; sino la importancia que puede llegar a adquirir la funcionalidad y operatividad de la administración pública.

3. En tercer lugar, tampoco se incurre en responsabilidad penal si la ejecución de la orden ilícita es el único medio para evitar un riesgo certero para la vida, libertad o integridad que no se le exige soportar al sujeto. Es lo que sucede cuando se amenaza de muerte a una persona para que torture a un tercero. Estos son supuestos de no exigibilidad de otra conducta que se resuelven según lo previsto en el artículo 20.5 del CP (estado de necesidad exculpante) y en el artículo 20.7 del CP (miedo insuperable).

4. Desde el punto de vista terminológico, es preferible afirmar que en estos tres supuestos (error de prohibición, estado de necesidad justificante y no exigibilidad de otra conducta) lo que se cumple es el *contenido* de la orden y no la orden *en sí*, que sigue siendo ilícita y no vinculante. La diferencia que existe entre cumplir una orden ilícita y ejecutar su contenido se desprende de *la razón* que inspira el comportamiento del destinatario del mandato antijurídico: tratándose de una orden ilícita, su ejecución no es obligatoria; pero eso no significa que no puedan existir otras razones (error, coacción, estado de necesidad) que sugieran realizar el contenido del mandato. Esta idea se corresponde con el hecho que la emisión de la orden ilícita sigue siendo un comportamiento de riesgo prohibido, aun cuando el destinatario opte por cumplir su contenido. Y, por lo mismo, la ejecución de la orden ilícita sin que medie error, coacción o estado de necesidad, supone también un comportamiento de riesgo prohibido.

6. Coacción y miedo insuperable

1. La coacción o amenaza grave se distingue de la violencia física en que quien es coaccionado o amenazado tiene la posibilidad fáctica de resistirse, aunque el ordenamiento jurídico no le exige hacerlo; mientras que en los casos de violencia física, el sujeto no puede resistirse. Para que la coacción o la amenaza sean circunstancias en que ya no se exige un comportamiento distinto y por tanto quien así actúa realiza un comportamiento atípico es necesario que sean graves.

2. La gravedad de la coacción o de la amenaza se determina en función al bien jurídico y también en comparación al comportamiento que realiza el sujeto para superarla. Así, por ejemplo, la amenaza de matar será siempre grave y no se le exige a quien la padece que la resista; es decir, no se le exige un comportamiento distinto al que realiza para superar el riesgo de morir (matar, lesionar, etc.). La gravedad de la coacción o de la amenaza también podrá afirmarse a partir de la comparación con los bienes que se lesionan para resistir la coacción, aun cuando no sea la vida, el cuerpo y la salud. Sucede así, por ejemplo, cuando se amenaza con revelar un secreto íntimo y se paga un precio para evitarlo.

3. La coacción o amenaza grave se diferencia de la legítima defensa: en esta última existe una agresión ilícita ante la que se reacciona, mientras que en la coacción o amenaza grave la reacción del sujeto puede recaer sobre un tercero distinto de aquel que profiere la amenaza o la coacción. Pero no puede negarse en que entre ellas existe una zona en común compartida. En efecto, es indudable que quien es agredido ilegítimamente estará sometido a una situación de coacción o amenaza. Así, por ejemplo, quien es amenazado por un tercero con ser agredido y empuja a otro contra el agresor para escapar, ocasionando lesiones a quien empujó. Este caso no es en puridad un supuesto de legítima defensa, pues la defensa no se practica contra quien agrede. Se trata de la actuación bajo coacción o amenaza grave.

4. La coacción o amenaza, además de grave, debe ser actual o inminente. Esto significa que tiene que ser real: una amenaza que no pueda realizarse, que no sea idónea o sea simplemente el ejercicio de un derecho, no es actual ni inminente. Así, por ejemplo, amenazar con emitir una opinión (libertad de expresión) o con matar a una persona que ya está muerta.

5. La ley penal no regula expresamente a la coacción, pero se subsume en la regulación del miedo insuperable. En efecto, el artículo 20.7 del CP establece que está exento de pena «el que actúa compelido por un miedo insuperable de un mal igual o mayor». El miedo insuperable se asemeja a la coacción o amenaza grave, pues en estos casos se actúa compelido por un miedo de tal magnitud que ya no se exige enfrentar la situación de peligro real para un bien jurídico. El miedo insuperable es, como su nombre lo dice, un miedo que el sujeto no puede superar. Esto no significa, sin embargo, que cualquier miedo que sea insuperable para el sujeto podrá ser considerado causa de exclusión del injusto. Cuando la ley penal estipula que el mal que ocasionaría el miedo insuperable ha de ser igual o mayor al mal causado por el sujeto cuando actúa por miedo, se condiciona esta circunstancia a ciertos parámetros objetivos: el carácter de *insuperable* del miedo se determina a partir de lo que se exige percibir y no a partir de lo que siente o percibe. En caso contrario, no tendría sentido que se exija que el mal que se evita sea mayor o igual (al que se causa).

Así, por ejemplo, frente a la señora que tiene pánico a las ratas y, al divisar una en su cocina, empuja a su esposo contra la mampara de vidrio, causándole graves lesiones, no queda duda que su reacción se origina en el miedo que tiene a los roedores, que para ella es insuperable. Pero este no es un caso de miedo insuperable, según el artículo 42.2 del CP; ya que el mal evitado (una mordida) no es mayor o igual al causado (lesiones graves). Debe, sin embargo, mencionarse una precisión: ni el miedo insuperable ni alguna otra causa de exclusión del injusto se determina por los resultados que genera. Así como el injusto es un comportamiento que se desvalora, también las circunstancias en que la valoración

es positiva y se descarta la tipicidad han de referirse a comportamientos y no a resultados. Esto significa que la solución al ejemplo consiste en que el mal que produce el miedo insuperable es un mal propio, inherente y previsible del comportamiento (coacción) o hecho (miedo insuperable) frente al cual se actúa y que el mal causado para evitarlo es también uno propio, inherente y previsible del comportamiento que se despliega.

6. En esta línea, podría diferenciarse el miedo insuperable de la coacción en que el primero no es causado por un tercero. Por tanto, el miedo ha de provenir de un hecho de la naturaleza o de un caso fortuito. Así, por ejemplo, un terremoto puede generar miedo insuperable, como también una estampida o una bomba.

Fondo Editorial PUC

ANEXOS

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

ANEXO 1

SITUACIÓN BIOLÓGICA, MENTAL O CULTURAL E IMPUTABILIDAD

Situación biológica, mental o cultural del sujeto	Consecuencia de la situación biológica, mental o cultural	Consecuencia jurídica	Comportamiento	Reacción penal	Intensidad del reproche penal	Presupuesto legal de la reacción penal	Presupuesto real de la reacción penal	Situación
Anomalia psíquica, gravísima alteración de la conciencia, alteraciones en la percepción	Concepto de realidad distinto al concepto de la realidad imperante.	Incapacidad para comprender <i>totalmente</i> la ilicitud penal o para comportarse de acuerdo a dicha comprensión (artículo 20.1 del CP)	Hecho previsto en la ley penal como delito o falta.	Comportamiento atípico.	Sin reproche.	Delito e incapacidad penal.	Incapacidad penal.	Incapaz penal (inimputable).
Diversidad cultural invariable (artículo 15 del CP)	Concepto de realidad distinto al concepto de la realidad imperante (artículo 20.1 del CP).	Incapacidad para comprender la ilicitud penal o para comportarse de acuerdo a dicha comprensión (artículo 20.1 del CP).	Hecho previsto en la ley penal como delito o falta.	Comportamiento atípico.	Sin reproche.	Delito y peligrosidad poscriminal (artículo 72 del CP).	Incapacidad penal.	Incapaz penal (inimputable).
Anomalia psíquica, grave alteración de la conciencia, alteraciones en la percepción (artículo 20.1 del CP)	Concepto de realidad alterado con respecto al concepto de la realidad imperante (artículo 20.1 del CP).	Capacidad disminuida para comprender la ilicitud penal o para comportarse de acuerdo a dicha comprensión (artículo 20.1 del CP).	Hecho previsto en la ley penal como delito o falta.	Medida de seguridad: internación y tratamiento ambulatorio (artículos 71 y ss. del CP).	Leve.	Delito y peligrosidad poscriminal (artículo 72 del CP).	Capacidad penal atenuada.	Capaz penal (imputable).
Diversidad cultural variable (artículo 15 del CP)	Concepto de realidad alterado con respecto al concepto de la realidad imperante (artículo 20.1 del CP).	Incapacidad para comprender la ilicitud penal o para comportarse de acuerdo a dicha comprensión (artículo 20.1 del CP).	Hecho previsto en la ley penal como delito o falta.	Sin reproche (no hay necesidad de pena).	Leve.	Delito y peligrosidad poscriminal (artículo 72 del CP).	Capacidad penal atenuada.	Capaz penal (imputable).
"Sano"	Concepto de realidad equivalente al concepto imperante.	Capacidad para comprender la ilicitud penal y para comportarse de acuerdo a dicha comprensión.	Hecho previsto en la ley penal como delito o falta.	Penas: a) Privativa de libertad. b) Restrictiva de libertad. c) Limitativa de derechos. d) Multa (artículo 28 del CP).	Intensa.	Delito y responsabilidad penal del CP).	Capacidad penal.	Capaz penal (imputable).

ANEXO 2 EDAD E IMPUTABILIDAD

Edad al momento de la infracción	Comportamiento que genera la medida/pena	Clases de medidas/penas	Denominación legal de la medida/pena	Finalidad legal de la reacción según la ley	Criterios para determinar medida/pena	Intensidad del reproche	Naturaleza jurídica real de la reacción	Grado de desarrollo normativo
Menor de 14 años: niño (menor de 12 años) y adolescente menor de 14 años (artículo IV del TP del CNA)	Hecho previsto como delito o falta en la ley penal.	a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por instituciones de defensa. b) Participación en un programa oficial o comunitario de defensa con atención educativa, de salud y social. c) Incorporación a una familia sustitua o colocación familiar. d) Atención integral en un establecimiento de protección especial (artículo 242 del CNA).	Medidas protectoras (artículos IV del TP y 242 del CNA).	Tutelar.	No hay medida ni pena que se sustente en reproche al menor.	No hay reproche.	Tutelar.	Imputable.
14-18 años (artículo IV del TP del CNA)	Se considera adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho tipificado como delito o falta en la ley penal (artículo 183 del CNA).	a) Anonestación. b) Prestación de servicios a la comunidad. c) Libertad asistida. d) Libertad restringida. f) Internación en establecimiento para tratamiento (artículo 217 del CNA).	Medidas socioeducativas (artículos IV, TP, 217 y 229 del CNA).	Rehabilitación del adolescente infractor (artículo 229 del CNA).	a) La existencia del daño causado. b) La gravedad de los hechos. c) El grado de responsabilidad del adolescente. d) El informe del equipo multidisciplinario y el informe social (artículo 215 del CNA).	Baja presencia de «efectos» socializadores.	Socializadora-retributiva.	Imputable.
18-21 años	Autor o partícipe de un hecho tipificado como delito en la ley penal.	a) Privativa de libertad. b) Restrictiva de libertad. c) Limitativa de derechos. d) Multa (artículo 28 del CP).	Penas.	Preventiva, protectora y resocializadora (artículo IX, TP, del CP).	Responsabilidad del sujeto (artículos 45 y ss. del CP).	Alta: atenuación facultativa de la pena. Máximo superior de pena el mínimo legal. (artículo 22 del CP; Acuerdo Plenario 4/99).	Rerributiva.	Imputable.
21-65 años	Autor o partícipe de un hecho tipificado como delito en la ley penal.	a) Privativa de libertad. b) Restrictiva de derechos. c) Limitativa de derechos. d) Multa (artículo 28 del CP).	Penas.	Preventiva, protectora y resocializadora (artículo IX, TP, del CP).	Responsabilidad del sujeto (artículos 45 y ss. del CP).	Intensa: determinación de la pena dentro de los marcos legales (artículo 22 del CP; Acuerdo Plenario 4/99).	Rerributiva.	Imputable.

BIBLIOGRAFÍA

- Acale Sánchez, María (2000). *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*. Granada: Comares.
- Achenbach, Hans (1991). Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad (trad. de Jesús María Silva Sánchez). En Bernd Schünemann (comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales* (pp. 134-146). Madrid: Tecnos.
- Aguado Correa, Teresa (2004). *Inexigibilidad de otra conducta. Manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares.
- Alvarado Reyes, Yesid (1996). *La imputación objetiva* (segunda edición). Santa Fé de Bogotá: Temis.
- Álvarez García, Francisco Javier (2001). *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo y determinismo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Armaza Galdós, Julio (2009). Estado agresivo y defensivo de necesidad. En José Hurtado Pozo (ed.) & Iván Meini (coord.), *Problemas fundamentales de la Parte general del Código Penal*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Armaza Galdós, Julio & Emilo José Armaza (2012). La determinación culturalmente condicionada. En Raúl Pariona Arana (dir.), *20 años de vigencia del Código Penal peruano* (pp. 169-179). Lima: Grijley.
- Atienza, Manuel (2003). *El sentido del derecho* (segunda edición). Barcelona: Ariel Derecho.
- Atienza, Manuel (2004). *Las razones del derecho*. Lima: Palestra.

- Bachof, Otto (2008). ¿Normas constitucionales inconstitucionales? (trad. de Leonardo Álvarez Álvarez). Lima: Palestra.
- Bacigalupo Zapater, Enrique (1997). Artículo 11. En Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia* (tomo I). Madrid: Trivium.
- Bacigalupo Zapater, Enrique (2004). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Ara.
- Bacigalupo, Silvina (2007). *Autoría y participación en delitos de infracción de un deber*. Madrid: Marcial Pons.
- Baldó Lavilla, Francisco (1994). *Estado de necesidad y legítima defensa*. Barcelona: Bosch.
- Beladiez Rojo, Margarita (2010). *Los principios jurídicos* (segunda edición). Navarra: Civitas.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio & otros (2010). *Curso de derecho penal. Parte general* (segunda edición). Barcelona: Experiencia.
- Borja Jiménez, Emiliano (2011). *Curso de política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bramont-Arias Torres, Luis Miguel (1997). *Lecciones de la Parte general y el Código Penal*. Lima: San Marcos.
- Bramont Arias, Luis & Luis Bramont-Arias Torres (2001). *Código Penal anotado* (cuarta edición, revisada y concordada por García Cantizano). Lima: San Marcos.
- Bustos Ramírez, Juan (2004a). Consideraciones en torno al injusto. En *Obras completas* (tomo I: *Derecho penal. Parte general*). Lima: Ara.
- Bustos Ramírez, Juan (2004b). La imputabilidad en un Estado de derecho. Su revisión crítica desde la teoría de las subculturas y la siquiatria alternativa. En *Obras completas* (tomo I: *Derecho penal. Parte general*). Lima: Ara.
- Bustos Ramírez, Juan (2004c). Significación social y tipicidad. En *Obras completas* (tomo I: *Derecho penal. Parte general*). Lima: Ara.

- Bustos Ramírez, Juan & Hernán Hormazábal Malarée (1999). *Lecciones de Derecho Penal* (volumen II). Madrid: Trotta.
- Cancio Meliá, Manuel (1998). *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*. Medellín: Universidad Externado de Colombia.
- Cancio Meliá, Manuel (2001a). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal* (segunda edición). Medellín: Universidad Externado de Colombia.
- Cancio Meliá, Manuel (2001b). *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Caro John, José Antonio (2009). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de un deber. En José Hurtado Pozo (ed.) & Iván Meini (coord.), *Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Castaldo, Andrea (1997). La concreción del riesgo jurídicamente relevante (trad. de Ruíz de Erenchun Arteché). En Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal* (pp. 233-242). Madrid: Bosch.
- Cerezo Mir, José (2004). *Curso de derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito* (sexta edición). Madrid: Tecnos.
- Choclán Montalvo, José Antonio (1998). *Deber de cuidado y delito imprudente*. Barcelona: Bosch.
- Cuello Contreras, Joaquín (2004). Antijuridicidad, culpabilidad y exigibilidad. En Jacobo López Barja de Quiroga & José Miguel Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo* (tomo I, pp. 143-156). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Cuello Contreras, Joaquín (2008). Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto. *JUS Doctrina & Práctica* 9.
- Cuello Contreras, Joaquín (2009). *El derecho penal español* (volumen 2: *Teoría del delito*). Madrid: Dykinson.

- González Lager, Daniel (2005). La estructura de la acción humana. En *Questio Facti, Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- Demetrio Crespo, Eduardo, Rosario De Vicente Martínez & Nuria Matellanes Rodríguez (2011). *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*. Madrid: Iustel.
- Díaz Pita, María del Mar (2006). La presunta inexistencia del elemento volitivo del dolo y su imposibilidad de normativización. *Revista Penal* 17, 59-71.
- Díaz y García Conlledo, Miguel (2008). *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley.
- Dopsloff, Ulrich (1987). Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale. *Goltdammer's Archiv*.
- Esser, Albin & Björn Burkhardt (1995). *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias* (trad. de Silvidia Bacigalupo & Manuel Cancio Melía). Madrid: Colex.
- Fakhouri Gómez, Yamila (2009). Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad — Un modelo para afrontar la cuestión del error en derecho penal. *InDret* 4.
- Fakhouri Gómez, Yamila (2009). *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*. Madrid: Civitas.
- Feijóo Sánchez, Bernardo José (1997). *El injusto penal y su prevención en el nuevo Código Penal de 1995*. Madrid: Colex.
- Feijóo Sánchez, Bernardo (1998). La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo. *Cuadernos de Política Criminal* 65, 269-364.
- Feijóo Sánchez, Bernardo (2001). *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*. Barcelona: Bosch.

- Ferrajoli, Luigi (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (séptima edición, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Antonio Baylos, Juan Terradillos y Juan Ramón Cantarero). Madrid: Trotta.
- Fiandaca, Giovanni & Enzo Musco (2006). *Derecho penal. Parte general* (trad. de Luis Fernando Niño). Bogotá: Temis.
- Fletcher, George (1997). *Conceptos básicos de derecho penal* (trad. de Francisco Muñoz Conde). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Freund, Georg (2004). Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal (trad. de Ramón Ragués I Vallès). En Jürger Wolter & Georg Freund (eds.), *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la penal y proceso penal* (pp. 91-128). Madrid: Marcial Pon.
- Freund, Georg (2009). *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre* (segunda edición). Heidelberg: Springer-Verlag.
- Freudenthal, Berthold (2003). *Culpabilidad y reproche en derecho penal* (trad. de José Luis Guzmán Dávora). Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Frisch, Wolfgang (1983). *Vorsatz und Risiko*. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns.
- Frisch, Wolfgang (1995). *Tupo penal e imputación objetiva* (trad. de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaen Vallejo & Jesid Reyes Alvarado). Madrid: Colex.
- Frisch, Wolfgang (1999). El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad (trad. de Enrique Peñaranda Ramos). En Varios autores, *El error en el derecho penal* (pp. 39 y ss.). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Frisch, Wolfgang (2000). La imputación objetiva: estado de la cuestión (trad. de Ricardo Robles Planas). En Claus Roxin y otros, *Sobre el estado de la teoría del delito* (pp. 21-67). Madrid: Civitas.

- Frisch, Wolfgang (2004a). *Comportamiento típico e imputación del resultado* (trad. de Joaquín Cuello Contreras & José Luis Serrano González de Murillo). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Frisch, Wolfgang (2004b). Delito y sistema del delito (trad. de Ricardo Robles Planas). En Jürger Wolter & Georg Freund (eds.), *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la penal y proceso penal* (pp. 193-280). Madrid: Marcial Pon.
- Frisch, Wolfgang (2007a). Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal (trad. de Ricardo Robles Planas). En Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 309-340). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Frisch, Wolfgang (2007b). Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de Derecho (trad. de Patricia Ziffer). *InDret* 3.
- Frisch, Wolfgang & Ricardo Robles Planas (2004). *Desvalorar e Imputar. Sobre la imputación objetiva en derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- García Caveró, Percy (2007). *Derecho penal económico. Parte general* (tomo I). Lima: Grijley.
- García Caveró, Percy (2012). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Jurista.
- Gimbernat Ordeig, Enrique (1990a). Acerca del dolo eventual. En *Estudios de derecho penal* (tercera edición). Madrid: Tecnos.
- Gimbernat Ordeig, Enrique (1990b). Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. En *Estudios de derecho penal* (tercera edición). Madrid: Tecnos.
- Gimbernat Ordeig, Enrique (1990c). ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? En *Estudios de derecho penal* (tercera edición). Madrid: Tecnos.
- Gimbernat Ordeig, Enrique (1994). Causalidad, omisión e imprudencia. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 47(3), 5-60.

- Gimbernat Ordeig, Enrique (1997). La omisión impropia en la dogmática alemana. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* L, 5-112.
- Gimbernat Ordeig, Enrique (1999a). Artículo 11. En Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal* (volumen I). Madrid: Edersa.
- Gimbernat Ordeig, Enrique (1999b). El delito de omisión impropia. *Revista de derecho penal y criminología* 4, 525-554.
- Gimbernat Ordeig, Enrique (2011). *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Goldschmidt, James (2002). *La concepción normativa de la culpabilidad* (segunda edición, trad. de Margarethe de Goldschmidt & Ricardo Núñez). Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Gómez Benitez, José Manuel (1988). *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general* (primera reimpresión). Madrid: Civitas.
- González Rivero, Pilar (2004). Imputación jurídico penal en estado de defecto. En Jacobo López Barja de Quiroga & José Miguel Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo* (volumen I, pp. 263-284). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Gracia Martín, Luis (1995). La comisión por omisión en derecho penal español. *Actualidad penal* 2.
- Gracia Martín, Luis (2006). *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier.
- Gründwald, Gerald (1999). Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada (trad. de Patricia Ziffer). En Varios autores, *El error en el derecho penal* (pp. 167 y ss.). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Hassemer, Winfried (1984). *Fundamentos del derecho penal* (trad. de Muñoz Conde & Arroyo Zapatero). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hassemer, Winfried (2012). El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales (trad. de María Teresa Castiñeira Palou & Ricardo Robles Planas). En Ricardo Robles Planas (ed. española), *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (pp. 193-200). Barcelona: Atelier.

- Hava García, Esther (2009). Dolo eventual y culpa consciente. En José Hurtado Pozo (ed.) & Iván Meini (coord.), *Problemas fundamentales de la Parte general del Código Penal*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Henkel, Heinrich (1954). Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip. En Engisch & Maurach (editores), *Festschrift für E. Mezger zum 70. Geburtstag*. C.H. Beck's: München, Berlin.
- Herzberg, Rolf Dietrich (1972). *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: de Gruyter.
- Herzberg, Rolf Dietrich (1987). Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und der vorsätzlichen Straftat. *Juristenzeitung*.
- Herzberg, Rolf Dietrich (1999). Reflexiones acerca del concepto jurídico penal de acción y de la negación del delito «pretípica» (trad. de Teresa Rodríguez Montañés). En Diego-Manuel Luzón Peña & Santiago Mir Puig (coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito* (pp. 22-40). Madrid: Mc Graw-Hill.
- Hirsch, Hans Joachim (1999a). Acerca de la teoría de la imputación objetiva (trad. de Daniel R. Pastón, supervisada por Eduardo Demetrio Crespo). En *Derecho penal. Obras completas* (tomo I, pp. 37-64). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Hirsch, Hans Joachim (1999b). Adecuación social y teoría del injusto (trad. de Manuel Cancio Melía). En *Derecho penal. Obras completas* (tomo III). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Hirsch, Hans Joachim (1999c). La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo en la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (trad. de Mariano Melendo Pardos & María Ángeles Rueda Martín). En *Derecho penal. Obras completas* (tomo II). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Hrushka, Joachim (2009). *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Huerta Tocildo, Susana (1997). *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Hurtado Pozo, José & Víctor Prado Saldarriaga (2011). *Manual de derecho penal. Parte general* (tomo I). Lima: Moreno.
- Jakobs, Günther (1994). *La competencia por organización en el delito omisivo* (trad. de Peñaranda Ramos). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, Günther (1996). *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. de Manuel Cancio Melía). Madrid: Civitas.
- Jakobs, Günther (1997a). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (segunda edición, trad. de Joaquín Cuello Contreras & José Luis Serrano González de Murillo). Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, Günther (1997b). El concepto jurídico penal de acción (trad. de Manuel Cancio Melía). En *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas.
- Jakobs, Günther (1997c). El principio de culpabilidad (trad. de Manuel Cancio Melía). En *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas.
- Jakobs, Günther (1997d). La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión (trad. de Enrique Peñaranda Ramos). En *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas.
- Jakobs, Günther (1997e). La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza» (trad. de Enrique Peñaranda Ramos). En *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas.
- Jakobs, Günther (2004). Indiferencia como dolo indirecto (trad. de Carlos Pérez del Vallo). En Jacobo López Barja de Quiroga & José Miguel Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo* (tomo I, pp. 345-358). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Jakobs, Günther (2001). *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal* (trad. de Manuel Cancio Melía). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Jescheck, Hans Heinrich & Thomas Weigend (2005). *Tratado de derecho penal. Parte general* (quinta edición, trad. de Miguel Olmedo Cardenete). Granada: Comares.
- Jiménez Díaz, María José (2009). La impropia denominada eximente de minoría de edad en derecho penal español. En Lorenzo Morillas Cueva & Jaime Náquira Riveros, *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*. Madrid: Dykinson.
- Kaufmann, Arthur (2006). *Filosofía del derecho* (trad. de Luis Villar & Ana María Montoya, segunda edición). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kaufmann, Armin (1997). *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna* (trad. de Enrique Bacigalupo & Ernesto Garzón Valdés). Buenos Aires: Depalma.
- Kindhäuser, Urs (1999). ¿Indiferencia como dolo? (trad. de Nuria Pastor Muñoz). En *Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho*. Fernando Córdoba y Gustavo Bruzzone (trad.). En Varios autores. *El error en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- Kindhäuser, Urs (2008a). Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho (trad. de Juan Pablo Mañalich). En *Cuestiones actuales del sistema penal. Crisis y desafíos*. Lima: Ara.
- Kindhäuser, Urs (2008b). Estructura y legitimación de los delitos de peligro en derecho penal (trad. de Nuria Pastor Muñoz). En *Teoría de las normas y sistema del delito*. Lima: Ara.
- Kindhäuser, Urs (2009). *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (cuarta edición). Nomos: Baden-Baden.
- Köhler, Michael (2000). La imputación subjetiva: estado de la cuestión (trad. de Pablo Sánchez-Ostiz). En Varios autores, *Sobre el estado de la teoría del delito* (pp. 69-90). Madrid: Civitas.
- Köhler, Michael (1997). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlín: Springer.

- Kühl, Kristian (2008). *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (sexta edición). Munchen: Verlag Vahlen.
- Lackner, Karl & Kühl Kristian (2001). *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen* (vigésimo cuarta edición). München: CH Beck.
- Laurenzo Copello, Patricia (1992). *El resultado en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lopera Mesa, Gloria Patricia (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Luzón Peña, Diego Manuel (1990a). Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro (comentario a la sentencia TS 24-4-1974). En *Estudios de derecho penal* (segunda edición). Barcelona.
- Luzón Peña, Diego Manuel (1990b). Omisión de socorro: distinción entre omisión propia e impropia (comentario a la Sentencia TS 3-3-1980). En *Estudios de derecho penal* (segunda edición). Barcelona: PPU.
- Luzón Peña, Diego Manuel (1995). La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. En Silva Sánchez (ed.), Schünemann & De Figueiredo Dias (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: Bosch.
- Luzón Peña, Diego Manuel (2012). *Lecciones de derecho penal. Parte general* (segunda edición). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Manso Porto, Teresa (1999). *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*. Madrid: Dykinson.
- Manso Porto, Teresa (2004). El error de prohibición en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo Español desde la perspectiva de la actual discusión doctrinal. En Jacobo López Barja de Quiroga & José Miguel Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo* (tomo I, pp. 451-472). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Martínez Bujan, Carlos (2011). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Maurach, Reinhart & Heinz Zipf (1995). *Derecho penal. Parte general* (tomo I, séptima edición, trad. de Jorge Bofill Genzsch & Enrique Aimone Gibson). Buenos Aires: Astrea
- Mayer, Max Ernst (2000). *Normas jurídicas y normas de cultura* (trad. de José Luis Guzmán Dálbora). Buenos Aires: Hammurabi.
- Meini Méndez, Iván (2004). Delitos omisivos de resultado. Artículo 13. En Varios autores, *Código Penal comentado* (tomo I: *Título preliminar y Parte general*). Lima: Gaceta Jurídica.
- Meini Méndez, Iván (2010a). Imputabilidad penal por diversidad cultural. Sobre el art. 15 CP. En *Imputación y responsabilidad penal*. Lima: Ara.
- Meini Méndez, Iván (2010b). La obediencia debida en Derecho Penal. ¿Órdenes ilícitas vinculantes? En *Imputación y responsabilidad penal*. Lima: Ara.
- Meini Méndez, Iván (2009). La comisión por omisión. A la vez, una interpretación alternativa del art. 13 CP. En José Hurtado Pozo (ed.) & Iván Meini (coord.), *Problemas fundamentales de la Parte general del Código Penal*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Mezger, Edmund (1957). *Tratado de derecho penal* (traducción de la segunda edición alemana de 1933 y notas de derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz; tercera edición adicionada y puesta al día por Quintano Ripollés). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Mir Puig, Santiago (2008a). *Derecho penal. Parte general* (octava edición). Barcelona: Reppertor.
- Mir Puig, Santiago (2008b). Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal. En Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao & Margarita Valle Mariscal de Gante (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (pp. 1307-1328). Madrid: Edisofer.
- Molina Fernández, Fernando (2001). *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: Bosch.
- Montesquieu (1998). *Del espíritu de las leyes* (cuarta edición, trad. de Mercedes Blázquez & Pedro Vega). Madrid: Tecnos.

- Muñoz Conde, Francisco & Mercedes García Arán (2010). *Derecho penal, Parte general* (cuarta edición). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, Francisco (1985). Derecho penal y control social (sobre la función motivadora de la norma jurídica penal). En *Derecho penal y control social* (pp. 29-47). Jerez de la Frontera: Fundación Universitaria de Jerez.
- Muñoz Conde, Francisco (1989). *El error en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, Francisco (2007). *Teoría general del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olaizola Nogales, Inés (2007). *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad o invencibilidad*. Madrid: La Ley.
- Orts Berenguer, Enrique & José Luis Gonzáles Cussac (2008). *Compendio de derecho penal (parte general)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Otto, Harro (2000). *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre* (sexta edición). Berlín/Nueva York: Walter de Gruyter.
- Paeffgen, Hans Ulrich (1999). Observaciones acerca del error de tipo permisivo (trad. de Fernando Córdoba). En Varios autores, *El error en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Pariona Arana, Raúl (2009). El derecho penal «moderno». Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. En Julio Maier & Gabriela Córdoba (comps.), ¿Tiene un futuro el derecho penal? Buenos Aires: Ad Hoc.
- Pawlik., Michael (2010). La pena retributiva y el concepto de delito. En *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal* (pp. 75-108). Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Pons.
- Piña Rochefort, Juan (2005). *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Barcelona: Bosch.

- Puppe, Ingeborg (1999). Error de hecho, error de derecho, error de subsunción (trad. de Manuel Cancio Meliá). En Varios autores, *El error en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Puppe, Ingeborg (2003). *La imputación del resultado en derecho penal* (trad. de Percy García Caverro). Lima: Ara.
- Quintero Olivares, Gonzalo (1999). *Locos y culpables*. Pamplona: Aranzadi.
- Quintero Olivares, Gonzalo (2010). *Parte general de derecho penal* (cuarta edición). Navarra: Aranzadi.
- Ramos Vásquez, José Antonio (2008). *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Righi, Esteban (2003). *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Robinson, Paul H. (2012) *Principios distributivos del derecho penal* (trad. de Manuel Cancio Meliá & Íñigo Ortiz de Urbina). Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- Rodríguez Devesa, José María & Alfonso Serrano Gómez (1993). *Derecho penal. Parte general* (décimo sexta edición). Valencia.
- Rodríguez Mesa, María José (2005). *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*. Navarra: Aranzadi.
- Rodríguez Montañez, Teresa (1994). *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid: Rubinzal-Culzoni.
- Roxin, Claus (1976a). Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes (trad. de Diego Luzón Peña). En *Problemas básicos de derecho penal* (pp. 149-180). Madrid: Reus.
- Roxin, Claus (1976b). Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal (trad. de Diego Luzón Peña). En *Problemas básicos de derecho Penal* (pp. 128-146). Madrid: Reus.
- Roxin, Claus (1976c). Sobre el fin de protección de la norma en delito imprudentes (trad. de Diego Luzón Peña). En *Problemas básicos de derecho penal* (pp. 181-200). Madrid: Reus.

- Roxin, Claus (1979). *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico* (trad. de Enrique Bacigalupo). Buenos Aires: De Palma.
- Roxin, Claus (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal* (trad. de Francisco Muñoz Conde). Madrid: Reus.
- Roxin, Claus (1997). *Derecho penal. Parte general* (tomo I; trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo & Javier De Vicente Remesal). Madrid: Civitas.
- Rudolphi, Hans-Joachim (1991). El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal (trad. de Silva Sánchez). En Bernd Schünemann (comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales* (pp. 81-93). Madrid: Tecnos.
- Rueda Martín, María Ángeles (2001). *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona: Bosch.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons.
- Sancinetti, Marcelo (1991). *Teoría del delito y disvalor de Acción*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Sancinetti, Marcelo (1995). *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*. Bogotá: Temis.
- Sancinetti, Marcelo (1996). *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sancinetti, Marcelo (2002). Dolus generalis y suerte penal. En Claus Roxin & Marcelo Sancinetti, *Desviación del curso causal y «dolus generalis»*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Sancinetti, Marcelo (2005). Por qué un concepto de ilícito penal sin disvalor de resultado permite una dogmática más racional. En José Guillermo Yacobucci (dir.), *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs*. Lima: Ara.
- Sauer, Guillermo (1956). *Derecho penal (parte general)* (trad. de Juan del Rosal & José Cerezo). Barcelona: Bosch.

- Schmidhäuser, Eberhard (1984). *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (segunda edición). Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Schünemann, Bernd (1984). Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 96.
- Schünemann, Bernd (1991a). Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal (trad. de Jesús María Silva Sánchez). En Bernd Schünemann (comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales* (pp. 31-93). Madrid: Tecnos.
- Schünemann, Bernd (1991b). La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo (trad. de Jesús María Silva Sánchez). En Bernd Schünemann (comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales* (pp. 147-178). Madrid: Tecnos.
- Schünemann, Bernd (1995). La función de la delimitación de injusto y culpabilidad (trad. de Carlos Suárez González). En Jesús María Silva Sánchez (ed. española), Bernd Schünemann & Jorge De Figueiredo Dias (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal* (pp. 205-245). Barcelona: Bosch.
- Schünemann, Bernd (2000). La culpabilidad: estado de la cuestión (trad. de David Felip i Sarorit & Ramón Ragués). En Varios autores, *Sobre el estado de la teoría del delito* (pp. 91-128). Madrid: Civitas.
- Schünemann, Bernd (2007). El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación (trad. de María Martín Lorenzo & Mirja Feldmann). En Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 197-226). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Schünemann, Bernd (2009). *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (trad. de Joaquín Cuello Contreras & José Luis Serrano Gonzales de Murillo). Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- Silva Sánchez, Jesús María (1986). *El delito de omisión*. Barcelona: Bosch.

- Silva Sánchez, Jesús María (1989). Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario. *Cuadernos de Política Criminal* 38.
- Silva Sánchez, Jesús María (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.
- Silva Sánchez, Jesús María (1997). La regulación de la comisión por omisión. En *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales* (pp. 51-78). Barcelona: Bosch.
- Silva Sánchez, Jesús María (1999a). Artículo 11. En Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal* (tomo I). Madrid: Edersa.
- Silva Sánchez, Jesús María (1999b). *La expansión del derecho penal. Aspectos de política-criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.
- Silva Sánchez, Jesús María (2003a). ¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas. En Jesús María Silva Sánchez, *Normas y acciones en derecho penal* (pp. 13-39). Buenos Aires: Hammurabi.
- Silva Sánchez, Jesús María (2003b). *El delito de omisión: concepto y sistema*. Montevideo: BdeF.
- Silva Sánchez, Jesús María (2003c). ¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas. En Jesús María Silva Sánchez, *Normas y acciones en derecho penal* (pp. 41-66). Buenos Aires: Hammurabi.
- Silva Sánchez, Jesús María (2006). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo/ Buenos Aires: BdeF.
- Stoos, Carl (1896). Der Geist der modernen Strafgesetzgebung. *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 9.
- Stratenwerth, Günter (2005). *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible* (trad. de Manuel Cancio Meliá & Marcelo Sancinetti). Buenos Aires: Hammurabi.

- Struensee, Eberhard (1987). El tipo subjetivo del delito imprudente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales XL(2)*, pp. 423-450). Madrid.
- Terradillos Basoco, Juan (2009). Culpabilidad-responsabilidad. En: José Hurtado Pozo (ed.) & Iván Meini (coord.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Terradillos Basoco, Juan (1981). La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Complutense* 63, 123-150.
- Terradillos Basoco, Juan (2001). Peligro abstracto y garantías penales. En Gonzalo Quintero Olivares & Fermín Morales Prats (coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz* (pp. 787-816). Pamplona: Aranzadi.
- Terradillos Basoco, Juan (2010). *Sistema penal y estado de derecho: ensayos sobre derecho penal*. Lima: Ara.
- Tiedemann, Klaus (2009). Requisitos fundamentales de una regulación de la Parte general (trad. de Iván Meini). En José Hurtado Pozo (ed.) & Iván Meini (coord.), *Problemas fundamentales de la Parte general del Código Penal*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Tröndle, Herbert & Thomas Fischer (2003). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (décimo quinta edición). München.
- Urquiza Olaechea, José (2010). *Código Penal comentado* (tomo I). Lima: Idemsa.
- Von Hirsch, Andrew (2007a). El concepto de bien jurídico y el «principio del daño». En Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 37-52). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Von Hirsch, Andrew & Wolfgang Wohlers (2007b). Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa (trad. de Beatriz Spínola Tártaro). En Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 285-308). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

- Von Liszt, Franz (1926). *Tratado de derecho penal* (segunda edición, trad. de Quintiliano Saldaña). Madrid: Reus.
- Von Weber, Hellmuth (1954). Negative Tatbestandsmerkmale, Engisch/Maurach (Herausg.), Festschrift für Mezger, München, Berlin: C.H. Beck'sche.
- Velásquez Velásquez, Fernando (2009). *Derecho penal. Parte general* (cuarta edición). Medellín: Comlibros y Cia.
- Villavicencio Terreros, Felipe (2004). Error de prohibición culturalmente condicionado. Artículo 15. En Varios autores, *Código Penal comentado* (tomo I: *Título preliminar y Parte general*). Lima: Gaceta Jurídica.
- Villavicencio Terreros, Felipe (2007). *Derecho penal. Parte general* (segunda reimpresión). Lima: Grijley.
- Vives Antón, Tomás (1999). Artículo 11. En Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal* (tomo I). Madrid: Edersa.
- Vives Antón, Tomás (2011). *Fundamento del sistema penal* (segunda edición). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Welzel, Hans (1976). *Derecho penal alemán. Parte general* (décimo segunda edición alemana y tercera edición castellana, trad. de Juan Bustos Ramírez & Sergio Yáñez Pérez). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Welzel, Hans (2004). *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal* (trad. de Gladys Romero). Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Wessels, Johannes & Werner Beulke (2002). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau* (32.ª edición). Tübingen: CF Müller.
- Wolter, Jürgen (1999). Las causas constitucionales de exclusión de tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad (trad. de Manuel Paredes Castañón). En Diego-Manuel Luzón Peña & Santiago Mir Puig (coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito* (pp. 1-21). Madrid: McGraw-Hill.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia & Alejandro Slokar (2000). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

Zielinski, Diethart (1990). *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* (trad. de Marcelo Sancinetti). Buenos Aires: Hammurabi.

Zielinski, Diethart (2003). *Dolo e imprudencia. Comentarios a los § 15 y §16 del Código Penal alemán* (trad. de Marcelo Sancinetti). Buenos Aires: Hammurabi.

Zugaldía Espinar, José Miguel (1986). La demarcación entre dolo y la culpa: el problema del dolo eventual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales XXXIX(2)*, 395-422.

Zugaldía Espinar, José Miguel (2010). En *Fundamentos de derecho penal. Parte general* (cuarta edición). Valencia: Tirant lo Blanch.

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

Las razones que legitiman la imputación de responsabilidad penal en un Estado de derecho se explican, en el presente libro, a partir de dos postulados concretos: la concepción del derecho como razón al servicio de la convivencia libre y pacífica de las personas y la convicción de que el derecho penal protege la libertad que todos necesitamos para desarrollarnos en sociedad. De ahí que la libertad de actuación, restringida por el derecho penal, se legitime en la ponderación de que solo se puede limitar cuando su ejercicio menoscabe la legítima libertad de actuación de un tercero. A nadie, y menos al Estado, le asiste la prerrogativa de limitarla por otra razón. ¿Cuánta libertad de actuación es legítimo restringir para garantizar la propia libertad de actuación y permitir el libre desarrollo de la personalidad de todos por igual? La respuesta que se dé a la interrogante planteada condiciona la estructura y sistemática de la teoría del delito; pues es ella la que explica por qué y bajo qué circunstancias se prohíbe realizar determinados comportamientos (de riesgo para bienes jurídicos). Y, para hacerlo, deberá argumentar a partir de principios constitucionales y generales del derecho, de suerte que estos se plasmen y desarrollen en la mencionada teoría.

IVÁN MEINI es profesor de derecho penal en la PUCP, doctor en derecho por la Universidad de Cádiz (España), becario de doctorado de la AECE, de posdoctorado en la Universidad de Fribourg (Suiza), del Instituto Max Planck para el Derecho Extranjero e Internacional (Freiburg i. Br. Alemania) y de la Agencia Alemana de Intercambio Académico (DAAD) en la Universidad de Göttingen (Alemania). Además, es autor de libros y artículos publicados en distintos países de América Latina y Europa, entre los que destacan: *Imputación y responsabilidad penal*, *La responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, *El dominio de la organización en derecho penal* y *La pena: función y presupuestos*. Sus principales líneas de investigación son la teoría jurídica del delito, el derecho penal económico, la protección penal de los derechos humanos, la criminalidad organizada y el derecho penal de la función pública. En la actualidad se desempeña como director de estudios de la Facultad de Derecho de la PUCP.

VICERRECTORADO DE
INVESTIGACIÓN

ISBN: 978-612-317-027-1

