

TERCERA PARTE

TEORÍA DEL DELITO

§ 8 EL DELITO

I

La teoría del delito. Apuntes para su elaboración de acuerdo a las disposiciones del Código Penal de 1924

Sumario: 1. Introducción. 2. La acción. 3. Tipicidad. 4. La antijuricidad. 5. La imputabilidad. 6. Culpabilidad.

Se trata de estudiar los problemas más importantes de la teoría del delito, partiendo de las disposiciones del Código Penal peruano. Con este objeto, se recurre a las modernas concepciones doctrinales, se analizan las resoluciones de la Corte Suprema y se hace referencia a la legislación extranjera. El objetivo propuesto es establecer las bases necesarias para la elaboración de un trabajo de mayores pretensiones. La más seria dificultad para lograr este fin lo constituye la escasez de tratados y de monografías nacionales en que se estudien los temas que se analizan.

Trabajo preparado con ocasión del cincuentenario del Código Penal peruano de 1924, cuyo raro destino es “envejecer sin haber sido aplicado” ni suficientemente estudiado.

1. Introducción

1. *Definición.* De acuerdo al principio de la legalidad, nadie puede ser penado si no ha cometido un acto delictuoso descrito previamente en la ley. Se designa a tal acto con el nombre de delito (*lato sensu*) y a la parte de la disciplina

jurídica que lo estudia se le llama “teoría del delito”. Tradicionalmente, el delito ha sido definido como “la acción u omisión penada por la ley”. Esta definición puramente formal figura frecuentemente en los antiguos códigos penales¹.

La nueva técnica legislativa permite omitir este tipo de definición en un Código Penal. La moderna doctrina penal ha elaborado una noción compleja del delito. Sus defensores parten, con este objeto, del criterio que el derecho penal hace, como las demás ramas jurídicas, posible una ordenada vida en común de los hombres en sociedad. La tarea fundamental del derecho penal es, precisamente, la protección de esta vida en común, mediante la defensa de determinados intereses comunes o individuales estimados vitales para el ordenamiento social y para lo cual exige a todos una manera determinada de comportarse. Esta exigencia del Derecho penal implica la imposición de deberes. La incorporación de un bien dentro de la esfera de protección penal lo transforma en un bien jurídico.

El delito es, en consecuencia, toda lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, prevista en una norma jurídico-penal, no justificada por alguna circunstancia particular e imputable, como acto culpable, al autor, quien se hace merecedor de una pena.

Por esta razón, hoy en día, se describe al delito como el acto típico, anti-jurídico y culpable, imputable a una persona y sancionado con una pena. Esta concepción del delito se halla en la base de nuestro Código Penal. Así, en los artículos 1, 2 y 3 se exige la realización de un acto (*acción*), la adecuación de este acto a la descripción hecha por la ley (*tipicidad*), y la existencia de una amenaza penal (punibilidad); los incisos 2, 3, 4 y 5 del artículo 85 prevén que la pena será aplicada solo cuando el acto es contrario al Derecho (*antijuricidad*); los artículos 10, 11 y el inciso 19 del artículo 85 precisan las condiciones psico-biológicas que impiden, total o parcialmente, imputar un acto a una persona (inimputabilidad), por último, los artículos 81 y 82 precisan las condiciones de la *culpabilidad*.

Este concepto normativo del delito sirve a la Criminología solo como un punto de partida para sus investigaciones, pero no es su objeto exclusivo o el fin de sus actividades. Como fenómeno social, el delito puede ser observado desde diferentes perspectivas. Puede ser considerado como un hecho puramente jurí-

1 Por ejemplo, el artículo primero del Código Penal francés de Brumario decía que el delito consiste “en hacer lo que la ley prohíbe o no hacer lo que ella ordena”, y el artículo primero de nuestro Código de 1863 expresaba: las acciones o las omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley, constituyen los delitos y las contravenciones.

dico u observado en sus relaciones con la cultura, la religión y la moral. Por esto, no se puede obtener unanimidad en la manera de definir el delito, El concepto normativo debe, sin embargo, ser el punto de partida para las investigaciones criminológicas.

2. *Actos que dan lugar a la intervención de la justicia.* La simple lectura de las disposiciones de la parte general de nuestro código, nos permite constatar que esta definición del delito² no comprende todos los actos que dan lugar a la intervención de la justicia penal. Esto se explica por el hecho de que el legislador peruano ha incorporado, en el Código Penal, las medidas de seguridad y de educación contra los delincuentes socialmente peligrosos, y las medidas disciplinarias y de tratamiento en lo que concierne a los menores. Las condiciones necesarias para la aplicación de una medida y la imposición de una pena son diferentes. Cuando el legislador peruano trata de las medidas de seguridad prefiere las expresiones: “hecho punible” (artículo 85, inciso 1) o “hecho reprimido como delito o contravención” (artículos 137, 142, 143 y 145). Esto ha permitido a algunos juristas hablar de “delitos completos” y de “delitos incompletos”. En los primeros, es necesaria la presencia de todos los elementos constitutivos señalados en la definición dogmática³, mientras que en los segundos, es suficiente que una acción antijurídica pueda ser imputada al autor. Solo los primeros darán lugar a una pena, los otros solo motivarían la aplicación de medidas de seguridad.

En Derecho peruano esto es exacto en relación a los irresponsables peligrosos, los niños y los adolescentes, pero no en lo que concierne a los delincuentes responsables peligrosos. A estos es posible imponerles, además de la pena, una medida de seguridad cuando su estado personal peligroso lo exige.

3. *Clases de infracciones.* Ciertos juristas y legisladores han tratado siempre de clasificar las infracciones según la naturaleza del bien jurídico atacado. Así se ha llamado “crimen” al acto que daña los “derechos naturales” (vida, libertad, honor, etc.); “delito” a la lesión de los derechos consagrados por el “contrato social”; y “contravención”, la violación de una disposición de policía o reglamentaria.

Sin embargo, la mayor parte de los legisladores han clasificado las infracciones en función de su gravedad; así el Código Penal francés de 1810, en su artículo 19 estatuye: “la infracción que las leyes castigan con pena de policía es una contravención. La infracción que las leyes castigan con penas correccionales es

2 El delito (*lato sensu*) es, generalmente, designado por la ley con el nombre de infracción (artículos 2, 6, 81, 83 Código Penal).

3 Ver *supra* 1.

un delito. La infracción que las leyes castigan con una pena afflictiva e infamante es un crimen”. Esta fórmula ha sido tomada por el Código de Baviera de 1813 y el Código prusiano de 1851. Por el contrario, el Código Penal toscano adoptó una clasificación bipartita: “*delitti e transgressioni*” (delitos y contravenciones), como el Código Penal italiano de 1889 y el proyecto de Código Penal suizo de 1918. El legislador peruano ha adoptado la división bipartita: delitos y faltas.

Los libros primero y segundo del Código Penal tratan de los delitos y el libro tercero de las faltas. En la parte general del libro tercero, relativo a las faltas (contravenciones), las disposiciones generales del libro primero son declaradas aplicables a las faltas, salvo disposición contraria. El artículo 383, inciso 1, de nuestro Código Penal estatuye: “Las faltas solo se reprimirán en el caso de estar consumadas, sin atender más que al hecho mismo sin consideración a si hubo intención o negligencia”.

El legislador hace, pues, de las faltas infracciones formales cuyos autores son castigados por el solo hecho de haberlas cometido. El principio de la culpabilidad es abandonado. Sigue este mismo criterio, por ejemplo, al regular en el Código Tributario los delitos e infracciones (contravenciones o faltas) tributarias. Estas son concebidas como incumplimientos a las formalidades impuestas por las leyes fiscales en interés de la recaudación de impuestos, y sus autores son castigados por el simple hecho de cometerlas; es decir, sin determinar su culpabilidad. Es de suponer que el legislador ha instituido estas infracciones, punibles independientemente de toda intención, porque las acciones que él prohíbe y las omisiones que sanciona, constituyen en ellas mismas obstáculos a la recaudación de los impuestos, tal como los ha organizado. Así, la obligación de presentar una declaración en los plazos fijados es solo protegida penalmente en la perspectiva de la organización de la recaudación de impuestos sobre la base de la declaración suscrita del contribuyente.

De esta manera, el legislador se aleja de la concepción admitida en el derogado Código Penal de 1863, que de acuerdo al modelo español -Código Penal de 1848-50- hacía de la culpabilidad un elemento constitutivo de todas las infracciones (comprendidas las faltas). Este criterio era admitido por la mayor parte de los juristas de la época, quienes criticaron acerbamente el Código Penal italiano de 1889 que en su artículo 45 declaraba responsable al autor de una falta por el solo hecho de su acción u omisión⁴.

4 VITERBO ARIAS, José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, Lima, 1906, pp. 554 y ss.

La exposición de motivos del Código Penal peruano⁵ no explica las razones que han determinado al legislador a tratar de esta manera el problema de las faltas. La doctrina no se ha pronunciado aún al respecto. En nuestra opinión, el carácter dudoso (en el plano científico) e injusto de este artículo 383, inciso 1 de nuestro Código se plantea claramente en relación con algunas faltas; por ejemplo: las vías de hecho, la ratería y la obtención fraudulenta de una prestación, previstas en los artículos 384, 386 y 387 (inciso 3), respectivamente, y que tienen como fuente directa de inspiración los artículos 295, 298 y 303 del proyecto de 1918 del Código Penal suizo. ¿Cómo castigar, sin contradecir el sano sentimiento de justicia, por ejemplo, al autor de vías de hecho quien, a causa de un error, se cree víctima de una agresión ilegítima; o a aquel que de buena fe sustrae cosas ajenas de poco valor, convencido de que son suyas? Esto es aún más chocante si se tiene en cuenta la naturaleza de estas infracciones y la manera cómo ellas han sido concebidas por el legislador⁶.

Este ejemplo muestra una peculiar técnica legislativa, utilizada por el legislador peruano: reproducir en el Código Penal (artículo 383, inciso 1) una disposición general extranjera —en el caso analizado, del Código Penal uruguayo—, luego incorporar, algunas disposiciones contenidas en otras legislaciones —proyecto suizo de 1918—, sin tener en consideración que son incompatibles con la disposición general.

Las penas previstas, generalmente, para los autores de faltas son: prisión no menor de dos días ni mayor de 30 y multa de dos a cincuenta soles. La inhabilitación no es aplicable sino en los casos expresamente indicados por la ley (podrá ser impuesta la suspensión de la patria potestad a quien fuere encontrado en la vía pública en estado evidente de embriaguez: artículo 390, inciso 3). En caso de falta contra el patrimonio, denominada ratería y regulada en el artículo 386, se someterá al autor a trabajo obligatorio durante el día en una obra del Estado o se le colocará en una casa de trabajo por un tiempo no mayor de tres meses.

Cabe destacar que el legislador abandona el sistema días-multa consagrado en el artículo 20 en relación con los delitos.

5 ESPINO PÉREZ, Julio D. (editor), *Código Penal*, Lima, 1968, pp. 8 y 28.

6 Esta observación es pertinente si se analiza la manera cómo han sido elaborados los tipos legales de dichas faltas. Tipos elaborados por un legislador que admitía, también, la culpabilidad como un elemento de las faltas o contravenciones. En nuestro caso es una prueba más de que el legislador ha mantenido algunos casos de responsabilidad por el simple resultado. Esto se revela ya en el artículo 87. De acuerdo a esta disposición, el agente que actúe por error de hecho o de derecho no culpable (que hace desaparecer el dolo) será también sancionado. Solo permite al juez disminuir la pena bajo el *minimum* legal (ver *infra* 53).

La complicidad, en virtud del artículo 383, inciso 2, no es punible en materia de faltas; el inciso 5 de la misma disposición establece reglas especiales sobre la responsabilidad de las personas que ejerzan potestad, dirección o vigilancia sobre el autor de una falta.

En caso de condena condicional, el plazo de prueba es disminuido de cinco años (artículo 45) a un año (artículo 387, inciso 4). El inciso 7 del artículo 383 establece que la acción penal prescribe a los seis meses; la pena al año (estas disposiciones tienen como fuente legal los artículos 291 y 294 del proyecto suizo de 1918).

4. *Delitos y faltas*. Conforme a la opinión dominante, los delitos y las contravenciones (faltas) no pueden ser ontológicamente diferentes⁷. Carl Stooss ya había afirmado que “no hay diferencia esencial absoluta entre las faltas y los delitos” y que “generalmente, las disposiciones generales establecidas para los delitos deben igualmente aplicarse a las faltas”⁸. Esta opinión ha sido defendida por Zürcher en su remarcable exposición de motivos del anteproyecto suizo de 1908. “Es cierto —dice él— que una frontera precisa, una diferencia esencial, no puede ser establecida entre esas dos categorías de infracciones. Ni la diferencia en sus efectos (en el sentido que las infracciones que implican un resultado o una puesta en peligro serían ubicadas en la primera clase, mientras que las infracciones de simple insumisión formarían la segunda); ni en su relación con la moral, en el sentido de qué los actos moralmente indiferentes serían faltas, mientras que los actos que comportasen una reprobación moral serían delitos); ni, por último, la condición de culpabilidad (en el sentido de que no habría delito sin culpabilidad, mientras que esta condición no sería exigida en materia de faltas); ninguno de estos criterios permite establecer una distinción fundada sobre los caracteres esenciales⁹. Zürcher estimaba, sin embargo, necesario tratar diferentemente estos dos tipos de infracciones, teniendo en cuenta que hay entre ellas una simple diferencia cuantitativa¹⁰. Sin embargo, ciertos juristas estiman necesario hacer una distinción de principio entre delitos y contravenciones, distinción que reside en el valor moral ligado a la pena, que es la consecuencia:

7 Cfr. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 3.^a ed., Buenos Aires, 1963, t. I, p. 241.

8 STOOSS, Carl, *Avant-projet de code penal et motifs à l'appui*, traducción de Gautier, Berna, 1894, p. 353.

9 ZÜRCHER, Emil, *Exposé des motifs de l'avant-projet de 1908*, traducción de Gautier, Berna, 1914, p. 425.

10 ZÜRCHER, *Exposé des motifs de l'avant-projet de 1908*, cit., p. 426.

mientras que la pena criminal implica una desaprobación ético-social, la pena de la falta no comporta juzgamiento reprobatorio¹¹.

Toda distinción que se pretenda hacer solo será posible desde un punto de vista cuantitativo o simplemente legal. La importancia práctica de esta distinción obliga al legislador a emplear en la ley fórmulas claras y precisas¹².

2. La acción

5. *Definición.* Según la doctrina penal moderna, la acción es un comportamiento humano socialmente relevante¹³. Está acción puede consistir en la ejecución de una actividad “final” (orientada hacia un fin determinado); en la no realización (inactividad) de un acto ordenado (no necesariamente por la ley); o, en ciertos límites, en la producción de un resultado en principio controlable (causalidad)¹⁴.

Solo el comportamiento portador de una manifestación de voluntad puede ser base para la valorización penal, y para considerársele acción debe merecer una determinada valoración social. En la referencia a las relaciones del acto humano con el medio social se encuentra el criterio superior para unificar bajo un mismo concepto las diversas formas en que se presenta (ontológicamente considerado) el comportamiento del hombre¹⁵.

Oponiéndose a esta concepción, la “teoría finalista de la acción” afirma que la acción es un comportamiento humano sometido a la voluntad orientada hacia un resultado determinado¹⁶. La finalidad de la acción resulta del hecho que el hombre, consciente de su poder causal, puede prever en cierta medida, los efectos posibles de su actividad; tratar de alcanzar fines diferentes y dirigir, según

11 GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zürich, 1942, p. 101.

12 Cfr. SOLER, *Derecho penal*, cit., t. I, p. 242; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, 3.^a ed., México-Buenos Aires, 1959, p. 213.

13 JESCHECK, Hans H., *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlín, 1959, p. 152. Consultar: MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Karlsruhe, 1971, p. 180; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, cit., pp. 210 y ss.; SOLER, *Derecho penal*, cit., t. I, pp. 260 y ss.

14 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 153; MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, 14.^a ed., München, 1970, pp. 56 y ss.

15 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 152-153; SCHONKE-SCHRODER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 15.^a ed., München, 1970, p. 17.

16 WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 10.^a ed., Berlín, 1970, pp. 31 y ss; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 182 y ss.

un plan, su actividad hacia un objetivo determinado. Según Welzel, la dirección final de una acción se cumple en dos fases. La primera, que se desarrolla en la esfera del pensamiento, comprende el escogimiento, por parte del autor, del fin que quiere alcanzar; la elección (en base a su saber causal) de los medios de acción necesarios para realizar dicho objetivo y el cálculo de los efectos concomitantes, que están vinculados a los factores causales considerados junto al logro del fin. La segunda etapa, que se desarrolla en el mundo exterior, consiste en que el agente, después de haber cumplido con las operaciones antes señaladas, pone en movimiento, de acuerdo a un plan, los medios de acción (factores causales) elegidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin y los efectos concomitantes (incluidos en el complejo total a realizar). Esta segunda etapa es, en realidad, un proceso causal sobre determinado por la elección del fin y de los medios en el dominio del pensamiento¹⁷. Últimamente, el profesor Welzel considera que mejor sería de hablar de acción “cibernética” en lugar de finalista, por cuanto este término se conforma más a la peculiaridad determinante de la acción, esto es, su dirección y encauzamiento¹⁸.

Para comprender mejor la concepción finalista, consideramos oportuno transcribir el siguiente ejemplo dado por Welzel: A y B quieren robar a X, después de reducirle previamente a la impotencia. Como medio para ello consideran, en primer lugar, un cinturón que pretenden enrollar en el cuello de la víctima. Como, sin, embargo, con tal proceder cuentan con que la víctima muera asfixiada, y quieren evitarlo, descartan este medio y eligen un pequeño saco de arena, con el cual aturdirán a X. Al principio ejecutan de este modo el hecho; su realización está dirigida tanto a la consecución del fin (el botín), como a evitar los efectos concomitantes (la muerte de X). Sin embargo, como el saco de arena no aturde a X, los autores recurren al primer medio. Estrangulan a X con el cinturón hasta que pierde el conocimiento, y lo dejan, abrochado con la hebilla, en torno al cuello de X, mientras recogen el botín. Cuando, posteriormente, aflojan el cinturón, X ha muerto asfixiado. Dado que ellos, como muestra su plan originario, contaban con el desenlace mortal al utilizar ese medio, se extiende su voluntad de realización, para la configuración de ese hecho, también al efectivo conocimiento que lleva consigo. Los autores han modificado aquí la primitiva dirección de la acción, que llevaba a la obtención del fin evitando la muerte de X, de modo que han incluido en su voluntad de

17 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 30 y 32.

18 WELZEL, Hans, “La dogmática en el derecho penal”, en *Cuadernos de los Institutos*, N.º 116, Universidad Nacional de Córdoba - Instituto de Derecho Penal, Córdoba 1972, p. 35.

realización los efectos concomitantes posibles como parte del resultado total a efectuar para el logro del fin¹⁹.

Las críticas hechas a la teoría de la acción finalista son bastante numerosas. Se le critica, en primer lugar, el hecho de que su concepto de acción no puede comprender el acto negativo (omisión) ni el acto que produce un resultado ilícito por negligencia (delitos culposos). En el primer caso, falta la impulsión. Voluntaria necesaria al nacimiento de toda acción “finalista”, en el segundo, el resultado a evitar es extraño a la relación final y la voluntad es considerada en su función causal²⁰. Se ha criticado, igualmente, a esta teoría su concepción natural del dolo (solo como fenómeno psicológico: intención) y que la naturaleza misma de la “finalidad” no permite comprender la noción del dolo eventual, en esta nueva concepción del dolo²¹. La discusión entre los representantes de ambas concepciones, que ocupó tanto a la doctrina penal alemana, ha perdido en intensidad e interés. Ambos bandos han abandonado sus posiciones irreductibles. La concepción denominada causalista y combatida por los finalistas, que consideraba agotada la acción en la causación del resultado típico (en este sentido estrecho) no tiene defensores. Los partidarios de la acción finalista, asimismo, han admitido, flexibilizando sus puntos de vista y reconociendo la corrección de algunas críticas que se le hacían, que el concepto de la acción es el mismo tanto en relación con los delitos dolosos como culposos.

En nuestra opinión, la concepción admitida en el párrafo inicial de este acápite, dominante en la doctrina, es más conforme a la realidad; ella corresponde a la legislación y da los fundamentos necesarios a la teoría del delito. La noción de acción así concebida juega un rol práctico importante, puesto que permite comprender positivamente los actos que interesan al Derecho penal. Sirve, además, de vínculo de unión para los demás elementos del delito y de límite para descartar los actos penalmente irrelevantes.

19 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 183.

20 SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 19. Ver: JESCHEK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 156 y ss., p. 488; Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., p. 19; MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 57; BAUMAN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Tübingen, 1968, pp. 156 y ss.

21 GRAVEN, “Les principes de la légalité, de l’analogie et de l’interprétation et leur application en droit pénal suisse”, en *Revue Pénale suisse* 66, 1951. Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 19, MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 57; BAUMAN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 156 y ss.

Aún hoy en día, no se acepta con unanimidad la posibilidad de elaborar un concepto general que comprenda todos los tipos de actividad humana. Schönke-Schröder afirma que la comisión y la omisión son ontológicamente diferentes y, por tanto, es imposible comprenderlas en un concepto superior²². Este criterio deja de lado el carácter normativo del concepto de acción que le permite, justamente, comprender dichas clases de comportamiento.

El legislador mismo ha estado obligado a buscar un término general para designar las diversas clases de acción.

La terminología empleada por nuestro legislador en el Código Penal no es uniforme: el artículo 3 del Código, que consagra el principio de la legalidad, señala expresamente las dos clases de acción empleando las expresiones “acto” y “omisión”.

En apariencia, no sería, pues, necesario elaborar dogmáticamente una noción general de acción, pero la lectura de las otras disposiciones del Código nos muestra con claridad que el legislador ha estado obligado, igualmente, a usar un término general. Él ha recurrido a las expresiones: “hecho” (artículo 9), “hecho punible” (artículos 7, 70, 85 inciso 1 y 100) y “acto” (artículos 81, 82, 85 inciso 1). La expresión “acción” es utilizada una sola vez para designar todas las clases de actividad: según el artículo 51, el juez, al momento de individualizar la pena, tendrá en cuenta la “naturaleza de la acción”.

6. Clases de acción: comisión, omisión, y comisión por omisión. La mayor parte de las disposiciones de la parte especial de todo Código Penal describen actos positivos (comisión). El autor debe “hacer algo”. El viola una norma prohibitiva; por ejemplo, “no matar” (artículo 150). Excepcionalmente, el legislador ha previsto actos negativos (omisión). El autor debe “no hacer algo” para cumplir con las exigencias de la disposición especial. El viola una norma preceptiva que lo obliga a ejecutar un acto, por ejemplo, “socorrer a alguien en peligro” (artículo 183). Nuestro legislador ha creído necesario declarar expresamente que el autor de un delito de omisión es aquel que no hace lo que ordena la ley penal (artículo 101)²³.

A estas formas puras o simples de acción, es necesario agregar una tercera, que implica la realización por omisión de una infracción descrita positivamente por el legislador. El autor viola una norma preceptiva y produce por este hecho un resultado prohibido. Es el caso del padre que observa cómo su hijo por jugar

22 SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit.

23 Esta disposición figuraba ya en nuestro anterior Código Penal (1863), artículo 14.

cae en un estanque lleno de agua y sabiendo que corre el peligro de ahogarse no le presta auxilio. Si el niño muere, el padre puede ser considerado como el autor de un homicidio intencional o culposo (conforme a las circunstancias). Se da, igualmente, como ejemplo de este tipo de acción el caso de la madre que deja morir de hambre a su hijo recién nacido. En buena cuenta, casi todos los delitos pueden ser ejecutados por comisión como por omisión²⁴.

La doctrina llama a estos actos “delitos de omisión impropia” o “delitos de comisión por omisión”. Grandes dificultades prácticas y teóricas surgen al respecto, ya que se trata de atribuir la responsabilidad de un resultado a una persona que no ha actuado positivamente. La solución correcta se encuentra, como en el caso de los actos de pura omisión, en la aceptación de la teoría de la “acción esperada”, que deduce la responsabilidad del autor por el hecho de haber, omitido la realización de un acto exigido por la ley, por un contrato, por una regla de derecho consuetudinario o por la situación de hecho creada por la acción precedente del autor, poniendo de esta manera en peligro o lesionando un bien jurídicamente protegido. Tres condiciones son, pues, necesarias para la existencia de los delitos de comisión por omisión: a) obligación jurídica del autor de ejecutar la “acción esperada” y de impedir así la producción del resultado delictuoso; esta obligación debe ser establecida por la ley, por un contrato, por una regla de derecho consuetudinario o por una situación de hecho creada por el comportamiento anterior del autor. Una obligación moral es insuficiente; b) la posibilidad por parte del autor de realizar la acción esperada; “*ultra possemenno tenetur*”; c) la existencia de una relación de causalidad entre la omisión y el resultado prohibido²⁵.

Si en el ejemplo del padre que deja ahogarse a su hijo, reemplazamos al padre por un tercero, que pasa ocasionalmente por donde juega el niño, este no podría ser castigado sino como autor del delito de abandono de personas en peligro (artículo 183). No puede ser responsabilizado por la muerte del niño debido, precisamente, a que no existe entre ellos relaciones familiares, contractuales o por una situación de hecho creada por comportamiento anterior. Di-

24 MEZGER, Edmund, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., Berlín-München, 1949, p. 92; cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1951-1956, t. III, p. 341.

25 SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 2.^a ed., Zürich, 1966, p. 77; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., t. III, p. 339; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 580; SCHULTZ, Hans, *Das Unterlassungsdelikt*, Cuadernos del Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich, Wintersemester 1964 y 1965, pp. 27 y ss. (especialmente p. 37); GERMAN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 163; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 413 y 415.

ferente sería la situación si quien no auxilia al niño es, por ejemplo, un policía o alguien que ha creado, justamente, la situación de peligro. Jiménez de Asúa estima, siguiendo a parte de la doctrina y jurisprudencia alemanas, que basta el quebrantamiento de un deber moralmente exigido por la convivencia social²⁶.

7. *Relación de causalidad.* Según las disposiciones de la parte especial la imposición de una sanción puede fundarse en la simple realización de una acción o sobre el resultado externo e independiente a la acción misma. La violación de domicilio, por ejemplo, es una infracción que se consuma con la penetración o la permanencia ilícita en un lugar contra la voluntad del titular (artículo 230). Acción y resultado coinciden en el espacio y en el tiempo. Por el contrario, en el caso de homicidio o de lesiones corporales, es necesario que se produzca el resultado (muerte o lesión). En todos los casos, la existencia de una relación de causalidad es indispensable, cuya comprobación no ofrece dificultades sino en los delitos materiales (con resultado externo e independiente de la acción).

La teoría de la causalidad trata, actualmente, de fijar en qué condiciones un resultado penalmente relevante puede ser considerado el producto del comportamiento externo del agente.

La noción de causa en Derecho penal no puede ser la misma que la aceptada en filosofía o en las ciencias naturales. Ella debe ser conforme a las necesidades prácticas del Derecho penal. Los penalistas están obligados a aislar la acción del autor de los otros hechos que provocan el resultado delictuoso. Ellos estiman que solo la acción del autor puede ser considerada como “causa” del resultado delictuoso, cuando ella reúne las condiciones enumeradas en la definición legal del delito. El punto de partida de toda investigación sobre la causalidad es “la teoría de la equivalencia de las condiciones”, conforme a la cual solo es decisiva la “causa *sine qua non*”. La condición debida al autor es causal cuando ella no puede ser eliminada sin que desaparezca al mismo tiempo el resultado²⁷.

El Derecho penal no puede aceptar pura y simplemente esta teoría, que extiende demasiado la noción de causalidad, dando así lugar a injusticias en la aplicación de la ley penal. La Corte Suprema se aleja de esta concepción cuando declara que no puede imputarse a los acusados X e Y la muerte de A, acaecida de la siguiente manera: debido a que había herido a M.G., los acusados salieron en persecución de A, este en su huida cae a un río y perece ahogado. Si el Tribunal

26 JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, cit., p. 218.

27 SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., pp. 69 y 70; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., t. III, p. 221; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 188.

Correccional que condenó en primera instancia a X e Y, hubiera sido consecuente con su manera de considerar la relación de causalidad, debió también comprender a M.Q., quien fue el que dio lugar a la persecución²⁸. Ya Binding había afirmado, con mucha ironía, que siguiendo a la teoría de la equivalencia de las condiciones debería, igualmente, condenarse por adulterio al carpintero que hizo el lecho donde se cometió el delito; más recientemente Helmunt Mayer afirma que deberían hacerse responsables, siguiendo este criterio, a Adán y Eva de todos los delitos que actualmente se cometen. Sin embargo, se puede reconocer con Maurach que “los principios de la teoría de la equivalencia de las condiciones bastan sobradamente para explicar, en el marco de un actuar típico, la causación de un resultado conforme al tipo legal²⁹”. Pero, el Derecho penal no puede aceptar pura y simplemente esta teoría, que extiende demasiado la noción de causalidad, dando así lugar a injusticias en la aplicación de la ley penal. El correctivo necesario ha sido proporcionado por la teoría de la causalidad adecuada que —conservando el proceso hipotético propio a la teoría de la *conditio sine qua non*— no acepta como causa toda condición necesaria a la producción del resultado, sino únicamente a aquella que, conforme a la experiencia, es decir, al “curso ordinario de las cosas”, es adecuada para producir el resultado prohibido. Con justa razón, por ejemplo, la Corte Suprema considera “causa verdadera y única del accidente” al hecho de que el chofer del carro X invadió (antirreglamentariamente) el lado derecho de la vía, obligando al chofer del auto Y, que venía en sentido contrario, a desviarse hacia el lado izquierdo. La colisión se produjo cuando el primer chofer maniobró con el fin de retomar el derrotero debido³⁰.

En los delitos de omisión o comisión por omisión, la causalidad material existe igualmente. La omisión es “causa” de un resultado determinado cuando la realización de la acción esperada habría podido, según el curso ordinario de las cosas, impedir la producción del resultado. La Corte Suprema para declarar fundada la sentencia del Tribunal Correccional que condena a M. Ch., a título de autor de lesiones culposas en agravio de D.L., por haber dejado en la vía pública a una yegua chúcara, la cual se encabritó ante la presencia del camión en que viajaba la víctima y levantándose sobre las patas trasera golpeó a D.L., en el cráneo, ha debido admitir previamente, que la omisión del cuidado necesario por parte de M.Ch., fue “causa del resultado dañino y que este, conforme al desarrollo normal de las cosas, muy bien podía suceder”³¹.

28 Ejecutoria del 2 de abril de 1964, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1964, p. 1194.

29 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 241.

30 Ejecutoria del 9 de octubre de 1935, en *Anales Judiciales*, 1935, p. 264.

31 Ejecutoria del 17 de agosto de 1936, en *Revista de los Tribunales*, 1936, p. 283.

8. *Ausencia de acción.* El elemento subjetivo de la acción es la manifestación de voluntad del autor. Ella debe ser espontánea y motivada. Sin embargo los motivos no serán tomados en consideración sino para la apreciación de la responsabilidad y de la culpabilidad del autor³².

No pueden ser calificados de acción los movimientos reflejos, que se presentan como reacción inmediata, involuntaria a un estímulo interno o externo³³, por ejemplo, convulsiones, vómitos y en ciertas circunstancias los movimientos instintivos de defensa.

Tampoco puede considerarse acción el acto realizado bajo la influencia de una fuerza física irresistible (*vis absoluta*), la “*vis compulsiva no es suficiente*” (artículo 85, inciso 3). “En la violencia, *vis absoluta*, el violentado no quiere nada; la acción no le pertenece y el resultado o cambio que ocurre en el mundo exterior no es producto de la actividad suya. Si Cayo, a empujones, hace que Ticio con su cuerpo rompa una vidriera, quien produce el daño es Cayo y tanto da que se sirva de ese cuerpo o de una piedra. En la coacción (*vis compulsiva*) las cosas ocurren de muy distinto modo y la diferencia fundamental consiste en que mientras en la violencia no intervenía para nada la voluntad, en la coacción sí interviene, aun cuando ella padezca una deformación que la afecta profundamente. Hay coacción cuando alguien es obligado a hacer o dejar, de hacer algo por medio de torturas, padecimientos o amenazas”³⁴. De la misma manera, no son acción los movimientos llevados a cabo en estado inconsciente; por ejemplo, sueño profundo, delirio de fiebre, sueño profundo producido por narcóticos, la embriaguez extrema debida al alcohol. Estos últimos casos deben ser analizados de acuerdo a las circunstancias de cada caso particular. Si son estados en que la falta de conciencia no es total, sino que el agente solo sufre una “grave alteración de la conciencia”, no puede decirse que no haya acción. Este estado produce solo la inimputabilidad del agente, quien es capaz de accionar (artículo 85, inciso 1). En relación con los actos realizados en estado hipnótico se discute mucho. Algunos autores consideran que no existe acción y que el hipnotizado se convierte en un instrumento sin voluntad en poder del hipnotizador. Este se

32 HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Berna, 1946, p. 71; cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, cit., p. 210.

33 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, cit., t. III, p. 605. Ver bibliografía citada por este autor.

34 SOLER, *Derecho penal*, cit., t. I, p. 288.

hace responsable, a título de autor mediato, de los actos delictivos cometidos por el hipnotizado³⁵.

3. Tipicidad

9. Tipo legal. Todo Código Penal enumera, en su parte especial, actos de cierta gravedad y cuyos autores merecen una sanción. El legislador escoge pues entre la infinidad de comportamientos humanos factibles solo aquellos de que ha de ocuparse el Derecho penal. Esta labor la cumple el legislador mediante la elaboración de los llamados tipos legales.

En Derecho penal se designó, en primer lugar, con el término “tipo” al conjunto de todos los presupuestos, cuya existencia es necesaria para aplicar, de modo concreto, una sanción penal. Es decir, todas las circunstancias (antijuricidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad, etc.) que fundamentan la consecuencia jurídica (sanción). No es en este sentido en el que nosotros hablaremos del tipo legal; nos referimos más bien a la descripción concreta del acto prohibido realizada por el legislador en el precepto de la norma jurídico-penal³⁶.

Una propia teoría del tipo se fundó, por primera vez, por Beling³⁷. Este autor consideró al tipo como la mera descripción objetiva de una conducta determinada, totalmente extraña a todo juicio de valor jurídico (antijuricidad y culpabilidad). Todo elemento subjetivo, al que recurre el legislador para realizar tal descripción, pertenece –según Beling– a la culpabilidad. Oponiendo de esta manera, al tipo objetivo un tipo subjetivo (culpabilidad).

Esta concepción de Beling fue criticada por pretender separar, radicalmente, los aspectos objetivos y subjetivos del delito. Los trabajos de Nagler, Graf zu Dohna, Max E. Mayer, Sauer y Mezger, demostraron la existencia de elementos normativos y subjetivos del tipo y de la antijuricidad. La separación entre tipo objetivo y subjetivo deviene difusa y se hace imposible equiparar el tipo objetivo a la antijuricidad.

35 Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, cit., t. III, pp. 706 y ss.; PETERS-PREISENDAZ, *Praktische. Strafrechtsfalle mit Losung*, 13.^a ed., Berlín, 1968, p. 11; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., N.º 29, p. 176.

36 WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., p. 76; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 10.

37 ERNEST BELING fue el que lo concibió, por primera vez, de esta manera: *Lehre von Verbrechen* (1906); *Esquema del Derecho penal. La doctrina del tipo*, traducción de Sebastián Soler, Buenos Aires, 1944.

Un criterio totalmente opuesto al sostenido por Beling y a la concepción dominante en la doctrina actual, es defendido por los representantes de la teoría finalista de la acción. Partiendo de la afirmación que la acción se caracteriza, fundamentalmente, por estar orientada hacia un fin determinado³⁸, ellos consideran a la intención como un elemento de la acción y por tanto del tipo legal. Por esta razón, los finalistas distinguen de un lado una parte objetiva del tipo (referida a la acción, resultado, sujeto activo y pasivo, etc.) y, del otro, una parte subjetiva (referida, al dolo, tendencias, etc.)³⁹.

10. Tipicidad y antijuricidad. La adecuación de un acto a la descripción legal comporta la violación de la norma prohibitiva o preceptiva que presupone la disposición penal. Pero esto no significa todavía que dicho acto sea antijurídico. Estando conformado el ordenamiento jurídico no solo de prohibiciones y mandatos, sino también de “preceptos permisivos”, es posible que un acto típico no sea antijurídico. Por ejemplo, la muerte intencional de un hombre causada en legítima defensa, se conforma al tipo legal del artículo 150; pero no es ilícita porque la norma del artículo 85 inciso 2 la justifica. La antijuricidad de un acto típico se deducirá de la combinación de normas prohibitivas y permisivas. Teniendo en cuenta que la conducta típica es “antinormativa”⁴⁰ y que, ordinariamente, comporta la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico importante, se debe afirmar que el tipo legal constituye una valoración penal independiente, la cual representa una señal que indica dónde comienza el límite de una norma prohibitiva sancionada penalmente⁴¹. El legislador indica en el tipo legal todos los elementos de los cuales se deduce, en todo caso, de manera provisional, la específica naturaleza prohibida del comportamiento delictuoso determinado. El tipo legal proporciona de esta manera un indicio, una presunción *juris tantum* de la antijuricidad.

Edmundo Mezger sostiene un criterio opuesto. Él afirma que el tipo legal es “fundamento real y de validez (*ratio essendi*)” de la antijuricidad⁴² y define el

38 Ver *supra* 5.

39 WELZEL, *Das Deutsches Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., pp. 59 y ss.; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 245 y ss.; STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Die Straftat)*, 1971, pp. 77 y ss. Ver: BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 129 y ss.

40 WELZEL, *Das Deutsches Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., pp. 59 y ss.; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 245 y ss.; STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Die Straftat)*, cit., pp. 77 y ss. Ver: BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 129 y ss.

41 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 217.

42 MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, Madrid, 1855, t. I, p. 376.

delito como un acto” típicamente antijurídico, pero siempre hace la reserva de que el acto no esté justificado. “Si tal ocurre –dice el mismo Mezger– la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad”⁴³. Esto ha permitido afirmar a Welzel que tal concepción es solo aparentemente distinta a la que considera la tipicidad como un indicio de la antijuricidad⁴⁴. Además, se ha objetado a Mezger que si la teoría lleva “inevitablemente a crear una antijuricidad penal”⁴⁵.

La adecuación de un comportamiento humano a un tipo legal ha sido reconocida por la doctrina como una característica primordial del delito. La doctrina denomina a esta característica con el término tipicidad.

11. *El bien jurídico.* Para comprender la naturaleza y esencia del tipo legal es necesario analizar, aunque brevemente, las nociones de bien jurídico y de norma.

El rol que tiene el Derecho penal en la protección del orden social tiene como objetivo la conservación de ciertos bienes jurídicos vitales para la comunidad. El reconocimiento y jerarquía de los bienes depende no solo de la estructura social, sino de las variables tendencias de la época⁴⁶.

Los bienes jurídicos se encuentran al centro de todo tipo legal, y son directamente puestos en peligro o lesionados por los actos delictuosos. Los bienes jurídicos no deben, sin embargo, confundirse con los objetos sobre los cuales recae la acción delictuosa; por ejemplo, en el tipo legal de robo, el bien jurídico es la propiedad, y el “objeto” la cosa mueble ajena. Algunas veces el bien jurídico y el objeto de la acción se confunden; por ejemplo: en el homicidio.

Encontrándose el bien jurídico en el centro de la disposición penal, esta no podrá ser interpretada correctamente sin determinar y analizar el bien jurídico.

12. *La norma.* El Derecho penal, sin embargo, no reprime toda lesión producida a un bien jurídico, sino tan solo algunas de entre ellas; tal sucede en nuestro Código Penal que no impone penas al autor de cualquier lesión contra el patrimonio ajeno; lo hace solo en caso de “robo”, “hurto”, “rapiña”, “apropiación ilícita”, “estafa”, etc. Aquí el legislador realiza una graduación tomando

43 MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 107

44 WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., pp. 49 y 50.

45 JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, cit., p. 239; NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho penal*, Santiago de Chile, 1960, t. I, p. 317.

46 MÄURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 213 y 214.

en consideración la gravedad y modalidad de los ataques contra el bien jurídico patrimonio. Esta graduación es solo posible gracias a las normas.

Las normas constituyen un sistema de mandatos destinados al mantenimiento del bien jurídico. Tales mandatos pueden prohibir ciertos comportamientos o exigir de los sujetos acciones positivas (no matar, socorrer a persona en peligro, por ejemplo).

Estos mandatos reciben a partir de Binding y de Max E. Mayer⁴⁷ el nombre de “normas” o “normas de cultura”.

Estas normas son el material del que el legislador parte para elaborar la disposición jurídico-penal. El legislador enlaza el incumplimiento del mandato de la norma a una sanción penal.

Dando de esta manera a la norma una fuerza real que no tenía⁴⁸. Es a través del tipo legal que el legislador cumple esta labor.

Esta breve exposición nos permite deducir las funciones fundamentales del tipo legal: ser expresión y garantía del principio de la legalidad⁴⁹ y separar claramente el injusto punible del no punible.

13. Elementos del tipo legal. En la elaboración de los tipos legales, el legislador emplea elementos descriptivos y normativos; que sirven para individualizar tanto circunstancias externas (objetivas) como aquellas pertenecientes al mundo interno de las personas (subjetivas)⁵⁰.

Los elementos descriptivos son conceptos tomados del lenguaje común o jurídico, que se refieren a “determinados estados y procesos, corporales y anímicos”, y que han de ser “comprobados caso por caso por el juez cognitivamente”⁵¹. Por ejemplo, “matar” (artículo 150), “persona” (artículo 156), “cosa mueble”

47 BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig, 1872; MAYER, Max B. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.ª ed., 1923.

48 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 251

49 NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, cit., t. I, p. 309.

50 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 183; BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 113; LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1966, este último autor afirma: “A los acontecimientos individuales, estado o demás ‘datos’ que —cada vez determinados de modo general— constituyen en suma —y lo constituyen en una conexión especialmente configurada— un supuesto de hecho, los llamados elementos del supuesto de hecho”, p. 191.

51 MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, cit., t. I, p. 388.

(artículo 237), “sustancias nocivas” (artículo 274), “para ponerla en circulación” (artículo 369).

Los elementos normativos “se refieren, por el contrario, a aquellos datos que no pueden ser, generalmente, representados e imaginados sin presuponer lógicamente a una norma”⁵². Según Mezger “se trata de presupuestos del injusto típico que solo pueden, ser determinados mediante una especial “valoración” de la situación de hecho”⁵³.

La apreciación del juez puede limitarse a una situación de hecho; por ejemplo, “falsa deposición sobre los hechos de la causa” (artículo 334), “puesto en peligro la vida o la salud de las personas” (artículo 261, 262, 263).

Ella puede también consistir en una estimación: por ejemplo, la “conducta contraria al honor” (artículo 187).

Esta apreciación del juez puede tener un fundamento jurídico: así, la noción de “cosa mueble ajena (artículo 237), o el “funcionario” (artículo 434). En ciertos casos ella reposa sobre la experiencia y sobre criterios morales y culturales, como el concepto de “objetos obscenos” (artículos 209, 210), de “actos contrario al pudor” (artículo 200), de “maltratar o descuidar” (artículo 184).

En otros casos, ciertos tipos legales contienen elementos estrechamente ligados a la noción de antijuricidad. Para apreciarlos, el juez formula un verdadero juicio normativo. Jiménez de Asúa estima que se trata de “impaciencias del legislador” y que estos elementos normativos deben ser comprendidos restrictivamente. En su opinión, estos elementos dan al juez un poder muy grande, haciendo demasiada elástica la definición legal⁵⁴. Estos elementos están indicados en las disposiciones legales por los términos siguientes: “ilegítimo” (artículo 237), “indebidamente” (artículo 297), “sin derecho” o “demanda ilícita” (artículos 223, 230, 249, 216).

La distinción entre elementos descriptivos y normativos es bastante vaga. En buena cuenta debe, más bien, hablarse de elementos preponderantemente

52 ENGISCH, Karl, “Die Normativen Tatbestansmerkmale im Strafrecht”, en *Festschrift für Edmund Mezger*, 1954, p. 147; citado por JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 184.

53 MEZGER, Edmund, *Tratado de derecho penal*, cit., t. I, p. 38

54 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, cit., t. III, p. 181; ver del mismo autor: *La ley y el delito*, p. 257; cfr. BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 271: “Es evidente que los elementos descriptivos del tipo legal consolidan la igualdad y seguridad jurídicas; los elementos normativos, por el contrario, las ponen en peligro”.

descriptivos o normativos. El elemento “cosa” del artículo 237, no es puramente descriptivo, ya que el intérprete debe desarrollar una actividad valorativa para fijar su amplitud. Al respecto, Karl Larenz manifiesta: “No considero que esta diferencia sea feliz. Si por elementos ‘descriptivos’ se entiende solo los hechos accesibles a la percepción, y por ‘normativos’ los predicados de valor, entonces, quedan excluidos tanto el sentido inteligible de las acciones humanas y de las declaraciones, como las relaciones jurídicas. Si se incluyen también en los elementos ‘normativos’, entonces no se distingue con la suficiente claridad su diferencia de los predicados de valor. En definitiva, todos los elementos del supuesto de hecho son, en un sentido amplio, ‘normativos’: precisamente como elementos del supuesto de hecho están referidos al sentido de la norma jurídica⁵⁵. Este último criterio fue sostenido por Erik Wolf y Mezger reconoció expresamente, que era exacto; al mismo tiempo que subraya la conveniencia, por ‘razones de Derecho público (político) - (de) destacar dentro de lo posible y del modo más claro los elementos ‘descriptivos’ de los tipos penales, para con ello rechazar en tales casos el ‘juicio valorativo’ con su secuela de indeterminación y subjetivismo, a menudo peligroso”⁵⁶.

La distinción entre elementos subjetivos y objetivos del tipo se hace en relación al autor. Así, se consideran objetivos todos aquellos estados y procesos que se hallan fuera del dominio interno del autor; por ejemplo, la acción descrita por los verbos típicos (matar, sustraer, apropiarse, no prestar ayuda, falsificar, etc.); sus modalidades (ser ejecutada sobre territorio nacional –artículo 298 y 301– o en el extranjero –artículo 397); los medios utilizados (violencia o intimidación –artículo 249–, astucia o engaño –artículo 244– explosivos –artículo 264); el objeto del delito (cosa mueble –artículo 240 y 243).

Mención aparte merecen las referencias al sujeto activo del delito. La mayor parte de las disposiciones de la parte especial del Código comienzan por la expresión: “quien [...]” o “el que [...]” para indicar el autor del delito (sujeto activo). Algunas designan un autor determinado: en este caso, se trata de los llamados delitos especiales; por ejemplo, violación de deberes de función o de profesión, que no puede ser cometida sino por los miembros de una autoridad, los funcionarios, los oficiales públicos, los eclesiásticos, abogados, etc. En general, las disposiciones que no prevén condiciones particulares en relación al sujeto pasivo del delito, por ejemplo, “matar a otro” en el homicidio (artículo 150), “mujer” en el rapto (artículo 228). Existen sin embargo disposiciones que

55 LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 191, n. 66.

56 MEZGER, Edmund, *Tratado de derecho penal*, cit., t. I, p. 389.

indican un sujeto pasivo determinado; por ejemplo, “a una autoridad o a un funcionario” (artículo 321), “un menor de dieciséis años” (artículo 200), “acreedores” (artículo 252).

Se consideran elementos subjetivos, por el contrario, a las referencias que el tipo contiene al mundo interno o anímico del autor. Las condiciones subjetivas pueden orientarse hacia la culpabilidad o la antijuricidad del acto. En este último caso, ellas son designadas como “elementos subjetivos de la antijuricidad”. Estos elementos forman parte del tipo legal cuando son mencionados en él expresamente⁵⁷. Los juristas han discutido mucho en torno a la naturaleza y a la función de estos elementos, y los partidarios de la teoría finalista de la acción, les atribuyen una importancia excesiva⁵⁸. Nosotros estimamos que no es necesario sobreestimar su rol.

Hay elementos subjetivos de la antijuricidad en los casos siguientes: “se procure o procure a otro un provecho ilícito” (artículo 244), “ilícito propósito” (artículo 230), “propósito de provocar una guerra” (artículo 291).

La separación entre elementos subjetivos y objetivos, no es tan precisa. Diversos elementos colocados en el grupo objetivo se hallan impregnados de un fuerte subjetivismo. El comprender, por ejemplo, el verbo típico “apropiar” (artículo 240) en el sentido de establecer relaciones equivalentes o análogas a las del propietario, significa aceptar tardíamente un elemento subjetivo del tipo. De esta manera, deviene casi imposible separar tajantemente los elementos del tipo en objetivos y subjetivos⁵⁹.

14. Clases de tipos legales. Según cómo el legislador ha elaborado, en la parte especial del Código Penal, los tipos legales, se distinguen diferentes clases de tipos, las cuales tienen una gran importancia para la interpretación de las disposiciones legales y para la clasificación de las infracciones.

1. De acuerdo a las relaciones entre la acción y el “objeto” sobre el que recae esa acción, se distinguen: a) delito material: el tipo legal presupone la producción de un resultado externo distinto a la acción; ejemplo: el homicidio por negligencia (artículo 156); b) delito formal—,

57 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, cit., t. III, p. 729.

58 Cfr. MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., pp. 100 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 212 y ss., BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 271 y ss. Ver WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., pp. 74 y ss.

59 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 185; BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 115.

el tipo describe únicamente la acción del autor, sin que un resultado externo, independiente física y temporalmente de la acción, tenga lugar; ejemplo: la violación de domicilio (artículo 230).

2. En relación con la intensidad del daño causado al “objeto” de la acción, se diferenciará entre: a) delito de lesión, el tipo legal prevé un daño real al objeto sobre el que recae la acción; ejemplo, el homicidio (artículo 150); b) delito de peligro: el tipo legal exige la creación de un peligro (posibilidad de dañar) como resultado de la acción; ejemplo, exposición y abandono de persona en peligro (artículo 179).
3. Si se consideran las formas fundamentales de conducta humana, se distinguirá entre delitos de comisión, de omisión y de comisión por omisión⁶⁰.
4. De acuerdo al número de bienes jurídicos protegidos con el tipo legal, hay delitos simples (un solo bien jurídico es lesionado; ejemplo, lesiones (artículo 165): integridad corporal) y delitos complejos (varios bienes jurídicos son afectados; por ejemplo, rapiña (artículo 239): patrimonio, libertad, la vida o la salud).
5. En relación al número de acciones descritas en el tipo legal, se habla de tipos simples (en ellos se describe una sola acción, como sucede por ejemplo con el robo (artículo 239) y la bigamia (artículo 214); de tipos alternativos (en cada uno de ellos se describen acciones. La sanción es impuesta al autor de cualquiera de esas acciones. “Gramaticalmente esos tipos quedan caracterizados casi siempre por el empleo de la conjunción” o “que aparece entre los verbos rectores o las diferentes conductas”)⁶¹; ejemplos, el delito de calumnia (artículo 186), de encubrimiento (artículo 234); de tipos acumulativos (en ellos se describen varias conductas que deben ser cometidas para que la sanción se imponga).
6. Según la calidad del sujeto activo, hay que considerar los delitos especiales (*delictum proprium*) y los delitos de propia mano. En los delitos especiales la autoría está limitada a un determinado grupo de personas (militares, funcionarios, eclesiásticos, etc.); por ejemplo, el delito de abuso de autoridad (artículo 337). Los delitos de propia mano solo pueden ser cometidos por el autor del delito en persona, y no, por

60 Ver *supra* 6.

61 NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal*, cit., t. I, p. 323.

tanto, sirviéndose de la intervención de otro sujeto⁶²; por ejemplo, el delito de seducción (artículo 201), de prevaricato (artículo 354).

15. La sistemática de los tipos legales en la ley. Las disposiciones penales de la parte especial del Código no son independientes unas de otras; ellas tienen entre sí, por el contrario, determinadas relaciones internas.

Existe la relación entre tipos básicos, calificados y privilegiados. Los primeros contienen una descripción, que sirve de base a otros tipos derivados, como sucede con el homicidio simple (artículo 150) y la injuria (artículo 188). Los tipos calificados agregan al tipo básico otros elementos que conducen a la agravación de la pena; por ejemplo, el parricidio (artículo 151), la calumnia (artículo 186) y los tipos privilegiados agregan al tipo básico otros elementos que conducen a una disminución de la gravedad de la pena; por ejemplo, el homicidio por emoción violenta (artículo 153), las injurias recíprocas (artículo 189).

16. Jurisprudencia. La comprobación de que un acto se adecúa o no a un tipo legal debe ser realizada con mucho cuidado. Un error puede conducir a reprimir como delito un acto que no ha sido previsto como tal en una ley o no perseguir penalmente al autor de un acto, en realidad típico. Tipificar, aunque sea de manera provisional, es lo que hace el juez instructor al momento de decidir si procede abrir instrucción⁶³. Al dictar sentencia, el juzgador debe cuidar mucho de no desfigurar los tipos legales. De suceder esto, estaríamos frente a un atentado contra el “principio de la legalidad”.

No es correcta, por ejemplo, absolver a los acusados de haber tenido relaciones sexuales con una menor de trece años, alegando que “el delito contra el honor sexual solo es justiciable con todo el rigor de la ley, cuando se practica en agravio de una menor de 16 años cuya edad no ofrece ninguna duda y que ha observado antes una conducta moral⁶⁴. Esta última condición no es un elemento del tipo legal del artículo 199 y su presencia no es necesaria para reprimir al agente. Si los autores se equivocaron en cuanto a la edad, como se admitió en el proceso, hubiese sido de aplicar el artículo 87. Pero, esta disposición solo permite disminuir la pena por debajo del *mínimum legal*. La absolución parece que fue pronunciada teniendo en cuenta que la menor era inmoral.

62 Ver: MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 218.

63 El artículo 77 del Código de procedimientos penales estatuye que “el juez solo abrirá la instrucción si cree que el hecho denunciado constituye un delito y que la acción penal no ha prescrito.

64 *Anales Judiciales* 1939

Tampoco es acertado, reprimir al padre o al hermano mayor que practica, sin emplear “violencia o grave amenaza”, el acto sexual con la hija o la hermana (mayores de 16 años, ahora de 14); pero lo hace abusando de la autoridad que tienen sobre las víctimas y que se deriva de las estrechas relaciones familiares que los unen. La Corte Suprema ha admitido que en estos casos es de aplicación el artículo 196, porque la manera de proceder antes descrita constituye una especie de “violencia”. Este razonamiento no es una mera interpretación (ni extensiva), pues sobrepasa el posible sentido literal del texto legal. Además, si el término “violencia” abarca estos casos no se entendería por qué el legislador mencionó la “amenaza grave”, que con mucha mayor razón debería considerarse ya comprendida. En realidad, la Corte Suprema recurre a la analogía y lo hace por razones extra legales: “[E]s no solo contrario a la moral, sino que es un acto, manifiestamente punible, porque va contra las bases sustanciales de nuestra organización social, jurídicamente organizada”, el no reprimir este acto “importaría hacer ambiente para que los delitos incestuosos queden también impunes; y esto no puede ser⁶⁵”. Lo cierto es que nuestro Código Penal no contiene disposición alguna que contenga el denominado “delito de incesto”, como si sucede en otras legislaciones⁶⁶. Por más inmoral o antisocial que sea un acto no puede ser reprimido, sino cuando haya sido previsto de manera expresa e inequívoca en una ley previa (artículo 3).

4. La antijuricidad

17. Definición. Es un acto ilícito cuando comporta la violación de una norma establecida o admitida por el Estado. Estas normas implican prohibiciones o mandatos, cuyo rol esencial es proteger los bienes jurídicos. La antijuricidad debe ser concebida tanto desde un punto de vista formal como material⁶⁷, ya

65 *Anales Judiciales* 1964, p. 272. Ejecutoria del 6 abril de 1964.

66 Por ejemplo, el Código Penal suizo en su artículo 213 dice “L’acte sexuel, entre ascendants et descendants, ou entre frère et soeur germains, consanguins ou utérins, sera puni de la réclusion pour trois ans au plus ou de l’emprisonnement pour un mois au moins” - “Celui qui aura commis l’acte sexuel avec un descendant mineur âgé de plus de seize ans sera puni de la réclusion pour dix ans au plus”. - “Les mineurs n’encourront aucune peine s’ils ont été séduits par une personne majeure”. - “L’action pénale se prescrit par deux ans”. Este delito ya había sido previsto en el anteproyecto de 1908 (artículo 137) y en los proyectos posteriores. El legislador peruano que utilizó como modelos a estos trabajos legislativos y que conoció, por tanto, estas disposiciones, no la incorporó en nuestro Código.

67 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, cit., t. III, pp. 869 y ss.; la diferencia entre antijuricidad formal y material fue defendida por VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, traducción de Jiménez de Asúa, Madrid, 1916, t. II, p. 324; JESCHECK, *Lehrbuch*

que la violación de la norma (aspecto formal) implica siempre la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (aspecto material).

La antijuricidad es una noción propia de todo el orden jurídico⁶⁸. No es posible concebir una antijuricidad específica para cada dominio del derecho; esto no significa, de ninguna manera, que los efectos sean los mismos: en derecho civil, ella da lugar a la reparación, del daño; en derecho penal, al contrario, ella es una condición indispensable para imponer una sanción.

Cuando el legislador elabora los tipos legales en la parte especial del Código, configura actos “que forman parte del bloque injusto del cual se talla una parte, delimitándola, con el fin de que quede perfectamente encerrado en fronteras lo que por ser injusto se castiga⁶⁹. Esta técnica legislativa permite no formular una definición positiva de la antijuricidad en la parte general del Código. El legislador se limita a señalar las circunstancias que hacen lícitos los actos que reúnen los requisitos fijados en la definición legal de la infracción (tipo legal). En la práctica, la teoría de la antijuricidad se reduce a la constatación de la existencia o ausencia de una causa de justificación en el caso particular.

18. La antijuricidad y el tipo legal. La descripción y selección de actos ilícitos mediante los tipos legales no son realizados por el legislador en términos absolutos. Por el contrario, él solo “proporciona una tosca imagen del suceso⁷⁰”. Esto da lugar a que numerosos actos de la vida diaria, conformes al orden jurídico, estén “en sí” sujetos al efecto del tipo legal, debiendo recurrirse a las causas de justificación “para aportar una prueba de derecho positivo de la juricidad de estas acciones⁷¹”. Todo acto típico (conforme a un tipo legal) no es ilícito; por ejemplo), la muerte causada por el autor en legítima defensa. De esta manera la adecuación de un acto a un tipo legal, constituye solo un indicio del carácter antijurídico del acto⁷².

des Strafrechts, cit., p. 159; DARBELLAY, Jean, *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal*, Fribourg, 1955, pp. 110 y ss.

68 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 297 y 298; contra: HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., t. I, p. 95; DARBELLAY, Jean, *Théorie générale*, cit., pp. 88 y ss. (especialmente pp. 101 y 102).

69 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., t. III, p. 773.

70 MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 286.

71 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 286; cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., III, p. 772.

72 Ver *supra* 10.

19. *Carácter objetivo de la antijuricidad.* El juicio de valor que afirma el carácter antijurídico del acto no es formulado en relación con la personalidad del autor, sino que se refiere al acto mismo. Por esta razón se habla, en doctrina, del carácter objetivo de la antijuricidad. Este criterio, predominante en la doctrina penal moderna, permite distinguir, claramente, la antijuricidad de la culpabilidad. Como lo veremos más adelante, la culpabilidad es un juicio de valor (de reproche) referente al autor; sin embargo, no es de olvidar que el legislador se refiere, con frecuencia, en los tipos legales, a la voluntad del autor; voluntad que hace aparecer el acto como conforme o contrario al Derecho. Se trata de los discutidos “elementos subjetivos de la antijuricidad”, y a los que nos hemos referido al tratar de los elementos del tipo legal⁷³. Por ejemplo, en el artículo 369 “Será reprimido con [...], el que indebidamente fabricare moneda de curso legal en la República para ponerla en circulación como auténtica. Constatamos que la afirmación del carácter antijurídico depende de que la voluntad del autor se oriente hacia poner en circulación, como auténtica, la moneda indebidamente fabricada. Otro ejemplo de elemento subjetivo del injusto nos lo proporciona el artículo 206, cuando estatuye: “El que, con propósito de lucro, favoreciere la prostitución o corrupción de un menor” y el artículo 320: “El que con ilícito propósito usurpare una función pública sin título o nombramiento”.

El reconocimiento de estos elementos subjetivos no es óbice para que se niegue el carácter objetivo de la antijuricidad ni para rechazar la distinción entre culpabilidad y antijuricidad.

Los elementos subjetivos tienen un rol importante en la teoría de la tentativa y en las diferentes causas de justificación.

20. *Causas de justificación.* Las causas de justificación, que permiten declarar conforme al derecho actos que se adecúan a la descripción contenida en los tipos legales, son casos excepcionales, en los cuales la norma no puede ser respetada⁷⁴. El orden jurídico permite entonces su violación. El admite, en consecuencia, la lesión del bien jurídico protegido.

Habiendo admitido el carácter unitario de la antijuricidad⁷⁵, nosotros consideramos que las causas de justificación tienen como fuente todo el orden jurídico, y no tan solo la ley penal⁷⁶. Esta concepción ha sido profundizada por los

73 Ver *supra* 13.

74 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 295.

75 Ver *supra* 17.

76 GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 211; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 220; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 297.

juristas alemanes debido a que su Código Penal enumeraba de una manera incompleta las causas de justificación. La jurisprudencia alemana ha admitido, por ejemplo, que el artículo 20 del proyecto del Código Penal de 1925 debe ser considerado como derecho vigente⁷⁷. En nuestro Código Penal está expresamente previsto que la ley en general es el fundamento de las causas de justificación (artículo 85 N.º 5), sin embargo, la ley no es todo el ordenamiento jurídico, de manera que la justificación de un acto ilícito puede ser buscada fuera de la ley. La doctrina lo admite, ella emplea la expresión “causas de justificación supra legales. Su necesidad se desprende del hecho que la enumeración que hace la ley de las causas de justificación no es exhaustiva”⁷⁸. Su admisión no significa una violación o un abandono del principio de la legalidad, puesto que ellas limitan el poder represivo⁷⁹.

En los Códigos penales modernos, sus autores han tenido cuidado de normar separadamente las causas de justificación, de irresponsabilidad, de inculpabilidad y de falta de acción. El legislador peruano no ha adoptado la misma técnica. Él ha preferido seguir la del antiguo Código Penal peruano de 1863, inspirada en el Código Penal español de 1848-50. El agrupa bajo un mismo título: “Causas que eliminan o atenúan la represión”, las causas de irresponsabilidad y de responsabilidad limitada (artículo 85 N.º 1 y artículo 90), las causas de justificación (la legítima defensa: artículo 85 N.º 2, el estado de necesidad: artículo 85 N.º 3 *in fine*, el acto permitido por la ley y el cumplimiento de los deberes de función o de profesión: artículo 85 N.º 4, el acto ordenado por la ley o por una orden obligatoria emanada de una autoridad competente: artículo 85 N.º 5), las causas que eliminan la acción (fuerza física irresistible: artículo 85 N.º 3, *ab initio*) y las causas de inculpabilidad (artículo 85 N.º 3, segunda fase). Es evidente que esta manera de legislar sobre los aspectos negativos de los elementos de la infracción no es conforme a los principios de la ciencia penal y de la técnica legislativa.

21. La legítima defensa. Ella constituye la causa de justificación por excelencia, y es admitida por todas las legislaciones; El derecho positivo y la doctrina no discrepan, en principio, sobre las principales condiciones de su realización:

77 REICHSGERICHT 61, p. 247, citado por MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 298. El mencionado artículo disponía: “no se da una acción punible cuando la antijuricidad del hecho está excluida por el Derecho público o por el derecho civil”.

78 GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 211.

79 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 220 y 221; cfr. GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 211.

El legislador peruano, ha previsto la legítima defensa en el artículo 85 N.º 3, del Código Penal. Él se ha inspirado fundamentalmente de los números 4 y 5 del artículo 8 del Código Penal derogado. Las modificaciones que él realiza son, en nuestra opinión de inspiración suiza.

22. Requisitos de la legítima defensa: agresión ilegítima. Según nuestro Código, la legítima defensa supone una agresión que implica una lesión o la puesta en peligro de un bien (*lato sensu*) legalmente protegido. Ella debe ser la obra de una persona física que actúa positiva o negativamente (comisión u omisión). No se trata de cualquier agresión. Es necesario que ella sea ilícita, es decir, contraria al derecho, aún si ella no constituye una de las infracciones enumeradas en la parte especial del Código⁸⁰.

El autor de la agresión puede ser un irresponsable o una persona no culpable⁸¹. Alberto Sommaruga considera, por el contrario y siguiendo a Manzini, que “es indispensable que provenga (la agresión) de un sujeto capaz, dotado del discernimiento suficiente como para comprender el carácter antijurídico de su comportamiento”⁸². La Corte Suprema ha admitido la legítima defensa en favor de la madre que reaccionó contra un sujeto “sordomudo” e “imbécil-agresivo” que trató de abusar de su menor hija; sosteniendo de esta manera el criterio, generalmente, aceptado en doctrina⁸³.

No actúa en legítima defensa quien “a los pocos momentos” de ser herido arroja una pedrada en la cabeza de quien lo lesionó. La Corte Suprema ha resuelto, correctamente, que no es de admitir la existencia de esta causa de justificación “si se tiene en cuenta que la agresión (reacción) [...] se produjo, no en acto simultáneo sino cuando había transcurrido algún tiempo, y cuando ya había quedado concluido el ataque⁸⁴. Tampoco se puede hablar de agresión ilegítima,

80 THORMANN, Philipp y Alfred VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar. Allgemeine Bestimmungen*, Zürich, 1940, p. 140; HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., p. 145.

81 LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, Neuchâtel-Paris, *partie générale*, cit., p. 133; Bouzat et Pinatel estiman que frente a un irresponsable, la defensa pierde su carácter de justificante y que no es sino un caso de estado de necesidad, en *Traité de Droit pénal et criminologie, (Droit pénal générale)*, 2.ª ed., París, 1970, t. I, p. 362.

82 “La legítima defensa en la doctrina y en el Código Penal peruano”, en *Revista de Derecho y Ciencias Política*, Lima, 1951, p. 541. Ver: ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1960, pp. 218 y 219.

83 Ejecutoria del 10 de setiembre de 1959, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1960, p. 89.

84 Ejecutoria del 12 de mayo de 1938; en *Revista de los Tribunales*, 1938, p. 295.

cuando se da un acometimiento recíproco; por ejemplo, pendencia⁸⁵. Si la lesión del bien jurídico no necesita ser simultánea, tampoco debe ser consumada⁸⁶. El Código Penal nuestro expresa solo implícitamente esta condición cuando dice: “impedir o rechazar el ataque” esta expresión supone, evidentemente, una lesión presente o inminente. Una persona amenazada por un tercero de un peligro futuro y lejano no puede reaccionar invocando la legítima defensa. No se puede tampoco considerar como un acto de legítima defensa el ataque dirigido contra el delincuente que fuga después de cometer su fechoría.

Por el contrario, está permitido tomar las medidas necesarias para garantizar cierta seguridad (defensas mecánicas). La instalación de estos medios de defensa debe ser hecha de manera que funcionen solo en el momento en que se produzca el ataque. Además, no deben representar un peligro para la colectividad o los terceros respetuosos del derecho y deben ser proporcionados a las circunstancias⁸⁷. Algunos juristas prefieren considerar que en estos casos se da el “ejercicio de un derecho” y de que no debe admitirse la legítima defensa (ejemplo, ejercicio del derecho de propiedad)⁸⁸.

El bien que el agresor trata de lesionar puede ser bien jurídicamente protegido. Nuestro Código no comprende en la noción de legítima defensa a los ataques contra los bienes del Estado⁸⁹.

85 Ejecutoria del 4 de noviembre de 1957, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1958, p. 338; ver: *Revista de los Tribunales*, 1939, p. 60.

86 Cfr. SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p. 83; GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 215; WAIBLINGER, “Les faits justificatifs”, en *Feuilles juridiques suisses*, N.º 1205, p. 6; THORMANN, Philipp y Alfred von OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar, Allgemeine Bestimmungen*, cit., p. 140; MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 130; BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 289; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, cit., p. 294; BRAMONT ARIAS, *Código Penal anotado*, Lima, 1966, p. 74; SOLER, *Derecho penal*, cit., t. I, p. 364.

87 Cfr. LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 134; HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., p. 144: “Nur dürfen sie nicht eine Gefährdung der Allgemeinheit darstellen”. Ver: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, cit., t. V, pp. 228 y ss.

88 Cfr. SOLER, *Derecho penal*, cit., t. I, p. 339.

89 GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 216; SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p. 83. Los juristas alemanes aceptan, por el contrario, la legítima defensa para repeler ataques contra los bienes del Estado, salvo cuando se trata de, nociones muy amplias como: “orden público”, “bien público”, cfr., JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 288; MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 131.

La legítima defensa es la obra del titular del bien jurídico atacado o de un tercero. Nuestro Código estatuye textualmente: “El que obra en defensa de su persona o derechos, o de la persona o derechos de otro”.

Quien está en legítima defensa no está obligado a inhibirse a repeler la agresión ilícita; por ejemplo, mediante la fuga o pidiendo la intervención de la policía. Quien actúa en legítima defensa debe tener la voluntad de defender el bien atacado. Él debe, pues, conocer la situación excepcional en la cual se encuentra. Se trata, evidentemente, de un elemento subjetivo de la legítima defensa⁹⁰. Por el contrario, si las condiciones objetivas y subjetivas de la legítima defensa son realizadas, no hay lugar a considerar los otros móviles del autor al momento del acto. Por último, el acto de defensa debe ser necesario para rechazar la agresión ilícita.

El autor puede desconocer la existencia del peligro que lo amenaza (agresión o haber querido emplear la legítima defensa como pretexto para obrar impunemente). Será castigado a título de homicidio por negligencia quien –ignorando que se halla fácticamente en estado de legítima defensa– mata a su agresor por descuido por ejemplo, se le dispara el arma de fuego que limpiaba; aun cuando, objetivamente, solo este accidente podía impedir el ataque inminente de parte de la víctima⁹¹. Si no hay ánimo de defensa nos hallamos ante el denominado “pretexto de legítima defensa”⁹².

23. *La necesidad racional del medio empleado para impedir el peligro.* Este es el segundo requisito exigido por nuestro legislador para que se dé la legítima defensa. Quien rechaza un ataque ilícito no está facultado para recurrir a cualquier medio y causar cualquier daño a quien lo agrede de esa manera. Por ejemplo, eliminar físicamente al agresor para proteger un bien de poco valor. Esta concepción, propia a las legislaciones latinas, es desconocida en Alemania donde el legislador no ha establecido la necesidad de comparar los bienes en conflicto. Se ha contentado con consagrar el dicho: “el derecho no retrocede ante lo injusto”. La doctrina y la jurisprudencia tratan de corregir este defecto, de la legislación mediante la prohibición del “abuso de derecho”⁹³.

90 GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 216; WAIBLINGEN, *Feuilles Juridiques suisses*, N.º 1205, p. 7; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, cit., p. 295; BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 291.

91 WAIBLINGER, “Les faits justificatifs”, en *Feuilles Juridiques suisses*, cit., p. 7.

92 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, cit., p. 295.

93 MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 132.

Este requisito implica, de la manera cómo está previsto en el Código Penal, que el acto de defensa sea necesario. Debe existir proporcionalidad entre los bienes en conflicto, y cierta equivalencia entre los medios que se emplean para rechazar el ataque y los utilizados por el agresor. Sin embargo, la correspondencia no debe ser absoluta, o determinada en forma matemática. Correspondencia que será examinada en la concreta situación en que se realiza la defensa, evitando todo formalismo. Se tomarán en consideración la intensidad de la agresión, la peligrosidad del agresor y la disponibilidad de medios que pueden ser utilizados. No es necesaria ni proporcional, por ejemplo, la acción del campesino que tira contra niños para defender sus cultivos de todo daño. Quien no tiene a su disposición los medios apropiados para protegerse o preservar sus bienes de poco valor, debe renunciar a rechazar el ataque. La necesidad –como dice Jiménez de Asúa– “no se refiere a la mera proporción sino a la existencia misma de la legítima defensa y, si falta, la invalida”⁹⁴.

En la literatura penal moderna, se sostiene que el criterio a emplearse para determinar la necesidad de la legítima defensa y la proporcionalidad de los medios debe ser de *naturaleza objetiva* y a establecerse *ex ante*. Por estas razones, Jiménez de Asúa sostuvo –modificando su anterior opinión– que “para que se dé la legítima defensa perfecta ha de existir proporcionalidad entre la repulsa y el peligro causado por el ataque, medida individualmente, en cada caso, pero no subjetivamente, sino conforme al criterio objetivado del hombre razonable que en ese instante y circunstancias se ve agredido”⁹⁵. Si por culpa, temor u ofuscación, el agredido daña un bien jurídico del agresor netamente superior, no podrá alegar la legítima defensa para justificar su acción. Él habrá obrado ilícitamente y sancionado en proporción a su culpabilidad; de acuerdo al artículo 90⁹⁶. Si se excedió en *circunstancias inculpables*, no será sancionado; pero, no por haber actuado lícitamente, sino sin culpabilidad⁹⁷.

La Corte Suprema no exige una proporcionalidad matemática entre los medios de defensa y ataque. Además, tiene muy en cuenta la proporcionalidad de los bienes en conflicto para aceptar la legítima defensa. De esta manera ha decidido que “no puede haber proporción (entre) la ofensa, recibir en la cara una copa de aguardiente, y el agravio, fractura de los huesos en la nariz”⁹⁸. Para la

94 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., t. IV, p. 213.

95 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., t. IV, p. 219.

96 Ver *infra* 25.

97 Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, cit., t. IV, p. 219.

98 Ejecutoria del 17 de noviembre de 1952, en *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1952, p. 3121.

determinación de la “necesidad racional del medio empleado”, nuestro máximo tribunal considera la naturaleza del ataque (“brusco y continuado” y su alcance en ese momento desesperado. Sin embargo, su criterio de apreciación no es *objetivo* y *ex ante*, ya que admite al agresor no se le pueda exigir “que reflexione sobre las consecuencias del acto que va a practicar, y mida la proporción que deba existir entre la forma en que se le ataca y la forma en se defiende”⁹⁹. Por esta vía, se puede llegar a considerar como justificados casos de “exceso de legítima defensa” o de “defensa legítima putativa”.

24. Falta de provocación suficiente. Nuestro Código una tercera condición, la “falta de provocación suficiente de parte del que hace la defensa”. No se trata de una característica de la agresión ilegítima, esta interpretación concluiría afirmando lo superfluo de esta tercera condición legal. Creemos que el legislador ha querido indicar que quien está en legítima defensa no debe haber provocado la agresión mediante una amenaza de cierta gravedad.

Examinamos, con relación a este problema, los casos siguientes: primero, el autor provoca intencionalmente la agresión, con el objeto de obrar en beneficio de la legítima defensa. Esta será excluida en razón a la inexistencia de una situación de peligro no culpable; en consecuencia, el seudo atacado será perseguido como autor de un delito intencional. En segundo lugar, el autor provoca, intencionalmente o por negligencia, una agresión, pero sin la determinación previa de lesionar los bienes jurídicos del agresor. Comentando una disposición del Código Penal argentino parecido a la de nuestro Código, Sebastián Soler habla al respecto de “exceso en la causa”, sin dejar de señalar que “la gran mayoría de los autores se pronuncian en este caso por la total impunidad, porque juzgan que una agresión no pierde el carácter de tal por el hecho de que sea provocada”¹⁰⁰.

25. Artículo 90 del Código Penal. Este numeral estatuye: “en los casos del artículo 85, cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez puede disminuir la pena prudencialmente hasta los límites inferiores al *mínimum legal*”.

Esta disposición de origen español es deficiente; por cuanto, coloca a un mismo nivel a todos los elementos que son necesarios para que se dé, por ejemplo, la legítima defensa. Así, no será de aplicación este artículo 90 si no existe una “agresión ilegítima”. La existencia misma de la legítima defensa depende de la presencia de este requisito. En la práctica, se aplica a los casos en que hay

99 Ejecutorias del 31 de julio de 1939 y del 15 de junio de 1940, en *Revista de los Tribunales*, 1939, p. 229 y *Anales Judiciales* 1940, p. 82, respectivamente.

100 SOLER, *Derecho penal*, cit., t. I, pp. 367 y ss.

exceso en el ejercicio de una justificante. En una ejecutoria del 26 de abril de 1952, la Corte Suprema establece que “la pena prevista para el homicidio simple se atenúa si el autor ha cometido el delito tratando de defenderse, o rechazar una agresión, pero excediéndose en la defensa al emplear un arma que no guardaba relación con el instrumento usado por su contendor”¹⁰¹. Pero aún en estos casos, la Corte Suprema ha considerado necesario establecer algún límite. Considera que solo “si el medio de defensa es excesivo, no procede la aplicación del artículo 90 del Código Penal”¹⁰². La atenuación de la pena se funda, sobre todo, en el “estado de ánimo en el cual el agredido ha podido actuar”. Esta circunstancia disminuye su culpabilidad, el reproche que se le formula disminuye en intensidad. Si el estado de excitación o de sobrecogimiento provoca una grave alteración de la consciencia, estaríamos frente a un caso de inimputabilidad (artículo 85, inciso 1).

Los errores que sobre las condiciones objetivas, los límites o la existencia misma de la legítima defensa en que incurra el sujeto activo deben ser examinados de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 87 del Código Penal.

26. El estado, de necesidad. Puede ser concebido teóricamente como una situación de peligro (presente o inminente), en la que la lesión de un bien jurídicamente protegido aparece como el único medio para salvar un bien del agente¹⁰³.

Así concebido, el estado de necesidad comprende la legítima defensa. Esta no es sino un caso especial del estado de necesidad. Sin embargo, en el estado de necesidad propiamente dicho, el bien lesionado y el bien preservado son igualmente protegidos por la ley. El titular del bien jurídico que ha sido lesionado no merece este daño. En la legítima defensa, por el contrario, el bien jurídico lesionado pertenece al autor de la agresión ilícita quien merece tal lesión¹⁰⁴.

El bien jurídico dañado pertenece a un tercero inocente. Se equivoca, por tanto, la Corte Suprema cuando afirma que quien acepta un desafío para batirse en duelo actúa en estado de necesidad incompleto al verse amenazado por su

101 En *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, p. 2318.

102 Ejecutoria del 30 de abril de 1951, en *Revista del Foro*, 1951, p. 139.

103 SPILLMANN, Walter, *Die Strafausschliessungsgründe im schweizerischen Strafgesetzbuch*, tesis doctoral, Zúrich, 1960, p. 21; HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., p. 151; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, cit., p. 302; MAURACH, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 320.

104 Cfr. LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 138; SOLER, *Derecho penal*, cit., t. I, pp. 359 y 374.

contrincante, quien rastrilló su arma dos veces antes de iniciarse el singular combate¹⁰⁵. Estamos ante un caso de estado de necesidad, por el contrario, cuando X amenaza de muerte, esgrimiendo un cuchillo a su esposa Y. Esta huye de la cocina, donde tenía lugar la disputa, y desciende rápidamente la estrecha y empinada escalera que conduce al primer piso, por la cual su suegra comenzaba precisamente a subir, agarrándose de los pasamanos. Con el objeto de abrirse paso, Y tira de un brazo a su suegra, la empuja a un lado y continúa su carrera. La anciana señora (madre de X) pierde el equilibrio y cae; y muere horas después, a causa de las lesiones que le ocasionara la caída¹⁰⁶.

Según el artículo 85 inciso 3 *in fine* de nuestro Código (artículo 60 inciso del proyecto de 1916), está exento de pena quien actúa en la necesidad de preservarse de un peligro inminente e imposible de evitar de otra manera, si de acuerdo a las circunstancias en que el acto ha sido cometido, el sacrificio del bien amenazado no podía, razonablemente, ser exigido al autor del acto.

Esta disposición es de inspiración suiza. El legislador peruano no ha seguido, desgraciadamente, en todos los puntos la fórmula suiza.

27. Requisitos del estado de necesidad: peligro inminente imposible de evitar de otra manera. El estado de necesidad supone la existencia de un peligro inminente, ocasionado por un fenómeno natural o por una actividad humana.

Algunos autores han pretendido fundamentar la diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad considerando que mientras en la primera el peligro proviene del obrar humano, en el segundo tendría su origen en un suceso natural, o en todo caso, ajeno a la acción de una persona culpable. Nosotros rechazamos por falsa esta concepción. El agente que lesiona un tercero inocente para huir de un criminal que lo persigue, actúa en estado de necesidad que justifica su acto¹⁰⁷.

El peligro debe ser imposible de evitar de otra manera. Es decir, que el acto del autor debe ser necesario; debe constituir el único medio para alejar el peligro. Quien obra por necesidad está obligado, antes de lesionar el bien jurídico de un tercero a determinar si él no puede preservar de otra manera su bien en peligro.

105 Ejecutoria del 17 de noviembre de 1957, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1958, p. 98.

106 Bundesgerichtsentscheid 1949, IV, p. 49, este caso, conocido en Suiza como el “caso Humberset”, ha sido magníficamente analizado por Peter Noll en *Die Rechtsfertigungsgründe des Strafgesetzbuch*, Zurich 1963-4, p. 27.

107 Ver *supra* 26.

Si es factible, él debe huir del peligro. El estado de necesidad tiene evidentemente un carácter subsidiario¹⁰⁸.

Respecto de la inminencia del peligro y a la subsidiaridad del estado de necesidad, la Corte Suprema recurre, a veces, a criterios bastante amplios. Por ejemplo, en su ejecutoria del 23 de octubre de 1939¹⁰⁹ admite que no merece ser reprimido penalmente el acusado –enfermo de tuberculosis a la laringe– que se apropia del dinero producto de las ventas, que se le había encargado; debido a que actúa en estado de necesidad.

El propietario del bien amenazado no debe tener el deber, jurídico de hacer frente al peligro (guía de montaña, soldado, bombero, etc.)¹¹⁰.

28. Bienes en conflicto. El Código Penal derogado permitía la protección de todo bien, pero no autorizaba sino la lesión de bienes de menos valor; su artículo 8 inciso 7 declara exentos de responsabilidad criminal al agente “que en la propiedad ajena causa un mal para evitar otro mayor, siempre que este sea efectivo y no pueda emplear otro medio menos perjudicial”.

El Código vigente faculta a quien se encuentra en estado de necesidad a proteger cualquiera de sus bienes que estén en peligro y a lesionar un bien ajeno¹¹¹ para salvar el suyo. No admite la protección de bienes pertenecientes a una tercera persona. Esta restricción se debe a que el legislador no ha podido desligarse de la influencia española. La fórmula suiza, más conforme a las exigencias de la realidad, es por el contrario, bastante amplia como para permitir la protección de los intereses públicos¹¹².

29. Proporcionalidad de los bienes. El campo de aplicación del estado de necesidad debe ser limitado para evitar abusos. Con este objeto se recurre al

108 Cfr. THORMANN, Philipp y Alfred VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar, Allgemeine Bestimmungen*, cit., p. 145; GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 219; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, cit., p. 311; SOLER, *Derecho penal*, cit., t. I, p. 379. Ver *supra* 22.

109 En *Revista de los Tribunales* 1939, p. 372.

110 Cfr. LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 138; SPILLMANN, Walter, *Die Strafausschliessungsgründe*, cit., p. 21; GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 219; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, cit., p. 311; SOLER, *Derecho penal*, cit., t. I, p. 379.

111 Ver *supra* 26.

112 GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 219: “Die notstandsfähigen Güter sind in Gesetz nicht limitativ aufgezählt. Denkbar ist aber auch der Schutz öffentlicher Interessen”.

“principio de la proporcionalidad de los bienes que se encuentran en conflicto”. El valor del bien jurídico lesionado por el autor del acto no debe ser en ningún caso más valioso que el bien preservado.

Nuestro Código no establece expresamente esta condición, pero ella puede considerarse implícitamente contenida en la frase: “si en las circunstancias en que ha cometido el acto no podía razonablemente exigirse del autor el sacrificio del bien amenazado”.

La proporcionalidad de los bienes debe ser apreciada, como en el caso de la legítima defensa¹¹³ desde el punto de vista objetivo. Es decir, considerando lo que en esa situación difícil haría un hombre razonable. Sin que este comporte no tener en cuenta lo que pasa en el ánimo del que actúa en dicha situación¹¹⁴. Esto se desprende de la frase utilizada por el legislador: “no podía razonablemente exigirse del autor”.

Por el exceso en la reacción, puede ser responsabilizado el agente de acuerdo a su culpabilidad.

30. Naturaleza jurídica del estado de necesidad. Si todos los juristas están de acuerdo en establecer esta limitación, ellos difieren en cuanto a la naturaleza jurídica del estado de necesidad. Este problema depende, justamente, del valor de los bienes en conflicto. Algunos conciben el estado de necesidad como una causa de justificación, y afirman que el bien preservado debe ser más importante o, al menos, igual al bien lesionado¹¹⁵. Otros autores estiman que si los bienes son de igual valor, ya no se trata de una causa de justificación, sino de una causa de inculpabilidad¹¹⁶.

Fieles a las ideas de Jiménez de Asúa, los juristas peruanos admiten esta distinción entre estado de necesidad –causa de justificación y estado de necesi-

113 Ver *supra* 23.

114 Ver: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., t. IV, p. 405.

115 SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p. 82; GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., pp. 53, 218 y 219; HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., p. 156; LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 141.

116 NOLL, Peter, *Die Rechtfertigungsgründe des Strafgesetzbuch*, cit., p. 27; BRAGER, Ernest, *Der Notstand im schweizerischen Strafrecht*, tesis doctoral, Berna, 1937. THORMANN, Philipp y Alfred VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar, Allgemeine Bestimmungen*, cit., pp. 145 y 146, sostienen que el estado de necesidad excluye únicamente la pena, cuando los bienes en conflicto son de igual valor. Ver SCHRODER, “Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründ bei deutsch. und schweiz. Strafrecht”, en *Revue Pénale Suisse*, 1960, pp. 12 y ss.

dad— causa de inculpabilidad¹¹⁷. Esta discusión reviste una particular importancia práctica; por ejemplo, en el dominio de la participación.

La proporcionalidad de los bienes es generalmente apreciada desde un plano subjetivo; es decir, tratando de colocarse en la situación del autor. Este criterio es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia peruana¹¹⁸.

31. Aspecto subjetivo. El legislador peruano exige, igualmente, que el autor obre con la voluntad de salvar uno de sus bienes en peligro; él debe pues tener conciencia del peligro en que se encuentra ese bien.

La disposición que comentamos, expresa esta condición al afirmar: “el que obra por la necesidad de preservar de un peligro [...]”. Se trata sin duda alguna de un elemento subjetivo.

32. Exceso en la legítima defensa. Si las condiciones del estado de necesidad no se dan en el caso particular es de aplicación el artículo 90; se tratará generalmente de los casos de; “excesos”¹¹⁹.

Los errores del autor sobre las condiciones objetivas del estado de necesidad, sobre sus límites, su existencia, serán apreciados de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 87.

33. Causas de justificación comprendidas en el inciso 4 del artículo 85. El legislador ha previsto en dicho inciso que no puede ser castigado quien practica un acto permitido por la ley o el que procede en cumplimiento de sus deberes de función o de profesión. Es una disposición de clara influencia suiza. Las modificaciones del modelo suizo realizadas por nuestro legislador son debidas a que, de acuerdo al Código italiano de 1889 (artículo 49 N.º 1), el artículo 85 inciso 5 de nuestro Código declara impune a quien actué por disposición de la ley o en cumplimiento de una orden obligatoria de la autoridad competente¹²⁰. De esta manera, el legislador ha querido mejorar y completar las disposiciones contenidas en el antiguo Código Penal, en los incisos 9, 10 y 11 del artículo 8. Nuestro proyecto de 1916 estaba aún ligado a estas disposiciones y muy influenciado por la legislación española (artículo 60 incisos 79, 89 y 99). La influencia suiza ha

117 BRAMONT, *Código Penal*, cit., p. 179. Ver: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, p. 309 y *Tratado de derecho penal*, t. IV, pp. 331 y 340.

118 BRAMONT, *Código Penal*, cit., p. 180; ejecutoria del 23 de octubre de 1939, en *Revista de los Tribunales* 1939, p. 372.

119 Ver *supra* 25.

120 Esta disposición hace recordar el artículo 53 del Código ginebrino de 1874: “No hay infracción cuando el acto fuere ordenado por la ley y por la autoridad competente”.

determinado, sin duda alguna, un sensible progreso de la actual legislación en relación con la anterior.

Los juristas suizos frecuentemente han criticado el artículo 32 de su Código Penal (semejante al artículo 31 del proyecto suizo de 1918 que es fuente legal del nuestro), ellos estiman que esta disposición constituye una simple declaración general y una referencia a todas las demás reglas del orden jurídico. Stooss ha estimado que esta disposición sirve para recordar a los jueces suizos, quienes no tienen necesariamente, una formación jurídica, la existencia de otras causas de justificación, además de las mencionadas expresamente por el Código mismo¹²¹. A pesar de su texto bastante amplio, esta disposición es incompleta, porque ella no dice nada del consentimiento de la víctima, por ejemplo.

34. Acto permitido por la ley (artículo 85 inciso 5 ab initio). Cuando la ley ordena un acto, ella crea un deber. Si el autor se limita a cumplir con este deber, y comete un acto que reúne las condiciones señaladas por una disposición de la parte especial del Código, su acto no puede serle reprochado. Su acto es lícito. Sería ilógico que el orden jurídico impusiese a una persona la obligación de actuar y hacerla, al mismo tiempo, penalmente responsable de su comportamiento¹²².

El conflicto entre el deber de testimoniar y la prohibición de difamar, o la obligación de respetar el secreto profesional, tienen una gran importancia práctica. Lo mismo sucede entre el deber de informar o de denunciar y la obligación de guardar el secreto profesional. Destaquemos que se trata frecuentemente de un conflicto de deberes. En este caso, la solución es la que enseña Binding: “si hay conflicto de deberes, actúa lícitamente quien cumple el deber más importante o uno de ellos, si se trata de deberes de la misma importancia”¹²³.

35. Acto permitido por la ley (artículo 85 inciso 4 ab initio). Cuando la ley declara un acto permitido, ella reconoce a los individuos el derecho de actuar de esta manera. Es evidente que si este acto constituye un comportamiento calificado de delito por la ley, el autor no puede ser penado, puesto que el actúa ejerciendo un derecho. Este principio responde a una exigencia lógica. Sería absurdo reconocer, de un lado a una persona la libertad de actuar en nombre

121 STOOSS, Carl, “Rechtswidrigkeit und Verbrechen”, en *Revue Pénale Suisse*, 1897, p. 223; THORMANN, Philipp y Alfred VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar, Allgemeine Bestimmungen*, cit., p. 137.

122 BETTIOL, *Diritto Penale*, p. 290.

123 NOLL, Peter, *Die Rechtfertigungsgründe des Strafgesetzbuch*, cit., p. 37; HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., p. 166.

de un interés determinado y, de otra parte, de calificar tal actividad de ilícita¹²⁴. Por ejemplo, el derecho de propiedad consagrado en el artículo 850 del Código Civil, autoriza a su titular a cumplir ciertos actos para gozar de su bien y para defenderlo. Este derecho no es sin embargo absoluto.

El derecho de corrección surge de las relaciones familiares y de tutela. Cuando el derecho de corrección es ejercido por un maestro, en el cuadro de su actividad pedagógica y en la medida que la ley lo autoriza, se trata más bien de un deber de profesión¹²⁵. El titular de este derecho puede, con un fin educativo, emplear medios coactivos que lesionan la integridad física, la libertad o el honor del menor¹²⁶. En todo caso, el ejercicio de este derecho debe siempre adecuarse a los fines perseguidos. Los malos tratamientos de cierta gravedad no serán jamás justificados por la existencia de un pretendido derecho de corrección¹²⁷. El Código civil en su artículo 398 inciso 3 prevé que el titular de la patria potestad tiene el derecho de corregir moderadamente al menor. Si él se excede, su acto es ilícito¹²⁸.

36. *Cumplimiento de un deber de función o de profesión (artículo 85 inciso 4 in fine).* Tampoco un acto realizado en el cumplimiento de un deber de función o de profesión es ilícito.

La mención expresa de estos deberes, al lado de los actos ordenados o permitidos por la ley, se justifica, puesto que ellos pueden provenir de una norma jurídica no escrita. Si el legislador hubiese estimado que ellos solo podían ser establecidos por la ley, no habría tenido necesidad de enumerarlos expresamente¹²⁹: nos encontramos pues frente a una referencia a las normas legales y consuetudinarias.

No basta para justificar un acto, la existencia de un deber de función. Es indispensable que el autor permanezca dentro de los límites de su derecho. Si el funcionario abusa de sus poderes, su acto no es lícito. Como el deber de fun-

124 BETTIOL, *Diritto Penale*, p. 285.

125 NOLL, Peter, *Die Rechtfertigungsgründe des Strafgesetzbuch*, cit., p. 38.

126 GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 316; KAUFMANN, J., *Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher*, tesis doctoral. Zürich, 1909, p. 15.

127 WAIBLINGER, "Les faits justificatifs", en *Feuilles Juridiques Suisses*, cit., N.º 1204, p. 7; HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., p. 163; LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 127.

128 BRAMONT, *Código Penal*, cit., p. 183.

129 NOLL, Peter, *Die Rechtfertigungsgründe des Strafgesetzbuch*, cit., p. 38; LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 138.

ción, el deber de profesión no puede ser aislado de toda norma jurídica (legal o consuetudinaria). Esta referencia a los deberes de profesión es igualmente una referencia a las órdenes o a los permisos contenidos en todo el orden jurídico, en general¹³⁰.

Vivas discusiones se han producido en torno a la actividad profesional de los médicos y, especialmente, a sus intervenciones quirúrgicas. Se ha admitido, tradicionalmente, que una operación quirúrgica, es una acción que cumple con las condiciones de un tipo legal, y que es necesario recurrir a una causa de justificación.

Se consideró como la causa de justificación aplicable a estos casos “el reconocimiento y la promoción por parte del Estado de ciertas profesiones”¹³¹.

Hoy en día, por el contrario, tales actos no son considerados como ajustados a la definición de la infracción, tal como el legislador ha formulado en la parte especial del Código. No es pues necesario invocar una causa de justificación para sustraer al autor de la justicia penal. Desde este punto de vista, el problema pertenece más a la teoría del tipo legal que a la teoría de la antijuricidad.

37. *Orden obligatoria de autoridad competente expedida en el ejercicio de sus funciones (artículo 85 inciso 5 in fine)*. Quien obra en cumplimiento de una orden obligatoria, expedida, en ejercicio de sus funciones, por autoridad competente, no es punible. Es necesario distinguir si la orden de la autoridad competente es conforme o no a derecho. En el primer caso, su cumplimiento constituye una causa de justificación, ya que el acto ordenado tiende a realizar la voluntad del sistema jurídico mismo¹³². Por el contrario, si la orden es ilícita, el subordinado que la ejecuta comete un acto ilícito del mismo modo que el superior que la dicta. Pero, el subordinado no incurrirá en reproche alguno si está obligado a obedecer.

No se trata de calificar el acto, sino al autor; es decir, determinar su culpabilidad. El superior (autor mediato) será castigado en razón de la infracción cometida por el subordinado al cumplir la orden obligatoria ilícita. La doctrina dominante estima que esta concepción “diferenciadora” permite comprender mejor las disposiciones del Código. Además, ella está implícitamente enunciada en el artículo 86 que dispone: “En el último caso del artículo anterior, la re-

130 HAFTER, ERNEST, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., p. 160.

131 LOGOZ, PAUL, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 129; cfr. HAFTER, ERNEST, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., p. 165.

132 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 352.

presión del delito podrá ser aplicada al que por su orden hubiera determinado a otro a obrar”, es decir que el juez no podrá penar al superior si su orden es conforme al derecho, aun cuando su ejecución implique la comisión objetiva de una infracción por el subordinado¹³³.

5. La imputabilidad

38. Generalidades. Un acto antijurídico y típico por sí solo no es suficiente para castigar a su autor. Es necesario que pueda ser considerado como proveniente del autor. Esto es, que pueda ser imputado tanto objetiva como subjetivamente¹³⁴. La realización de un resultado delictuoso –muerte, lesión o daño a la propiedad– no basta; solo la relación personal íntima entre el agente y el comportamiento delictuoso podría fundar la imposición de la pena. Jiménez de Asúa dice correctamente que “la imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona”¹³⁵.

La mayor parte de los juristas renuncian, actualmente, a fundar la noción de responsabilidad exclusivamente sobre el determinismo o el indeterminismo. Si se parte de una concepción puramente indeterminista, se concluye afirmando que los actos son debidos al libre albedrío del hombre, cuya personalidad no es influenciada ni por sus propias predisposiciones, ni por el medio ambiente. La amenaza penal no tendría en consecuencia ningún efecto sobre él. Sería imposible considerar responsable al autor y de castigarlo.

A igual conclusión se llega, si se parte de una concepción determinista. Desde este punto de vista, el hombre estaría sometido a las fuerzas naturales y su voluntad sería solo un reflejo de estas fuerzas. El hombre estaría obligado a actuar de cierta manera, sin poder hacerlo de otro modo. Estas dos concepciones deben ser rechazadas. Todo comportamiento humano está condicionado por factores externos. Pero el autor es capaz, en cierta medida, de conocer la signi-

133 Contra BETTIOL, *Diritto penale*, pp. 291 a 295. Ver: SOLER, *Derecho penal*, cit., t. I. pp. 270 y 278, quien considera la obediencia obligatoria, de la parte del subordinado que no tiene el derecho de rechazar su ejecución, como una circunstancia que hace desaparecer la acción.

134 MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 280; cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 266; CLERC, François, *Introduction a l'étude du Code Pénal suisse*, p. 69.

135 JIMÉNEZ, *La ley y el delito*, p. 326. Cfr. HAFTER, Ernest, *Strafrecht und Schuld, Rektoratsrede*, Zürich, 1923, p. 11.

ficación de su acto y de orientar su voluntad según juicios de apreciación¹³⁶. La Psicología moderna ha desarrollado la teoría de la personalidad estratificada, que complementa la solución intermedia que es necesario seguir para mejor explicar los actos humanos¹³⁷. Su capacidad de autodeterminación le permite al hombre controlar, conforme a las circunstancias sociales, su impulso a realizar ciertos actos. Es este elemento el que justifica el reproche que se hace al autor por su comportamiento y la pena que se le impone.

39. Técnica legislativa. El legislador, consciente de las innumerables dificultades que comporta la elaboración en la ley, de una definición positiva de la imputabilidad, se limita a establecer las condiciones necesarias para considerar al autor como inimputable¹³⁸. Siguiendo, una vez más, al codificador suizo, nuestro legislador ha declarado exento de pena a quien “comete el hecho punible en estado de enfermedad mental, de idiotez o de una grave alteración de la conciencia, y no posee en el momento de obrar la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación” (artículo 85). Esta disposición consagra la fórmula “biopsicológica”: para declarar inimputable a una persona, no basta constatar la existencia de un estado anormal (enfermedad mental o grave alteración de la conciencia), sino que es necesario comprobar que ha determinado su incapacidad para comprender el carácter ilícito del acto o para orientar correctamente su comportamiento. De esta manera, se dejó de lado la fórmula puramente biológica del Código anterior, que en su artículo 89, inciso 1 declaraba exento de “responsabilidad criminal” al que obraba en “estado de demencia o locura”¹³⁹.

Hoy en día, se tiende a denominar esta fórmula: “psiconormativa”; debido a que sus elementos tienen una particularidad netamente valorativa¹⁴⁰. Mezger-Blei llegan a sostener que dichos elementos serían mejor designados con los términos “descriptivos y normativos”, por lo que la fórmula debería denominarse “descriptivo-normativa”¹⁴¹.

136 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 427; GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 120, n. 158.

137 Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 272 y 273; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 427 y 428.

138 Raramente se encuentra en los Códigos Penales una definición positiva de la imputabilidad. El artículo 85, inciso 2, del Código Penal italiano estatuye: “Es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer”.

139 En relación con los menores se descartó el criterio: del discernimiento.

140 Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 288, n.º 17.

141 MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 169.

40. *Noción de imputabilidad.* Se deduce de la concepción negativa de la imputabilidad admitida por el legislador, la siguiente noción positiva: una persona es imputable cuando posee la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto¹⁴² y la facultad de determinarse conforme a esta apreciación.

Destaquemos, en primer lugar, que el legislador emplea los términos “facultad de apreciar el carácter delictuoso” y no los de “apreciación del carácter delictuoso”. Se trata de la capacidad intelectual del individuo para conocer sus deberes, para darse cuenta de la inserción de su propia persona en el orden jurídico y para comprender las exigencias de la sociedad frente a los individuos que la forman (consideraciones mutuas, necesidad de la represión eventual de la violación de las normas sociales)¹⁴³. Sin embargo, esta capacidad no se confunde con la conciencia de la antijuricidad del acto¹⁴⁴ o de su carácter punible. Ella consiste más bien en un desarrollo de la razón, en la existencia de una cierta conciencia propia, en el conocimiento del deber, no solo ético sino también legal¹⁴⁵.

Cuando el legislador alude a la facultad de determinarse, él se refiere a la voluntad. No se trata de aceptar el libre albedrío sino de reconocer al hombre consciente de sus deberes la capacidad de obrar según sus móviles¹⁴⁶. Esta facultad no es considerada ni como una entidad abstracta, ni como una simple función puramente psicológica. Se trata del “potencial voluntario mínimo que permite al individuo controlar, en concreto y efectivamente, su comportamiento según las normas de conducta admitidas, de manera general, por la sociedad en la que vive”¹⁴⁷. La ley considera que la inteligencia le basta al hombre normal para darse cuenta de que su acto es contrario al orden jurídico, y que su voluntad le permite conformar su acto a ese orden. Ella impone, pues, una pena solo a quien es capaz de conocer las exigencias del orden jurídico (factor intelectual) y de conformar a estas su actividad (factor volitivo).

142 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La unificación del derecho penal en suiza*, Madrid, 1916, p. 136.

143 JOLIDON, Pierre, *L'appréciation de la responsabilité selon le Code Pénal Suisse*, tesis doctoral, Berna 1956, pp. 35 y 36; WELZEL, *Das Deutsches Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., p. 148; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 42.^a ed., Berlín 1959, p. 21.

144 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La unificación del derecho penal en suiza*, cit., p. 136.

145 THORMANN, Philipp y Alfred VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar. Allgemeine Bestimmungen*, cit., p. 70.

146 Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, cit., p. 333; THORMANN, Philipp y Alfred VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar. Allgemeine Bestimmungen*, cit., p. 70.

147 JOLIDON, Pierre, *L'appréciation de la responsabilité selon le Code Pénal Suisse*, cit., pp. 41 y 42.

Según la fórmula, empleada por el legislador, el examen de la facultad del autor para apreciar el carácter delictuoso del acto precede al examen de la facultad de determinarse conforme a esta apreciación. La ausencia o existencia de esta última facultad se determinará solo después de haber comprobado la existencia de la facultad de apreciar el carácter ilícito del acto.

41. *Inimputabilidad.* Nuestro legislador considera que un individuo es inimputable, cuando es enfermo mental, idiota o sufre una grave alteración de la consciencia, que le impide comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación. Basta que una de estas dos facultades falte para que el agente sea considerado inimputable.

Se debe tener cuidado de no dar a los términos empleados en la ley el sentido exacto que tienen en medicina. Además, la psiquiatría moderna no emplea tales expresiones o ha modificado su significación. La idiotez, por ejemplo, es el grado más grave de la oligofrenia (atraso mental) que está comprendida en la noción de enfermedad mental¹⁴⁸ de manera que hubiese bastado mencionar esta en la ley. El sentido de esos términos es el que les da el profano en medicina –el jurista y el legislador– en el habla corriente. El punto de vista del legislador está determinado por las condiciones sociales. En esta perspectiva, él aplica el término “enfermedad mental” a los fenómenos síquicos que le parecen cualitativamente aberrantes, cuyo carácter reviste proporciones groseramente chocantes y que permanecen absolutamente ajenos y como impermeables a sus esfuerzos de comprensión y de asimilación vital. El profano no diferencia tampoco entre perturbaciones de naturaleza intelectual y de naturaleza afectiva¹⁴⁹. Este parece ser, igualmente, el criterio utilizado por la Corte Suprema para admitir la inimputabilidad. En una conocida ejecutoria sostiene que si bien los peritajes médico-legales “no llegan a definir como anormal a la acusada, calificándola solo de extravagante, queda no obstante sumido el espíritu en las mayores perplejidades para decidirse a tratarla como persona responsable del doble filicidio¹⁵⁰”.

El profano califica la idiotez como una perturbación psíquica, que logra un grado tal que el sujeto es casi completamente inapto para obrar como un individuo dotado de capacidades intelectuales, pudiendo las otras funciones psíquicas permanecer intactas¹⁵¹. El concepto legal de enfermedad mental es,

148 SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p. 103.

149 JOLIDON, Pierre, *L'appréciation de la responsabilité selon le Code Pénal Suisse*, cit., p. 21, siguiendo a la obra de BINDER, *Die Geisteskrankheit im Recht*.

150 *Anales Judiciales* 1943, p. 445.

151 JOLIDON, Pierre, *L'appréciation de la responsabilité selon le Code Pénal Suisse*, cit., p. 22.

pues, más amplio que el adoptado por la ciencia médica¹⁵². En relación con la grave alteración de la conciencia, el profano, si bien no puede dar una definición de la conciencia, parte de la idea que el ser humano está dotado de cierto poder de reflexión; este poder significa que el hombre obra sabiendo lo que hace. Si circunstancias particulares perturban esta reflexión, que no le permite darse cuenta de lo que hace en el momento que actúa, existirá una perturbación de su conciencia¹⁵³; es decir, de su propia conciencia o de la conciencia de los hechos exteriores¹⁵⁴. Esta perturbación de la conciencia no tiene un origen patológico; por ejemplo: los estados intermedios de ebriedad, la profunda fatiga, la hipnosis. El legislador emplea con justeza el término de grave alteración de la conciencia y no de ausencia, total de conciencia; si esta falta no hay acción, pues, la voluntad no existe¹⁵⁵.

En los primeros años, siguientes a la fecha en que fue puesto en vigencia el actual Código Penal, es posible afirmar que la Corte Suprema sostuvo un criterio equivocado sobre la grave alteración de la conciencia. En una ejecutoria del 8 de julio de 1929 expresó que no debía confundirse la emoción violenta a que hace referencia el artículo 153, “con la grave alteración de la consciencia propia de los estados patológicos que anulan el discernimiento y la libre determinación, por lo que la ley los considera en el mismo plano que los estados de enajenación o enfermedad mental eximentes de pena”¹⁵⁶. Este criterio restringido fue luego abandonado. La Corte Suprema hizo suyos los siguientes argumentos del señor fiscal: “si bien el concepto de grave alteración de la consciencia no puede tomarse en sentido restrictivo, ya que son muchos los factores que la producen. Los impulsos patológicos de los dementes, de los alcohólicos, los epilépticos. Pero hay también estados psíquicos que producen una reacción inmediata instintiva e involuntaria y este estado de consciencia constituye la emoción[...] es pues evidente que dadas las condiciones personales y las circunstancias que rodearon la perpetración del evento, L. V. (el acusado) no se encontraba en situación

152 Cfr. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 432; MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 172; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 289.

153 LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 40.

154 Cfr. MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 171; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 433; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 289.

155 Un inimputable puede actuar, luego la imputabilidad no se identifica con la capacidad de acción; cfr. LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 40; contra BINDING, Karl, *Die Normen*, t. II, p. 117.

156 En Anales Judiciales, 1959, p. 81.

de apreciar el carácter delictuoso de su acto[...]”¹⁵⁷. Es interesante, igualmente, revisar el fallo en que se absuelve a una madre soltera que –rechazada por sus familiares y amigos– abandona a su hijo recién nacido. Se sostiene en el Dictamen fiscal, conforme al cual se pronuncia la Corte Suprema, que “es lógico suponer que tales repudios afectasen profundamente el ánimo de la acusada” y que “así no resulta aventurado sostener que la acusada obró bajo el imperio de una grave alteración de la consciencia [...]”¹⁵⁸. Sin embargo, es de destacar que no en todos los casos era correcto recurrir a la “grave alteración de la consciencia” para no penar al acusado. Los dictámenes emitidos por los fiscales supremos son confusos y frecuentemente inexactos. Esto se nota, por ejemplo, en el siguiente párrafo: “La acusada es indígena, de mentalidad retrasada y carece de antecedentes. No tuvo intención de causar ningún daño; los hechos ocurrieron de manera casual y originados por la actitud del agraviado (no pasarle alimentos a su hijo). La encausada por su misma ignorancia y su estado mental (no padecía de enfermedad mental) sufrió grave alteración de su consciencia”¹⁵⁹.

42. *La actio libera in causa*. La imputabilidad del autor se determina en el momento del acto. Esta regla se aplica sin excepción en el Derecho Penal moderno. La *actio libera in causa* no constituye sino una excepción aparente.

Hay *actio libera in causa*, cuando el autor se ha puesto, culpablemente, en un estado de inimputabilidad o de imputabilidad restringida, con la intención de cometer una infracción, concebida y decidida por él en sangre fría (*actio libera in causa* intencional), o que él se pone en ese estado, pudiendo y debiendo saber que se hacía incapaz de usar de la prudencia y previsión exigibles en la vida ordinaria, y esto sabiendo que tendrá que afrontar un deber y para cuyo cumplimiento necesita de todas sus facultades (*actio libera in causa* culposa)¹⁶⁰.

Se encuentra en el primer caso, por ejemplo, el autor que se droga para darse el coraje de cometer una infracción; por el contrario, en el segundo caso,

157 Ejecutoria del 13 de noviembre de 1952, en *Revista del Foro*, Lima 1953, p. 266.

158 Ejecutoria del 28 de octubre de 1949, en *Revista de Jurisprudencia*, 1949, p. 939; ver, igualmente, ejecutoria del 3 de octubre de 1958, en *Revista del Foro*, 1958, p. 671.

159 En *Revista del Foro*, 1958, p. 672.

160 Ver: ZÜRCHER, *Exposé des motifs de l'avant-projet de 1908*, cit., p. 45; STOOS, Carl, “Der Allgemeinen Teil des schweiz. Strafgesetzentwurfs... den Beschleusen des Nationalrats”, en *Revue Pénale Suisse*, 1929, p. 130, n. 1; GRAVEN, Jean, *Le problème de la responsabilité pénale*, publicado por la Association internationale de droit comparé, N.º 158, p. 10; HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 112 y 113; CLERC, Francois, *Introduction a l'étude du Code Pénal suisse*, cit., p. 76.

el autor persiste en conducir, su auto a pesar de las notorias manifestaciones de cansancio y atropella a un tercero. El autor ha actuado entonces culpablemente, antes de encontrarse en un estado de inimputabilidad.

Nuestro Código no contiene disposición alguna sobre la *actio libera in causa*. Sin embargo el conjunto de sus artículos permite resolver el problema en el sentido que venimos explicando¹⁶¹.

43. Duda sobre el estado mental del agente. El artículo 93 de nuestro Código estatuye que en el caso de duda sobre el estado mental del autor del delito, el juez instructor o el tribunal ordenará su examen por peritos. Este examen es obligatorio cuando se trate de epilépticos o sordo mudos. Los peritos informarán sobre el estado mental y expresarán si procede el internamiento en un hospicio o en un hospital, o si hay peligro para la seguridad o el orden público. Esta disposición reproduce con fidelidad el artículo 17 del anteproyecto suizo de 1916.

La fórmula adoptada por el legislador para la determinación de la inimputabilidad, reconoce a la labor de los expertos una singular importancia. Ellos son sus auxiliares indispensables para determinar la imputabilidad del inculpado y la medida de seguridad aplicable. Pero en definitiva, es el juez quien decide sobre la imputabilidad del agente. Evidentemente, él no puede rechazar o ignorar, arbitrariamente, el informe del experto.

El artículo 83 del Código Penal peruano, que no figuraba en el proyecto Maúrtua de 1916, estatuye que “el agente de, infracción no intencional ni culposa será también reprimible, en los casos de peligro social, cuando la ley lo prescribe expresamente, substituyendo a la pena la medida de seguridad o educativa más adecuada determinada por la ley”.

Si la influencia positivista es patente en esta disposición, ella, no contiene, sin embargo, el principio de la responsabilidad social preconizada por el artículo 18 del proyecto italiano de 1918¹⁶². Se trata, en realidad, de una especie de responsabilidad sin culpa de los inimputables peligrosos¹⁶³. El legislador peruano ha querido –así como ha fundado, expresamente, la aplicación de la pena sobre la imputabilidad y la culpabilidad en los artículos 51, 81, 82 y 85 inciso 1– simplemente precisar en el artículo 83 que el estado peligroso constituye la

161 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El Derecho penal en la República del Perú*, Lima, 1926, p. 17.

162 “Los autores y copartícipes son siempre legalmente responsables, salvo los casos en que el acto sea justificado”.

163 ABASTOS, Manuel G., “El delincuente en el Código de Maúrtúa”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima, 1937-8, p. 11; BRAMONT, *Código Penal*, cit., p. 162.

base para la aplicación de toda medida de seguridad y de prevención. Desde un punto de vista científico, esta disposición es inexacta, puesto que hace depender la aplicación de tales medidas de la no culpabilidad del autor del acto delictuoso; de otra parte, no se debe olvidar que nuestro legislador hace depender el internamiento y la hospitalización de delincuentes mentalmente anormales de la noción de responsabilidad. Esto prueba que el legislador peruano no ha comprendido la significación y los alcances de las instituciones tomadas del proyecto italiano y de los proyectos suizos¹⁶⁴.

44. *La llamada “imputabilidad disminuida”*. La distinción entre individuos psicológicamente normales y anormales no es nítida¹⁶⁵. La siquiatria reconoce, desde hace algún tiempo, que hay zonas intermedias entre la normalidad y la anormalidad; zona en la que se encuentran los individuos claramente disminuidos en sus capacidades psíquicas.

Frente a este gran problema, la doctrina clásica adopta una fórmula, que es a la vez lógica en sus principios y práctica por su simplicidad. Ella preconiza atenuar la pena de los delincuentes en razón de la disminución de su estado mental comprobado por los expertos. Claro está, que esta disminución de su estado mental no alcanza las proporciones de los estados que acarrearán la imputabilidad (enfermedad mental, idiotez o grave alteración de la conciencia)¹⁶⁶.

Esta solución era conforme a los principios de la doctrina clásica que consideraba la pena como una pura retribución, y fundaba su aplicación en el libre albedrío. Si este era limitado la lógica exigía que la pena sea reducida. En la práctica, estas ideas dejaban a la sociedad sin protección frente a individuos que constituyen, precisamente, a causa de su anormalidad, un peligro social más grave que los individuos normales. La solución clásica era inaceptable desde un punto de vista de política criminal.

45. *Técnica legislativa*. El legislador español había previsto, desde 1848 un sistema original de circunstancias que eximen o atenúan la pena. Él consideraba las circunstancias eximentes que no reúnen todas las condiciones exigidas por la ley como circunstancias de atenuación (eximentes imperfectas). Nuestro Código Penal de 1863 aceptó esta concepción.

164 HURTADO POZO, José, “La reforma parcial del Código Penal suizo (ley federal del 18 de marzo de 1971)”, en *Derecho*, N.º 30, Lima, 1972.

165 HAFTER, Ernest, *Strafrecht und Schuld, Rektoratsrede*, p. 11.

166 QUÍNTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Compendio de derecho penal*, Madrid, 1958, t. I, pp. 277 y ss.

El Código actual adopta la misma técnica. Destaquemos que el Código derogado, de inspiración netamente española, reconocía la existencia de estados intermedios entre la enfermedad y la salud mentales, atribuyéndoles la calidad de circunstancias de atenuación.

Otros legisladores, por el contrario, comprendieron muy bien que era necesario distinguir expresamente la categoría de delincuentes que, al momento de cometer la infracción, no eran plenamente imputables. De esta manera surge la noción de la “imputabilidad disminuida”. Por ser fuente de nuestro Código Penal, nos referimos nuevamente al anteproyecto suizo de 1915 para señalar que su artículo 14 estatúa que “si, a causa de una perturbación en su salud mental o de su conciencia, o a causa de un desarrollo mental incompleto, el delincuente, en el momento de obrar no poseía plenamente la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse conforme a esta apreciación, el juez atenuará libremente la pena”. Para evitar los inconvenientes de la concepción puramente clásica, el legislador suizo incorporó a su ley las medidas de seguridad para estos delincuentes.

Nuestro legislador ha aceptado implícitamente esta concepción, cuando dispone en el artículo 90 del Código que “En los casos del artículo 85, cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir la pena prudencialmente hasta límites inferiores al *minimum legal*”.

“La imputabilidad disminuida” no es una categoría intermedia entre la imputabilidad y la inimputabilidad. Por el contrario, los delincuentes limitados en su imputabilidad son capaces de obrar culpablemente y pueden pues, ser castigados como los autores considerados imputables. Pero, el juez debe tener en consideración que su capacidad de resistir a los impulsos criminales es más débil que la de los individuos normales.

El juez constatará, primero, la existencia o no de la imputabilidad. Después de constatar que el autor es imputable, él indagará sobre la posible existencia de una disminución en la imputabilidad. Si la respuesta es afirmativa, el juez atenuará la pena. Pero si el delincuente de imputabilidad disminuida ofrece peligro para la seguridad o el orden, público, y se hace necesario internarlo en un hospital o en un hospicio el juez –conforme al artículo 91– suspenderá la ejecución de la pena y ordenará el tratamiento o la hospitalización del condenado.

La disminución de la capacidad penal del agente se deberá, generalmente, a la concurrencia de perturbaciones en la salud mental o en la conciencia,

o también a un desarrollo mental incompleto. Estos estados que no llegan a hacer desaparecer las facultades de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse de acuerdo a esta apreciación, condicionan su debilitamiento. Pero no toda disminución de tales facultades es suficiente para admitir la existencia de la imputabilidad restringida. Ella debe ser relativamente importante¹⁶⁷, pues la noción de hombre normal es concebida de manera amplia. Las pequeñas anomalías no hacen salir, según la ley, al hombre normal de los límites de la normalidad¹⁶⁸.

En nuestro medio se reconoce, con frecuencia, la presencia de una imputabilidad restringida en los casos de “relativa embriaguez”; por considerar que el agente actúa “sin perder totalmente el control de sus actos”¹⁶⁹. También, ha habido casos en que esta disminución en la imputabilidad se ha hecho depender de “deficiencias mentales”¹⁷⁰. Es interesante analizar la ejecutoria del 5 de enero de 1966, en la que “se condena a la pena de internamiento al autor de doble homicidio perpetrado en agravio de su medio hermano y su cuñada [...] Siendo el sujeto de personalidad psicopática, imputable, que goza de lucidez completa mostrando rasgos de agresividad, teniendo como atenuante su condición de primario, su relativo estado de embriaguez y escasa cultura”¹⁷¹.

Algunos juristas consideran que la atenuación de la pena reconocida para los casos de imputabilidad disminuida, es debida a que este estado implica una disminución de la culpabilidad y por esta razón la disposición que la regula debería figurar entre las que norman la “aplicación judicial de las penas”¹⁷².

167 El Código Penal alemán establecía, expresamente, esta, condición: “War die Fähigkeit, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln zur Zeit der Tat aus einem dieser Gründe erheblich vermindert...”. Cfr. SCHONKE-SCHRODER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 450.

168 Cfr. SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit. p. 107; LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 44.

169 Ejecutoria del 28 de mayo de 1951, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1951, pp. 414 y 540.

170 Ejecutoria del 12 de enero de 1949, en *Anales Judiciales*, 1949, p. 225.

171 En *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1966, p. 396; respecto a psicópatas e inimputable ver SPOLANSKY, Norberto, “Imputabilidad y comprensión de la criminalidad”, comentario a fallo, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1968, pp. 83 y ss.

172 BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 372 y 373; MEZGER Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 183, MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 445. Ver: LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 43.

6. Culpabilidad

46. *No hay pena sin culpabilidad.* Un acto típico, antijurídico e imputable a una persona no basta para castigar al autor. Es necesario que el agente haya actuado culpablemente. No hay pena sin culpabilidad¹⁷³. Este principio fundamental no implica ni una confusión entre el derecho y la moral, ni una sobreestimación de la culpa en detrimento de la lesión, del bien jurídico.

La culpabilidad supone la atribución del acto a su autor y la constatación del carácter antijurídico del acto. Afirmar la culpabilidad del autor, es reprochar su comportamiento antijurídico¹⁷⁴. Teniendo en cuenta que todo acto antijurídico punible es considerado en sí mismo, la culpabilidad penal se determinará en relación con cada uno de los actos tomados aisladamente. Las nociones de “culpabilidad del carácter” o de “culpabilidad potencial” son extrañas al derecho penal moderno. Para determinar la culpabilidad, es necesario tener en cuenta los móviles, el carácter, los sentimientos y otras relaciones personales del autor¹⁷⁵.

A pesar de reconocer la primacía del principio “no hay pena sin culpabilidad”, algunas legislaciones penales contemporáneas conservan ciertos rezagos de la responsabilidad sin culpabilidad. En el Código Penal peruano encontramos varios ejemplos, así los artículos 87 (error de hecho y de derecho), 383 (faltas), 169 y 170 (delito de riña) y 229 inciso 4 (secuestro calificado). Merece, según nosotros, una observación especial el artículo 167, que estatuye “Cuando el delincuente hubiere causado un resultado grave que no quiso causar ni pudo prever, la pena podrá ser disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir”. El legislador se ha inspirado en el artículo 115 del anteproyecto suizo de 1916 y que figura actualmente en el Código Penal (artículo 124). En derecho suizo, las consecuencias fortuitas de la lesión corpo-

173 HAFTER, ERNEST, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., p. 101; MEZGER, EDMUND, *La culpa en el moderno derecho penal*, Valladolid, 1956, p. 2; MEZGER EDMUND y HERMANN BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 158; BETTIOL, *Diritto Penale*, cit., p. 329.

174 MEZGER EDMUND y HERMANN BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 160: “Mit dem Schuldurteil erheben wir gegen den Täter aus seinem rechtswidrigen Verhalten einen persönlichen Vorwurf”; cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., p. 133; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 281; BETTIOL, *Diritto Penale*, cit., p. 334.

175 GERMANN, OSKAR, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 174; cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de Derecho penal*, cit., t. V, pp. 232 y 233; BINDING, KARL, *Die Normen*, t. II, p. 283; BAUMANN, JÜRGENS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 347; KAUFMANN, ARMIN, *Das Schuldprinzip*, Karlsruhe, 1961, p. 187; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., p. 137

ral no serán tomadas en cuenta para fijar la pena, puesto que ellas no han sido queridas ni previstas por el agente. Este deber del juez no se infiere claramente de la lectura de la disposición peruana; ya que, de una parte, nuestro legislador no ha concedido al juez sino la facultad de disminuir la pena y, de otra parte, la redacción ambigua hace pensar en una simple circunstancia atenuante de la pena. Si el legislador hubiese, con fidelidad, seguido el modelo suizo, nosotros estaríamos obligados a afirmar que el artículo 167 no es sino la confirmación expresa del principio “no hay pena sin culpabilidad” y que esta afirmación ha parecido útil a causa de las costumbres de los tribunales que aplicaban el Código derogado¹⁷⁶. Sin embargo, esta disposición, en concordancia con el artículo 84 (cuyo texto se orienta hacia la admisión de la responsabilidad objetiva), permitiría al juez agravar la pena en razón del daño más grave no querido ni previsible.

La jurisprudencia de la Corte Suprema es contradictoria, ya que no aplica en todos los casos el principio de la culpabilidad. Considera, equivocadamente, que se trata de imponer una pena “prudencial” o de “disminuir prudencialmente la pena”¹⁷⁷. Pero, en realidad, no se trata de esto, por cuanto el autor –por no actuar culpablemente– no merece ser castigado por el resultado más grave. En otras palabras, el agente debe ser castigado solo por el daño que quiso causar (leve o grave) y, en caso de que se dé un resultado más grave, sí se le puede imputar título de culpa (formas preterintencionales). Se equivoca, igualmente la Corte Suprema cuando estima que el artículo 167 regula el “delito preterintencional”¹⁷⁸. Como hemos dicho anteriormente, este artículo no es sino una ratificación del principio de culpabilidad. Su presencia limita la declaración general contenida en el artículo 84, *ab initio*.

47. *Teorías sobre la culpabilidad.* Si la unanimidad existe en torno a la prioridad del principio “no hay pena sin culpabilidad”, divergencias subsisten en cuanto a la naturaleza de la culpabilidad. Según la teoría psicológica, la culpabilidad es un vínculo de carácter subjetivo que une el acto delictuoso a su autor¹⁷⁹. Este vínculo psicológico toma la forma de dolo o de culpa. Una

176 LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 53.

177 Ejecutorias del 12 de mayo de 1938, en *Anales Judiciales*, 1938, p. 210; del 12 de febrero de 1942, en *Anales Judiciales*, 1942, p. 97; del 16 de febrero de 1950, en *Revista del Foro*, 1959, p. 371; del 18 de octubre de 1951, en *Revista del Foro*, 1952, p. 1729.

178 En *Anales Judiciales*, 1948, p. 271.

179 NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1965, 2.^a ed., t. II, p. 247; RADBRUCH, Gustav, *Ueber den Schuldbegriff*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1904, pp. 338 y 348; RITTLER, Theodor, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1967, pp. 101 y ss.; SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p. 88.

de las críticas que se hace a esta concepción se basa sobre la imposibilidad de admitir la noción de culpa inconsciente, en la cual precisamente el vínculo psicológico no existe¹⁸⁰.

La teoría normativa de la culpabilidad niega, por el contrario, que la culpabilidad sea solo una relación de naturaleza psicológica entre el autor y su acto. De acuerdo a los defensores de esta concepción, la culpabilidad es un juicio de reproche formulado contra el autor por su comportamiento antijurídico. Se trata de un juicio de valor jurídico y no solo moral¹⁸¹. Es evidente que este juicio de valor reposa sobre el estado psicológico (no relación psicológica), puesto que un simple juicio de valor *in abstracto* no puede jamás justificar la imposición de una pena. Es pues inexacto afirmar que, según la concepción normativa, la culpabilidad del delincuente “se encuentra en la cabeza de los otros”¹⁸². La culpabilidad, jurídicamente hablando, es ante todo un estado psicológico sobre el que reposa un juicio de reproche. Ella se encuentra en la cabeza del propio delincuente y no en la de quien formula el juicio de reproche¹⁸³. Esta concepción ha sido duramente atacada por los partidarios de la teoría finalista de la acción, quienes lo reprochan, en primer lugar, de querer elaborar la noción de culpabilidad con elementos de naturaleza diferente. En su opinión, la culpabilidad no puede comprender al mismo tiempo el objeto del juicio de valor (estado psicológico) y el juicio de valor mismo. Ellos consideran que es necesario desembarazar la culpabilidad de este aspecto psicológico. La culpabilidad sería entonces exclusivamente un juicio de valor sobre el proceso de motivación del autor¹⁸⁴.

48. Formas de culpabilidad: el dolo. El Código Penal admite la existencia de dos formas autónomas de culpabilidad: el dolo y la culpa. La preterintención no

180 Cfr. KAUFMANN, Armin, *Das Schuldprinzip*, pp. 21, 31 y ss.; BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 356; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 276; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., t. V, p. 155.

181 MEZGER, Edmund, *La culpa en el moderno derecho penal*, cit., pp. 14 y ss.; MEZGER Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., pp. 156 y 158.

182 ROSENFELD, SCHULD und VORSATZ, en von Lisztischen Lehrbuch, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1911, p. 466.

183 MEZGER, Edmund, *Tratado de derecho penal*, t. I, pp. 248 y 250; MEZGER Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 157.

184 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 368 y 369; WELZEL, *Das Deutsches Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., p. 135; del mismo autor: *Das Neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.^a ed., 1961, pp. 41 y ss.; STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Die Straftat)*, cit., pp. 148 y 150.

constituye en ella misma una forma de culpabilidad, sino una mixtura de dolo y de culpa¹⁸⁵.

El dolo es la forma más grave de la culpabilidad. El estudio de la evolución de su concepto significa, en cierta medida, regresar al estudio de la culpabilidad en general.

Se ha tratado de determinar la naturaleza del dolo de dos maneras diferentes: la *teoría de la voluntad* afirma que el dolo consiste en querer el resultado delictuoso; la teoría de la representación, por el contrario, se aleja de esta concepción demasiado estrecha, y admite que el delincuente obra con dolo, cuando él se representa, el resultado delictuoso.

Las divergencias doctrinales han sido, sin duda alguna, exageradas. Se han destacado oposiciones que no correspondían a la realidad y que son una deformación del pensamiento de los autores. Nadie ha afirmado que el dolo sería la sola voluntad de producir un resultado delictuoso o que él sería únicamente una representación de este resultado. Las doctrinas son más relativas. El dolo está constituido en realidad por dos elementos, uno intelectual (consciencia) y el otro volitivo (voluntad).

49. Artículo 81 del Código Penal. El legislador peruano ha definido, expresamente, el dolo. El artículo 81, párrafo segundo, estatuye que la infracción es intencional, cuando ella ha sido cometida por acción u omisión consciente y voluntaria. El origen suizo de esta disposición es admitido por el legislador mismo en la exposición de motivos¹⁸⁶ sin precisar, sin embargo, expresamente la fuente.

Es necesario recordar que el artículo 18 del proyecto de 1918 del Código Penal suizo estatuyó: “*Celui-la commet intentionnellement un crime ou un délit, qui le commet avec conscience et volonté*”. Esta definición figuraba, igualmente, en los anteproyectos de 1908 y de 1916, aunque no en términos idénticos. El artículo 19, inciso 2, del anteproyecto de 1908 disponía: “*Celui-la commet un délit avec intention, qui agit le sachant et le voulant*”. Esta diferencia es debida a los esfuerzos desplegados para traducir correctamente el texto alemán: “*Vorsätzlich verübt ein Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt*”. Al respecto, Gautier afirmó: “es de observar que el segundo párrafo del artículo 19 está mal traducido. El texto francés no es fiel al texto alemán. Podría traducirse esta regla

185 El legislador italiano ha definido la preterintención en el artículo 43 in. 2: “es preterintencional, más allá de la intención, si de la acción u omisión deriva un daño o un peligro más grave que el querido por el agente”.

186 En *Código Penal*, editado por Espino Pérez, p. 25.

de la siguiente manera: ‘*Celui-là commet un délit avec intention, qui en réalise les éléments le sachant et le voulant*’¹⁸⁷. En efecto, el autor obra dolosamente cuando es consciente y quiere el acto y el resultado (*lato sensu*)”.

El proyecto peruano de 1916 no contenía disposición alguna en la que se establecía lo que es el dolo. La definición dada en el artículo 81, párrafo 2 de nuestro Código no concuerda, plenamente, con el numeral del proyecto suizo de 1918, parece más inspirarse en el texto del anteproyecto de 1908 (ver párrafo anterior). También es posible que el legislador haya comprendido mal el texto de los proyectos posteriores, equivocándose en la traducción.

50. Elementos del dolo. Según nuestro Código, los elementos del dolo son la consciencia y la voluntad. La doctrina los califica de elementos intelectual y volitivo.

La consciencia significa el conocimiento, por parte del agente, de todas las condiciones contenidas en el tipo legal¹⁸⁸. El autor debe ser consciente de realizar el acto delictuoso, de producir el resultado, de crear una relación de causalidad entre ambos, y de conocer todos los otros elementos esenciales al tipo (por ejemplo, la calidad de la víctima, la naturaleza del objeto sobre el que se ejecuta la acción o los medios a emplear, las circunstancias del acto). No es necesario, por el contrario, que el agente conozca su propia responsabilidad, el grado de realización de su acto, las condiciones objetivas de la represión y el carácter punible de su acto.

En nuestra opinión, la consciencia del carácter ilícito del acto se impone igualmente¹⁸⁹. Esto no implica el conocimiento de la disposición penal o del carácter punible del acto, pero el actor debe saber que su acto infringe la norma que sirve de base a la disposición penal, en otros términos que su acto contradice las exigencias sociales y que por esto es jurídicamente prohibido¹⁹⁰. Que el autor estime su acto contrario a la moral, tampoco es necesario.

187 GAUTIER, *Procès Verbal de la 2^{ème} Commission d'experts*, Zürich, 1913, p. 146.

188 Ver *supra* 13.

189 LERCH, Emil, “Tatirrtum und Rechtsirrtum in Schweiz Strafrecht”, en *Revue Pénale Suisse*, 1951, pp. 168 y ss. MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., pp. 204 y ss; contra: STOOSS, Carl, “Vorsatz und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit”, en *Revue Pénale Suisse*, 1899, pp. 168 y ss.; MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 194.

190 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 474, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 297 y 298.

La doctrina penal moderna rechaza pues, de una manera absoluta, la aplicación del principio “error *juris nocet*”. Las divergencias subsisten en relación con el lugar que debe ser atribuido a la “consciencia de la antijuricidad” dentro de la estructura del delito. Algunos juristas afirman que ella es un elemento de la culpabilidad distinta e independiente del dolo (Teoría de la culpabilidad). Sus defensores, los más decididos, son los partidarios de la teoría finalista (Welzel, Maurach, Niese) y algunos defensores de la teoría normativa (Bockelmann, Graf zu Dohna, Kohlarusch-Lange). Otros, los defensores de las teorías normativa y psicológica, estiman que este elemento es parte del dolo (Teoría del dolo). Esta concepción es admitida por los autores peruanos. La Corte Suprema, en su jurisprudencia, tiende a no considerar la consciencia de la antijuricidad como un elemento del dolo, en razón a que el Código no reconoce el error de derecho no culpable como una causa de inculpabilidad (artículo 87).

El otro elemento del dolo es la voluntad, que comprende precisamente el conocimiento de los elementos del acto y de su carácter ilícito. Es imposible querer lo que no se conoce. Este elemento del dolo no debe ser comprendido de una manera restringida.

La doctrina distingue dos clases de dolo: el dolo directo y el dolo eventual. Hay dolo directo, cuando el autor dirige inmediatamente su voluntad sobre el resultado que él representa como cierto. Él actúa queriendo realmente causar el resultado; por ejemplo: Juan quiere matar a Andrés y dispara contra él. La voluntad homicida de Juan es evidente, a pesar de la posible inhabilidad del agente que impediría la producción del resultado. Tampoco es necesario que el resultado ilícito sea el objetivo final del comportamiento del autor¹⁹¹.

El agente quiere también el resultado ilícito, cuando él lo considera seguro y lo ha aceptado conscientemente como consecuencia necesaria de su acto. Sobre la base de estas consideraciones, algunos juristas han distinguido el dolo directo de primer grado del dolo directo de segundo grado¹⁹². La mayor parte de juristas se rebelan contra esta distinción y estiman que se trata de una sola clase de dolo¹⁹³.

191 MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 188: “Auch was nur Durchgang zu weiteren Zielen ist, ist unmittelbar gewollt”.

192 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., t. V, p. 566; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 221; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 198.

193 SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 494; cfr. STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Die Straftat)*, cit., pp. 102 y ss.; BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 390.

En algunos casos, la voluntad no está tan claramente expresada: el autor prevé (se representa) la posible producción del resultado ilícito; pero, se decide, a pesar de todo, a continuar la ejecución de su acto. De esta manera, él se acomoda, se conforma al resultado, puesto que no quiere poner fin a su comportamiento peligroso. Este criterio está en oposición a la opinión de los sostenedores de la “teoría del consentimiento”.

51. Caso fortuito. El límite de la culpabilidad es señalado por el caso fortuito, que “es el confín donde comienza lo imprevisible”¹⁹⁴. Caso fortuito no significa ausencia de causa, ni se debe pensar únicamente en un suceso de la naturaleza. El caso fortuito siempre está en relación con un hacer u omitir humano. Lo que caracteriza el caso fortuito es la “imprevisibilidad del acontecimiento, que se produce en relación causal con la actividad de un hombre o con su omisión”¹⁹⁵. Solo puede hablarse de culpabilidad en caso de un suceso previsible. Esta previsibilidad está en relación con las condiciones del sujeto que actúa. Es posible imaginar, entonces, que un hecho puede “ser fortuito respecto de un individuo, pero culposo –luego culpable– respecto de otro: todo depende de la posibilidad concreta de representación”¹⁹⁶. En este sentido se pronuncia la Corte Suprema, en su ejecutoria del 17 de noviembre de 1972. Dice textualmente: “que como aparece de autos, el hecho materia de juzgamiento fue enteramente casual y no atribuible a imprevisión culpable del acusado; que, en efecto, la víctima, luego de satisfacer una necesidad en el corral de su casa, sin hacer indicación o advertencia alguna al acusado, a quien había visto que estaba preparado con un arma de fuego para disparar sobre un gato negro tomó una ruta distinta a aquella por la que debía salir, la que no era visible, por el acusado, por encontrarse detrás de un cerco de madera, no era previsible por el acusado”¹⁹⁷. Sin embargo, se equivoca cuando para terminar afirma que “el hecho resulta fortuito, ya que tampoco se advierte vinculación de causa efecto entre el comportamiento de agente y el resultado producido”¹⁹⁸. No es de que falte la relación de causalidad, sino que es imposible –debido a las circunstancias– exigir al agente un comportamiento distinto: falta la culpabilidad.

194 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., t. VI, p. 232.

195 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., t. VI, p. 218.

196 BETTIOL, *Diritto Penale*, cit., p. 438.

197 *Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República*, N.º 5-7, Lima, 1972, p. 287.

198 *Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República*, N.º 5-7, Lima, 1972, p. 288.

52. *El error.* Se trata de una falsa representación de la realidad o de su ignorancia¹⁹⁹. Tradicionalmente, en la doctrina y en la legislación se consideran dos clases de error: error de hecho y error de derecho. Actualmente, se prefiere hablar de error de tipo y de error de prohibición. Nosotros consideramos correcto este último criterio; sin embargo, utilizamos la anterior terminología debido a que la emplea nuestro Código Penal.

El error de hecho se presenta cuando el agente tiene una equivocada representación de una circunstancia de hecho a que se hace referencia en el tipo legal, a través de los denominados “elementos subjetivos y normativos”²⁰⁰. El error puede ser cometido en relación con la calidad de la víctima (por ejemplo, edad de un menor que sufre un atentado contra el honor sexual), con la naturaleza del objeto sobre el que recae la acción delictuosa (el carácter ajeno de la cosa mueble en el delito de hurto), con las circunstancias agravantes o atenuantes específicas.

El error sobre las condiciones de inimputabilidad o sobre las condiciones objetivas de punibilidad no será tomado en consideración²⁰¹.

El autor que desconoce el carácter ilícito de su acto, obra bajo la influencia de un error de derecho. Él es consciente de todos los elementos objetivos de su acto ilícito, pero le considera permitido. El error de derecho es, pues, una falsa apreciación jurídica de la realidad conocida. El error de derecho reposa en la ignorancia, en el conocimiento deficiente de la norma o sobre el hecho de que el autor crea en la existencia de una causa justificante. En cuanto a esto último, se distinguen tres casos: el autor cree, por error, en la existencia de una circunstancia de justificación que el ordenamiento jurídico no considera; él desconoce los límites de una justificante reconocida por el ordenamiento jurídico y, por último, considera por error que se presentan las circunstancias materiales de una justificante. Para algunos autores, este último caso es, en realidad, un error de hecho. Para otros, debe ser considerado como un error de derecho. En nuestra opinión, esta es la posición correcta²⁰².

199 Psicológica y filosóficamente, se distingue la ignorancia del error. La primera es una ausencia total de representación de la realidad; el segundo es su falso conocimiento. En derecho, se les atribuye el mismo significado. No existe ninguna razón práctica para distinguirlos.

200 Ver *supra* 23.

201 HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., p. 122, n. 1.

202 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 472 y 473; ver JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., pp. 303 y 304.

Cuando el error (de hecho o de derecho) no es debido a la culpa del agente, se puede decir que desaparece el dolo. Si por el contrario, el autor podía evitar el error tomando las medidas de precaución necesarias; él puede ser perseguido a título „ de culpa, siempre y cuando la ley reprima –expresamente– su acto en tales condiciones²⁰³.

53. El artículo 87. El párrafo primero de esta, disposición (innovación sin precedentes en nuestra legislación), estatuye que si la infracción ha sido cometida “por una errónea apreciación de los hechos no proveniente de negligencia, o por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito, el juez podrá disminuir la pena hasta límites inferiores al *minimum legal*”. El legislador peruano ha atribuido a esta clase de error solo el carácter de atenuante de la pena. Se trata de un caso de responsabilidad objetiva, ya que la pena es impuesta en razón de la simple producción de un resultado ilícito. Si el error se debe a la negligencia del agente, no es de aplicación el artículo 87. En estas circunstancias, el autor podría ser castigado aún cuando la ley no reprime su acto a título de culpa. Sin embargo, el juez deberá tener en cuenta este hecho al momento de individualizar la pena, la que deberá ser inferior a la que corresponda a la forma intencional. No puede sostenerse la impunidad, porque una forma menos grave (no culpable) es reprimida. Por ejemplo, quien atente contra el honor sexual de un menor, consciente de la edad del menor, podrá ser reprimido con una pena superior a dos años de reclusión o de prisión (artículo 199); si este conocimiento le falta en razón de un error sobre los hechos no culpable, el juez deberá castigarlo imponiéndole una pena por debajo de dicho *minimum legal*. Esta disminución de la pena no funciona si el autor incurre, por culpa, en el error. No se puede pensar que el legislador quiso dejar impune a este agente (que actúa culposamente) y reprimir a quien procedió sin culpabilidad. El artículo 87 no permite eximir la pena al agente, sino solo disminuir el castigo, siempre y cuando no sea culpable, solo se puede dejar de castigar al que obra bajo la influencia de un error debido a su culpa, si es que se aplica rigurosamente el párrafo primero del artículo 82: “el agente de infracción no intencional, es punible en los casos taxativamente establecidos por la ley, cuando el daño o el peligro es ocasionado por negligencia”. No conocemos ejecutoria en la que la Corte Suprema se pronuncie sobre este problema.

En su segundo párrafo, el artículo 87 estatuye que “La ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de los delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión”. El legislador peruano consagra de esta

203 LERCH, Emil, “Tatirrtum und Rechtsirrtum in Schweiz Strafrecht”, en *Revue Pénale suisse*, 1951, p. 165; SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p. 91.

manera, aunque parcialmente, el adagio “ninguno puede alegar ignorancia de la ley”. Al mismo tiempo adopta otra ficción consistente en suponer que los autores de delitos reprimidos con pena de penitenciaría conocen siempre el carácter ilícito de su acto. El origen de esta disposición es el artículo 6 del viejo Código Penal de 1863, en el que se establecía que la ignorancia de la ley no eximía de responsabilidad.

En la exposición de motivos, el legislador ha tratado de justificar esta disposición diciendo que “la ignorancia de la ley penal no modifica en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión, porque esos delitos pueden llamarse naturales y estar en todas las conciencias. Es excusable la ignorancia solamente en aquellos casos, continúa diciendo, que no implican violación fundamental de los principios de moral universal y que pueden estimarse como creaciones de la ley”²⁰⁴. Este criterio es incorrecto en cuanto hace depender los efectos de la ignorancia de la ley penal (error de derecho) de la gravedad de la pena; gravedad que no es determinada, sobre todo hoy en día, teniendo en cuenta que si el hecho delictuoso es “natural” o una “creación de la ley”. De otro lado, esta distinción de abolengo positivista (recuerda a la definición del delito natural de Garofalo) no es exacta.

De esta manera, nuestro legislador consagra –luego de desconocer la verdadera naturaleza del error de derecho– un principio arcaico y abandona el moderno principio de la individualización de la pena.

54. Jurisprudencia. La Corte Suprema no ha tenido en cuenta, siempre, la clara distinción que señala el artículo 87 entre la “errónea apreciación de los hechos” (*error facti*) y el “error o ignorancia no culpable sobre el carácter delictuoso del acto” (*error juris*). En su ejecutoria del 24 de mayo de 1948, se pronuncia de conformidad con la opinión del señor fiscal, quien sostenía que “el error de apreciación a que se refiere el Código es sobre el carácter delictuoso de un acto. Si el violador repara en la edad de su víctima, para graduar su responsabilidad, esta sería mayor porque a sabiendas y bajo cálculos fríos realiza el hecho punible”²⁰⁵. El Tribunal Correccional había estimado que la menor agraviada (14 años y seis meses de edad) tenía un desarrollo físico que no corresponde a su edad y que el acusado sufrió una errónea apreciación de los hechos, por lo que le impuso –aplicando el artículo 87– una pena por debajo del *mínimum legal*.

204 En ESPINO PÉREZ, Julio D. (editor), *Código Penal*, Lima, 1968, p. 25.

205 En *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1948, p. 348.

En el mismo sentido, se pronuncia en su ejecutoria del 16 de agosto de 1972: “el error en la apreciación de los hechos, a que alude el artículo 87 del Código Penal, se refiere al carácter delictuoso del acto que el agente considera como lícito, pero no a sus circunstancias calificativas ni menos a las condiciones personales de la víctima, tales como su desarrollo físico, edad, etc., que el fallo recurrido a meritudo”²⁰⁶.

La Corte Suprema ha tenido ocasión de opinar sobre el error de derecho al pronunciarse sobre delitos cometidos por salvajes (artículo 44) y en caso de delitos de violación cometidos por indígenas al seguir la costumbre del *servinacuy*. Respecto de los primeros, afirmó en su Ejecutoria del 26 de abril de 1939 que “debe tenerse en cuenta las normas de los artículos 44 y 87 del Código Penal, ya que se trata de sujetos a los que la ley considera en una condición especial, por estar al margen de la civilización”²⁰⁷. Aquí es patente lo injusto de la disposición que obliga castigar a personas que, con certeza, desconocen completamente el carácter ilícito de su acto. En relación con lo segundo, ha sostenido criterios opuestos. En algunas ejecutorias, sostuvo que habiendo sido entregada la menor (menos de 16 años) por los padres al acusado mediante el *servinacuy* (matrimonio de prueba), “cuya ceremonia tuvo lugar de acuerdo con la costumbre tradicional generalizada entre el campesinado indio” y que consiste en el consentimiento de los padres para que la hija cohabite con el novio; es de aplicar el artículo 87, ya que se trata de una infracción cometida por “ignorancia o error no culpable sobre el carácter delictuoso del acto que el agente consideró como lícito”²⁰⁸. En otras ejecutorias, sostiene que “si bien el *servinacuy* es una costumbre ancestral que todavía perdura en algunos pueblos del país, sin embargo, no se le puede considerar como una circunstancia eximente de responsabilidad por no estar considerado como tal dentro de nuestra legislación penal, el que tan solo puede ser apreciado dentro de las circunstancias que establece el artículo 51 del Código Penal” (circunstancias objetivas y subjetivas de peligrosidad)²⁰⁹. La Corte Suprema hace uso de un criterio estrictamente formalista y deja de lado

206 *Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República*, N.º 3, p. 159.

207 En *Revista del Foro*, 1939, p. 587.

208 Ejecutoria del 12 de mayo de 1943, en *Anales Judiciales*, 1943, p. 17. Es interesante leer la ejecutoria del 10 de enero de 1940, en la que la Corte Suprema admite que “para salvar el inconveniente legal (los menores de 15 años no se podían casar sin permiso judicial), los padres acordaron que el acusado llevara a la menor a su casa [...] en tales circunstancias la infracción cometida cae dentro de lo dispuesto en el artículo 879, en *Anales Judiciales* 1943, p. 441.

209 *Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República*, N.º 4, p. 211.

el análisis de la existencia del error de derecho (artículo 87)). De modo que esta ejecutoria se alinea junto a las citadas al inicio de este acápite²¹⁰.

55. *Técnica legislativa*. En caso de revisión del Código Penal, se debe modificar el artículo 87, en el sentido de que el error de hecho o de derecho no culpable hace desaparecer el dolo y, por ende, no se puede penar al agente. Este criterio no ha sido admitido por la comisión revisora que concluyó sus trabajos en 1972. Incurre en el error, además, de referirse a la “ignorancia sobre el carácter delictuoso de un acto” y no al “error” y, por último, sigue teniendo en cuenta que “la errónea apreciación de los hechos” no provenga de culpa. Por otro lado, ha eliminado –correctamente– el segundo párrafo del texto original y ha incorporado un nuevo artículo, en el que regula el caso de que el error de hecho ha sido provocado por un tercero. Esta última disposición, que reproduce casi textualmente el artículo 48 del Código italiano vigente, se revela incompleto. Esto es debido a que no se ha considerado que el artículo 47 del mencionado Código no es igual al artículo 87 del texto revisado de nuestro Código. El último párrafo del artículo 47 del Código italiano trata del error que recae sobre una ley no penal y que determina un error sobre el hecho que constituye la infracción. Tampoco se ha tenido en cuenta, al momento de hacer la transcripción del artículo italiano, que el artículo 59 del mismo Código prohíbe invocar como excusa la ignorancia de la ley (error de derecho)²¹¹. Una correcta regulación de este problema ha sido realizada, por ejemplo, por el legislador alemán al reformar su Código Penal²¹².

Para terminar, recordemos que de acuerdo a la correcta doctrina, si el autor actuó bajo la influencia de una errónea apreciación de las circunstancias de hecho o sobre el carácter delictuoso del acto, no puede estimarse que obró dolosamente. En relación con los tipos agravados, el error sobre la circunstancia agravante hace desaparecer la agravación, pero deja subsistente el dolo en relación al tipo básico. En caso de que el error sea debido a la culpa del agente –siempre doctrinalmente–, este podrá ser reprimido si es que la ley reprime la forma culposa de su comportamiento delictuoso. Al respecto, es interesante recordar que este no es el caso del delito de violación de menores en nuestro Código (artículo 199), razón por la que no debería ser sancionado quien por error (debido a culpa) tiene acceso carnal con un menor creyéndolo mayor²¹³. En las legislaciones en que predomina plenamente el principio “no hay pena sin culpabilidad”, se ha

210 Ver *supra* 53.

211 Ver: BETTIOL, *Diritto Penale*, cit., p. 447 y ss.

212 Artículos 16 (Irrtum über Tatumstande) y 17 (Verbotsirrtum), en *Bundesgesetzblatt*, N.º 56, Bonn, 10 julio 1969.

213 Ver *supra* 54.

establecido una disposición particular. Así, el párrafo tercero del artículo 191 del Código Penal suizo estatuye: “La pena será prisión si el delincuente ha obrado admitiendo por error que su víctima tenía 16 años por lo menos, a pesar de que hubiera podido evitarlo usando la atención debida”²¹⁴.

56. *El error sobre los hechos no esenciales.* Esta clase de error no tiene ninguna influencia sobre la culpabilidad del autor.

El autor puede confundir el objeto que quiere lesionar o poner en peligro con otro (error *in objecto*). El error *in personam* es un caso particular de “error *in objecto*”. En doctrina, se admite generalmente que esta clase de error es irrelevante cuando el bien amenazado y el bien realmente lesionado son igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico²¹⁵; por ejemplo, cuando B cree matar a A, pero en realidad causa la muerte de C. B comete un homicidio intencional.

La *aberratio ictus* no constituye, en realidad, un error²¹⁶. El ejemplo clásico es el del autor que quiere matar a X, tira contra él, pero alcanza a Y, quien se encontraba a su lado. El cambio en el resultado es debido a una alteración inesperada de los hechos, de la relación de causalidad entre el acto y el resultado. Por esto, algunos autores hablan de “desviación del golpe”. En este caso, desde que el agente tenía la voluntad de matar a una persona y la posibilidad de variación de los hechos estaba dentro del marco de causalidad adecuada²¹⁷, el delito doloso está consumado. El artículo 150 de nuestro Código Penal no califica de homicidio el hecho de matar a un individuo determinado, sino a cualquier persona²¹⁸. Si por el contrario, el resultado buscado y el producido realmente no son equivalentes, se dará un concurso ideal entre tentativa de un delito doloso y un delito culposo²¹⁹.

57. *El artículo 87.* Según el párrafo primero de este dispositivo “el delito es punible, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o sea distinta la persona a quien se propuso ofender”. Esta disposición tiene como fuente legal el artículo 7 de nuestro Código derogado, de origen español.

214 Ver: COOPER, H. H., “El error *facti* y el artículo 199 del Código Penal”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, 1971.

215 GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 46; HAFTER, Ernest, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 185 y 186.

216 LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 76.

217 Ver *infra* 57.

218 BRAMONT, *Código Penal*, p. 164; CLERC, Francois, *Introduction a l'étude du Code Pénal suisse*, cit., p. 64.

219 SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p. 92.

José Viterbo Arias sostiene, al comentar el artículo 7 de nuestro anterior Código, que radicando la legitimidad de la pena en el mero hecho de una alteración en el orden de derecho, “causada con intención reprobable en sí misma y no solo por el fin a que iba encaminada; es forzoso convenir en que se debe imponer castigo aun cuando varíe el mal que el delincuente se propuso causar”²²⁰. Esta opinión se refiere, como se desprende de los ejemplos dados por el autor, al error *in personam*²²¹ y, dentro de este marco, es correcta. En cuanto a los casos en que “los delitos varíen de gravedad o de naturaleza por culpa de su agente: el que mata cuando se propuso herir; el que por incendiar una casa ocasiona la muerte de los que moraban en ella”, sostiene J. Viterbo Arias que “son responsables de las vidas que quitaron”²²². Pero, esta responsabilidad es reconocida por el simple hecho de que el agente produjo el resultado más grave al actuar ilícitamente. Estamos frente a un caso de responsabilidad por el mero resultado. El mismo autor señala con justeza que “no es, sin embargo, nuestro Código (1863) tan explícito como debiera en este punto de tanta gravedad, pues no establece un precepto general que permita graduar la responsabilidad del delincuente y precisarse el daño que haya de imputarse”²²³.

En nuestro Código Penal vigente, sí existen normas de carácter general sobre la culpabilidad: artículos 81 (dolo), 82 (culpa), 51 (culpabilidad y peligrosidad) y de carácter particular, por ejemplo, artículos 164 (aborto preterintencional), 165 *in fine* (lesiones seguidas de muerte), 166 párrafo 2 (lesiones leves seguidas de lesiones graves), 166 párrafo final (lesiones leves seguidas de muerte), 167 (lesiones seguidas de resultado fortuito), 185 (maltrato de menores seguidos de lesiones graves o de muerte), 203 (delito contra la libertad y el honor sexuales seguido de muerte o lesiones graves), etc. Dentro de este contexto, se debe afirmar que el artículo 84, párrafo 1, que repite el texto del artículo 7 del Código derogado, debe ser interpretado de manera diferente; ya que el legislador tiende a restringir la amplitud de la fórmula, exigiendo que el autor sea responsabilizado por el daño más grave cuando “pudo preverlo”; es decir, cuando sea preterintencional (dolo en el inicio, culpa en el resultado)²²⁴. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema es, sobre este punto, confusa. En su ejecutoria del

220 VITERBO ARIAS, José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, cit., t. I, p. 54.

221 Ver *supra* 56.

222 VITERBO ARIAS, José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, cit., t. I, p. 55.

223 VITERBO ARIAS, José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, cit., t. I, p. 55.

224 Ver N.º 48.

4 de enero de 1944, afirma que “se comprende que sobrevino la muerte como consecuencia de actos encaminados a la posesión sexual de la joven por el agente culpable; que al variar en sus resultados la intención criminosa no deja de ser punible el delito perpetrado, conforme al principio contenido en el artículo 84 del Código Penal, por lo que la responsabilidad (del acusado) cae bajo la sanción del artículo 150, debiendo tenerse en cuenta esa especial circunstancia para la exacta adecuación de la pena²²⁵. Esta sentencia demuestra que nuestra Corte Suprema, en este caso, siguió el criterio imperante durante la vigencia de nuestro Código derogado. No tuvo en cuenta el nuevo contexto en que estaba incorporada esta disposición. Su raciocinio es muy semejante al de José Viterbo Arias²²⁶. En esa ocasión, un Vocal emitió un voto singular, en el que sostuvo “que el móvil de los actos de violencia ejecutados por el acusado no ha podido ser el homicidio, sino que es la sensualidad agresiva la que produjo la muerte pero que estando al propósito del actor y al resultado de los hechos es indudable que ellos están sancionados por el artículo 203 del Código Penal”²²⁷. Este criterio parece ser el que, finalmente, se ha impuesto; ya que en la Ejecutoria del 11 de octubre de 1972, se dice: “la muerte de la menor agraviada, se produjo como consecuencia de la asfixia que le causó aquel al taponarle la boca y nariz para evitar que la agraviada gritara cuando era víctima del sedimento carnal a que la sometió en forma brutal se concluye que no se han cometido los delitos de homicidio y contra el honor sexual en forma independiente, sino que se trata del caso a que se refiere el artículo 203 del Código Penal”²²⁸.

También la Corte Suprema ha invocado (aunque sin la debida corrección) el artículo 84 al juzgar los casos en que el resultado producido es de una especie diferente al querido. Así, estima que ha de aplicarse cuando se “arroja un globo lleno de agua a una persona que no jugaba carnaval y que en su propio domicilio está dedicada a su trabajo” y va “hacer blanco en el vaso de Kola que tenía en las manos una menor, el que al romperse le causó una herida en la nariz”. Ya que, “es evidente que constituye una ofensa” arrojar un globo en esas condiciones y “el acto que practicó (el acusado) aunque haya dado resultado distinto del que él se propuso constituye delito”. Pero, en lugar de afirmar que se trata de un acto

225 En *Anales Judiciales*, 1943, p. 407.

226 Analizado en este mismo numeral.

227 Esta disposición señala que “En los casos de los artículos 196 a 202, la pena será penitenciaría no menor de cinco años, si los actos cometidos causaren la muerte de la víctima y si el delincuente pudo prever este resultado; y penitenciaría no menor de tres años si los actos cometidos causaren un grave daño a la salud de la víctima y si el delincuente pudo prever este resultado, o se entregó a actos de crueldad”.

228 *Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República*, N.º 5-7, p. 289.

doloso (como lo hizo en otros casos), sostiene que se trata de un delito culposo²²⁹. De esta manera, se aproxima a la solución correcta, consistente en admitir un concurso ideal entre la tentativa de la infracción querida y la comisión culposa del resultado producido²³⁰.

En su segunda parte, el artículo 84 estatuye que “no se tomarán en cuenta las circunstancias agravantes que derivan de la cualidad del ofendido y se considerarán, al contrario, para los efectos de la represión, las circunstancias subjetivas en las cuales ha deliberado y ejecutado el delito y las cualidades inherentes a la persona contra la cual su acción estaba dirigida”. Esto significa que el delito es también realizado cuando el autor, precisamente a causa de un error sobre los hechos o de una modificación de la relación de causalidad, ha lesionado a una persona distinta. El juez fijará la pena sin tener en cuenta las circunstancias agravantes que derivan de la persona lesionada; por ejemplo, si un hijo mata a su padre creyendo que es un tercero, será castigado por homicidio, mas no por parricidio (artículo 151); si él mata a un tercero, por el contrario, en circunstancias que quería la muerte de su padre, el autor será condenado como parricida, pues el artículo 84 dispone que el juez tomará en consideración para fijar la pena, los elementos subjetivos que han determinado al autor a ejecutar su acto y las circunstancias personales del sujeto al que se quiso lesionar realmente. La fuente legal de esta disposición es el artículo 14 del proyecto italiano de 1918²³¹. El legislador peruano ha preferido la solución positivista. La Corte Suprema, en nuestra opinión, no ha interpretado correctamente esta disposición. Así, opina que “funciona el artículo 84 Código Penal, que autoriza a considerar las circunstancias atenuantes y hace desaparecer las agravantes. Como lo sostiene el Tribunal sentenciador, el delito investigado y juzgado, es el de lesiones que causaron la muerte de la ofendida (esposa del agente) y cuyo resultado, en forma relativa, pudo prever el acusado”, quien arrojó “no una sino muchas piedras a su suegro”²³².

229 En *Anales Judiciales* 1940, p. 180.

230 Ver: ejecutoria del 31 de julio de 1939, en *Revista de los Tribunales*, 1939, p. 465.

231 “Quando alcuno per errore o per altro accidente commette un delitto in pregiudizio di persone diversa de quella contro la quale aveva diretta la propria azione, non sono poste a carico di lui le circostanze aggravanti che derivano della qualità dell’ offeso o danneggiato e gli sono valutate, agli effetti della sanzione, le circostanze soggettive nelle quali ha deliberato ed eseguito il delitto e in qualità inerenti alla persona contra la quale l’azione era diretta”. Ver: FERRI, Enrico, *Relazione sul Progetto preliminare di codice penale*, Roma, 1921, p. 33.

232 Ejecutoria del 25 de noviembre de 1940, en *Anales Judiciales*, 1940 p. 180.

58. *Artículo 85, inciso tercero.* Según esta norma está exento de pena el que obra “impulsado por amenaza de sufrir, un mal inminente y grave”. En este caso la voluntad con la que actúa el autor se haya viciada. No hace desaparecer la voluntad, sino que limita, restringe su libertad. La fuerza física irresistible, por el contrario, la elimina totalmente; por esto, se afirma que el sometido a la *vis absoluta* no actúa. Él es en realidad un instrumento de quien ejerce la fuerza física irresistible²³³. Tampoco, debe ser confundida esta circunstancia con el estado de necesidad²³⁴. La persona coaccionada obra bajo la presión anímica producida por la amenaza que se le formula. En realidad, a ella no se le puede exigir –en tales circunstancias– un comportamiento distinto. Por esto, es totalmente correcto considerar a la coacción como una de las “causas de inculpabilidad que se originan en la *no exigibilidad de otra conducta*”²³⁵. El Derecho no exige comportamientos heroicos; no puede pretender que el común de las gentes se sacrifique a uno de los suyos para evitar la producción de un daño a un tercero. Amenaza “es la condicional promesa de un mal pendiente de la voluntad del sujeto amenazante”²³⁶. La condición es que el mal se ejecutará en caso de que el coactado no cumpla con la exigencia del agente amenazante. El mal con que se amenaza debe ser grave e inminente. La gravedad puede depender de la naturaleza del bien jurídico o de la magnitud del daño. La producción del mal no debe ser remoto y no debe depender de causas extrañas a la voluntad del coaccionados Ricardo Núñez dice que “el mal es inminente cuando es efectivo y de realización inmediata”²³⁷.

La producción del mal no solo puede ser orientada hacia la persona o bienes del amenazado; también puede consistir en un peligro para la persona o bienes de un tercero. Es de tener en cuenta que el amenazado no esté obligado a afrontar el mal²³⁸.

La inculpabilidad y no punibilidad del coaccionado no implican la impunidad de quien lo coaccionó. Todo lo contrario, este responde por el acto delictuoso que obligó a ejecutar.

233 Ver *supra* 8.

234 Ver BETTIOL, *Diritto Penale*, cit., p. 311.

235 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., VI, p. 883.

236 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 467.

237 *Derecho penal*, t. II, p. 126.

238 Ver: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., t. VI, p. 882; consultar bibliografía citada por este autor,

59. *La culpa*. Ha sido tradicionalmente considerada con el dolo como una especie de la culpabilidad. Esta concepción ha sido muy discutida en la doctrina moderna, y los defensores de la teoría de la acción finalista la rechazan categóricamente. Ellos afirman que la distinción entre actos delictuosos dolosos y los delitos culposos es ajena a la determinación de la culpabilidad. De esta manera, los finalistas modifican completamente las nociones de dolo y de culpa²³⁹. Esta concepción ha influido bastante la jurisprudencia alemana, y sus adversarios han debido tenerla en cuenta. Por ejemplo, el profesor Jescheck sostiene que la culpa no es una forma de la culpabilidad, sino también un tipo particular de acto punible con estructura propia tanto en el dominio de la culpabilidad como en el de la antijuricidad²⁴⁰. El autor de una infracción cometida culposamente es castigado solo cuando la ley lo establece expresamente (artículo 81 inciso 1). Junto a la infracción dolosa, el legislador regulará pues de manera expresa el delito culposo²⁴¹.

60. *Artículo 82*. El párrafo segundo de este artículo estatuye: “Comete delito por negligencia, el que, por una imprevisión culpable, obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. La imprevisión es culpable, cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal”. Nuestro legislador ha empleado, en la parte especial del Código, para describir los delitos culposos, el llamado “simple tipo causal”. Por ejemplo, en el artículo 156 al prever el homicidio por negligencia, establece: “El que, por negligencia, causare la muerte de una persona, será reprimido”.

Sin embargo, el legislador no solo ha prohibido un resultado dañino; él ha proscrito, sobretodo, la realización de un comportamiento peligroso que pue-

239 Ver: WELZEL, *Das Deutsches Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., pp. 122 y ss.; del mismo autor: *Fahrlässigkeit und Verbrechen delikte*, 1961; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 468 y ss.; NIESE, W., *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951, p. 60.

240 Es la concepción actualmente dominante en Alemania, cfr, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 374, n. 6; MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., p. 214.

241 La fuente legal de la disposición peruana es el artículo 19, inciso 1, del anteproyecto suizo de 1916. El Código Penal alemán no contenía una disposición parecida. Los juristas alemanes admiten la represión de los delitos cometidos por negligencia si la interpretación de la ley lo permite sin ninguna duda: SCHÖNCKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 519; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 377; BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 436 y 437. El nuevo texto del artículo 15 del Código Penal alemán dice: “Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht”.

de producir la lesión de un bien jurídico. Como en el caso de las infracciones dolosas, este comportamiento es un acto consciente y voluntario y constituye la causa adecuada del resultado dañino.

No se puede deducir la existencia de una culpa punible de la sola producción del resultado. En otros términos, el resultado no es una condición objetiva de la represión, ya que se encuentra en una relación directa de causalidad con el acto del agente²⁴².

61. *En todas las disposiciones* de la parte especial, que describen delitos culposos, el orden jurídico impone tácitamente a los miembros de la comunidad la “atención necesaria” para evitar ciertos resultados dañinos. El autor debe tener cuidado del peligro y adecuar correctamente su comportamiento, considerando las condiciones de la acción, sus causas y consecuencias y las circunstancias de hecho que la acompañan.

Este deber es, sin duda alguna, directamente proporcionado a la importancia del bien jurídico protegido y al grado de peligro²⁴³. Una vez que ha tomado conciencia del peligro²⁴⁴, el autor debe, normalmente, abstenerse de actuar, si no puede evitar que el resultado no se produzca. Si este acto, es, sin embargo, permitido en razón de su utilidad social, el autor deberá tomar las medidas de precaución, de control y de vigilancia que exigen las circunstancias; es el caso, por ejemplo, de recurrir a medios de transporte muy rápidos. Si la realización del acto exige una preparación o conocimientos particulares, el agente debe, previamente, informarse o adquirir la capacidad y la experiencia necesaria para cumplir el acto sin que el resultado delictuoso se produzca²⁴⁵.

La observación objetiva (*ex ante*) del comportamiento del autor –abstracción hecha de su situación personal o de su capacidad– permite determinar si él ha respetado el deber general de atención, que es excluido por el orden jurídico. La violación de este deber permite establecer el carácter ilícito del acto, no la culpabilidad del autor. Partiendo de esta afirmación, es justo ver en la fórmula

242 DUBS, Hand, “Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht”, en *Revue Pénale Suisse*, 1962, p. 35; SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., pp. 69 y 94; GRAVEN, Jean, “Comment le droit suisse réprime-t-il les infractions par négligence?”, en *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1966, p. 183.

243 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 383.

244 Es necesario, en principio, que el autor pueda reconocer el peligro.

245 MAYER, Walter, “Les problèmes posés dans le droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles”, en *Revue internationale de droit pénal*, 1961, p. 1114; GRAVEN, “Comment le droit suisse réprime-t-il les infractions par négligence?”, cit., p. 184.

de nuestro Código (“La imprevisión es culpable cuando el autor no ha usado las precauciones exigidas por las circunstancias”) una indicación relativa a la antijuricidad²⁴⁶.

62. La apreciación de la culpabilidad. Esta apreciación depende, por el contrario, de la facultad del autor de reconocer y de cumplir el deber de atención consistente en prever, luego evitar el resultado ilícito. Esta capacidad depende esencialmente del agente, de su formación, su instrucción, sus facultades intelectuales, su memoria, su capacidad profesional y su estado psíquico en el momento del acto²⁴⁷.

Si el resultado era imprevisible o inevitable no será imputado al autor, ya que aun cuando él hubiese tomado las precauciones, el resultado dañino se habría producido. La inobservancia de las medidas de precaución es generalmente debida a un error sobre los hechos o sobre el carácter ilícito del acto. Considerar el error como la esencia misma de la culpa sería sin embargo inexacto. El juicio sobre la culpabilidad no descansa sobre el error; sino, por el contrario, sobre la voluntad del deber de atención que da lugar al error, y por consecuencia, al resultado. Además, no hay culpa en todos los casos en que el autor ha actuado por error²⁴⁸.

63. Caso de culpa. Considerando que la falta de atención del agente afecta a la previsión del resultado o a la posibilidad de evitarlo, la doctrina distingue dos clases de culpa: la culpa consciente y la culpa inconsciente. Esta terminología es discutible, pues ella sugiere como posible una “culpabilidad inconsciente”. Sería más exacto hablar de “culpa con representación” y de “culpa sin representación”²⁴⁹.

246 SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., pp. 71 y 94; cfr. GERMANN, “Vorsatz Probleme dargestellt auf Grund kritischer Analyse der neueren Judikatur des Schweiz. Bundesgerichts”, en *Revue Pénale Suisse*, 1961, p. 388, n. 7 *in fine*; BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 441 y 442; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 375; MEZGER, Edmund y Hermann BLEI, *Strafrecht I. Studienbuch*, cit., pp. 215 y 217; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 225.

247 JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 394; GERMANN, Oskar, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, cit., p. 182; DUBS, Hand, “Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht”, cit., pp. 36 y 38; THORMANN, Philipp y Alfred VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar. Allgemeine Bestimmungen*, p. 101; LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 69.

248 QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Derecho penal de la culpa*, cit., pp. 256 y 257.

249 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, cit., p. 378.

En la culpa consciente, el autor se representa el peligro, pero lo subestima y piensa poder evitarlo; ella comporta en realidad un vacío en la voluntad del autor, quien a sabiendas no tiene en cuenta la eventualidad del resultado. Es de distinguir entre esta clase de culpa y el dolo eventual. En ambos casos el autor se representa como posible el resultado dañoso; pero, mientras que en el dolo eventual el autor se conforma, se adecúa al resultado; en la culpa consciente, el agente aleja de su espíritu tal representación, espera que no tendrá lugar el resultado²⁵⁰.

Por el contrario, hay culpa inconsciente cuando el autor ignora la eventualidad del resultado. El autor ha faltado a su deber de atención. Esta clase de culpa revela una falta de perspicacia y de voluntad de parte del autor o su mal uso. El legislador peruano ha consagrado esta distinción en el artículo 82 párrafo segundo (“Comete delito por negligencia, el que obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto”). Estas dos clases de culpa no constituyen grados diferentes de culpabilidad. Es imposible afirmar, *a priori*, que la culpa consciente sea más grave que la negligencia inconsciente²⁵¹.

La jurisprudencia de la Corte Suprema referente a los delitos culposos no es del todo coherente. Pero, en muchas de sus resoluciones nuestro máximo tribunal señala, correctamente, las condiciones necesarias para considerar que ha existido culpa. Estima, por ejemplo, que es indispensable que el autor haya realizado una acción directamente vinculada con el resultado y que, en las circunstancias en que actuó, haya podido preverlo. De esta manera, sostiene que el delito culposo “siempre supone la acción directa del responsable, sea por omisión, descuido o negligencia” y considera que el agente “sin cultura, no podía haber previsto la gravedad del hecho para buscar una atención médica inmediata”²⁵². En reiteradas ejecutorias afirma, adecuadamente, que la imprevisión causante del resultado sea “culpable”. Los criterios aplicados son –con bastante frecuencia– correctos mereciendo destacarse que no hace depender el reproche de culpabilidad de la simple violación de disposiciones reglamentarias. Por el contrario, el respeto a tales disposiciones, le permite afirmar la inculpabilidad del agente. Así, por ejemplo, absuelve a un acusado, afirmando que “no incurrió en ninguna infracción del Reglamento de Tránsito y que el lamentable accidente procede de

250 Ver *supra* 50.

251 LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 71; SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, cit., p. 96; BAUMANN, Jürgens, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 445.

252 Ejecutoria del 28 de setiembre de 1950, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1950, p. 1407.

caso fortuito”²⁵³. Existen casos, sin embargo, en que la Corte Suprema se aleja de esta opinión y tiene en cuenta, sobre todo, la relación de causalidad existente entre el acto y el resultado²⁵⁴.

64. *Los reglamentos y ordenanzas de la policía.* Estos preceptos tienen por objetivo prevenir los comportamientos peligrosos. Su inobservancia no significa, necesariamente, un daño o una falta de atención. Sin embargo, esta violación de las medidas de seguridad constituye un indicio de la falta, de parte del autor, de atención necesaria para impedir el resultado²⁵⁵. Considerar responsable a una persona de la lesión de un bien jurídico, por el hecho que fue causada mediante un acto contrario a una disposición reglamentaria, es consagrar el viejo principio del *versari in re illicita*, contrario a los principios modernos de la culpabilidad y de la individualización de la pena.

253 Ejecutoria del 27 de abril de 1950, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1950, p. 624.

254 Ejecutoria del 22 de agosto de 1958, en *Revista del Foro*, 1958, p. 669.

255 LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse*, cit., p. 69; THORMANN, Philipp Alfred von OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch-Kommentar. Allgemeine Bestimmungen*, cit., p. 100.

II

Legalidad, causalidad y culpabilidad: dogmática*

Sumario: 1. Introducción. 2. Dogmática tradicional. 3. La teoría de la infracción. 4. Culpabilidad. a. Cuestionamiento. b. Responsabilidad y culpabilidad. c. Fuente legal del artículo 45 CP. 5. Reflexiones sobre la dogmática penal.

1. Introducción

Bajo la influencia de las ideas alemanas, transmitidas sobre todo por los juristas españoles, se habla entre nosotros de “dogmática penal” o de “ciencia penal”. Esto constituye una clara manifestación que nuestros juristas¹, especial-

* En gran parte, el presente trabajo constituye una versión abreviada y modificada de nuestro artículo “El principio de legalidad, la relación de causalidad y la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal”, publicado en la revista colombiana *Nuevo Foro Penal*, N.º 39, 1988, p. 11. Esta primera versión constituye, a su vez, la traducción del texto que preparamos para dictar nuestra lección inaugural, al ocupar la cátedra de Derecho penal y de procedimientos penales en la Universidad de Fribourg (Suiza). La versión original ha sido publicada en la *Revue pénale suisse* 1987, pp. 23-56. La justificación de la presente versión es, en parte, poner al alcance del lector peruano las ideas fundamentales que expusimos entonces.

1 Entre los no penalistas, citemos a ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Introducción a la ciencia del derecho*, 7.ª ed., Lima 1980. Según este autor, p. 49, “La denominación ‘Ciencia del Derecho’ se emplea en tres sentidos: para designar a todas las disciplinas jurídicas; para referirse, solo a los estudios científicos sobre el derecho, excluyendo aquellos que tienen carácter filosófico, o únicamente a la ‘dogmática jurídica’”. En esta última acepción, abarcaría “el estudio del derecho vigente”. RUBIO CORREA, Marcial, en su obra *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, Lima 1991, se limita a hablar de doctrina (p. 229)

mente los penalistas, están generalmente convencidos de realizar una actividad de carácter científico: estudiar el derecho para hacer más fácil su aplicación. Bramont Arias², bajo el subtítulo de “El derecho penal científico”, escribe: “La ciencia del derecho tiene por misión reducir a sistema los preceptos positivos, investigando los principios a que obedecen y obteniendo las consecuencias. En esta labor la ciencia del Derecho desenvuelve e integra las normas del Derecho positivo. Pero su eficacia es solamente a través de este y no puede tampoco considerarse como fuente del Derecho penal”. Con menos rigor, pero en el mismo sentido, Villavicencio³ dice, refiriéndose a la “dogmática jurídico-penal”, “está encargada de formular reglas para la decisión jurídico penal de un caso a un nivel de abstracción medio. Es, pues, el estudio normativo o jurídico del delito; con ella trabajan la ciencia del derecho penal y la jurisprudencia penal [...]”. Interesante resulta observar cómo Roy Freyre⁴ distingue entre una “etapa pre-científica del Derecho Penal” y otra posterior en que se realizan “investigaciones decisivas para la edificación científica de la dogmática penal” (mitad del siglo XVIII a fines del siglo XIX). Proceso que culminará en una tercera etapa dominada por el carácter científico de la parte general (“[...] todo lo cual se re-integra para conformar una armoniosa y subyugante construcción teórica que tiene sólidos cimientos en la legislación penal contemporánea”)⁵. Por su parte, Villavicencio⁶ manifiesta que la “teoría del delito nace de la ley y se desarrolla como un sistema de conceptos a través de un proceso de abstracción científica”.

Al término dogmática, sin embargo, se le da igualmente una connotación peyorativa⁷. A partir de criterios inspirados de una concepción positivista de la ciencia y, asimismo de los aportes hechos por las ciencias sociales, se ha negado el carácter científico al estudio del derecho por parte de los juristas. Se les re-

y, al tratar de la interpretación, actividad propia de la dogmática jurídica, dice “la teoría de la interpretación no constituye, propiamente hablando, una ciencia o parte de una ciencia” (p. 267).

2 *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Lima 1972, p. 133.

3 *Lecciones de derecho penal. Parte General*. Lima, 1990, p. 29. La impresión del texto citado radica en el hecho que el autor, sin dar alguna razón, parece distinguir entre la dogmática penal y la ciencia del derecho penal.

4 *Derecho Penal, Parte Especial*, t. I, pp. 31 a 33.

5 En opinión de ALZAMORA, *Introducción*, p. 50: “Los orígenes del estudio científico del derecho positivo, esto es, de la Dogmática Jurídica, se remontan al Derecho Romano”.

6 *Lecciones*, p. 99.

7 Según HASSEMER, Winfried, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München 1981, p. 84. “A los juristas se les reprocha haber perdido contacto con la sociedad y con la realidad, así que el término dogmática deviene un insulto”.

procha su “dogmatismo”, su incapacidad para elaborar un sistema susceptible de tener en cuenta los factores sociales e, igualmente, su ineptitud para evitar el formalismo tautológico⁸. Su actividad se distinguiría por la elaboración de análisis extremadamente teóricos⁹ con pretensión de formular verdades absolutas. Calificar, en consecuencia, a un jurista o al resultado de su trabajo de dogmático constituye un juicio de valor negativo.

Entre nosotros, los penalistas peruanos¹⁰, no se ha reflexionado suficientemente sobre los métodos y fines de nuestra actividad intelectual. Se da por supuesta la existencia de una ciencia penal nacional y se le invoca con frecuencia para fundamentar o explicar algunas afirmaciones. Por ejemplo, consecuente con sus ideas, Roy Freyre¹¹ afirma “no creemos que sea un criterio científico de diferenciación, entre las lesiones dolosas que son delictivas, recurrir a los días de asistencia facultativa o días de descanso que señalen los certificados médicos”. Y para rechazar la responsabilidad objetiva, en relación con el artículo 167 del Código derogado, sostiene “a estas alturas del siglo XX podemos afirmar que el Derecho Penal, cualquiera que fuese la ideología política legiferante, es una **ciencia de la culpabilidad**, no así del resultado”¹².

El cuestionar la ciencia del derecho (dogmática jurídica) no es sin embargo de naturaleza puramente lingüística. Por esta vía, se llega a discutir los fundamentos mismos de la actividad de los juristas y la importancia de su función social. Esto permite comprender más fácilmente el aferramiento de los juristas en defender el carácter científico de sus trabajos¹³.

8 Cf. CERRONI, Umberto, *Introduzione alla scienza sociale*, Roma 1976, p. 159 (citado: *Introduzione*).

9 ANCEL, Marc, *La défense sociale nouvelle*, 3.^a ed., París 1981, p. 211, 215/16 (citado: *Défense sociale*). Traducción española: *La nueva Defensa social (un movimiento humanista de política criminal humanista)*. Buenos Aires, La Ley. 1961.

10 Esta observación ha sido también formulada en Alemania, ver: ZWEIGERT, Konrad, “Rechtsvergleichung. System und Dogmatik”, en *Festschrift Bötticher*, 1969, p. 444 (citado: *Rechtsvergleichung*), afirma correctamente que “Dogmática es una palabra tanto de un uso muy frecuente como objeto de poca reflexión”.

11 *PE*. I, p. 324 s.

12 *PE*. I, p. 331, subrayado del mismo autor. No se trata de un caso aislado; así, VILLAVICENCIO, citando a uno o dos autores, a la “ciencia penal peruana” (*Lecciones*, p. 50, 233).

13 Cf. NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México 1974 (citado: *Consideraciones*), p. 15. Lo que no debe hacernos olvidar la lucidez con la que LEVY-STRAUSS, *Antropologie structurelle*, París 1973, reimpresión 1985, p. 361, confiesa, al final de una vida consagrada enteramente a las ciencias sociales y humanas, “no sentir embarazo alguno en reconocer

2. Dogmática tradicional

Si se consideran las críticas formuladas, con más frecuencia, contra la dogmática, se observa que están dirigidas contra ciertos aspectos de la llamada dogmática tradicional. Esperando no caricaturizarla, señalemos resumidamente las notas que se le atribuyen¹⁴:

- *Primero*, concebir el derecho como un sistema perfecto que proporciona soluciones o respuestas a todos los casos jurídicos imaginables.
- *Segundo*, admitir que la ley adquiere –una vez dictada– vida autónoma y que su significado evoluciona de acuerdo a los cambios sociales.
- *Tercero*, considerar como función de los juristas –científicos del derecho– la de describir y fijar esta evolución.
- *Cuarto*, reconocer que la misión del juez o del comentarista se limita a descubrir la regla general que será aplicada al caso concreto.

Según esta concepción, los juristas realizan, mediante los métodos propios a su actividad científica, una abstracción de primer nivel; es decir, a partir del material de base –constituido por las normas legales– formulan conceptos jurídicos claros y ciertos. Luego, utilizan estos conceptos para elaborar abstracciones de un nivel superior. El resultado final es un conjunto sistemático y coherente de proposiciones, formado exclusivamente sobre la base de normas jurídicas positivas. Además y debido a la complejidad de la aplicación de la regla al caso concreto, deben proceder a la integración sistemática, coherente y dinámica de los conceptos jurídicos que forman parte de todo el orden jurídico. Dicho de otra manera, el juez o el intérprete debe ser capaz de sintetizar los elementos ofrecidos por el orden jurídico.

El método dogmático es concebido como un proceso de tres etapas: en primer lugar, determinación de las premisas o de los “dogmas”, punto de partida del razonamiento dogmático; en segundo lugar, deducción, con la ayuda del

que entre dichas ciencias y las ciencias exactas o naturales, no se puede simular una verdadera paridad; que estas son ciencias y las otras no lo son; y que si se les designa no obstante de la misma manera, es en virtud de una ficción esquemática y de una esperanza filosófica que no es aún confirmada; en consecuencia de esto, el paralelismo implicado [...] revela una representación quimérica de la realidad”.

14 NINO, *Consideraciones*, p. 30 y s.; Alessandro BARATTA, op. cit., p. 6 y s.; ROSS, Alf, *Towards a realistic Jurisprudence (A criticism of the dualism in Law)*, 1946, p. 46-48, 62-63; A. CASAMIGLIA, “Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico”, en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, n. 22 (*Metodología y derecho privado*), Granada 1982, p. 237.

razonamiento “lógico-deductivo”, de los conceptos y principios implícitos en los “dogmas” y, por último, formulación de un sistema completo y coherente.

Una elaboración dogmático-penal, muy apreciada por los juristas, es la teoría de la infracción (*Verbrechenslehre*). Su evolución constituye un buen ejemplo de la manera como los penalistas consideran que desarrollan una labor de carácter científico. Por esto creemos necesario presentar sucintamente los principales pasos dados por los penalistas en este dominio.

3. La teoría de la infracción

Este aspecto de la labor intelectual de los juristas se percibe mejor al analizar la manera como los juristas recurren a la elaboración de “teorías”¹⁵. Primero es de señalar la ligereza con que este término es utilizado. A veces, se tiene la impresión que los juristas presentan sus opiniones bajo la designación de teorías con la idea que explican un aspecto de la realidad, el funcionamiento o la naturaleza de una institución o de un concepto jurídico. En la medida que la explicación concuerde con la realidad, la teoría sería científica.

La llamada teoría del delito aparece, por ejemplo, como la descripción de la infracción penal. La dogmática trata así de ofrecer una definición general válida y necesariamente aplicable a todo derecho positivo. Esta teoría, luego de haber sido elaborada sobre la base de una ley penal, sería aplicable a todas las demás. Esto no podría ser de otra manera puesto que toda ley, para ser eficaz y justa, debe tener en cuenta la descripción objetiva establecida por la teoría. Esta aparente paradoja es incita a la dogmática penal.

Al interior de la teoría del delito¹⁶ se han elaborado otras teorías o subteorías. Por ejemplo, la teoría de la culpabilidad. De esta manera se habría logrado

15 NINO, *Consideraciones*, p. 55, 77 s.; CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires 1976, p. 74.

16 La ley es así considerada como la base sobre la cual la teoría de la infracción debe ser elaborada por ejemplo, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T., 3.ª ed., Berlín, 1978, p. 157, dice: “La teoría general del delito debe deducirse de la ley”. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, *Tratado de derecho penal. Parte general*. vol. 2 Cf. GERMANN, Oskar A., *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zürich, 1942, p. 21. En Francia el análisis de la noción de infracción ha sido hecho según el mismo procedimiento. Así VIDAL/MAGNOL (*Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9.ª ed., 1947, tomo I, p. 76) definen la infracción como “la violación de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, producto de un acto externo del hombre, positivo o negativo, socialmente imputable, no justificándose por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho y sancionado con una pena por la ley”.

perfeccionar este instrumento conceptual, así como reforzar la idea que no hay pena sin culpabilidad.

Pero, si es cierto que toda ley penal moderna consagra, más o menos claramente, el principio de la culpabilidad, es también evidente que no todas las leyes han sido formuladas de acuerdo a la misma teoría. El Código Penal derogado, de inspiración suiza, por ejemplo, fue redactado en una época en la que la concepción causalista predominaba. Esto no impide, sin embargo, que se interpreten sus disposiciones a la luz de la concepción normativa o de la teoría finalista.

En la perspectiva de los juristas, estas dos últimas teorías constituirían una explicación más completa del elemento culpabilidad; y, al mismo tiempo, permitirían inferir los criterios que se hallan implícitos en la ley.

Estas ideas son las que han sido progresivamente recepcionadas en nuestro medio. Esta transferencia de concepciones doctrinales no ha tenido lugar a través de la recepción de las concepciones suizas (fundamentalmente de origen alemán) consagradas en los proyectos de Código Penal que sirvieron de modelos a nuestro legislador. Se importó el texto de la disposición, ignorando el contenido (sentido de la norma) que buscaban darle sus redactores y que se hallaba expuesto en las actas de las comisiones revisoras y en los diversos trabajos teóricos que habían sido elaborados para explicar o justificar los criterios consagrados¹⁷. Esto queda evidenciado por dos hechos: el primero, la ausencia de esfuerzos eficaces para llegar a conocer las fuentes originales (bibliografía y decisiones judiciales) redactadas, principalmente, en alemán y, accesoriamente, en francés o italiano (las tres lenguas oficiales de Suiza) y, el segundo, la incapacidad, debido a las mismas circunstancias, para conocer la evolución de las ideas y de los procesos de reforma suizos. Nada extraño, en consecuencia, que el Código de 1924 no haya sido aplicado teniendo en cuenta las ideas que inspiraron a sus autores, aplicadores y exégetas, adecuándolas a nuestra realidad, ni que los redactores de los proyectos y del nuevo Código hayan abandonado el modelo helvético para seguir, sobre todo, modelos más accesibles; por ejemplo, los proyectos y el Código español, los Códigos de Colombia, Brasil o Portugal.

La recepción de las ideas alemanas ha tenido lugar mediante los libros o artículos traducidos al español. Uno de los pioneros de esta labor de difusión, como ya lo hemos señalado, fue Jiménez de Asúa. Tradujo, por ejemplo, el *Tratado de derecho penal* de Franz von Liszt y escribió su libro la *Ley y el delito* que

17 Es de recordar que STOOSS y los demás juristas suizos encargados de la elaboración del Código Penal crearon y propulsaron la *Revue Pénale Suisse* en el contexto del movimiento de reforma en el que participaban.

se convirtió en libro de estudio entre nosotros¹⁸. Es interesante destacar que esta obra no fue elaborada sobre la base de una sola ley penal; por lo que las ideas penales eran expuestas haciendo referencia a diversas leyes extranjeras. Junto a Jiménez de Asúa, es de mencionar a Sebastián Soler como introductor de las ideas penales en nuestro medio.

Un seguidor fiel de las ideas de Jiménez de Asúa ha sido Bramont Arias quien, en su primer libro *La Ley penal*, acoge y aplica a nuestro Código Penal las nuevas concepciones de origen germánico. El *Derecho Penal Argentino*¹⁹ fue muy consultado por amplios sectores de abogados y juristas²⁰. Entre las obras alemanas traducidas al español que fueron difundidas en nuestro medio, destacan las de Edmund Mezger²¹, Reinhart Maurach²² y Welzel²³.

A pesar que en las obras de estos dos últimos autores se exponían las ideas de la concepción finalista y que diversos otros trabajos alemanes de la misma orientación fueron difundidos entre nosotros, los penalistas nacionales²⁴ no se afiliaron a las nuevas ideas muy en boga en otros países latinoamericanos; por ejemplo en Argentina. Es nuevamente de este país que procederá el impulso que va hacer ganar terreno a las nuevas ideas germánicas. Influencia debida sobre

18 Era el texto recomendado, durante muchos años, por BRAMONT ARIAS en la Universidad de San Marcos y continúa difundándose, en América Latina, mediante sucesivas reimpresiones hasta la actualidad.

19 Comprende cinco tomos y fue publicada en Buenos Aires, 1956.

20 Un ejemplo de autores que se reclamaron seguidores del jurista argentino es Peña Cabrera, cuyo *Derecho Penal Peruano, Parte Especial*, 1.ª ed., Lima, 1964, denota una clara influencia de la obra de Soler.

21 *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, dos tomos. Traducción de José Rodríguez, Madrid, 1946.

22 *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, dos tomos. Traducción de Juan Córdova Roda, Barcelona, 1962.

23 *La teoría de la acción finalista*, Buenos Aires, 1951; *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción de José Cerezo Mir, Barcelona, 1964.

24 A pesar de habernos familiarizado con estas ideas, primero, leyendo las obras de Welzel y Maurach traducidas al español y, luego, mientras elaborábamos nuestra tesis doctoral en Neuchâtel (Suiza), preferimos seguir explicando la teoría del delito dentro de una corriente cercana a la prevaleciente en nuestro medio. Con este objeto optamos por la concepción social de la acción que pretendía, en el fondo, conciliar los criterios extremos. Sin embargo, el lector honesto y advertido podrá advertir, ya en las dos ediciones de nuestro *Manual*, la utilización frecuente que hacemos de las ideas finalistas. A partir de inicios de la década del ochenta, hemos privilegiado la orientación finalista. La moda ha pasado, los espíritus se han calmado y nuestro medio está quizás mejor preparado para recibir estas ideas que deben ser repensadas de acuerdo a nuestras necesidades.

todo a las obras del jurista argentino Zaffaroni²⁵. Esta influencia es notoria, en especial, en la obra de Felipe Villavicencio²⁶, quien con entusiasmo se ha afiliado, plenamente, a la concepción finalista.

4. Culpabilidad

a. Cuestionamiento

La culpabilidad es considerada como piedra angular del derecho penal liberal. Sin embargo constituye una de las nociones más discutidas. Aun cuando se hable de culpabilidad, no se le atribuye el mismo contenido. Los criterios sostenidos van desde la defensa rígida de la culpabilidad como noción indispensable para la elaboración de un derecho penal liberal hasta su negación calibrándola de noción metafísica. Si esta última posición no es nueva, en los últimos años alcanzó cierta difusión. En la doctrina hispánica, esto se debió sobre todo al interesante trabajo de Gimbernat: ¿Tiene un futuro la dogmática penal? La discusión impulsada por este jurista español ha influenciado bastante los intentos de reelaborar la noción de culpabilidad.

Sin que haya habido entre nosotros una discusión seria sobre la culpabilidad y sin tener en cuenta tanto las enseñanzas del derecho comparado como los análisis más serios que se han publicado últimamente, se ha eliminado, al menos formalmente, toda referencia a la culpabilidad en el nuevo Código Penal. Se le ha reemplazado por la noción de responsabilidad. De esta manera y siguiendo las “últimas novedades de la ciencia”, se ha creído tomar la vanguardia de los movimientos de reforma. Sin pensar que, en un país como el nuestro, tales cambios terminológicos crean confusión e inseguridad.

El debate en torno a la culpabilidad implica, en realidad, el análisis de los criterios utilizados para considerar a una persona responsable de un acto delictuoso. Este es el objetivo actual de la confrontación entre la vocación retributiva y la misión preventiva del derecho penal. La evolución de las ideas de política criminal y la importancia que han adquirido hoy en día, permiten comprender el significado y la amplitud de la impugnación de que es objeto el principio de culpabilidad.

25 Basta citar su *Manual de Derecho Penal. Parte General*, dos tomos. Lima 1986.

26 *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Lima, 1990. Lamentablemente, su desconocimiento del alemán le impide consultar las fuentes directas.

b. Responsabilidad y culpabilidad

Siguiendo la sistemática del Código derogado (Título IX del Libro Primero), en el Proyecto de setiembre de 1984, se preveía un Título VIII bajo la denominación “Condiciones de culpabilidad” (artículos 16 y ss.), no existía un título denominado “Del hecho punible”; por el contrario, se regulaban las penas. No, en el Proyecto de octubre de 1984, se prevé un Título II: “El delito”, subdividido en ocho capítulos. Los cuatro primeros tratan de la “forma del hecho”, las “causas de justificación”, la “imputabilidad” y la “culpabilidad”. Esta sistemática es seguida también en los Proyectos de 1985 (Título II) y 1986 (Título II). La denominación del Título es cambiada: “El hecho punible”; así como la de algunos capítulos: se utilizan la expresión “inimputabilidad” y se suprime la referencia a la “peligrosidad”. En los Proyectos de 1990 (Título II, Del hecho punible) y 1991 (Título II, Del hecho punible), se vuelve a una sistemática más parecida a la empleada en el Código derogado. Los capítulos son organizados diferentemente y sus denominaciones son parcialmente modificadas: “Hecho punible” (Proyecto de 1990) o “Bases de la punibilidad” (Proyecto de 1991), “Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal” (en ambos proyectos). El Proyecto de 1991 devendría el nuevo Código. De esta manera, se reemplaza en la terminología del Código el vocablo “culpabilidad” por el de “responsabilidad”.

En la exposición de motivos del Proyecto de 1990²⁷, retomada sin modificación alguna como exposición del Código, se dice lo siguiente: “El Proyecto consagra el importante principio de la cculpabilidad de la sociedad en la comisión del delito cuando prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente (artículo 51, inciso1). En esta forma nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, mea culpa que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. La Comisión Revisora conceptúa que la culpabilidad compartida a la que se alude, disminuye o desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social”.

Esta explicación se comprende como una justificación al cambio de concepción que se acepta en relación a la culpabilidad, elemento de la infracción.

27 Separata especial del diario oficial *El Peruano* del 17 de julio de 1990, p. 12. Ver: *Código penal*, promulgado por Decreto Legislativo n. 635. Diario oficial *El Peruano*, edición especial, abril de 1991, p. 9.

Cambio que se refleja en la nueva terminología empleada desde el inicio del Código para determinar el fundamento y el límite de la pena (artículos VII y VIII del Título preliminar). Sin embargo, en el artículo 52 del Proyecto de 1990, como en el artículo 46 del Código vigente, se establece que “para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y la gravedad del hecho punible [...]”. Modificando de esta manera las fórmulas que se habían utilizado anteriormente: “los jueces apreciarán la culpabilidad y la peligrosidad del agente[...]” (Código derogado, artículo 51; Proyecto de 1984, artículo 39); “toma en cuenta la gravedad del hecho cometido y la personalidad del autor[...]” (Proyecto de octubre de 1984, artículo 60); “toma en cuenta la gravedad del hecho punible y la personalidad del autor [...]” (Proyecto de 1985, artículo 71; Proyecto de 1986, artículo 70).

Ahora bien, si se considera además que entre las causas que “eximen o atenúan la responsabilidad penal” (artículo 20 y ss., del Código vigente), se considera, por ejemplo, la legítima defensa (causa de justificación) debe concluirse que el término responsabilidad no es empleado en el mismo sentido que en el artículo 46 o en el párrafo citado de la exposición de motivos. En estos dos últimos casos, el sentido es más restringido que en el primero. En este, se trataría de la declaración de responsabilidad del agente que ha realizado todos los elementos del delito. El sentido restringido abarcaría solo a uno de los presupuestos de esta responsabilidad: presupuesto que, hasta ahora, ha sido denominado “culpabilidad”.

La “cocolpabilidad” o “culpabilidad parcial”, a que se alude en la exposición de motivos, se comprende quizás mejor si se tiene en cuenta la explicación, dada en el mismo párrafo citado, de que la sociedad aceptaría así “una responsabilidad parcial en la conducta delictiva”; es decir, responsabilidad de que el autor haya cometido una acción típica, antijurídica y culpable. De esta manera, de un lado, la reacción penal seguiría, en parte, explicándose y justificándose en relación a la autodeterminación del agente en tanto persona y, de otro lado, la imposición de una pena determinada y la manera de ser ejecutada estarían condicionadas por el contexto social (sociedad económica y políticamente organizada por el Estado).

En consecuencia, para la aplicación de la pena el juez debería, primero, individualizar la pena dentro de los límites legales teniendo en cuenta la responsabilidad (culpabilidad) y gravedad del hecho. Para lo que debe de considerar lo que se denominaba “circunstancias objetivas y subjetivas”, previstas en el Código derogado, artículo 51. En seguida, determinar y fundamentar la necesidad de la pena considerando: las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;

su cultura y sus costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen (artículo 46, Código derogado). La culpabilidad o responsabilidad (*stricto sensu*) del agente no puede depender, por ejemplo, de los intereses de la víctima. Además, se distingue difícilmente la referencia a la cultura y las costumbres del agente (artículo 45, N.º 2) de la que se formula (artículo 46, N.º 8) en relación a la “educación, situación económica y medio social” del agente.

La imprecisión de la ley resulta tanto de la falta de ideas claras de lo que se trata de regular, como de un desconocimiento del modelo legislativo considerado y de una deficiente técnica legislativa.

c. Fuente legal del artículo 45 CP

Tratemos de analizar la fuente consultada para esclarecer, al menos en parte, lo que venimos de afirmar.

Se trata del Proyecto de reformas a la parte general del Código Penal de la nación Argentina, presentado por los señores diputados nacionales Nestor Perí y Oscar L. Fappiano, de la bancada del Partido Justicialista²⁸.

En este interesante proyecto, artículo 19, se establece la garantía de la judicialidad: “la cuantificación de la punición, la primera individualización de las penas y las ulteriores individualizaciones o modificaciones, la determinación del régimen de la pena de prisión y cualquier otra decisión judicial acerca de las consecuencias jurídicas del hecho o de su ejecución [...] se resolverá por el juez [...]”. De esta manera, se consideran *grosso modo* dos etapas: la de la fijación de la pena (“cuantificación”) y la de la “individualización” susceptible de modificación mientras dure la ejecución de la pena.

La cuantía de la punición, según el artículo 21, se fijará en cada caso dentro de los márgenes legales, “conforme a la extensión del daño o peligro provocados por el hecho y a la necesidad de prevenir hechos análogos por parte del autor”. En su segundo párrafo se indica como límite de la punición “la medida del reproche que por el hecho pueda formularse al autor”. De esta manera, se señala la culpabilidad como límite de la punición y, en forma parcialmente semejante a la técnica empleada entre nosotros, se indican las circunstancias que se tendrán especialmente en cuenta:

28 *Revista de Derecho*, N.º 1, Lima, 1989, p. 245 y ss. El texto ha sido tomado de *Trámite Parlamentario*, N.º 121, del 13 de noviembre de 1987. Buenos Aires.

- “1. La calidad de los motivos que determinaron al hecho.
2. La mayor o menor dificultad para comprender la criminalidad del hecho.
3. La mayor o menor dificultad para adecuar su conducta al derecho en razón de todas las circunstancias que rodearon al hecho y, en especial, de las sociales y económicas del autor”.

A pesar de la diferencia de terminología, más teórica la del proyecto argentino, las circunstancias indicadas son similares a las mencionadas en los textos peruanos. En todo caso, la perspectiva en la que se les considera es la de la culpabilidad (“reproche” formulado al autor; “responsabilidad” en sentido restringido).

Los criterios para practicar la “individualización de las penas según el grado de punición” (Título VIII), se establecen, en el capítulo I (Reglas generales), artículo 46. El juez en uso del prudente arbitrio que se le otorga procederá a “individualizar las penas y determinar las condiciones de su cumplimiento”, teniendo en cuenta el objetivo principal, y lo que en cada caso resulte más idóneo para:

- “1. Tutelar los intereses de la víctima, su familia o de las personas que de ella dependan.
2. Resolver satisfactoriamente los conflictos generados por el hecho.
3. Resolver satisfactoriamente los conflictos en cuyo marco hubiese tenido lugar el hecho.
4. Suplir las carencias sociales que hubiese sufrido el condenado.
5. Conservar o mejorar la salud psíquica y física del condenado.
6. Alcanzar el objetivo de la punición con el mejor empleo posible de la pena de prisión.
7. Motivar conforme a derecho la conducta futura del condenado”.

En la perspectiva de esta disposición, la enumeración de estas circunstancias resulta coherente con los fines de las sanciones (“consecuencias jurídicas del hecho”, conforme al lenguaje del Proyecto-Título IV). Según el artículo 15, el objetivo común de dichas consecuencias es “el mejor restablecimiento posible de la paz social” y, de acuerdo al artículo 17, el principal objetivo específico de la punición es “la prevención de hechos análogos por parte del sujeto”.

Esta coherencia no está presente en los proyectos nacionales ni en el Código vigente. Sin tener en cuenta cabalmente la sistemática del proyecto argentino y la concepción en la que se funda, se han considerado, igualmente, dos momen-

tos que no han sido convenientemente precisados. En el artículo 45, se trata del “momento de fundamentar y determinar la pena” y, en el artículo 46, del momento de “determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley”. Y es respecto al primero, recurriendo a la terminología del proyecto argentino, que se ordena al juez de tener en cuenta “las carencias sociales que hubiere sufrido el agente” y “los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que ellas dependen”. Pero, ¿Cómo fundamentar la pena en las carencias sociales que haya padecido el agente o en los intereses de las personas que dependen de la víctima? Por el contrario, se comprende, en la perspectiva del proyecto argentino, que se trate, por ser factible a nivel de la ejecución de la pena, de “tutelar los intereses de la víctima [...]” (artículo 46, N.º 1, Proyecto argentino) o “suplir las carencias sociales que hubiese sufrido el condenado” (artículo 46, N.º 4, Proyecto argentino).

Estos defectos de técnica legislativa van obligar a realizar una serie de piruetas de interpretación para dar un sentido y hacer posible su aplicación. Explicar, por ejemplo, la relación entre el hecho de “fundamentar” la pena según las causas establecidas en el artículo 45 y las declaraciones formuladas en los artículos VII y VIII del Título preliminar: “la pena requiere de la responsabilidad penal del autor” y “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”. Declaraciones que conciernen el fundamento y el límite de la pena. Conforme a la exposición de motivos²⁹, se diría “la responsabilidad penal como fundamento de la aplicación de la pena” y “la proporcionalidad de la pena a la responsabilidad por el hecho”. Podría pensarse que la fundamentación indicada en el artículo 45 no se refiere a la cuantificación de la pena (regulada en el artículo 46), sino más bien a su selección a otro nivel: preferir la pena de prestación de servicios a la comunidad o la de multa a la privativa de la libertad; o la de decidir si conviene suspender la ejecución de la pena o convertirla en otra. Si este fuere el objetivo del artículo 45, resultaría superfluo porque el legislador ha previsto las condiciones que el juez debe constatar para optar por una de estas alternativas.

La situación se complica debido a que, en la elaboración del nuevo Código, se han seguido diversos modelos y, varias veces, se han efectuado modificaciones sin la debida reflexión. En el dominio que hemos venido tratando, citemos el caso de la recepción del artículo 17 del Código Penal. Esta norma declara que obra sin culpabilidad (*Schuld*) quien actúa bajo la influencia de un error de prohibición evitable. En el artículo 14, primer párrafo, del nuevo Código, se ha reemplazado el término culpabilidad por el de responsabilidad.

29 Edición oficial, p. 6.

Los apreciaciones que venimos de expresar esquemáticamente son, sin duda alguna discutibles; pero nuestro objetivo no es el de plantear una interpretación única y verdadera. Pretendemos más, bien mediante el ejemplo analizado, responder a una cuestión básica: cómo nosotros, los penalistas peruanos, abordamos la actividad dogmática, legislativa y de política criminal. Tres niveles estrechamente relacionados entre sí y con la realidad sociopolítica.

5. Reflexiones sobre la dogmática penal

Para terminar, veamos aunque brevemente algunos puntos referidos a la dogmática penal con la finalidad de comprender mejor la problemática que estudiamos.

Sin pretender presentar la solución ideal, se puede clarificar el debate tomando conciencia del factor que permite cuestionar la dogmática³⁰. Este debe ser buscado en la ambigüedad de propósitos de los penalistas que dicen describirse, de manera objetiva y axiológicamente imparcial, el derecho positivo (función oficial, confesada); pero que reconstruyen el sistema legal eliminando sus imprevisiones (función oficiosa, simulada). Este conflicto no puede ser superado, reconociendo la prominencia de una de las dos “funciones” en detrimento de la otra. Se trata, por el contrario, de tomar conciencia de esta ambivalencia, lo que permitirá eliminar malentendidos y hacer transparente la actividad del jurista.

Así una mayor fidelidad al derecho positivo se lograría si se presentaran los diversos resultados obtenidos mediante la interpretación de la ley, en lugar de hacer pasar uno de estos como la única interpretación correcta o posible. De esta manera, se evitaría hablar de principios, conceptos y teorías como si fueran partes del sistema positivo; cuando no son, en realidad, sino elaboraciones de la misma dogmática.

La reconstrucción del sistema legal daría mayores satisfacciones si, de un lado, no fuera concebida como una explicación del contenido implícito de las reglas jurídicas y si, de otro lado, se reconociera que supone el análisis explícito de los criterios de valor en que se fundan las soluciones dogmáticas.

En nuestra opinión, se evitarían tres críticas a la dogmática:

30 Estas reflexiones han sido muy influenciadas por los trabajos de NINO y en particular por su *Introducción*, p. 338 y s.

- *Primero*, el abuso de “formalismo jurídico” (*juridisme*)³¹. Es decir, de recurrir “a ficciones que son, enseguida, consideradas como realidades y que, por el contrario y debido a un abuso del razonamiento abstracto, ocultan la realidad de la situación criminal”.
- *Segundo*, la disimulación, al momento de reformular el derecho positivo, de los criterios axiológicos aplicados. Actitud que impide sistematizar coherentemente los valores que se encuentran implícitos en las proposiciones dogmáticas, destinadas a reestructurar el sistema jurídico positivo.
- *Tercero*, el ocultamiento frecuente, mediante la afirmación que la dogmática facilita la aplicación de la ley, de las ambigüedades e imprevisiones de las teorías y nociones, las mismas que dan lugar a soluciones concretas muy diferentes.

Esta manera de percibir la labor de los juristas exige de los penalistas una percepción más modesta y más realista de los resultados de sus trabajos. Las soluciones y las concepciones defendidas por nosotros, los penalistas, no tienen el valor de verdades absolutas. Se trata más bien de proposiciones destinadas a auxiliar a los legisladores, jueces e intérpretes para que encuentren la solución a los diversos problemas jurídicos que se les presenten. Así, haríamos la aplicación del derecho más fácil, justa e igualitaria; lograríamos igualmente, con el objeto de crear un sistema jurídico racional y respetuoso de las personas que las relaciones entre las ciencias humanas y sociales³² fueran más eficaces. El análisis de estas relaciones –que hemos evitado y que merecerían un estudio aparte– debe atenuar y compensar la inclinación de los juristas por las sutilezas doctrinarias.

No se trata de abandonar la “dogmática penal” en favor de la política criminal, de la criminología o de cualquier otra disciplina. Se seguirá haciendo “dogmática penal” o “ciencia jurídico penal” (poco importa la denominación). Es cuestión más bien de abordar distintamente el estudio del derecho penal, no de hacer algo diferente. Esto ya no sería “dogmática penal”. En buena cuenta, es de concebir, sin mitos ni ficciones, nuestra labor de juristas.

31 ANCEL, *Défense sociale*, p. 211.

32 Cf. TIEDEMANN, Klaus, “Stand und Tendenzen von Strafrechtswissenschaft und Kriminologie in der Bundesrepublik Deutschland”, en *Juristenzeitung*, 1980, pp. 489-495.

III

Impunidad de personas con patrones culturales distintos*

Sumario: 1. Presentación. 2. Comentario. 3. Interpretación del artículo 15 C.P. 4. Comentario. 5. A manera de conclusión. 6. Bibliografía sucinta.

De manera interesante, Luis Francia¹ aborda el complejo problema que representa la diversidad cultural de nuestra sociedad para el derecho penal. El esfuerzo hecho por el autor merece bien un comentario, un poco más extenso de lo acostumbrado, de parte de un viejo aficionado al derecho penal. El propósito es alentar el diálogo crítico y serio que falta entre nosotros con frecuencia.

Procederemos presentando, primero y de manera fraccionada, el artículo de Francia. Segundo, comentando cada una de ellas de manera a conservar cierta coherencia en la exposición. Esperamos así contribuir en algo al debate sobre un tema tan interesante.

1. Presentación

El título del presente comentario es una afirmación hecha por Francia de manera absoluta y reiterativa. Así, sostiene que “en ningún caso el derecho penal oficial penará a personas que hayan cometido un hecho delictivo en razón de un patrón general de valores culturales distintos a los del derecho penal oficial” (pp.

* Publicado en *Derecho*, N.º 49, Lima, 1995, pp. 157-167.

1 FRANCIA, Luis, “Pluralidad cultural y derecho penal”, en *Derecho*, N.º 47, PUCP, Lima, 1993, pp. 493 y ss.

511 s.)² y, más brevemente, “el derecho penal oficial no tiene razón para penar a individuos con patrones culturales distintos” (p. 512).

Para llegar a esta conclusión, Francia parte, primero, de una serie de afirmaciones esquemáticas sobre el sistema penal oficial. Siguiendo los postulados de la criminología crítica, señala que el derecho penal legitima el sistema global, que en la práctica el derecho penal criminaliza de manera selectiva a los miembros de los sectores populares, que el derecho penal, en lugar de resolver conflictos, origina conflictos y problemas mayores y, por último, que no brinda seguridad a la población en contra de lo afirmado oficialmente.

Después de ubicar en este contexto el problema de la pluralidad cultural, Francia presenta y crítica la manera como legislativamente se ha afrontado este problema. Así, crítica el etnocentrismo con que se clasificó a los peruanos, en el Código Penal de 1924, en civilizados, indígenas semicivilizados y salvajes. Lo mismo hace con el tratamiento que se da a los dos últimos grupos, como incapaces o inmaduros. A todos ellos los considera normales y, en consecuencia, rechaza que su diversidad cultural sea regulada como si fuera un problema de incapacidad penal. Haciendo lo contrario, los redactores del Código de 1924 proclamaron falsamente, según Francia, la “superioridad de la sociedad occidental sobre las demás, y también falsamente la superioridad del hombre occidental”. De esta manera, llega a afirmar, primero, que el Código derogado escondía “una política etnocida y violatoria del derecho a la autonomía cultural, a la diferencia e identidad cultural” y, segundo, que “era una manera de legitimar un modelo autoritario y antidemocrático” (p. 500).

Respecto del Código de 1991, Francia admite que lo dispuesto en el artículo 15 constituye un avance en la medida que reconoce la heterogeneidad cultural de nuestra sociedad y regula esta situación como un aspecto de culpabilidad. En su opinión, la solución es incompleta: no basta que se reconozcan los “diversos mecanismos de regulación social y resolución de conflictos no oficiales”, ya que es indispensable que se admita el reconocimiento del pluralismo jurídico “es la meta hacia la que se aspira” (p. 509).

Inspirándose de ideas expuestas por Raúl Zaffaroni, Francia afirma que, en el artículo 15 del Código Penal, se ha previsto el “error culturalmente condicionado”. Error que imposibilita la comprensión de la norma y la antijuricidad de la conducta, originado por el acondicionamiento cultural del individuo. En su opinión, es un “error invencible que excluye la culpabilidad y toda sanción

2 Las cifras así indicadas corresponden a las páginas del artículo de Luis Francia, objeto de este comentario.

penal”. Esta interpretación sería la preferible porque, de un lado, es conforme con la concepción expuesta en el artículo comentado y, de otro lado, “rechaza la asimilación del resto de culturas a la cultura occidental como propuesta política” (p. 511). El autor agrega de manera reiterativa que esta concepción “corresponde con una línea que opta por una sociedad democrática, respetuosa del derecho a la diferencia; es una forma de disminuir el actuar violento del sistema penal y sus efectos negativos” (p. 512).

Hasta aquí lo que dice el autor o, al menos, lo que nosotros creemos honestamente que dice y afirma.

2. Comentario

Siguiendo el mismo esquema escogido por Francia, el primer comentario que se impone concierne el marco ideológico en que ubica el problema tratado. Si la llamada “criminología crítica” ha mostrado, muchas veces y de modo bastante correcto, las deficiencias y paradojas del sistema penal predominante, no ha logrado elaborar un proyecto realista para substituir al sistema criticado. Esto se ha debido a que sus promotores no han estudiado suficientemente la realidad. En nuestro país, hasta donde conocemos, no existe simplemente este tipo de investigaciones. Lo que se hace es repetir los planteamientos teóricos y aplicarlos automáticamente con miras a explicar y enjuiciar el sistema de control penal. Así, se vuela a cometer el error de siempre: aceptar teorías sin un análisis serio de nuestra realidad.

Francia no ignora este problema. Por lo que se satisface, desde el inicio, a fijar como pautas de su trabajo la afirmación de la “deslegitimación del sistema penal” y de la “necesidad de una alternativa al derecho penal”, así como la de “aminorar los efectos negativos del sistema penal” (p. 494). Una discusión objetiva de los problemas relevados resulta imposible porque el autor no explica suficientemente qué quiere decir “deslegitimación del sistema”, ¿cuál es el criterio de referencia para determinar lo que es o no legítimo? ¿Este criterio es la concepción que él atribuye a la criminología crítica o los intereses de los marginados social y culturalmente (urbanos o rurales)? Tampoco explica cuál es la alternativa al derecho penal: ¿un nuevo derecho penal u otro derecho que no recurra a la pena? ¿Nuevos derechos penales propios a cada grupo cultural o un derecho penal crítico, democrático para todos? Lo mismo sucede con sus afirmaciones respecto de lo que él llama “colonialismo jurídico”, “discurso oficial irreal”, “dogmática crítica”, “política etnocida”, “autonomía cultural”.

Este lenguaje genérico puede ser persuasivo por su connotación emotiva, pero no por su fuerza descriptiva de una realidad suficientemente investigada.

Esto se pone, particularmente, en evidencia cuando sugiere que la solución se encuentra en el reconocimiento, primero, del pluralismo jurídico, sin precisar su índole y sus alcances (p. 517); segundo, de los “mecanismos de regulación social y resolución de conflictos no oficiales”, sin decir que “hoy cohabitan con nosotros 72 etnias campesinas y nativas” (Jorge Paredes Laos, El Dominical de *El Comercio*, 6-8-95). Pero afirmando, al mismo tiempo, que esos mecanismos van “convirtiéndose poco a poco en una forma de reproducción de una nueva cultura y de un poder alternativo y paralelo al oficial” (p. 518) y que tal solución “es la muestra de vitalidad de una cultura que luego de 500 años de sometimiento se creía en vías de desaparición” (p. 518). Conviene preguntarse ¿de qué cultura se trata: la andina, la quechua, la aymara, la campá, la aguaruna y por qué no la negra, la china, la japonesa o la árabe? O en palabras de especialistas, “¿qué puede significar la ‘revitalización de la cultura indígena’, si ya esta cultura no existe como tal, sino profundamente moldeada en torno a nuevos polos de significados, sociabilidad e intercambio?” (Thierry SAIGNES, “¿Es posible una historia ‘chola’ del Perú”, en *Allpanchis*, 35/36, vol. II, p. 650).

Mediante este razonamiento, no hacemos sino llevar hasta sus últimas consecuencias las afirmaciones perentoriamente hechas por Francia, quien sin darse cuenta (pero honestamente) abre la puerta a soluciones peligrosas o poco viables. Por ejemplo, el pluralismo jurídico (reconocimiento de derechos y medios de control a cada grupo cultural) significa el establecimiento de un Estado federativo o la vuelta al sistema de estatutos personales; comportaría un problema de repartición territorial con los riesgos de una balcanización y grandes dificultades prácticas para identificar a los miembros de los grupos culturales debido al mestizaje y a las inmigraciones internas.

A un nivel más concreto, se debería aceptar, por ejemplo, que los árabes musulmanes, residentes en nuestro país, practiquen la oblación del clítoris de las niñas por constituir una de sus pautas culturales; que el marido o amancebado, por la misma razón y en ciertos sectores de la sociedad, maltrate a su mujer; que algunas comunidades apliquen castigos corporales a sus miembros cuando así lo establezcan sus costumbres.

Esta no es, sin duda, la idea de Francia. Así, se desprende de su reconocimiento de las deficiencias que tienen los “mecanismos no oficiales [...] ya sea a nivel de derechos humanos o de democratización de su interior”. Dos criterios propios a la cultura occidental que parecen ser también utilizados por el autor para determinar, en su lenguaje, la “deslegitimación” del sistema penal oficial y la legitimidad del sistema alternativo (no revelado).

3. Interpretación del artículo 15 del Código Penal

Esta manera de analizar, consistente en partir de una concepción determinada (la criminología crítica) para describir una realidad (el sistema penal) sin investigar mayormente los hechos y sin explicar suficientemente las apreciaciones de valor expresadas, es igualmente utilizada por Francia para estudiar el artículo 15 del Código Penal.

En un primer momento, basado en una escasa bibliografía y sobre todo foránea, expone lo que él denomina la “teoría general del error”. Así, pasa revista sucintamente a las nociones de error de tipo y de error de prohibición, comprendiendo en este el llamado “error de comprensión”. Introducido, en su opinión, por Raúl Zaffaroni teniendo en cuenta la “realidad latinoamericana” (p. 503). Siempre según Francia (p. 504), este error afecta la comprensión de la norma penal y la antijuricidad de la conducta. Error que se presenta en dos formas: la conciencia disidente (“dificultad en la comprensión por un patrón general de valores distinto al derecho penal oficial, lo que lleva a un deber de conciencia de desobediencia a la ley penal”) y el error de comprensión culturalmente condicionado (“la comprensión es imposibilitada por el condicionamiento cultural”). En el primer caso, la culpabilidad es atenuada y, en el segundo, excluida porque, según el autor, siempre es un error inevitable (pp. 508, 520).

Sobre esta base teórica, Francia plantea dos posibles interpretaciones del artículo 15. La primera se desprendería de lo afirmado en la Exposición de motivos del Código y admitiría que en el artículo 15 solo estaría prevista la “figura del error de comprensión culturalmente condicionado. Su efecto dependería de la “posibilidad de comprensión”: si se halla “imposibilitada se eximirá de pena y cuando solamente se encuentre disminuida se atenuará la pena”.

El autor rechaza esta primera interpretación. Primero, porque de admitirla “iríamos en contra de la doctrina que hemos venido siguiendo, la cual unánimemente señala que ante un error de comprensión culturalmente condicionado la pena se excluye al no haber culpabilidad por ser este error siempre un supuesto de error invencible”. Se trata de un “argumento de autoridad” porque, de un lado, puede ser resumido diciéndose “esta interpretación es inaceptable por lo ya dicho por Zaffaroni”. De otro lado, la interpretación que descalifica a la primera no ha sido deducida de la disposición legal (artículo 15). Su origen está más bien en la afirmación, expresada como dogma, “el habitante de otra cultura no tiene cómo evitar el error y el derecho no puede exigirle dicha comprensión”.

La segunda interpretación consiste en comprender que el artículo 15 prevé dos casos: primero, el de la conciencia disidente cuando se refiere a la costum-

bre; que determina, según Francia, la atenuación de la pena porque el agente del hecho delictuoso obra “sin poder comprender totalmente que dicho acto es un delito”. Segundo, el caso en que el autor “por su cultura no puede comprender [absolutamente, agregamos nosotros] el carácter delictuoso de su acto” (p. 512). Lo determinante sería entonces la diferencia existente entre cultura y costumbre. El término *cultura* indicaría que “el individuo se ha desarrollado con patrones culturales distintos a los del derecho penal oficial y por ello está imposibilitado para la comprensión de la norma penal”. El vocablo *costumbre* señalaría “un conjunto de patrones y valores que tiene el “individuo, los que originan una exigencia de no obediencia a la norma penal” (artículo 512).

El argumento decisivo, sin embargo, para tener esta segunda interpretación como la correcta es el mismo argumento invocado para rechazar la primera. Francia vuelve a repetir (p. 512): por considerarla “acorde con la doctrina seguida y por corresponder con una línea que opta por una sociedad democrática, respetuosa del derecho a la diferencia”. Su objetivo ideológico lo manifiesta al final de este párrafo, diciendo que la segunda interpretación “es una forma de disminuir el ámbito de aplicación y ejercicio del sistema penal, así como de disminuir el actuar violento del sistema penal y sus efectos negativos”.

4. Comentario

Esta sucinta presentación del análisis que hace Francia del artículo 15 CP muestra su peculiar manera de proceder. Con una finalidad ideológica hace decir a esta disposición legal lo que él considera justo de acuerdo con una concepción del sistema penal escogida, previamente, como la única democrática, culturalmente diversa e idónea para eliminar los efectos negativos del sistema penal oficial.

En el procedimiento, este razonamiento es muy similar al practicado por los dogmáticos jurídicos tradicionales tan cuestionados por la criminología crítica: un conjunto de principios, teorías o dogmas son considerados como absolutamente verdaderos y, con su ayuda, se debe explicar, completar o no aplicar disposiciones legales que los contradigan.

Si por interpretación entendemos que es dar un sentido a una disposición legal, el punto de referencia primario e indispensable es el texto legal. El autor del artículo comentado no utiliza, debidamente, el método literal. Los términos “cultura” y “costumbres” no le merecen sino dos breves apreciaciones dogmáticas. Lo mismo hace con las fórmulas “sin poder comprender” o “determinarse de acuerdo a esa comprensión”. De haberlo hecho con atención, seguro que se

hubiera preocupado por la similitud del artículo 15 con el inciso 1 del artículo 20 CP. Según este último, el artículo 15, se exime de responsabilidad a quien “por anomalía síquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, *no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión*”. En el artículo 15, se establece la misma consecuencia en relación a quien “por su cultura o costumbres comete un hecho punible *sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión*”. De modo que hubiese podido preguntarse si, a pesar de la diferencia lingüística, las dos primeras fórmulas no significan lo mismo. Es decir, si “no poder comprender” no es lo mismo que “no poseer la facultad de comprender”. En la misma perspectiva, reflexionar si “poder” y “facultad” no se refieren a la capacidad de poder hacer algo; en el caso concreto de comprender el carácter delictuoso del acto. Tener en cuenta lo que dicen las demás disposiciones legales para mejor comprender el sentido de la norma que se interpreta constituye el método sistemático. Su aplicación relacionando el artículo 15 con el inciso 1 del artículo 20, le hubiera permitido percibir una similitud mayor: ambas disposiciones tienen la misma estructura. La no comprensión del carácter delictuoso del acto o la incapacidad de determinarse son los efectos, en caso del artículo 15, de la “cultura” o de las “costumbres” del agente y, en relación con el artículo 20, inciso 1, de una “anomalía síquica”, “grave alteración de la conciencia” o “alteración de la percepción”. Todas estas circunstancias pueden provocar la incapacidad total de comprender o de determinarse; pero también solo de su disminución parcial (artículo 15 *in fine*, artículo 21).

De modo que Francia desnaturaliza totalmente el texto legal cuando establece dos hipótesis diferentes: según la primera, las costumbres determinarían una disminución del poder de comprender y, de acuerdo con la segunda, la cultura impediría comprender totalmente el carácter delictuoso del acto. Y esto porque de acuerdo con el dogma del que parte: el artículo 15 debe regular el error de comprensión culturalmente condicionado. Así, olvida completamente que el artículo 15 se refiere igualmente al hecho de que el agente no pueda determinarse, total o parcialmente, según la comprensión que tiene del hecho. No ve, de esta manera, que el artículo 15 supone también la posibilidad que el agente comprenda el carácter prohibido de su acto pero que no sea capaz de determinarse de acuerdo con esta apreciación y esto debido a su “cultura” o a sus “costumbres”.

Francia hubiera evitado esta especie de ceguera, debida a la ideología que le esconde la realidad (la disposición legal en vigencia), si hubiera recurrido al método histórico. Es decir, si hubiera indagado sobre los antecedentes legislativos

del artículo 15. Se contenta con recordar la propuesta de Zaffaroni, sin tener la curiosidad de buscar si este autor argentino no había, alguna vez, concretado su idea en algún proyecto o fórmula legislativa. Ahora bien, Zaffaroni ha inspirado claramente la recomendación siguiente: “que se elaboren conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes” (Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, p. 58).

Pero como toda propuesta es, generalmente, la conclusión de una evolución de ideas, cabe plantearse si la propuesta de Zaffaroni no modificaba y corregía algunas propuestas anteriores. Señalemos, por ejemplo, el Proyecto boliviano de 1964, en la medida que disponía: “el error esencial será también excluyente de culpabilidad, así como el error o la ignorancia de derecho, con particular referencia al indígena” y el Proyecto venezolano de 1948, artículo 13, que estatuye: “el juez podrá declarar inimputable al indígena que cometa un [...] delito, teniendo en cuenta su incapacidad para comprender o querer, derivada de su inadaptación cultural”.

A pesar de la intención de los redactores del artículo 15, expuesta en la Exposición de motivos del proyecto, esta disposición parece afiliarse más al proyecto venezolano que prevé una causa de inimputabilidad que al boliviano o a la propuesta de Zaffaroni que tratan de una circunstancia de inculpabilidad. Esta diferencia posible entre lo que los proyectistas peruanos quisieron prever y el texto que redactaron permite aceptar que la voluntad del legislador tampoco justifica la interpretación considerada como la verdadera por Francia.

El objetivo que tiene en cuenta Francia para interpretar el artículo 15 puede ser considerado como el mismo que tuvieron los redactores del proyecto: tener en cuenta la pluralidad cultural de nuestra sociedad y así lograr que la reacción punitiva sea practicada atendiendo la especificidad de las pautas de conducta admitidos por el autor del delito. También es aceptable la idea que el derecho penal debe ser conforme a los principios de democracia, pluralismo cultural y respeto de los derechos humanos.

5. A manera de conclusión

Uno de los factores que provoca la ambigüedad del discurso de Francia cuando se refiere al “sistema penal oficial”, al “discurso oficial”, al “sistema oficial”, a la “regulación social y resolución de conflictos oficiales”, es el hecho que no precisa el sentido de estas expresiones. No se sabe con certeza si se refiere al

discurso demagógico de los representantes del poder, al sistema real resultante de las constantes violaciones de los principios y disposiciones constitucionales o al sistema formal estatuido mediante la Constitución. Por esto solo resulta posible confrontar su propuesta de interpretación del artículo 15 con el marco constitucional oficial. El mismo que casi siempre resulta siendo, sobre todo en países como el nuestro, más un proyecto político a realizarse que la regulación de una situación existente.

Otro factor, relacionado con el que viene de ser mencionado, es el esquema maniqueísta en el que encierra su análisis: la alternativa fatal entre “mundo indígena” y “mundo occidental u oficial”. Francia mismo trata de salir de esta dicotomía, pero sin llegar a considerar suficientemente los cambios que se han producido y se producen actualmente debidos a la cohabitación e influencias recíprocas (aunque no igualitarias) iniciadas brutalmente con la conquista. Su defensa de los indígenas, que comprendemos y compartimos, no debe hacer olvidar la complejidad y riqueza del proceso histórico y social que ha dado lugar al Perú actual. Por ejemplo, el pedido de ciudadanía por los caciques y ayllus consistió en exigir tanto sus plenos derechos de fieles “vasallos” del rey de España como su *status* de plena humanidad. Lo que tenía como consecuencia evitar que un sector de los grupos dominantes encerrase el mundo indígena en su “indianidad” para continuar discriminando y explotando a sus miembros.

Para evitar estos inconvenientes, hubiera sido necesario que Francia planteara mejor el problema del pluralismo cultural y evitara los argumentos demasiado dogmáticos, tanto sobre el sistema de control penal como sobre las nociones de derecho penal que analiza. Esto lo hubiera llevado a discutir la manera como la Constitución regula el multiculturalismo y las jurisdicciones no oficiales. En particular, el artículo 149 que dispone: “las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona”.

Si hubiera reflexionado sobre este aspecto, seguro que habría cuestionado que se exija, en general, a toda autoridad campesina o nativa que, al ejercer su jurisdicción conforme al derecho consuetudinario de su comunidad, se plantee la conformidad de este con los “derechos fundamentales”. El conocimiento de estos supone una relativa integración al sistema oficial. Se habría interrogado si el factor cultural o las costumbres que determinan la incapacidad de comprender o de determinarse, según el artículo 15, deben ser pautas culturales que no contradigan los derechos fundamentales o si debe considerarse, como lo sugie-

ren los partidarios del relativismo de los derechos humanos, la concepción que cada grupo cultural tiene de los derechos fundamentales.

Las respuestas o explicaciones dadas a estos problemas generales condicionan la solución de los problemas de orden penal y, en especial, la manera de comprender y aplicar los artículos 15 y 20, inciso 1, del Código Penal. Dada la naturaleza de esta nota, no nos es posible de ir más allá de las explicaciones y sugerencias que hemos hecho al momento de comentar las afirmaciones de Francia. Además, debe tenerse en cuenta que el objetivo principal de esta nota es analizar sobre todo la manera como Francia, a pesar de sus conocimientos y seriedad, aborda la interpretación de la ley; mejor dicho como hace dogmática penal.

6. Bibliografía sucinta

- ALBO, Xavier (compilador), *Raíces de América. El mundo aymara*, Madrid, 1988.
- ARDITO VEGA, Wilfredo, “Son ¿los derechos humanos un concepto universal?” en *Desfaciendo Entuertos*, N.º 3-4, octubre, 1994.
- BALLÓN AGUIRRE, FRANCISCO, *Etnia y represión*, Lima, 1980.
- BENÍTEZ NARANJO, Hernán Darío, *Tratamiento jurídico penal del indígena colombiano ¿inimputabilidad o inculpabilidad?*, Bogotá, 1988.
- CORNEJO POLAR, Jorge, *El Estado peruano y la cuestión del pluralismo cultural*. Cuadernos de Historia XIII, Universidad de Lima. Facultad de Ciencias Humanas, Lima, 1991.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Joaquín, “Amazonía en el Proceso de Pacificación”, en *Culturas Amazónicas y Política Nacional: un nuevo diálogo*, CAAAP, Lima, 1995.
- HURTADO POZO, José, *La ley importada. La recepción del derecho penal en el Perú*. Lima, 1979.
- KAPSOLI, Wilfredo, *El pensamiento de la Asociación Pro-indígena. Debates Rurales 3.*, Cuzco, 1980.
- LLANQUE CHANA, Domingo, *La cultura aymara. Destrucción o afirmación de identidad*, Lima, 1990.
- MARTÍNEZ, Ana Teresa, “Pluralismo jurídico y diversidad cultural”, en *Filosofía y Sociedad. En busca de un pensamiento crítico*, Lima, 1995.
- MARTINON, Jean-Pierre, “Culture (Sociologie de la)”, en *Eyclopaedia Universalis*, vol. 5, París, 1987.

- MÉNDEZ, Cecilia, “Los indios, la independencia y la herencia colonial; algunas reflexiones”, en *Allpanchis*, N.ºs 35 y 36, vol. I, Lima, 1990.
- PEASE G. Y., Franklin, *Perú hombre e historia. Entre el siglo XVI y el XVIII*, vol. II, Lima, 1992.
- PEÑA JUMPA, Antonio, “Pluralismo jurídico en el Perú”, en *Desfaciendo Entuertos*, N.ºs 3 y 4, octubre, 1994.
- POZZI ESCOT, Inés, “Balance y perspectivas de la educación para poblaciones indígenas en el Perú: 1990”, en *Allpanchis*, N.ºs 35 y 36, vol. II, 1990. ROSSI, Pietro (editor), *Il concetto di cultura. I fondamenti teorici della scienza antropologica*, Traducción de Daniele Pianciola, 2.ª ed., Torino, 1970.
- SAIGNES, Thierry, “¿Es posible una historia ‘chola’ del Perú? (Acerca del nacimiento de una utopía de Manuel Burga)”, en *Allpanchis*, N.ºs 35 y 36, vol. II, 1990. SPALDING, Karen, *De indio a campesino. Cambios en la estructura del Perú Colonial*, 1974.
- URTEAGA CROVETTO, Patricia, “Pluralismo legal y semiautónoma”, en *Desfaciendo Entuertos*, N.ºs 3 y 4, octubre, 1994.
- YRIGROYEN FAJARDO, Raquel, “Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución peruana: alcances, límites, consecuencias y retos”, en *Desfaciendo Entuertos*, N.ºs 3 y 4, octubre 1994.
- YRURETA, Gladys, *El indígena ante la ley penal*, Caracas, 1981.
- ZAFFARONI, Eugenio R., (Coordinador), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (informe final). Documento final del Programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986), Buenos Aires, 1986.

IV

Artículo 15 del Código Penal peruano: ¿incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?*

Sumario: 1. Interpretación de la doctrina. 2. Concepción y propuesta de Zaffaroni. 3. Tentativa de explicación del criterio predominante en el Perú. 4. Aplicación judicial del error de prohibición culturalmente condicionado. 5. A manera de conclusión. 6. Bibliografía sucinta

1. Interpretación de la doctrina

En la exposición de motivos del Código Penal de 1991¹, se mencionan como innovaciones, en relación con el Código derogado, primero, la nueva manera de regular el error de tipo legal y del error de prohibición, siguiendo el modelo del Código Penal alemán, y, segundo, la incorporación del denominado “error de comprensión culturalmente condicionado” para eliminar el trato indebido dado a los indígenas y nativos de la Selva por el Código derogado². El artículo 15 estatuye:

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.

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal 2003*, monográfico sobre *Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal peruano*, Lima, 2003, pp. 357-380.

1 Código Penal, edición oficial, p. 43.

2 Código Penal, edición oficial, pp. 43 y ss.; cf. 1979, pp. 67 y ss.

Los pocos comentarios que esta disposición ha suscitado, entre los juristas peruanos, tienen en común el hecho de considerar siempre que el artículo 15 prevé el error de comprensión culturalmente condicionado. Al extremo que en las ediciones oficiales del Código Penal, al establecerse oficiosamente la anotación marginal para designar el contenido de cada disposición, se utiliza la expresión “error culturalmente condicionado” con relación al artículo 15.

Otro aspecto en común a los sucintos análisis de los autores nacionales es que no explican ni justifican suficientemente por qué hay que interpretar el artículo 15 siguiendo estrechamente la concepción de Raúl Zaffaroni, inspirador de esta disposición. De esta manera, transcribiendo casi literalmente lo escrito por Zaffaroni, Bramont Arias y Bramont-Arias³, se afilian sin espíritu crítico a la tesis del jurista argentino y repiten el ejemplo que este autor da de la prohibición de inhumaciones. Además, indican como fuente del artículo 15, el proyecto peruano de 1991, el mismo que es solo su antecedente inmediato. Villavicencio⁴ considera que “es novedosa la introducción de la figura del error de comprensión culturalmente condicionado”. Como Zaffaroni, define el error de prohibición como el que recae sobre la comprensión de la ilicitud del hecho y precisa que cuando es directo concierne el conocimiento de la norma penal, su vigencia y aplicabilidad⁵. Asimismo, considera que el error de comprensión “es la inexigibilidad de la internalización” y que debe entenderse por comprensión el más alto nivel de captación humana que implica la internalización. En cuanto a esta última, Villavicencio hace referencia a que el infractor se desarrolla en una “cultura distinta a la nuestra” y que “ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura”. Da como ejemplo el caso del “miembro de una comunidad nativa de la Amazonía que practica actos sexuales con una menor de 14 años pues en su comunidad es costumbre la convivencia incluso con menores de 12 años”⁶. Ejemplo que, como el dado por Zaffaroni, no es del todo correcto, pues la ignorancia o el error suponen que el sujeto actúe en el sistema cultural cuyas pautas desconoce o no aprecia correctamente. Para el miembro de la comunidad nativa solo existe un sistema cultural y actúa conforme a sus normas, salvo que se trate de una comunidad que tiene suficientes contactos con

3 BRAMONT ARIAS, Luis y Luis BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal anotado*, 4.^a ed., Editorial San Marcos, Lima, 2001, pp. 149 y ss.

4 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “Ley penal y hecho punible en el Código penal peruano de 1991 y en el Anteproyecto de Código penal para Guatemala de 1990”, en *Revista de los Abogados del Valle del Cauca* 27/28, Cali, 1993, pp. 112 y ss.

5 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código Penal comentado*, 3.^a ed., Grijley, Lima, 2001, pp. 89 y ss.

6 VILLAVICENCIO TERREROS, *Código Penal comentado*, cit., p. 91.

el sistema oficial (gracias, a la actividad de misioneros, comerciantes, etc.) y que, por tanto, sus miembros ya conocen que el comportamiento en cuestión está prohibido conforme a las reglas ajenas a su cultura. Caso en el que, de cometer el acto prohibido, lo harán porque consideran legítimo seguir comportándose según sus pautas culturales propias. Bastaría aplicar entonces la noción de error de prohibición y sería innecesario recurrir a la de error de comprensión culturalmente condicionado. La explicación de Villavicencio resulta también incompleta porque, respecto del artículo 20 inciso 1, no dice cómo debe entenderse la fórmula “capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto”. Esta explicación resulta indispensable para saber si considera que también aquí “comprender” significa internalizar la norma prohibitiva. Esto resultaría incoherente en tanto se trate de personas inimputables por anomalías psíquicas. Al respecto, hay que recordar que Villavicencio ha sostenido una opinión diferente. Villa Stein⁷, por su parte, sostiene *grosso modo* los mismos criterios, pero contrariamente a lo afirmado por Zaffaroni, no estima que se trate de un caso de error de prohibición. Sin embargo, no explica las razones de su discrepancia, ni tampoco de qué institución se trata, no obstante sigue hablando de error de comprensión.

De manera más extensa, Francia ha abordado este problema en un artículo de revista, el mismo que hemos comentado de manera más o menos detenida⁸. Por esto nos limitaremos a resumir brevemente nuestro análisis. Francia⁹ afirma también que se trata de un “error culturalmente condicionado”, el mismo que imposibilita la comprensión de la norma y la antijuricidad de la conducta, originado por el acondicionamiento cultural del individuo. Error que por su carácter invencible excluye la culpabilidad y toda sanción penal. En su opinión, es la interpretación correcta porque, de un lado, es conforme a la concepción expuesta en el artículo comentado y, de otro, “rechaza la asimilación del resto de culturas a la cultura occidental como propuesta política”¹⁰.

Para Peña Cabrera¹¹, por haberse regulado el error de prohibición y considerado la pluralidad étnica y cultural del Perú, era necesario que en el nuevo

7 VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Editorial San Marcos, Lima, 2001, pp. 419 y ss.

8 HURTADO POZO, José, “Impunidad de personas con patrones culturales distintos”, en *Derecho*, vol. 49, PUCP, Lima, 1995, pp. 157 y ss.

9 FRANCIA, Luis, “Pluralidad cultural y derecho penal”, en *Derecho*, vol. 47, PUCP, Lima, 1993, pp. 493 y ss.

10 FRANCIA, “Pluralidad cultural y derecho penal”, cit., p. 511.

11 PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal I. Estudio programático de la Parte general*, Grijley, Lima, 1994, pp. 436, 444 y ss.

Código se resaltase normativamente el respeto de los valores culturales distintos “[...] en el sentido que no se criminalice conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales”. Como los otros autores peruanos citados, repite que “al sujeto que conoce la norma prohibitiva pero que no la puede internalizar por razones culturales, por regla general, no se le puede reprochar esa falta de internalización”. Afirmación que no tiene en cuenta el hecho de que grupos culturales aislados desconozcan completamente la norma prohibitiva. Sin embargo, señala que “el condicionamiento cultural puede llevarse a cabo no solamente cuando se cree estar conduciéndose lícitamente, sino, también, cuando el agente ni siquiera se ha planteado seriamente las dudas sobre la licitud o ilicitud de su hecho”. Pero, esta indicación se comprende respecto de quien tenía la posibilidad de plantearse la cuestión de la antijuricidad de su acto, pues respecto a él funciona la exigencia de que haga el esfuerzo necesario, base de la reprochabilidad y de la culpabilidad. Esta exigencia es irracional con relación a los miembros de un grupo humano que no está integrado al sistema cultural dominante.

Nuestra crítica a esta interpretación considera, entre otros puntos, el hecho que el artículo 15 es interpretado de manera aislada, sin ponerlo en relación con otras disposiciones, en particular con el artículo 20 inciso 1, que regula la capacidad de culpabilidad. En relación con esta disposición, hay que destacar que el legislador ha utilizado la misma técnica legislativa para redactar el artículo 15. En ambos se utiliza una fórmula mixta consistente en señalar las causas que conducen a eliminar la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o la capacidad de determinarse según esta apreciación. Si en el artículo 20 inciso 1 dichas causas son la anomalía psíquica, la grave alteración de la consciencia o las alteraciones de la percepción, en el artículo 15 son la cultura o las costumbres del autor del hecho punible. Aun cuando en esta norma legal se dice “sin poder” en lugar de mencionar directamente las capacidades en cuestión, hay que afirmar que en ambas normas se trata de la facultad de comprender y de determinarse. Poder, facultad y capacidad se refieren al potencial psíquico para hacer algo, por ejemplo, comprender el carácter delictuoso de un acto.

En nuestra opinión, a pesar de la intención de los redactores del artículo 15, expuesta en la exposición de motivos del Proyecto, el artículo 15, debido al contexto normativo en el que debe ser interpretado, se afilia más a las propuestas de considerar las diferencias culturales como causas de inimputabilidad que a la iniciativa de Zaffaroni para estatuir una circunstancia de inculpabilidad. Esto quiere decir que los proyectistas peruanos no supieron plasmar en el texto legal los criterios propuestos por Zaffaroni. En esta perspectiva, se comprende que se continúe afirmando lo que se estima que el legislador quiso prever, cuando en realidad estableció una forma de incapacidad de culpabilidad por razones

culturales. Aun cuando nos disguste o no satisfaga el resultado de la interpretación, hay que admitir que este está más acorde a la sistemática y al contenido del Código Penal peruano. De *lege ferenda*, se puede considerar como preferible la propuesta de Zaffaroni; pero esto no basta para reconocer cuál de los posibles sentidos del texto del artículo 15 debe ser considerado como el más conforme a lo estatuido en el conjunto de las normas del Código peruano. Por más impreciso que sea el lenguaje, este fija un marco que no puede ignorarse sin desnaturalizar el texto que se interpreta.

Para determinar en qué sentido debe ser comprendido el artículo 15 y, en particular, si hay que interpretarlo como si regulara el error de comprensión culturalmente condicionado, es indispensable tener en cuenta si las disposiciones del Código Penal peruano pueden ser interpretadas siguiendo las pautas propuestas por Raúl Zaffaroni¹². Esta indagación se impone porque bajo la influencia de sus ideas se ha introducido, en el Código Penal peruano de 1991, el artículo 15. Las mismas que han sido recepcionadas por diversos autores nacionales y aplicadas, como ya lo hemos señalado, sin más para interpretar esta disposición.

2. Concepción y propuesta de Zaffaroni

Raúl Zaffaroni¹³ concibe el error de comprensión culturalmente condicionado a partir de la legislación argentina, en particular del artículo 34 inciso 1 del Código Penal. Según esta disposición, no es punible quien no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”. De esta manera, diferente a la utilizada en la legislación penal peruana, se prevén dos circunstancias que impiden penar al agente de un comportamiento típico.

12 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Alejandro ALAGIA, y Alejandro, SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 694 y ss.

13 ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 704 y ss. Cf. GARCÍA VITOR, Enrique, *Diversidad cultural y derecho penal. Aspectos criminológicos, políticos-criminales y dogmáticos*. Colección Jurídica y Social, 36, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe (Argentina), 1994, pp. 27 y ss.; CESANO, José Daniel y Beatriz KALINSKY, “Delito y diversidad cultural una lectura interdisciplinaria de un fallo”, en *Ley, Razón y Justicia*. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2, n.º 3, enero-julio, Neuquén (Argentina), 2000, pp. 231 y ss.; YRIGOYEN, Raquel, “Control penal y diversidad étnico-cultural”, en ZÚÑIGA, Laura y otros (eds.), *Conflicto social y sistema penal*, Universidad de Salamanca y Colex, Salamanca, 1996, pp. 35 y ss.

La situación determinante es que el agente no pueda comprender la criminalidad del acto o dirigirlo conforme a esta comprensión. Por un lado, esta incapacidad es debida a la insuficiencia de sus facultades o por alteraciones morbosas de las mismas. Se trata de la capacidad de culpabilidad. Por otro lado, dicha incapacidad tiene su origen en el error o ignorancia en que actúa el agente. Así, se comprende tanto al error de tipo como de prohibición. Circunstancias que excluyen el dolo (error de tipo) o la culpabilidad (error de prohibición), respectivamente.

La peculiaridad de esta regulación es que lleva a plantear el problema del error como un factor que determina la capacidad de comprensión del agente. Lo que no sucede en el derecho positivo peruano, ya que la capacidad de culpabilidad está regulada de manera autónoma, aunque de modo parecido a la legislación argentina en la medida en que la hace depender del estado psíquico del agente. Mientras que el error está previsto sin referencia a la capacidad de culpabilidad del agente. Bien, por el contrario, se presupone la existencia de esta capacidad y solo se hace referencia al aspecto sobre el que debe recaer: la ilicitud del comportamiento. De modo que no debe analizarse el error como circunstancia que excluye la capacidad del agente para comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. El sujeto capaz de culpabilidad, en el momento de actuar, debe más bien tener la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento. Esta circunstancia no existe cuando actúa bajo la influencia de un error de prohibición. Si este error es invencible no se le puede reprochar su comportamiento delictuoso; por tanto, no es culpable. La culpabilidad subsiste, por el contrario, en la medida en que tuvo la posibilidad de evitar el error; pero el reproche varía de intensidad según el esfuerzo que hubiera tenido que realizar para vencer el error.

Zaffaroni estima que el llamado error de comprensión culturalmente condicionado es un caso de error de prohibición. Para comprender esta afirmación hay que considerar las premisas de las cuales parte. En su opinión, la culpabilidad tiene como presupuesto la autodeterminación de la persona. El límite mínimo de esta autodeterminación es fijado por el ordenamiento jurídico, de modo que toda autodeterminación que esté por debajo de este límite no es relevante para el derecho penal. En la medida en que la persona tiene la autodeterminación necesaria, se le puede exigir que reconozca la naturaleza antijurídica de su comportamiento. Por esto, la exigibilidad es la base de todas las circunstancias que excluyen la culpabilidad.

Ahora bien, según Zaffaroni, no es exigible el reconocimiento de la naturaleza antijurídica del acto en caso (1) de error de prohibición invencible (artículo

34, inciso 1), y (2) de incapacidad psíquica de comprensión (artículo 34, inciso 2). Pero, aun cuando sea posible exigirle ese reconocimiento, sus posibilidades de decisión pueden estar significativamente reducidas. Es el caso, por un lado, de la situación del (3) estado de necesidad exculpante (artículo 34, inciso 2) y, por otro lado, de la (4) incapacidad psíquica para adecuar su comportamiento a la comprensión de la antijuricidad (artículo 34, inciso 1). Según los criterios tradicionales, se puede decir que los puntos dos y cuatro conciernen a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad: el agente debe tener la capacidad de comprender el carácter antijurídico de su comportamiento y la capacidad de determinarse de acuerdo con dicha comprensión. El punto primero se refiere al error de prohibición (posibilidad de que el agente capaz comprenda la antijuricidad de su acto) y el punto tercero al estado de necesidad, circunstancia de ausencia de culpabilidad debida, fundamentalmente, a que los intereses en conflicto son equivalentes.

Para los fines de esta explicación, es importante indicar que Zaffaroni considera como fundamental en la interpretación del artículo 34, inciso 1, del Código Penal argentino el hecho que en su base se encuentre la idea de la “posibilidad de comprender la criminalidad de un acto”. De donde deduce que la ley no exige el conocimiento de la criminalidad, sino la posibilidad de conocerla. De modo que se trata de “una potencia y no de una efectividad”. Esta posibilidad basta en la medida en que la ley misma no exija conocimientos efectivos de aspectos particulares que configuran la criminalidad de un acto. En su opinión la expresión criminalidad utilizada por el legislador sintetiza “todas las circunstancias objetivas que hacen criminal la conducta”, comprendidos los requisitos que permiten imponer una pena (punibilidad del acto).

Importante, sobre todo, es la manera como define la comprensión. Este término debe ser interpretado no en el mero sentido de conocer o reconocer la criminalidad, sino más bien en el de la “internalización” o “introyección” de la prohibición. Solo respecto de la antijuricidad (valor o desvalor) la comprensión constituye una exigencia máxima, no así para los demás factores referentes a la criminalidad. Respecto de estos es suficiente el conocimiento o la posibilidad de conocimiento. En este sentido, comprender un valor supone que el agente tenga la vivencia tanto de su condición de persona como la condición de la persona ajena, vivencias que se dan en un mundo pleno de significaciones (cultura) y que él debe también comprender. De modo que se comprende un valor (implícito a la antijuricidad) cuando es incorporado como propio, es asumido como pauta de comportamiento (se trata de “cogerlo”, de “agarrarlo”). Sin embargo, para la culpabilidad la ley considera suficiente “la posibilidad exigible de comprensión de la antijuricidad y, *contrario sensu*, que solo es inculpable aquel al que no se le

puede exigir razonablemente la comprensión de la antijuricidad”¹⁴. Esta posibilidad de comprensión no es más que un grado de exigibilidad de la posibilidad hipotética de la comprensión del injusto del hecho.

En este nivel, Zaffaroni señala que las diferencias en la comprensión del mundo pueden ser tan grandes que, en situaciones extremas, hacen jurídicamente inexigible la comprensión de la antijuricidad, porque no se le puede exigir a nadie que incorpore como suyos valores ajenos, que “incorpore a sus propias pautas de conducta otras diferentes, que responden a una concepción del mundo y de sí mismo por entero distinta”¹⁵.

Explicada así la comprensión, Zaffaroni afirma, de manera consecuente, que la imputabilidad es ausencia de impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuricidad y para la adecuación de la conducta conforme a esa comprensión. Si este no es el caso, no se puede exigir al agente tal comprensión y, por tanto, no puede ser considerado culpable. Asimismo, señala que tampoco se puede exigir al agente la comprensión de la criminalidad en caso de las diversas circunstancias de error de prohibición y de otros errores exculpantes. En un tercer apartado, considera los que él denomina errores directos de comprensión y conciencia disidente¹⁶.

Desde su perspectiva, el error de comprensión es un caso de error de prohibición directo, ya que este no se agota en el desconocimiento de la prohibición o de sus alcances, sino que también comprende el caso en que “el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, es decir, su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo”. Aquí, se trataría generalmente de casos en los que el agente ha interiorizado valores diferentes e incompatibles con aquellos sobre los cuales se fundamenta la norma prohibitiva penalmente reforzada. Sin embargo, Zaffaroni precisa su idea diciendo que la culpabilidad no requiere que el sujeto haya internalizado esos valores, sino solo “que haya tenido la posibilidad de internalizarlos de un grado razonablemente exigible. La exigibilidad depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debe realizar para materializar esa comprensión efectiva”¹⁷. Si el esfuerzo que el agente debe realizar es tal que no resulta razonable exigirle que lo haga, se presenta la inexigibilidad jurídica y, por tanto, queda excluida

14 ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 650.

15 ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 650.

16 ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 700 y ss.

17 ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 705.

la reprochabilidad, ya que el error de comprensión es un error de prohibición invencible.

Una de las ventajas de esta interpretación y de la introducción del criterio del error de comprensión, según Zaffaroni, es el eludir “la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o que se hallan en estado peligroso”. Asimismo estima este autor, por un lado, que las demás alternativas propuestas resultan artificiosas pues en el caso del indígena “lo que no puede exigírseles es la comprensión de la criminalidad”¹⁸. De manera correcta, concluye destacando el aspecto constitucional del problema en la medida en que, en la Constitución argentina, se ha reconocido “la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural” (artículo 75 inciso 17).

Para avanzar en nuestro análisis, conviene considerar uno de los ejemplos dados por Zaffaroni para ilustrar la noción de “comprensión”. De manera esquemática, dice que “el antropólogo puede conocer y describir en otras culturas la eliminación de los ancianos, la poligamia, la poliandria, la ablación del clítoris o el suicidio de la viuda, pero no es posible exigirle que los comprenda”. Para los fines que perseguimos, tendríamos que imaginar cómo hubiese debido juzgarse al antropólogo si, viviendo entre los pueblos cuya cultura estudiaba, hubiere internalizado sus pautas culturales y, por ejemplo, se hubiese vuelto a casar y, breve tiempo después, participado en el hecho de matar a su anciano e inválido suegro, como lo exigen sus nuevas pautas culturales. De haber permanecido en Polinesia, no solo no hubiera sido sancionado, sino quizás felicitado por su real y efectiva integración a la cultura local. Pero, si hubiera regresado a su país de origen, las autoridades competentes, conociendo lo realizado por el antropólogo en el extranjero, se hubieran debido preguntar si debían procesarlo penalmente por homicidio y bigamia. Si, por razones puramente didácticas, dejamos de lado los problemas que se hubieran presentado respecto de la aplicación de la ley penal en el espacio (por ejemplo, el criterio de la doble incriminación respecto del principio de la personalidad activa o pasiva) y suponiendo que dichas autoridades apliquen los criterios de Zaffaroni, podemos imaginar que hubiesen tenido que decidir si el antropólogo había o no actuado bajo la influencia de un error de comprensión culturalmente condicionado. Al participar en la muerte de su suegro, él conocía que conforme a las pautas culturales de su país de origen cometía un acto prohibido y punible; sin embargo, lo hacía conforme a las nuevas pautas culturales que había internalizado. Por lo tanto, conforme al derecho

18 ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 705 y ss.

de su país no podía ser considerado culpable ya que no se le puede exigir que renuncie a sus nuevas convicciones, ni ignorar, sin atentar contra su dignidad de persona, que ha abandonado sus pautas primigenias en favor de las de Polinesia. Sin embargo, difícilmente puede admitirse que se trata de un error en la medida en que conoce muy bien ambos sistemas de pautas culturales y lo que hace es escoger conscientemente la que sigue al momento de actuar. Es decir, no es posible pensar en una inexigibilidad de comprensión de la criminalidad del acto proveniente de un error. El antropólogo no ha errado, no se ha equivocado de modo que jurídicamente pueda considerarse que, al momento de actuar, no hubiese podido comprender la criminalidad de su acto en relación con el derecho de su país de origen. Respecto del derecho de Polinesia, no existe problema porque no ha cometido infracción alguna.

De manera más evidente, continúa sosteniendo Zaffaroni, el problema se presenta “en la sociedad contemporánea, debido a la movilidad horizontal creciente y a las frecuentes migraciones, como también al reconocimiento de la pluriculturalidad”¹⁹, en casos como el de la ablación del clítoris que sigue siendo practicada entre algunos sectores de los inmigrantes musulmanes en países como Francia y España. Este acto que constituye lesiones corporales graves no podría dar lugar a la punición de los autores porque estos han actuado conforme a las pautas culturales que han internalizado. Es decir, no han comprendido (cogido, agarrado) las pautas culturales que están en la base de la legislación penal francesa o española. Han cometido un error de comprensión porque no se les puede exigir que internalicen pautas culturales ajenas a su cultura. Su ámbito de autodeterminación para comportarse según las pautas francesas o españolas ha estado fuertemente reducido por su bagaje cultural propio e irrenunciable. Lo que supone que el “error” es invencible debido a que el agente hubiese debido realizar un esfuerzo de “magnitud tal que surja claramente su inexigibilidad jurídica”. Pero, hasta qué punto no puede exigirse a los inmigrantes el respeto de prohibiciones como la implícita en las normas represoras del delito de lesiones corporales. Sea cual fuere la respuesta, queda la cuestión de saber si se trata realmente de un error, ya que si el agente sabe que su acto está prohibido (por esto, es practicado clandestinamente) no actúa condicionado por una representación del valor del acto que no corresponda con la vigente en el lugar donde actúa. Más bien obra consecuentemente de acuerdo con sus propias pautas culturales, lo que constituye una ratificación o defensa de su cultura; de modo que su manera de proceder se acerca mucho más al comportamiento debido a la conciencia disidente. Según Zaffaroni, en este caso, “se encuentra en un error

19 ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 706.

de prohibición indirecto en razón de suponer falsamente la existencia de una justificante no reconocida por el derecho²⁰. Creer, por ejemplo, que el respeto de la diversidad cultural autoriza a realizar actos aún si contradicen los valores culturales del sistema oficial.

Un ejemplo, dado también por Zaffaroni, más cercano a la realidad peruana es el de las inhumaciones clandestinas. En este caso, dice Zaffaroni: “Quizá el vínculo cultural que impide a la persona comprender la ilicitud de la prohibición de inhumaciones clandestinas no alcance para fundar la invencibilidad del error de comprensión de una lesión o un homicidio, pero no por ello puede excluirse un error de comprensión de tal entidad” (p. 706). Como en el Código Penal peruano no hay disposición que prevea la represión de la violación de una tal prohibición, podemos considerar una hipótesis en un caso semejante: la práctica de la medicina tradicional que, objetivamente, cae en el artículo 290 inciso 2 que reprime el hecho de prescribir, administrar o aplicar cualquier medio supuestamente destinado al cuidado de la salud, aunque obre de modo gratuito. Si actos de esta naturaleza son cometidos de acuerdo a pautas culturales diferentes a las del sistema oficial, puede considerarse que sus autores se equivocan con respecto a la prohibición de ejercer la medicina sin título profesional y, por tanto, sin la autorización debida; asimismo, que este error les impide comprender el carácter ilícito de su comportamiento y que este error se debe a que no han interiorizado la prohibición establecida por el sistema dominante. Si los actos destinados presuntamente a curar son cometidos en el seno de un grupo humano sin contacto con el sistema oficial (por ejemplo, comunidad de indígenas habitando un sector alejado de la Amazonía), sería irracional, como lo permitía el Código de 1924, intervenir y someter al responsable del acto típico a una sanción penal. La razón, sin embargo, no necesita ser la presencia de un error de prohibición o de comprensión porque dichas personas ignoran completamente las normas prohibitivas oficiales. Por tanto, no se les puede exigir que hagan los esfuerzos necesarios para conocer dichas prohibiciones. Tampoco, puede decirse que se equivocan pues el error se basa siempre en una falsa representación de realidad material o de valores que se ha interiorizado; no hacen sino comportarse conforme a su sistema comunitario. En realidad, la cuestión es determinar si es necesario intervenir mediante el derecho penal. La respuesta solo puede ser negativa. En caso de comunidades indígenas (por ejemplo las andinas) más integradas al sistema oficial o también de inmigrantes andinos habitando la periferia de los centros urbanos más importantes, se puede hablar con más facilidad de error de prohibición en la medida en que tienen la posibilidad de conocer

20 ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 704.

la prohibición y si no la respetan es porque no la han interiorizado, lo que hace que crean que actúan debidamente cuando se comportan siguiendo sus propias pautas culturales. Obrando de esta manera, estiman que actúan lícitamente. No resulta, entonces, conveniente recurrir a la noción de error de comprensión culturalmente condicionado. Sobre todo, en el contexto de la legislación peruana, en la que se ha introducido el artículo 15 como norma independiente de la que prevé el error de prohibición.

3. Tentativa de explicación del criterio predominante en el Perú

Cómo explicar esta situación y apreciar mejor el papel desempeñado por las propuestas y las ideas del profesor argentino. Para esto, es indispensable reconstruir, al menos sucintamente, el camino recorrido. El punto de partida está en el hecho que Zaffaroni elabora su interpretación del error sobre la base de la legislación de su país, en especial del artículo 34 inciso 1. Circunstancia a la que ya nos hemos referido anteriormente, pero que los juristas peruanos no han tenido suficientemente en cuenta. Un segundo hito que debe tenerse en cuenta es la propuesta que hizo de “que se elaboren conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes”²¹. El contexto del que parte Zaffaroni²² se percibe bien si se recuerda lo que afirmó, con razón, en el proceso de reforma del Código argentino. Entonces sostuvo: “Me parece correcta la disposición del inciso 3 del artículo 5, que entiendo que consagra el error de tipo, pero no veo razón para que el texto deje en la suprallegalidad el error de prohibición. Si bien esta es la interpretación del texto vigente [...], (contraria a la mía, que entiendo que el inciso 1 del artículo 34 se refiere a ambas clases de error) no me parece conveniente consignarla en una ley nueva [...], lo que habría que hacer es que en un texto futuro no quede fuera de las previsiones legales”. No habiendo sido modificado el Código argentino en el sentido correcto planteado por Zaffaroni y habiéndose más bien conservado el artículo 34 inciso 1, ha debido elaborar su concepción sobre el error de prohibición en base a esta disposición. Condicionado por este hecho, no sorprende que cuando tuvo la ocasión de plantear la solución que debía darse al problema de la influencia de las diferencias culturales en la represión de algunas personas como los indígenas haya sido influenciado tanto por la legislación argentina (especialmente el artículo 34 inciso 1) y de

21 ZAFFARONI, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Buenos Aires, 1986, p. 58.

22 ZAFFARONI, *Proyecto de 1973*, p. 239.

manera consecuente haya tratado de materializar sus ideas. Las mismas que, volvamos a repetirlo, no han sido debidamente comprendidas ni tenidas en cuenta en el Perú.

Comentando el Proyecto de Código Penal peruano de 1985 y sobre la base de las ideas que hemos resumido anteriormente, Zaffaroni consideró, por un lado, que en el artículo 21 debía cambiarse la palabra “imputable” por “inculpable” y, por otro lado, que era conveniente mejorar “la fórmula en forma aproximada” a la siguiente: “Al que por su cultura o costumbre, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, se le declarará no culpable. Cuando por igual razón esa posibilidad se halle disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal”. Este texto fue retomado en el artículo 15 del Código peruano con dos modificaciones: la primera consiste en la substitución de la expresión “se le declarará no culpable” por la de “será eximido de responsabilidad”. La segunda se refiere a la atenuación de la pena respecto a la segunda hipótesis. En la perspectiva argentina, especialmente conforme a las ideas de Zaffaroni, resulta comprensible que el objetivo es regular un caso de error. Pero no así en el contexto peruano, el mismo que no ha sido debidamente tomado en cuenta al momento de introducir el artículo 15.

Un factor que debe haber influido en la manera como los autores nacionales prefieren interpretar el artículo 15 es el hecho de que, en los trabajos de reforma, se planteó calificar de incapaces a ciertas personas en razón de su nivel cultural o de sus costumbres. Así, en el artículo 19 del Proyecto de 1984, se preveía que el “juez puede declarar inimputable o atenuar la pena por debajo del mínimo legal al que, por su grado de cultura o costumbres, comete un hecho punible sin poder apreciar debidamente la ilicitud de su acto o determinarse de acuerdo con esa apreciación”.

La Asociación de Magistrados²³ consideró que la técnica es deficiente y que estaba dirigida a ser aplicada a “los indígenas u otros habitantes de las culturas de la selva de nuestro país”. Luego de indicar que estos pueden ser imputables o inimputables como cualquier otra persona, señaló que declararlos “inimputables por su cultura es asumir una posición etnocentrista inadmisibles que desprecia por inferiores a la cultura indígena u otras”. De donde concluyó diciendo que es “suficiente dejar a criterio de los jueces evaluar la culpabilidad a la luz de sus

23 ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS, “Observaciones al Proyecto de Código Penal”, en *Boletín de la Asociación de Magistrados*, 1, mayo, 1985, pp. 3-12, en particular observación N.º 9.

costumbres, tradicionales y creencias [...]. En todo caso bastan las disposiciones sobre el error”. De esta manera, los autores de esta declaración no consideraron que el artículo 19 del Proyecto regulara el error de prohibición culturalmente condicionado. Entre estos autores se encontró Villavicencio, miembro de la Directiva de la Asociación, la misma que agradeció a César San Martín Castro por “su colaboración en la redacción de estas observaciones”²⁴. En términos semejantes se pronunció Villavicencio²⁵ en una breve nota periodística. Después de señalar que la “intención es buena pero la terminología inaceptable”, afirma que a su juicio “es suficiente dejar a criterio de los jueces el evaluar la capacidad penal de los indígenas. Siguiendo a los tribunales nacionales (quienes suelen completar el fundamento de sus sentencias haciendo referencias a las disposiciones sobre el error) basta considerarlos inculpables, o susceptibles de atenuación de responsabilidad”.

Sin embargo, este antecedente y la corrección de las críticas no justifican que se interprete el artículo 15 en el sentido de la noción de error culturalmente condicionado. Por el contrario, la similitud de esta disposición con la prevista en el artículo 20, inciso 1, debió llamar la atención para evitar el error de prever una causa de incapacidad cuando se quería, en realidad, establecer una circunstancia de ausencia de culpabilidad. Como se afirma en esos comentarios, bastaba referirse a la disposición relativa al error de prohibición o, en caso de considerarse indispensable por razones prácticas y políticas, indicar expresamente que se tengan en cuenta las diferencias culturales al momento de apreciar si el agente actúa bajo la influencia de un error de prohibición.

4. Aplicación judicial del error de prohibición culturalmente condicionado

El acceso a las resoluciones dictadas por la Corte Suprema, así como por los Tribunales Correccionales en los procesos en que son última instancia, es muy limitado debido a que no son oficialmente publicadas. Las publicaciones particulares son limitadas e incompletas. Esta situación absurda impide que se pueda determinar qué criterios de interpretación han sido establecidos de modo que se pueda hablar de jurisprudencia, por ejemplo, respecto a la aplicación del artículo 15 del Código Penal.

24 ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS, “Observaciones al Proyecto de Código Penal”, en *Boletín de la Asociación de Magistrados*, 1, mayo, 1985, p. 12.

25 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “De indígenas y penas en el Proyecto de Código Penal”, en *La República*, Lima, 21 de diciembre de 1984, p. 15.

Durante la vigencia del Código de 1924, la influencia de las diferencias culturales en la represión se dio respecto a algunos delitos. Así, en relación con los pobladores andinos, hay que considerar el caso del *servinacuy*, costumbre indígena relativa al matrimonio, consiste en que la pareja cohabita maritalmente antes de formalizar la unión conyugal. Si la mujer es menor de 14 años, las relaciones sexuales practicadas comportan, según el derecho penal vigente, la comisión de un delito sexual; siendo por el contrario y según la pauta cultural de la comunidad, un comportamiento permitido por haber tenido lugar en un contexto socialmente positivo. En estos casos se llegó a exculpar al procesado invocando el error de prohibición²⁶.

En cuanto al artículo 15, consideramos interesante presentar dos resoluciones supremas relacionadas con la toma en consideración de las peculiaridades culturales de los procesados. La primera²⁷ concierne los hechos siguientes: Rosa, esposa de Mauro, abandonó su hogar, marido y ocho hijos porque la maltrataba su marido. Así, se trasladó a un pueblo vecino, donde se unió con Teodosio. Los procesados, actuando como ronderos de la localidad, detuvieron a Rosa y Teodosio, los sometieron a tratos humillantes e inhumanos, los obligaron a pagar una suma de dinero y, por último, impusieron a Rosa que entregue a su esposo la casa que ella había heredado de su padre.

La Primera Sala Penal de la Corte Superior de Áncash falló absolviendo a los procesados. La Sala Penal de la Corte Suprema confirmó esta sentencia, basándose en el dictamen emitido por el fiscal supremo en lo penal. Este último argumentó diciendo que los procesados actuaron con la “finalidad de poder resolver [la] denuncia conyugal-familiar” interpuesta por Mauro contra su esposa Rosa, “aplicando normas del derecho consuetudinario y ancestral”. Las mismas que, según el mismo fiscal, “se encuentran contempladas en el artículo 149 de la Constitución Política”. Si bien admite que “al momento de suceder los hechos hubieron algunos excesos contra los agraviados, debe también tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron los hechos”. Asimismo, indica que los procesados, con posterioridad, “han ofrecido las disculpas del caso, devolviendo las pertenencias” a los agraviados, dando “a entender de que no han actuado con malicia sino con el ánimo y espíritu de mantener unida a dicha familia”. Señalando finalmente que por estas circunstancias “se podría tomar como un error cultural condicionado”.

26 *Revista del Foro*, 1939, p. 587; *Anales Judiciales*, 1943, p. 441; *Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República*, N.º 4, Lima, 1972, p. 211; HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Eddili, Lima, 1987, pp. 442 y ss.

27 *Data Electrónica de Gaceta Jurídica*, Lima, 2001, p. 35.

La Corte Suprema, sin entrar en el fondo del asunto, se limita a confirmar la absolución y a corregir el error en que había incurrido el Tribunal Correccional al escribir el nombre de uno de los procesados. La aceptación sin comentario alguno de los argumentos del fiscal muestra la ligereza con que se administra justicia al más alto nivel del aparato judicial.

Los comportamientos cometidos por los procesados en agravio de las víctimas son conformes a diversos tipos legales (infracciones contra el honor, la integridad corporal, la libertad individual, el patrimonio), cuya realización es admitida por el fiscal refiriéndose a ellos como “excesos contra los agraviados”. Afirmar que no actuaron con malicia resulta vago, ya que no se sabe si se hace referencia a un simple elemento subjetivo del tipo o constituye una negación de que los agentes actuaron con dolo. Esto resulta difícil de admitir porque está claro que obraron con consciencia y voluntad de humillar, maltratar, coaccionar y despojar de bienes a los agraviados. De modo que objetiva y subjetivamente se dan los tipos legales.

El hecho que, posteriormente, hayan pedido disculpas a los agraviados y les hayan devuelto sus pertenencias no tiene influencia alguna en la calificación y comprobación de los comportamientos perjudiciales. Para absolver a los autores era indispensable invocar una causa de justificación o de falta de culpabilidad. Así, habría podido plantearse si actuaron conforme a la ley (artículo 20, n.), ya que el fiscal afirma que los procesados actuaron conforme a “normas del derecho consuetudinario y ancestral”. Sin embargo, fuera de esta afirmación general y vaga, no se menciona cuáles son las normas consuetudinarias que permiten a los ronderos a humillar, maltratar de manera inhumana, imponer pagos de dinero coactivamente, despojar de bienes inmuebles a las personas. A lo más, tal vez, se hubiera podido afirmar que los ronderos intervinieron en base a normas que han surgido y consolidado desde que este medio de autodefensa surgió en el Perú. Sin embargo, esto no basta para justificar los abusos que cometieron.

El hecho de que se invoque el derecho consuetudinario y el artículo 149 de la Constitución hace pensar que se ha tenido en cuenta el artículo 15 del Código Penal, lo que explicaría que se haga referencia al ámbito cultural y geográfico (Acopara-Distrito de Huántar) en que sucedieron los hechos. En cuanto a la norma constitucional, hay que señalar que la permisión que contiene sobre la aplicación del derecho consuetudinario está limitada a que esta tenga lugar respetando a los derechos humanos. Ahora bien, se viola estos últimos cuando se humilla, maltrata inhumanamente, coacciona y priva de su patrimonio a una persona. La dignidad humana es directamente atacada. Por tanto, no podía constituir la base para absolver a los inculpados.

En cuanto al artículo 15, no invocado expresamente, en ningún momento, se ha afirmado que por su cultura o costumbres los autores eran incapaces de comprender el carácter ilícito de sus actos o de determinarse según esta apreciación. Del dictamen fiscal no se deduce que ellos mismos hayan invocado esta incapacidad. En realidad, todo lleva a admitir que sabían lo que hacían.

Tampoco, aceptando la equivocada idea de que el artículo 15 prevé el denominado error de prohibición culturalmente condicionado, se puede llegar a explicar y justificar la absolución. Este tipo de error supone que el autor sepa que su comportamiento está jurídicamente prohibido, pero estima, equivocadamente, que existe una causa de justificación o que los límites de aplicación de esta son más amplios que los establecidos en la ley. Al respecto, no basta que se diga “haber creído actuarse conforme a derecho”, sino que se indique las razones decisivas que permitan creerse en derecho de obrar de la manera como se hizo. Esto resulta muy difícil de admitir cuando se trata de violaciones graves de derechos fundamentales, la dignidad, libertad, integridad corporal, honor, patrimonio de las personas. Dicho de otra manera, resulta imposible admitir que los ronderos pensasen que maltratar de manera inhumana a los agraviados o despojar de su casa a la agraviada no fueran comportamientos prohibidos. Tampoco es posible aceptar, al menos en la medida en que no se ha establecido en qué normas de derecho ancestral basaron sus comportamientos, que creyeron que estaban actuando conforme a derecho. Lo cual es válido afirmarlo tanto respecto al derecho conformado por la Constitución y las demás normas establecidas o reconocidas por el Estado, como en cuanto a las supuestas normas consuetudinarias y ancestrales, las mismas que no han sido debidamente determinadas en el dictamen fiscal. No basta que el agente actúe reivindicando que no hace otra cosa que hacerse justicia por sus propias manos.

La constatación que, cuando sucedieron los hechos, no existía juez de Paz ni gobernador puede explicar que “los encausados se avocaron a resolver dicho caso” debido a un vacío de poder y a la necesidad de resolver los conflictos personales de los pobladores; pero nunca puede servir para justificar que tal intervención se haga abusando del poder y violando los derechos fundamentales de las personas. Si se admite esto, no solo se trata de una abdicación del ejercicio legítimo y democrático del poder, sino del abandono de la protección de los derechos humanos. Por último, hay que indicar que se llega al absurdo cuando se recurre también al argumento de que los ronderos actuaron para “mantener unida la familia”, ya que esta se encontraba en crisis debido a que el marido maltrataba físicamente a la agraviada, maltratos señalados en el mismo dictamen. La protección de la familia no puede hacerse en detrimento de los derechos humanos de uno de sus miembros.

El segundo caso²⁸ se refiere también a actos cometidos por ronderos. Esta vez, los miembros de un Comité de rondas campesinas detienen a Ramón y lo encierran durante varios días en el local de dicho Comité. Ocasión en que, según el dictamen fiscal, “haciendo uso de la violencia le obligaron a confesar delitos que no había cometido. Y lo pusieron en libertad, solo después de que entregara a uno de los procesados un caballo.

Asimismo, privaron de la libertad a Ermitaño en los mismos locales del comité, lo obligaron a confesarse autor de delitos que no había cometido y lo liberaron después de haber prometido que pagaría una suma de dinero a un tercero.

Los comportamientos atribuidos a los procesados consisten en privar de la libertad a los agraviados y de obligarlos a realizar actos de disposición patrimonial, así como de ejercer violencias sobre ellos para hacerles confesar la comisión de delitos contra terceros. Sin embargo, de manera esquemática, el fiscal afirma que en el “proceso no existen pruebas fehacientes que acrediten la responsabilidad penal de los procesados”. Lo cierto es que los comportamientos fueron cometidos y que objetivamente estaban comprendidos en algunos tipos legales. De modo que lo esencial era de saber qué circunstancia permitía excluir la ilicitud de esos actos o la culpabilidad de los autores. Solo respecto a la privación de libertad, el fiscal afirma que “debe tenerse en cuenta que la captura efectuada por los ronderos acusados se encuentra amparada en la Constitución en su artículo 149 y, que, si bien es cierto existe esta imputación, también es verdad que fueron liberados formalizando denuncia contra ellos”.

La citada norma constitucional no puede ser aplicada como justificante general en razón de que autoriza que los campesinos y poblaciones nativas ejerzan jurisdicción aplicando sus normas consuetudinarias. Esta norma constitucional solo es una norma de reenvío en la medida en que los actos jurisdiccionales suponen una base legal. De modo que detener, confiscar, coaccionar como medios del ejercicio jurisdiccional deben practicarse de acuerdo con las bases del Estado de Derecho y, en particular, como lo establece la misma norma citada respetando los derechos fundamentales. En este sentido y siempre que existiera una norma consuetudinaria que lo permitiese, detener si, pero no atar en una picota, por ejemplo, como hicieron los procesados. La devolución de la cosa de la que fue despojada uno de los agraviados no justifica el comportamiento típico precedente cometido por los procesados.

28 Instrucción N.º 910-96; Corte Superior de Piura; C. S. N.º 5622-97; Dictamen N.º 4416-97-MP-FN-2ºFSP, en *Gaceta Jurídica*.

La manera como se invoca el artículo 149 de la Constitución, los usos y costumbres de los procesados e, implícitamente, el artículo 15 del Código Penal constituye un pésimo servicio al movimiento dirigido a hacer respetar el carácter multicultural de la sociedad peruana, así como a garantizar la protección de los derechos humanos.

5. A manera de conclusión

En toda reforma legislativa, hay que tener en cuenta las experiencias de legisladores foráneos y los planteamientos efectuados por teóricos tanto para abandonar o perfeccionar regulaciones existentes, como para introducir otras nuevas. Esto supone no solo tener una actitud abierta hacia la recepción de ideas y modelos foráneos; sino la capacidad para analizarlos previamente y adaptarlos a nuestra realidad social y política, así como a nuestro contexto jurídico.

En esta perspectiva, con relación al ejemplo del error de comprensión culturalmente condicionado, debemos repetir que no se ha tenido el debido cuidado al introducir el artículo 15, basándose en la propuesta de Zaffaroni, en el Código Penal de 1991. Hubiera bastado, una vez aceptada como correcta la previsión de esta categoría dogmática, tomar la distancia debida teniendo en cuenta la legislación y la concepción teórica sobre las cuales había sido imaginada. De esta manera, se hubieran evitado los problemas de interpretación que hemos señalado. Sin embargo, no se procedió así debido a que se asumió de manera “dogmática” y no creativa la propuesta.

Para precisar aún más lo antes expresado, conviene indicar la manera como en el Anteproyecto de Código Penal para el Ecuador (parte general) de marzo 1993, elaborado con el asesoramiento de Manuel Rivacoba y Rivacoba y Raúl Zaffaroni²⁹, se regula el denominado error de comprensión culturalmente condicionado. Para comprender la técnica empleada, señalemos que, ante todo, se determina la falta de capacidad de culpabilidad. Así, en el artículo 18, inciso 5, se prevé: “El que por cualquier motivo carezca, en el momento del acto, de la capacidad de representarse las consecuencias de su obrar, de comprender su criminalidad o de adecuar su conducta a dicha representación o comprensión”. Sin entrar a analizar si la definición es correcta o no, señalemos que se precisa muy bien que se trata de la capacidad que tiene el agente al momento de actuar. Lo que permite a los autores del proyecto, en las disposiciones siguientes, regular, primero, el error “acerca de algún elemento constitutivo de la infracción”

29 *Anteproyecto de Código Penal para el Ecuador (parte general) de marzo 1993*, Texto mimeografiado, Quito s/f.

(artículo 18, inciso 7: error de tipo legal); segundo, el error “acerca de la criminalidad de su obrar” (artículo 18, inciso 7: error de prohibición) y, tercero, la circunstancia de que el agente “por su cultura o costumbres no comprende la criminalidad de su obrar o no se le puede exigir que adecue su conducta a dicha comprensión” (artículo 18, inciso 9). En este último caso, a diferencia de lo que sucede en el artículo 15 del Código Penal peruano, no se establece que el agente “por su cultura o costumbres” no tenga la “capacidad de comprender la criminalidad del acto” o de “determinarse de acuerdo con esta apreciación”. Se refiere más bien al hecho, por un lado, de que el autor haya o no haya comprendido y, por otro, si se le puede o no exigir que se determine en consecuencia. De modo que el sujeto que debe comprender y determinarse es una persona capaz de actuar culpablemente; pero a quien no se le puede reprochar su manera de comportarse debido a que ha actuado conforme a su cultura o costumbres. Se trata entonces de una causa de ausencia de culpabilidad, lo que es, justamente, lo que propone Zaffaroni; pero que no ha sido debidamente regulado en el artículo 15 del Código Penal peruano.

En la misma perspectiva, en el Proyecto de Código Penal de Guatemala³⁰, después de definir la imputabilidad como capacidad de “comprender la ilicitud del hecho” y de “dirigir sus acciones conforme a esa comprensión” (artículo 19), se excluye la culpabilidad, junto a los casos de error y otros, “cuando la persona perteneciere a una comunidad indígena que aceptare o fomentare regularmente la conducta ilícita, conforme a costumbres o prácticas arraigadas, salvo que ello implicare una grave afectación de los derechos humanos fundamentales” (artículo 20, letra d). El carácter de eximente de culpabilidad de esta circunstancia reside en el hecho de que, en razón de su cultura, no se puede exigir al agente que obre, en su medio social, de manera diferente a sus pautas culturales. El Estado debe respetar la cultura del agente hasta el límite del respeto de los derechos humanos. No se trata, en consecuencia de una causa de incapacidad de actuar culpablemente en el sentido del artículo 19 del mismo proyecto.

Sin pretender darlos como ejemplos o aconsejar su recepción, en ocasión de una futura modificación del Código Penal vigente, creemos que el tener en cuenta los textos citados permitiría un mejor análisis teórico de la categoría en cuestión y, por tanto, regularla mejor legislativamente si se considera indispensable su introducción.

30 *Proyecto de Código Penal de Guatemala*, texto mimeografiado, MINUGUA, Guatemala, s/f; HURTADO POZO, *Droit pénale. Partie spéciale*, 3.^a ed., Zurich, 2000, t. I, pp. 154 y ss.

Regular específicamente estos casos solo se justifica, una vez determinado debidamente el error de prohibición, en la medida que sea necesario imponer a los órganos de justicia que presten atención sobre las diferencias culturales que existen en países como el Perú, en los cuales se ha ignorado casi completamente la situación, en particular, de los indígenas frente al sistema penal oficial. En este sentido, podría indicarse de manera general que, al momento de apreciar el error de prohibición y de individualizar la pena, debe tomarse debidamente en cuenta las pautas culturales propias al agente. No resulta, evidentemente, suficiente ni conveniente hacerlo de la manera como lo ha hecho el legislador boliviano. Este de manera errónea y restringida prevé, como circunstancia atenuante general, el hecho que “el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley”.

Tampoco es satisfactoria la manera como, en el Código de los niños y adolescentes, Ley N.º 27337 del 2 de agosto de 2000, se declara, en el artículo VII, segundo párrafo, del Título Preliminar, referente a las “Fuentes”, que: “Cuando se trate de niños o adolescentes pertenecientes a grupos étnicos o comunidades nativas o indígenas, se observará, además del Código y la legislación vigente, sus costumbres, siempre y cuando no sean contrarias a las normas de orden público”. De esta manera no se hace sino repetir lo establecido en el artículo 149 de la Constitución. Los inconvenientes de prever la inimputabilidad en razón de la diversidad cultural se han puesto en evidencia en el sistema de Colombia³¹. Según el artículo 33 del Código Penal de este país, es imputable “quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”. Y, en el artículo 73 de la misma ley, se dispone la “reintegración al medio cultural propio” cuando “el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural”. Esta medida consistirá, conforme con esta misma disposición, “en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca”. Estas disposiciones fueron impugnadas como inconstitucionales, por un lado, porque implican desconocer las atribuciones de las autoridades indígenas, las cuales, según el artículo 246 de la Constitución, ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos. Considera entonces que “son las autoridades indígenas quienes investigan y juzgan las conductas presuntamente ilícitas de los

31 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 2002, pp. 410 y ss.; LONDOÑO BERRÍO, Hernando León y Alicia Eugenia VARGAS RESTREPO, “El indígena ante el derecho penal”, en *Nuevo Foro Penal* 63, Medellín, 2000, pp. 87 y ss.

miembros de su comunidad”, y por ende esa potestad no puede ser trasladada a los jueces ordinarios. Por otro, por ser discriminatorias y porque vulneran el pluralismo, puesto que consideran a los indígenas inimputables, solo por poseer “una cosmovisión diferente” y por no “no compartir los valores y sistema occidentales”. Por último, se afirmaba que la medida de seguridad era inconstitucional porque no puede ser una sanción ya que “es un derecho constitucional fundamental del indígena hacer parte de su conglomerado social, de su comunidad ancestral, de sus valores y de su diferente cosmovisión”.

El Tribunal Constitucional, en una extensa e interesante sentencia³², llega a la conclusión de que es exequible el artículo 33 en la parte que prevé la falta de capacidad de culpabilidad por razones socioculturales, en la medida en que dicha incapacidad no sea comprendida en sentido peyorativo sino más bien como la ocasión para que las autoridades oficiales respeten y protejan la diversidad cultural de la población colombiana. Sin embargo, considerando que esta solución puede dar lugar a injusticias debido a que, tratándose de indígenas, estos deberían ser sometidos a una medida de seguridad, mientras que quienes no lo son escaparían a toda represión, el Tribunal Constitucional considera que, primero, debería comprobarse que el procesado indígena no ha incurrido en un error de prohibición inevitable. Si este es el caso, debería ser absuelto por falta de culpabilidad. En caso contrario, debería constatarse si no era incapaz, por su diferente cosmovisión, de comprender el carácter delictuoso de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. Si se trata de un incapaz, en este sentido, el indígena debe ser remitido a su comunidad, donde las autoridades nativas se encargarán de procesarlo.

Los esfuerzos de los jueces colombianos son notables. Sin embargo, todas sus argucias interpretativas hubieran sido evitadas si las disposiciones penales hubieran sido mejor concebidas. En realidad, ellos admiten que la solución es, en primer lugar, la toma en consideración del error de prohibición. Asimismo, que la noción de incapacidad de culpabilidad no implica necesariamente un tratamiento peyorativo de las personas consideradas como tales por razones culturales, ya que en buena cuenta la declaración de inimputables con relación a los enfermos mentales no constituye tampoco un juicio de valor negativo sobre su dignidad personal. Por último, señalemos que a los jueces colombianos, como los juristas peruanos, incurren en el mismo defecto de considerar la noción de

32 CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C-370/2002, REF.: Expediente N.º D-3751, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil dos (2002).

“error de comprensión culturalmente condicionado” como una realidad, a la que es indispensable encontrar un lugar en la legislación vigente. De los argumentos que ellos exponen, se llega a percibir que, en su opinión, de lo que se trata es “de que en esos casos debe absolverse, por error de prohibición culturalmente condicionado”. Al respecto, se puede decir que, entendido de esta manera el error de comprensión, no es diferente del error de prohibición y que este está siempre culturalmente condicionado. Para finalizar este trabajo, subrayemos, una vez más, que visto el problema en una perspectiva más amplia, hay que admitir que por su complejidad requiere una pluralidad de respuestas para considerar sus diferentes aspectos. Respuestas que deben ir desde la no intervención cuando el suceso penalmente significativo acaece al interior de una comunidad completamente aislada y que no tiene repercusiones en el resto de la sociedad, hasta la aplicación de las eximentes y atenuantes previstas en la ley penal teniendo en cuenta las pautas culturales que han condicionado el comportamiento del agente. En este caso, debe jugar un papel significativo la categoría del error sobre el carácter ilícito del acto. De modo que es superfluo prever una regla tal como la prevé el artículo 15. La regulación de la falta de capacidad de culpabilidad no debe borrar los límites con las restantes condiciones de punición y, en particular, con el error sobre la índole ilícita del comportamiento. En esta perspectiva, toda elaboración, interpretación y aplicación de normas legales debe hacerse respetando la pluralidad e igualdad de las diferentes culturas, única manera de tener debidamente en cuenta la dignidad de las personas y los derechos humanos.

6. Bibliografía sucinta

Anteproyecto de Código Penal para el Ecuador (parte general) de marzo 1993, Texto mimeografiado, Quito s/f.

ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS, “Observaciones al Proyecto de Código Penal”, en *Boletín de la Asociación de Magistrados*, 1, mayo, 1985.

BRAMONT ARIAS, Luis y Luis BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal anotado*, 4.ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 2001.

CESANO, José Daniel y Beatriz KALINSKY, “Delito y diversidad cultural una lectura interdisciplinaria de un fallo”, en *Ley, Razón y Justicia*. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2, n.º 3, enero-julio, Neuquén (Argentina), 2000.

FRANCIA, Luis, “Pluralidad cultural y derecho penal”, en *Derecho*, vol. 47, PUCP, Lima, 1993.

- GARCÍA VITOR, Enrique, *Diversidad cultural y derecho penal. Aspectos criminológicos, políticos-criminales y dogmáticos*. Colección Jurídica y Social, 36, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe (Argentina), 1994.
- HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Eddili, Lima, 1987.
- HURTADO POZO, José, “Impunidad de personas con patrones culturales distintos”, en *Derecho*, vol. 49, PUCP, Lima, 1995.
- HURTADO POZO, José, *Droit pénale. Partie spéciale*, t. I, 3.^a ed., Zurich, 2000.
- LONDOÑO BERRÍO, Hernando León y Alicia Eugenia VARGAS RESTREPO, “El indígena ante el derecho penal”, en *Nuevo Foro Penal* 63, Medellín, 2000.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal I. Estudio programático de la Parte general*, Grijley, Lima, 1994.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Proyecto de Código Penal de Guatemala*, texto mimeografiado, MINUGUA, Guatemala, s/f.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 2002.
- VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal. Parte general*, 2.^a ed., Editorial San Marcos, Lima, 2001.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “De indígenas y penas en el Proyecto de Código Penal”, en *La República*, Lima, 21 de diciembre de 1984.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “Ley penal y hecho punible en el Código penal peruano de 1991 y en el Anteproyecto de Código penal para Guatemala de 1990”, en *Revista de los Abogados del Valle del Cauca* 27/28, Cali, 1993.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código Penal comentado*, 3.^a ed., Grijley, Lima, 2001.
- YRIGOYEN, Raquel, “Control penal y diversidad étnico-cultural”, en Zúñiga, Laura y otros (eds.), *Conflicto social y sistema penal*, Universidad de Salamanca y Colex, Salamanca, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Documento final del Programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986), Buenos Aires, 1986.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

V

Responsabilidad penal de las personas jurídicas*

Sumario: 1. Introducción. 2. Criminalidad moderna y evolución legislativa. 3. Personas jurídicas en el Código Penal de 1991. 4. Legislación penal complementaria. 5. Perspectiva.

1. Introducción

La evolución del derecho penal se caracteriza por su constante subjetivización: abandono de la idea de responsabilidad colectiva y objetiva en favor de una concepción individual, personal de la responsabilidad penal.

El desarrollo de las ideas individualistas durante el Siglo de las Luces y su consagración política mediante el triunfo de la Revolución Francesa fueron determinantes para que, tanto en la doctrina como en la legislación, se impusiera la idea de la responsabilidad individual. En derecho penal, significó el reconocimiento de la persona natural como la sola capaz de dirigir y controlar su comportamiento y, por tanto, de ser declarada culpable. Siendo la culpabilidad la base indispensable de la pena, único medio de reacción penal admitido entonces, esta solo podía ser impuesta a la persona natural. De esta manera, se excluyó a las agrupaciones de individuos, constituidas formalmente, del ámbito del derecho penal. Este hecho fue percibido como un avance frente a los criterios que habían sido con frecuencia admitidos anteriormente. La responsabilidad fue considerada como más respetuosa de la naturaleza de la persona humana.

* Publicado en *Anuario de Derecho Penal 1996*, monográfico sobre *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, 1996, pp. 141-158.

Simultáneamente a este proceso, no es de olvidar que se fueron desarrollando otras formas de responsabilidad. En especial, la de índole civil, la que –a diferencia de la responsabilidad penal– se orienta a la reparación del perjuicio sufrido por las víctimas de actos ilícitos y no a la retribución del autor culpable. En este marco doctrinario y legislativo, se conciben las personas jurídicas. Para poder imputarles responsabilidad por actos ilícitos y obligarlas a indemnizar a las personas afectadas, se les considera como poseedoras de una cierta voluntad y titulares de un patrimonio. Un hito importante en este proceso estuvo constituido por el reconocimiento, a fines del siglo XIX, que el Estado, además de un poder público, es una persona jurídica de derecho público.

Fuera del derecho penal, se ha ido así gestando y consolidando una responsabilidad colectiva. Hecho que implica, de un lado, despersonalizar la responsabilidad (el ente colectivo en lugar de la persona individual). De otro lado, socializar la responsabilidad (en la medida en que se adopta el criterio de solidaridad con respecto a la necesidad de reparar los perjuicios).

Esta tendencia se presenta, igualmente, en el ámbito penal; por ejemplo, se replantea la reacción punitiva teniendo en cuenta, de manera más efectiva y concreta, los derechos de las víctimas de la delincuencia. Del mismo modo, al renovarse los criterios fundamentales de la reacción penal mediante el reconocimiento, junto a la responsabilidad del autor individual, de la responsabilidad del Estado o de la sociedad en la comisión del delito. E igualmente, al plantearse la posibilidad y la conveniencia de admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La referencia inicial a la subjetivización del derecho penal será mal comprendida si no se tiene en cuenta que solo se refiere a la evolución de las ideas y de la legislación penal de ciertos países. Se trata de todos aquellos cuyos ordenamientos jurídicos forman parte del denominado sistema europeo continental. En relación con el tema que nos ocupa, de aquellos en los que el sistema penal está fuertemente influenciado por la dogmática alemana.

Existen otros mundos culturales, otros sistemas jurídicos o dogmáticos, otras maneras de concebir la persona y la responsabilidad. En el sistema anglosajón del Common Law, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es ampliamente reconocida desde el siglo XIX.

Al respecto y considerando, como verdad absoluta, que la individualización de la responsabilidad constituyó un progreso debido a un refinamiento de la civilización, sería inexacto afirmar que la responsabilidad de las personas jurídicas constituye un atavismo que sobrevive en el sistema anglosajón.

Tampoco se puede adoptar dicha perspectiva para apreciar la regulación legislativa de la responsabilidad penal de las agrupaciones en diversos países europeos: por ejemplo, Holanda, Suecia, Noruega, Portugal y, últimamente, Francia. De acuerdo con sus peculiaridades nacionales, se han recepcionado, como ha sucedido también con otras instituciones penales, las concepciones anglosajonas.

Este hecho no puede explicarse afirmando que se debe, de una parte, a que no existe dogmática penal en dichos países o que no está suficientemente desarrollada y, de otra parte, al avance de criterios puramente pragmáticos en perjuicio del respeto de los principios dogmáticos. Afirmaciones de esta naturaleza parten de la idea errónea que existe solo una dogmática verdadera y técnicamente correcta. Lo cierto es que “dogmática” se hace por todas partes, en la medida en que se explican y sistematizan conceptos, nociones y principios con la finalidad de que las leyes sean aplicadas de manera igualitaria, racional y coherente. Además, implican olvidar que la responsabilidad penal, como las demás categorías dogmáticas, constituye una cuestión convencional y normativa. Lo decisivo es saber cuáles son los criterios de imputación que deben ser admitidos para hacer responsables penalmente a las personas jurídicas. Condiciones de punición que, en razón a la especificidad de dichas personas, no pueden ser las mismas que las previstas en relación con la responsabilidad de las personas individuales.

La discusión entre partidarios y opositores al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, impulsada en un momento por quienes propugnaban el positivismo criminológico, estuvo fuertemente condicionada por los cambios sociales y técnicos desencadenados por el avance de las ciencias exactas. Se consideró al progreso técnico como fuente de riesgos para las personas y su medio ambiente. Franz von Liszt propuso la noción de “crimen colectivo”, considerando que una colectividad es capaz de actuar y que reprimirla es posible y provechoso socialmente. Criterios que estaban de acuerdo con las ideas predominantes en los países anglosajones.

2. Criminalidad moderna y evolución legislativa

La discusión se ha intensificado nuevamente en razón no tanto del desarrollo de los esquemas dogmáticos, sino más bien debido a los profundos cambios sociales y económicos que caracterizan a las sociedades modernas. La peculiaridad de la situación actual está determinada, en general, por el desarrollo a nivel mundial de las relaciones económicas y de los canales de comunicación e intercambio tanto personal como comercial. Para ser eficaces y competitivas, las diversas entidades colectivas se han organizado de modo altamente complejo.

Esto ha comportado una estructuración bastante centralizada, pero al mismo tiempo suficientemente flexible y opaca respecto a la toma de decisiones. La consecuencia es que, a pesar de la unidad de dirección, los centros de decisión y de responsabilidad se diversifican. Circunstancia que hace cada vez más difícil la tarea de identificar a alguno o algunos de sus miembros como responsables individuales de los comportamientos delictuosos cometidos en el contexto de las actividades empresariales. Comportamientos que tienen efectos, frecuentemente, favorables a la entidad colectiva.

Si se observa la manera como han surgido y se han desarrollado las principales formas de la criminalidad moderna (el lavado de dinero, el crimen organizado, las infracciones económicas, el tráfico de drogas, el crimen informático), resulta relativamente fácil constatar la importancia que las entidades colectivas (financieras, comerciales, industriales, políticas), por su especial organización, su peso social y, en particular, político, han tenido y tienen tanto como instrumentos o marco de dicha delincuencia.

Los países subdesarrollados, como el Perú, no son ajenos a este fenómeno. Estando integrados al sistema económico y político mundial, están enfrentados, en condiciones desfavorables, tanto a las actividades de las empresas nacionales como de las multinacionales. Lo que hace particularmente difícil combatir las actividades delictuosas cometidas sobre todo en el dominio económico y fiscal. Un aspecto interesante a destacar es la influencia que ejercen las empresas extranjeras, directamente o por intermedio de sus Estados, para que se protejan sus intereses. Un ejemplo, es el caso de las grandes empresas mineras con respecto a la protección del medio ambiente.

Por esto cabe preguntarse, también en nuestro medio, si es necesario seguir el ejemplo de los países, como los anglosajones o Francia, que prevén en sus legislaciones la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto supondría un cambio radical debido al apego extremo al principio de la responsabilidad individual. Si bien, este problema no ha sido estudiado a fondo entre nosotros, se ha negado categóricamente y expeditivamente la capacidad de ser sujeto de derecho penal a las personas jurídicas. Esta actitud, se manifiesta claramente en el Código Penal y en la legislación penal complementaria. Actitud fuertemente influenciada por la doctrina y la legislación española.

En relación con el Código Penal de 1863, inspirado en el Código Penal español de 1848-50, Viterbo Arias afirmaba: “El hombre es esencialmente racional y libre para conocer el bien y el mal, practicar el primero y apartarse del segundo, así debe proceder en la generalidad de los casos, y así ha de considerarlo el legislador, que establece principios generales también fundados en la

naturaleza de aquel”¹. Autor que, como era natural, ni se plantea la cuestión de la posible responsabilidad de las colectividades, tan imbuido como estaba de las concepciones liberales e individualistas.

Los mismos fundamentos se encuentran en la base del Código Penal de 1924, de clara influencia suiza. La persona natural es la única considerada como posible autora de delitos. Ella era percibida como un sujeto capaz de comprender el carácter delictuoso de sus actos y de determinarse de acuerdo con esta apreciación. La previsión de medidas de seguridad, fundadas en la peligrosidad del agente, significó admitir que, en ciertos casos, la persona podía actuar condicionada por circunstancias concernientes a su persona o al medio social. Circunstancias que limitaban o suprimían la capacidad penal y, por tanto, la posibilidad de reprocharle a título de culpa el acto que había cometido. Si además se tiene en cuenta los tipos de pena y sus fines, está claro que la persona individual era considerada como objeto de la represión penal.

Sin embargo, el legislador de 1924, no pudo dejar de referirse, al menos circunstancialmente, a los casos en que la persona jurídica se halla estrechamente relacionada con una infracción. Este fue el caso, como era lógico esperarlo debido a la naturaleza del delito, de los delitos en la quiebra. De acuerdo con la orientación de su modelo helvético, pero sin inspirarse directamente de su texto, el Código de 1924 regulaba el caso de delitos cometidos con ocasión de la quiebra de “una sociedad anónima o cooperativa”. En su artículo 254, se disponía que será reprimido “todo director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o contador o tenedor de libros, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores” (quiebra fraudulenta). Así, la situación de la empresa era tomada en cuenta en tanto marco en el que sus miembros individuales habían actuado ilícitamente, pero sin considerar a la persona jurídica misma como autora responsable de la quiebra fraudulenta o quiebra culpable. En realidad, esta disposición estatúa una agravación en base a dos elementos: primero, la calidad especial del agente con relación a la organización de la persona jurídica y, segundo, el hecho de tratar un caso de participación de la misma manera que el delito principal (la quiebra fraudulenta o culpable).

La presión de la realidad económica y financiera llevó al legislador, a veces en contra de los principios generales de Código Penal, a establecer disposiciones particulares respecto a las personas jurídicas. Dados los límites de este trabajo,

1 VITERBO ARIAS, José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, Lima, 1900, t. I, p. 23.

no es posible pasar revista de manera exhaustiva a todos esos casos. El aspecto común a estos consiste en que se considera a las personas jurídicas como los autores de las infracciones en cuestión. En el ámbito administrativo, señalemos el Decreto Ley N.º 18957, del 14 de setiembre de 1971. Según su artículo 3, ninguna persona jurídica de derecho privado, distintas a las empresas financieras reguladas por ese mismo decreto ley, deberá realizar ciertas operaciones financieras ni utilizar en su denominación, razón social o propaganda, la palabra “financiera” o similares. La violación de estas prohibiciones era reprimida con multa de cinco mil soles por cada día en que subsista la infracción. Al respecto se decía expresamente: “Los directores y gerentes de las personas jurídicas infractoras de las prohibiciones [...] serán conminados [...]”. Así, la infractora era la persona jurídica, pero la sanción se imponía a sus dirigentes sin tener que comprobar si estos eran los autores materiales y directos de la infracción. La supuesta incapacidad de pena de la persona jurídica era superada mediante una ficción. En la práctica, si alguna vez se aplicó dicha sanción, seguramente fue cancelada con los fondos de la persona jurídica.

En el campo penal, el legislador fue más lejos al regular la represión del delito de contrabando, mediante la Ley N.º 16185, del 28 de junio de 1966. En el artículo 9 de esta ley, se disponía que “las personas jurídicas o los comerciantes que, en el ejercicio de sus actividades, incurran en la comisión de los delitos a que se refiere esta ley, además de las sanciones que correspondan en forma personal a los ejecutores directos o indirectos de los delitos, serán sancionados, según los casos, con la cancelación en los registros públicos de la personería jurídica de que gocen y de las licencias, patentes u otras autorizaciones administrativas o municipales de que disfruten”. De esta manera, se consideraba que las personas jurídicas podían incurrir “en la comisión de delitos”; delitos sometidos a procedimiento penal. El mismo que podía culminar, comprobadas las responsabilidades individuales de los “ejecutores directos o indirectos” y la responsabilidad colectiva de la persona jurídica, con la condena tanto de algún miembro de esta última como de ella misma. La sanción de la “cancelación en los registros públicos de la personería jurídica” significaba prácticamente su disolución. Sanción de claro corte punitivo, aunque pueda tener un aspecto preventivo. Pero, este aspecto es el mismo que tiene la pena de muerte en caso de un delincuente individual, pues de esta manera se evitará con certeza que no volverá a reiterar en la comisión de infracciones.

La sustitución del Código Penal de 1924 por el de 1991 ha sido justificada, en parte, diciendo: “El fenómeno criminal con los índices alarmantes y las nuevas modalidades violentas de la desviación social presionaban por mejores

propuestas de reacción punitiva”². El sistema básico del Código derogado ha sido mantenido y las modificaciones hechas son inspiradas, fundamentalmente, por el modelo español, portugués y alemán.

La persona natural sigue siendo el sujeto central y único de la represión penal. Habiéndose conservado, junto a las penas, las medidas de seguridad, la base principal de la represión sigue siendo la responsabilidad individual. La misma que supone, de un lado, la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto y la capacidad de determinarse de conformidad con esta apreciación y, de otro lado, el reproche de culpabilidad. Este criterio está previsto en el artículo VII del Título preliminar: “La pena requiere de la responsabilidad del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”. Así como en el artículo 20, inciso 1, norma en que se señalan como causas que pueden excluir la capacidad penal la “anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia” y las “alteraciones de la percepción”.

3. Personas jurídicas en el Código Penal de 1991

Siendo estas circunstancias únicamente referidas a las personas naturales, resulta claro que las condiciones de punibilidad están solo concebidas en relación con estas. Las personas jurídicas son así conservadas fuera del derecho penal. Esto es confirmado por otras disposiciones de la parte general, así como por normas de la parte especial. Por ejemplo, al regular, en el artículo 27, el hecho de actuar por cuenta de una persona jurídica, se reconoce implícitamente que el “órgano de representación de una persona jurídica” o el “socio representante autorizado de una sociedad” son los únicos responsables a título de autores de un delito, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este delito “no concurran en él, pero sí en la representada”. En consecuencia, se excluye la responsabilidad penal de la persona jurídica en tanto tal.

En cuanto a la parte especial, es evidente que la utilización de la fórmula tradicional “el que [...]” para referirse al autor del comportamiento delictuoso, significa que se piensa en la persona natural y no en la persona jurídica. Esto es así aún en relación a los tipos legales que, por la naturaleza de los delitos y la manera de describirlos, se refieren a actividades generalmente realizadas por personas jurídicas. Pensamos, en particular, a los delitos contra el orden económico (artículos 232 y ss.) y el orden financiero y monetario (artículos 244 y ss.). En la exposición de motivos del código se justifica, por ejemplo, el primer grupo

2 *Exposición de motivos del Código Penal de 1991*, Edición oficial, Ministerio de Justicia, Lima, 1994, p. 40.

de disposiciones afirmando que “la ley penal no podía permanecer insensible ante la evolución y complejidad de la actividad económica entendida como un orden”³. Al mismo tiempo, se explicaba que “se prevén como delictivas conductas monopólicas, oligopólicas y prácticas y acuerdos restrictivos de la competencia en la actividad comercial mercantil”⁴.

Si se tiene en cuenta, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 232, cabe preguntarse si los medios punitivos previstos en el Código son suficientes para reprimir este tipo de criminalidad económica. En dicha disposición, se prevé la represión de quien, “infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia [...]”. En la compleja realidad económica actual, este tipo de actividades, más que la obra de una persona individual, constituye la concretización de una política económica y financiera decidida y ejecutada conforme con directivas establecidas mediante acuerdos colectivos. Esta circunstancia y la estructura compleja de las grandes empresas hacen muy difícil la identificación de la o las personas individuales que han abusado de un poder económico que es, en realidad, un poder colectivo. Si a esto se agregan las dificultades para probar, en esas circunstancias, la culpabilidad individual de las personas naturales en cuestión, es fácil dudar de la eficacia del derecho penal tradicional para reprimir y evitar ese tipo de comportamientos.

El legislador no ha permanecido, sin embargo, indiferente a estos problemas. Para enfrentarlos y siguiendo al modelo español, ha previsto, entre las “consecuencias accesorias” de la pena, ciertas medidas aplicables a las personas jurídicas. En el artículo 104, se establece la privación de los beneficios obtenidos por la persona jurídica “como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes”. El objetivo perseguido no es el de mostrar a la persona jurídica “que el delito no es un buen negocio”, sino simplemente de asegurar el pago de la reparación civil impuesta al autor individual. La disposición dice que la privación de beneficios se decretará “en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil” de quienes son castigados como responsables del delito, “si sus bienes no fueran suficientes”. No es difícil imaginar que una empresa practicando una política dirigida a obtener la máxima ganancia, no sea conducida a promover,

3 *Exposición de motivos del Código Penal de 1991*, cit., p. 56, n. 2.

4 *Exposición de motivos del Código Penal de 1991*, cit., p. 57, n. 2.

directa o indirectamente, actos de dicha naturaleza; o calcular entre sus pérdidas el pago de las reparaciones civiles impuestas a sus miembros.

En el artículo 105, se prevén una serie de medidas calificadas de consecuencias accesorias a la sanción impuesta a los miembros de una persona jurídica. Sin embargo, su naturaleza permite pensar que se trata de sanciones impuestas a las personas jurídicas de manera simulada. Las medidas previstas son, primero, la clausura de locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo; segundo, la disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité; tercero, la suspensión de las actividades de dichas entidades por un plazo no mayor de dos años; cuarto, la prohibición, temporal o definitiva, de realizar actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

Dos problemas principales se presentan en relación con esta disposición. En primer lugar, resulta bastante discutible la base que justifica la aplicación de medidas que afectan tan gravemente los derechos de todos los miembros de una sociedad, comprendidos aquellos que se hubieran opuesto a la realización de tales delitos y hasta denunciado a quienes consideran responsables. La grave medida de la disolución de la persona jurídica debe aplicarse ofreciendo a todos los interesados las garantías procesales necesarias. Esta deficiencia no es evitada mediante un simple cambio de terminología: denominar consecuencias accesorias lo que constituye verdaderas sanciones, las mismas que comportan graves privaciones y restricciones de derechos.

En segundo lugar, el que sean sanciones o consecuencias accesorias no tiene importancia primordial, si su aplicación se hace depender de la punición de un autor material e individual, miembro de la persona jurídica. Está demás repetir que las dificultades para probar la responsabilidad y culpabilidad de este autor individual, permiten que la persona jurídica, además de no sufrir los efectos penales de su actividad ilícita, saque provecho indebido del delito cometido.

4. Legislación penal complementaria

Consciente de estos problemas, pero sin la técnica adecuada necesaria ni los fundamentos doctrinarios suficientes, el legislador se ha visto obligado a prever, en ciertos dominios, la intervención penal con relación a las personas jurídicas. Por ejemplo, el artículo 21 del D. Leg. N.º 637, denominado Ley general de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, prohíbe a toda “persona natural o jurídica” la realización de actividades en este dominio sin autorización “otorgada de acuerdo con esta ley”. Asimismo, dispone que “se presume que una

persona natural o jurídica incurre en las infracciones reseñadas cuando cuenta con un local en el que, de cualquier manera, se invite al público a entregar dinero a cualquier título, o al cual se haga publicidad por cualquier medio con el mismo propósito”. De acuerdo con esta norma, las personas jurídicas son consideradas, literalmente, como autoras materiales de las infracciones previstas en el primer párrafo del artículo 21. Pero al establecer la reacción penal, se dispone, en el último párrafo de dicho artículo, que “quienes infrinjan la prohibición [...] serán sancionados con arreglo al artículo 246 del Código Penal”. Esta disposición reprime el delito de intermediación financiera no autorizada con pena privativa de libertad y multa. Se plantea, en consecuencia, la cuestión de saber a quién ha querido reprimir el legislador: solo a las personas individuales autoras y violadoras directas de la prohibición o también a la persona jurídica. Pero no siendo posible de imponer a estas penas privativas de libertad, solamente se infligiría la multa. Lo cierto es que el legislador ha elaborado deficientemente el artículo comentado, pues no es de olvidar que el artículo X del Título Preliminar dispone que “las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en las leyes especiales”. De modo que en el ejemplo citado, se trata siempre de la punición de autores individuales por la comisión de los delitos previstos en la norma especial.

El caso del artículo 21 del D. Leg. N.º 637 no es único. Las mismas deficiencias pueden constatarse con relación al artículo 12 del Decreto Ley N.º 25623, del 22 de julio de 1992, que reprime como tráfico de drogas la reincidencia en la violación dolosa de los actos previstos en el artículo 10 de dicho decreto. Decreto que regula el control y fiscalización de los productos e insumos químicos destinados a la elaboración de cocaína. También con referencia al artículo 5 del Decreto Ley N.º 25643, del 24 de julio de 1992, que prevé la sanción como delito de terrorismo la posesión no declarada, por parte de personas naturales o jurídicas, de nitrato de amonio o de elementos que sirven para su elaboración. Lo mismo se hace, en el artículo 16, del Decreto Ley N.º 25707, del 6 de setiembre de 1992, que declara en emergencia la utilización de explosivos de uso civil y conexos.

De manera más coherente con los criterios consagrados en el nuevo Código Penal, se ha reiterado en leyes complementarias la aplicación de las llamadas “consecuencias accesorias” que son consideradas como “medidas administrativas contra las personas jurídicas que se benefician de la comisión del delito”⁵. En el artículo 10 de la Ley N.º 26461, del 8 de junio de 1995, represora de los delitos

5 “Exposición de motivos de la Ley Penal Tributaria”, en *El Peruano*, Normas legales, 20 de abril de 1996, p. 138938.

aduaneros, se reproduce casi textualmente el artículo 105 del Código Penal. Con menos fidelidad, se hace lo mismo en el artículo 17 del Decreto Legislativo N.º 813, denominado Ley Penal Tributaria, del 19 de abril de 1996.

Los esfuerzos hechos para construir un derecho penal administrativo⁶ diferente al derecho penal común han resultado vanos. El aspecto crucial consiste en establecer una diferencia neta entre sanción administrativa y sanción penal. En la medida en que se trata de contravenciones y de sanciones de mínima gravedad, resulta menos complicado justificar dicha distinción. Con más o menos fortuna, se ha recurrido a criterios materiales o de valor: por ejemplo, la responsabilidad objetiva como base suficiente para imponer las medidas administrativas o el carácter no infamante de las sanciones administrativas. Criterios de esta naturaleza han sido fuertemente cuestionados, sobre todo en relación con la utilización, supuestamente a nivel administrativo, de sanciones que restringen gravemente los derechos de las personas con la finalidad de evitar que se cometan delitos o que se saque provecho de su comisión. Una diferencia “natural” no existe realmente, pues se trata más bien de un problema normativo. En realidad, el legislador decide libremente situar una norma sea en el ámbito del derecho penal administrativo o del derecho penal en sentido estricto. Así, el hecho de denominar “consecuencia accesoria” a la “disolución de la persona jurídica” y considerarla como medida administrativa depende más de la manera como se concibe la responsabilidad penal que de la “naturaleza” misma de la disolución. Porque se considera que la persona jurídica es incapaz de obrar, de culpabilidad y de ser sometida a penas, no se le puede imponer la disolución como una pena. Para salvaguardar el principio de la responsabilidad individual, como si fuera un dogma invariable, se recurre a un subterfugio formal: calificar la privación de derechos, propia a la disolución y común a toda pena, de simple medida administrativa. Por esto se ha podido afirmar que se trata de una mejor técnica legislativa, la misma que evita “cualquier discusión sobre la responsabilidad de las personas jurídicas como tales” y mantiene “la responsabilidad individual como única fuente tanto de la pena, como de la medida de seguridad”⁷.

5. Perspectiva

Sin embargo, no basta con evitar la discusión, regulando de una manera particular el problema del tratamiento de los entes colectivos en el derecho pe-

6 Cf. el trabajo pionero de James GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlín, 1902.

7 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 209.

nal. Ante la necesidad de dotarse de medios eficaces para combatir, en particular, la delincuencia económica y de garantizar debidamente los derechos de las personas, resulta impostergable plantear a fondo la cuestión teórica y normativa de la responsabilidad penal de las agrupaciones. Los demás trabajos publicados en este volumen señalan los métodos y las tendencias de esta reflexión.

Como ha sido señalado repetidamente por diversos autores y en diferentes latitudes, una circunstancia, aparentemente, simple debe hacernos, al menos, preguntarnos si es coherente la manera actual de tratar a las personas jurídicas en derecho penal. Esta circunstancia es la forma como tanto el común de las personas, como los juristas y hasta los legisladores se refieren cotidianamente a la responsabilidad de los entes colectivos.

No es extraño, por ejemplo, que se reproche a una empresa industrial de haber contaminado un río o un lago y considerar que debe reparar los daños causados. De este modo, se le tiene por culpable por el perjuicio personal o social causado por sus actividades. Esto significa que existe una percepción social, manifestada en el lenguaje, de que las decisiones de la persona jurídica y, por tanto, los actos cometidos por sus miembros individuales se originan en el ejercicio de un poder difuso específico a ella. Poder que es el producto de la estructura organizativa de la persona jurídica. En consecuencia, la culpabilidad de los miembros individuales no se confunde con la de la persona jurídica.

En el dominio jurídico, señalemos la incongruencia que existe en negar la capacidad de actuar y de responsabilidad penal de las personas jurídicas y, al mismo tiempo, admitir en derecho civil que son capaces de firmar contratos, de ser designados como tutores, gerentes de empresas o albaceas; de imponerles multas administrativas que en nada se diferencian de la multa prevista en el Código Penal; de considerar (como lo hemos visto anteriormente) que incurrir en la comisión de delitos y, simultáneamente, reprimir al autor material; de denunciar, perseguir, sancionar a las personas jurídicas como tales, en base a leyes como la referente a los derechos de autor, y no hacerlo cuando se trata de infracciones penales relativamente análogas a algunas reguladas en leyes penales comunes⁸. En la Resolución Jefatural N.º 198-94-ODA-INDECOPI se dice “una obra es copiada inmediatamente por otras empresas” y dispone el “cese inmediato de la actividad ilícita” por parte de la empresa denunciada⁹.

8 Cf. artículo 123 de la Ley N.º 13714 del 31 de octubre de 1961.

9 En *Ius et Veritas*, pp. 201 y ss.

La realidad socioeconómica, diversa y compleja, que caracteriza el mundo actual impone cierta flexibilidad de los sistemas conceptuales en aras de lograr mayor eficacia en la protección de los bienes jurídicos y de los derechos fundamentales de las personas. Por esto, quizás sea mejor pensar en respuestas diversificadas a los innumerables problemas que plantean los entes colectivos, privados o públicos, en la vida de la comunidad.

Aun en los casos en que, debido a la organización simple de la empresa y a su dimensión relativamente pequeña, se pueda llegar a identificar al responsable material del delito, el problema de la responsabilidad penal del ente colectivo subsiste. La admisión de esta responsabilidad no tiene la finalidad de dejar en la impunidad a los autores individuales.

Esto es, en especial, correcto con relación a las grandes y complejas empresas que ejercen una influencia decisiva en la vida económica de la sociedad. Empresas cuyas actividades constituyen procesos altamente tecnificados y organizados. En razón a los peligros que crean para terceros, se han formulado planteamientos interesantes tendientes a determinar las condiciones de imputación penal¹⁰.

El punto de partida es el de considerar que, como todo otro participante en la vida comunitaria, los entes colectivos tienen el deber de realizar sus actividades, evitando poner en peligro a terceros. Con este objeto, deben organizarse de manera a garantizar la supresión de tal peligro o su disminución a límites tolerables. Esta obligación se impone en la medida en que resulta imposible, aún al Estado, intervenir eficazmente con la finalidad de prevenir dicho riesgo. Esta capacidad de la empresa para orientar y controlar sus actividades equivaldría al poder de control de los hechos en el derecho penal individual. La defectuosa organización de la empresa, fuente de dichos peligros, constituiría la base de la responsabilidad penal de la persona jurídica por haber concretado, mediante su manera de proceder, el daño que comportaban tales peligros (por ejemplo, un grave y particular perjuicio al medio ambiente). De esta manera, no es necesario comprobar si un miembro de la empresa es responsable individual del resultado ilícito. El desvalor del resultado es determinado porque ha sido causado de modo reprochable por parte de una empresa en concreto (“individualmente”).

En derecho penal, imputabilidad es sinónimo de responsabilidad y la palabra imputable es utilizada para designar la persona a quien se puede o debe atribuir un acto determinado. Imputar una acción a alguien significa atribuírsela

10 Cf. el trabajo de Günter HEINE, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”, en *Anuario de Derecho Penal 1996*, monográfico sobre *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, 1996, pp. 20-45.

como a su verdadero autor, ponérsela en su cuenta y considerarlo o hacerlo responsable de dicha acción. La noción de imputar implica por tanto una relación básica con la idea de obligación. En sentido inverso, esto significa que partiendo de las obligaciones de reparar o de soportar la pena, consubstanciales a la noción de retribución, debe llegarse al juicio de valor de atribución del hecho a su autor, al agente. Juicio que constituye el núcleo del juicio de imputación, por el que se pone en la cuenta de alguien un hecho reprochable.

Responsabilizar a alguien de la comisión de un hecho es, sin embargo, una cuestión convencional y normativa. Lo decisivo es entonces de saber cuáles son los criterios de imputación que deben ser admitidos. Los criterios tradicionales referentes a la responsabilidad individual no pueden ser los mismos para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas. La determinación de estos criterios es la tarea urgente que debe cumplirse actualmente.

VI

La responsabilidad penal de la empresa en el derecho penal suizo*

Sumario: 1. Introducción. 2. Evolución doctrinaria. 3. Responsabilidad de la persona jurídica (empresa) en el derecho privado y en el derecho administrativo. 4. Cuestionamiento del criterio *societas delinquere non potest*. 5. Responsabilidad del jefe de la empresa. 6. Evolución legislativa. a. Proyecto de 1991. b. Proyecto de 1998. c. Reforma de 2007. a) Sistema de imputación. b) Condiciones de imputación. c) Cambios conceptuales: culpabilidad. d) Regla de imputación y no de incriminación. 7. A manera de conclusión. 8. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

En el ámbito del derecho penal basado en el sistema europeo continental y centrado en la responsabilidad individual resultante de la libertad de la persona, el reconocimiento de las entidades colectivas (designadas bajo el término genérico de empresas) constituye una verdadera revolución y da lugar a cambios estructurales fundamentales. Este cambio implica una revisión a fondo de criterios de política criminal, de dogmática penal y de sistema legislativo.

Sus alcances y las maneras son diversos de acuerdo con las especificidades de los contextos sociales, políticos y jurídicos en los que el cambio ha tenido lugar. Sus causas y proyecciones han sido amplia y detenidamente estudiadas.

* Publicado en *Derecho Penal y Criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, vol. 29, N.º 86-87, Bogotá, 2008 (Ejemplar dedicado a: Memorias. XXX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del derecho penal), pp. 95-116. Se han realizado algunas adiciones.

Las cuestiones doctrinarias han sido planteadas y discutidas desde hace mucho tiempo, aun cuando su desarrollo se ha intensificado en la medida en que tanto a nivel nacional e internacional se sentía la urgencia de reconocer a la empresa como sujeto de derecho penal para mejor enfrentar las nuevas formas de criminalidad, fomentadas por el desarrollo de la economía, de los transportes, de las comunicaciones, en el que juega un papel cada vez más decisivo las empresas (nacionales y multinacionales).

Como especialistas en la materia han presentado la problemática general y, asimismo, los aspectos particulares referentes a la responsabilidad penal de las empresas, me limitaré por mi parte y conforme a mi nivel de conocimientos en la materia a presentar el caso suizo. Lo que nos permitirá, sin embargo, desde la perspectiva especial helvética, revisar algunos de los aspectos más importantes.

Una de las novedades más importantes de la última reforma de la parte general del Código Penal suizo, culminada en enero de 2007, es sin duda alguna la inserción del artículo 102, previendo la responsabilidad penal de la empresa. Esta novedad es el resultado de un largo y agitado debate, cuyo resultado sin embargo está lejos de haber colmado las expectativas de quienes preconizaban una real y efectiva imputación de responsabilidad penal a entidades colectivas.

La intervención del legislador, como siempre sucede, no ha suprimido ni amainado el debate tanto sobre los fundamentos de la responsabilidad penal de la empresa como sobre la conveniencia y eficacia de la solución adoptada. Ante el hecho consumado, los juristas, sin cesar de criticar las nuevas disposiciones, plantean propuestas de interpretación para lograr esclarecer las deficiencias de los textos legales y superar las deficiencias de los mismos.

2. Evolución doctrinaria

En el inicio de la reforma de la parte general del Código Penal, mediante el Anteproyecto de 1985¹, elaborado por Hans Schultz, no se atribuyó a la empresa responsabilidad penal alguna. Este rechazo se basó, en el ámbito doctrinario,

1 SCHULTZ, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches*, Berna, 1987, pp. 112 y ss. (citado: Bericht AT); cf. SCHULTZ, Hans. *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, Band I und II, 4.^a ed., Berna, 1982, p. 115. Interesante es el planteamiento de Jakobs, quien afirma, después de negar que las personas jurídicas tengan autoconciencia, que estas carecen de responsabilidad penal: JAKOBS, Günther. "Strafbarkeit juristischer Personen?", en *Festschrift für Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2002, pp. 559 y ss.; cf. JAKOBS, Günther. *Strafrecht, AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlín/Nueva York, 1991, 6/45.

en la negativa a abrir una brecha en el tradicional principio de que la responsabilidad penal solo concierne a las personas físicas por estar fundada en la culpabilidad. En el nivel político criminal, según Schultz², de acuerdo con el principio de la proporcionalidad y del principio de la *ultima ratio*, no era necesario prever la represión penal de la empresa en la parte general y que, por el contrario, era más eficaz estatuir medidas de derecho civil y de derecho administrativo. Durante mucho tiempo, el pensamiento de Schultz ejerció una gran influencia en la doctrina³ y en la jurisprudencia del Tribunal federal⁴.

En este consenso primigenio, cabe destacar la opinión discrepante de Hafter⁵, quien sostuvo, aunque de manera temporal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Apoyándose en la concepción de Gierke, consideró que el grupo o asociación de individuos (como “configuración natural”) constituye una unidad cerrada y real, con una voluntad conformada por las voluntades de sus miembros y que obran fuera del ámbito puramente individual. En su opinión, el factor esencial de esta entidad es la organización, la misma que preexiste al derecho⁶. Este factor no debe ser comprendido en el sentido de órgano u organismo admitido en las ciencias naturales. Sino más bien, como la configuración de un ser inmaterial mediante las manifestaciones de voluntades individuales y cuyas actuaciones constituyen la actividad común que expresa la voluntad colectiva. Estimando que para cometer delitos es suficiente que la voluntad y la capacidad de

2 SCHULTZ, *Bericht AT*, p. 116 (en particulier note 312).

3 CLERC, François, *Introduction à l'étude du Code pénal suisse* PG, 1942, pp. 70 y ss.; GRAVEN, Philippe, *L'infraction pénale punissable*, 2.^a ed., 1996, pp. 72 y ss. (citado: GRAVEN, *L'infraction*); KENEL, Philippe, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais. Une solution pour la Suisse, thèse, Genève*, 1991, pp. 264 y ss.; BOLLE, Pierre-Henri, *La responsabilité pénale des personnes morales*, FJS, N.º 6 (1981); SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 2.^a ed., 1964, N.º 129; REHBERG, JÜRIG, *Strafrecht I*, 5.^a ed., 1995, pp. 49 ss.; STRATENWERTH, Günter, *Schweizerisches Strafrecht AT*, § 9, N.º 3; TRECHSEL, Stephan, *Kurzkommentar*, artículo 1, N.º 45; HAFTER, Ernst, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrecht*, 1942, AT, pp. 71 y ss. (cité: AT); THORMANN, Philipp y Alfred VON OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, AT I, artículo 6 N.º 4; LOGOZ, Paul e Yves SANDOZ, *Commentaire du Code pénal suisse*, 2.^a ed., 1976, PG, artículo 9 N.º 2; SCHMID, Niklaus, *Schweizerische Aktiengesellschaft*, 1974, pp. 101 y ss.; SCHULTZ, Hans, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, 4.^a ed., 1982, AT I, pp. 115 y ss. (cité: AT).

4 ATF 85 IV 99 s./JdT 1959 IV 157; ATF 97 IV 203; 100 IV 40; 105 IV 175.

5 HAFTER, Ernst, *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, Berlín, 1903 (cité: HAFTER, *Straffähigkeit*); cfr. SCHWANDER, Vital, “Der Einfluss der Fiktions- und Realitätstheorie auf die Lehre von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Personen”, en *Jus et lex, Festschrift Gutzwiller*, 1977, pp. 603 y ss.

6 HAFTER, Ernst, *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, cit., p. 50.

obrar estén presentes, Hafter sostuvo que las asociaciones tienen capacidad penal en la medida en que son capaces de intervenir en la vida social expresando su voluntad especial, la que nace de la organización de voluntades de sus miembros individuales.

Estas ideas no tuvieron eco y el mismo Hafter las abandonó al comentar el Código Penal de 1942. De acuerdo con su nueva posición, por ejemplo, las personas jurídicas solo pueden ser sometidas a medidas de seguridad por no poder ser consideradas culpables⁷. A pesar de esta conversión, su primera opinión conservó cierta importancia en la medida en que se refiere a la noción de organización y a la necesidad de revisar las condiciones de punición centradas en la responsabilidad individual.

3. Responsabilidad de la persona jurídica (empresa) en el derecho privado y en el derecho administrativo

Si bien, en derecho penal, la empresa era considerada incapaz de responsabilidad, lo contrario era admitido en otros dominios jurídicos. Así, en derecho civil, se ha reconocido, desde hace tiempo, que las personas jurídicas pueden asumir todos los derechos y obligaciones, aun cuando estos fueran inseparables de la especificidad de las personas naturales. Así, las personas jurídicas han sido consideradas capaces de actuar (por ejemplo, suscribir contratos), responder por perjuicios causados a terceros (reparar daños por actos ilícitos, incumplimiento de contratos, etc.), soportar las sanciones civiles previstas en la ley (interdicción de ejercer ciertas actividades).

En derecho administrativo en general y, en particular, en derecho penal administrativo, se han previsto, con anticipación notable del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o empresas, disposiciones orientadas a impedir la impunidad en caso de comisión de infracciones a la ocasión de la gestión y explotación de empresas. Un ejemplo típico, además seguido en otras leyes federales, es el artículo 6 DPA. El primer inciso de esta disposición se corresponde con el primero del artículo 102 CP, en la medida en que prevé como regla general que son las personas físicas las que, en principio, responden por las infracciones que se cometan en el seno de la empresa. Así, según la primera regla del artículo 6 DPA, si una infracción es cometida en la gestión de una persona jurídica, de una sociedad en nombre colectivo o en comandita, de una empresa individual o colectiva sin personalidad jurídica o de alguna otra

7 HAFTER, ERNST, *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, cit., pp. 71 y ss.

manera en el ejercicio de una actividad para un tercero, las disposiciones penales son aplicables a las personas físicas que han cometido el acto. La posibilidad de penar al autor material es extendida a sus superiores, conforme al inciso 2 del artículo 6 DPA, cuando el jefe de empresa, el empleador, el mandante o el representado omite, intencional o negligentemente y en violación de una obligación jurídica, no previene, por un lado, la comisión de una infracción por parte de su subordinado, el mandatario o el representante o, por otro, de suprimir sus consecuencias. Las disposiciones según las que será reprimido son las aplicables al autor que ha obrado con intención o negligencia. Finalmente, en su inciso 3 del artículo 6, se estatuye que si el papel de jefe de empresa, de empleador, de mandante o representado es una de las entidades colectivas mencionadas, la regla del inciso dos es aplicada a los órganos y a sus miembros, a los asociados gerentes, dirigentes efectivos o liquidadores responsables. Esta regulación recuerda mucho a los casos de responsabilidad del jefe de empresa y, asimismo, a los considerados en el artículo 29 CP. Disposición que prevé la imputación a las personas físicas, actuando en una de las posiciones indicadas en el sistema de la empresa, las calidades especiales de la que esta es titular. Lo que permite reprimirlas aun cuando no posean la calidad exigida en el tipo legal que describe una infracción especial propia o impropia, pero que si la posee la empresa por la que ha actuado.

Después de haberse establecido las vías para reprimir a los responsables individuales y por razones prácticas, se estatuye en artículo 7 DPA (ley federal sobre derecho administrativo) una responsabilidad objetiva de la empresa para reprimirla. Así, se establece la posibilidad de condenar a la persona jurídica, la sociedad en nombre colectiva o en comandita, la empresa individual o la entidad colectiva sin personalidad jurídica a condición, por una parte, que la multa imponible a la infracción cometida en concreto (no la multa prevista en la disposición legal correspondiente) no excede el monto de cinco mil francos suizos y, por otra, que el procedimiento a seguirse contra de la persona, punible según el artículo 6 DPA, necesitaría que se recurra a medidas de investigación desproporcionadas respecto a la sanción a imponerse. El artículo 7 no otorga a la autoridad competente poder absoluto de decidir si imputa o no el hecho cometido al ente colectivo, ya que debe establecer la condición objetiva de la desproporcionalidad entre la importancia de la sanción que deberá imponer al responsable y la carga de los medios de investigación necesarios a poner en marcha para llegar a condenarlo. Si no se dan estas dos condiciones, sin embargo, la autoridad competente podrá aplicar el artículo 102, inciso 1, si no llega a identificar al responsable material de la infracción.

Diversas leyes federales complementarias reenvían a los artículos 6 y 7 DPA respecto a la comisión de infracciones en las empresas. Es el caso, por ejemplo,

del artículo 26 de la LCD (indicando el mismo límite de la multa) y del artículo 87 de la LTVA y artículo 125 de la LD (en los que se fija el límite de la multa imponible *in concreto* en cien mil francos suizos).

Aun si los jueces federales han razonado a partir del principio de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, han admitido las excepciones previstas en la legislación federal y en las legislaciones cantonales basadas en el artículo 333 CP⁸. Por ejemplo, han confirmado una sanción penal, impuesta por la autoridad cantonal de policía a una persona jurídica, en razón a que, en su opinión, algunas contravenciones pueden ser cometidas “independientemente de todo factor subjetivo y, en consecuencia, es perfectamente posible que ellas sean ejecutadas por las personas morales”⁹. De esta manera, los jueces federales han recurrido a la responsabilidad objetiva para justificar la imposición de una pena a las personas jurídicas.

El aspecto central de la cuestión es la determinación del fundamento de la pena, ya que de la respuesta que se dé depende la admisión o el rechazo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este contexto, no sorprende que se haya cuestionado a fondo el adagio *societas delinquere non potest*¹⁰ en tanto regla absoluta del derecho penal material.

4. Cuestionamiento del criterio *societas delinquere non potest*

Un primer cuestionamiento de esta concepción se planteó, precisamente, en el derecho administrativo y con ocasión de la reforma de la ley federal sobre los bancos. La Comisión federal de bancos, en 1982, se preguntó si los principios generales del Código Penal y del derecho penal administrativo eran también aplicables a dicha ley (artículo 51bis), en la medida en que preveía “una sanción administrativa comparable a una multa tradicional”¹¹ para reprimir entidades bancarias responsables de actos inadmisibles.

8 STAUFFACHER, E., “La criminalisation du comportement collectif Suisse”, en DE DOELDER, Hans y Klaus TIEDEMANN, *La criminalisation du comportement collectif*, XIVème Congrès international de droit comparé, Kluwe Law International, 1996, p. 351.

9 ATF 101 Ia 110; ATF 64 53; ATF 82 IV 45/JdT 1871 I 1021.

10 SCHMID, Niklaus, *Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorgane*, 1988, pp. 156 y ss.; GRAVEN, Philippe y Charles-André JUNOD, “Societas delinquere potest?”, en *Mélanges Robert Patry*, 1988, pp. 351 y ss.; GRAVEN, Philippe, *L'infraction*, cit., pp. 74 y ss.; LÜTOLF, Sandra, *Strafbarkeit der juristischen Person*, Zürich, 1997, pp. 95 y ss. et 197 (citado: LÜTOLF, *Strafbarkeit*).

11 GRAVEN, Philippe y Charles-André JUNOD, “Societas delinquere potest?”, cit., pp. 354 y ss.

Para estar mejor informada sobre la índole de esta sanción, la Comisión de bancos solicitó un informe a Graven y Junod. Estos autores afirmaron, respecto a la responsabilidad, primero que el artículo 13 de la Convención relativa a la obligación de diligencia de los bancos (CDB) es la única disposición legal dirigida a hacer frente a la delincuencia de entidades colectivas y, además, de que esta norma no contradice el principio de culpabilidad –*culpa in instruendo o in vigilando*–, ni el de la carga de la prueba del derecho procesal penal. En su opinión, cuando se elaboró el mencionado artículo 13, se tuvo en cuenta la complejidad y diversidad tanto de la organización de las empresas como de sus actividades, en tanto que elementos condicionantes esenciales de la realización de delitos económicos en el marco de sus actividades. De modo que aun cuando intervengan personas individuales, todos esos factores permiten afirmar que su realización se presenta como una actividad independiente de estas personas individuales. Graven y Junod concluyeron sosteniendo que el abandono del adagio *societas delinquere non potest* se justifica si la noción de culpabilidad evoluciona en función de las circunstancias sociales y que no tiene el carácter de incambiable. Lo que les permitió sostener que la culpabilidad de las personas jurídicas puede ser concebida como una especie de culpabilidad concomitante, propia a la índole de estas entidades¹².

Esta tendencia hacia el reconocimiento de la responsabilidad penal de la empresa resurgió y se reforzó cuando, nuevamente fuera del derecho penal, se plantea la necesidad de modificar la ley federal relativa a la protección del medio ambiente¹³. En esta ocasión, el Consejo federal admitió que la regulación de este ámbito y su protección efectiva dependían del reconocimiento de dicha responsabilidad. De esta manera, el Consejo federal seguía la evolución del derecho europeo, ya que la suiza debía decidir si suscribía las Convenciones referentes a la protección del medio ambiente y a la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en ocasión de transacciones comerciales internacionales (OCDE). El artículo 2 de esta última indica que las partes deben tomar las “medidas necesarias, conforme a sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de corrupción de agentes públicos extranjeros” y de legislar en materia de responsabilidad de las personas jurídicas.

12 GRAVEN, Philippe y Charles-André JUNOD, “Societas delinquere potest?”, cit., pp. 357 y 362.

13 Cfr. Message du Conseil fédéral, 21 de setiembre 1998, p. 158.

5. Responsabilidad del jefe de la empresa

La ampliación de la responsabilidad penal a las empresas o personas jurídicas corresponde a la evolución económica y social, caracterizada por la mundialización de las relaciones financieras, comerciales, industriales y el surgimiento de nuevas formas de organización y administración empresariales. Además, el papel de estos entes colectivos en el ámbito político y económico (nacional e internacional) es cada vez más importante.

En el dominio del sistema de control penal, la reacción es sobrepasada por el crecimiento constante de la llamada criminalidad concerniendo las empresas¹⁴, en particular la delincuencia económica. Respecto a esta, precisamente, las empresas desempeñan un rol significativo¹⁵, como marco y fuente de ese tipo de delincuencia. En las estadísticas criminales, se nota un aumento notable y continuo¹⁶ de delitos como, por ejemplo, la estafa, la competencia desleal, el lavado de dinero, el tráfico de armas y de drogas, la contaminación ambiental.

El desarrollo de la organización de las empresas ha determinado una disminución de la transparencia de sus estructuras bastante complejas. Por ejemplo, la toma de decisiones especialmente complicada y la división de tareas (delegación de competencias a todos los niveles) muy imbricada producen la dilución de la responsabilidad por los perjuicios cometidos.

La ineficacia de los medios brindados por el sistema de represión basado en la responsabilidad individual se puso, como también sucedió en otros países, en evidencia en ciertos casos notorios y en los que resultaba escandalosa la impotencia para reprimir debidamente a los entes colectivos y no solo a alguno de sus miembros individuales por delitos cometidos en ocasión de las actividades de la empresa. A título de ejemplo pueden citarse los casos Bührle, Von Roll y Schweizerhalle. En estos, si bien es cierto que los tribunales llegaron a castigar a personas naturales (en especial, sobre la base del criterio de la responsabilidad del jefe de la empresa), se comprobó la ineficacia de esta reacción respecto a la manera como la entidad colectiva (persona jurídica, empresa, colectividad) creaba el riesgo o promovía la ejecución de comportamientos delictuosos.

14 *Avant-projet et rapport explicatif relatif à la modification du Code pénal et du Code pénal militaire concernant la punissabilité de l'organisation criminelle, la confiscation, le droit de communication du financier, ainsi que la responsabilité de l'entreprise*, 1991, p. 49.

15 SCHMID, Niklaus. "Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorgane", en *RPS* 105 (1988), p. 156; cfr. également QUELOZ, Nicolas, "Criminalité économique et criminalité organisée: comment les différencier?", en BAUHOFFER, S.; N. QUELOZ y E. WYSS, *Wirtschaftskriminalität*, 1999, p. 38.

16 LÜTOLF, Sandra, *Strafbarkeit der juristischen Person*, cit., p. 81.

En el caso Von Roll, el Tribunal federal recurre al criterio de la responsabilidad del jefe de la empresa, sin que esto implique atribuir una responsabilidad a la empresa misma. Dicho criterio implica que el jefe de empresa está comprometido por su responsabilidad como garante respecto a la infracción determinada, cuya realización debía y podía impedir o, en todo caso, suprimir sus efectos. Según el artículo 102, como lo veremos, la imputación de la responsabilidad penal no está ligada directamente a infracción cometida en el seno de la empresa. El recurso al criterio de la responsabilidad del jefe de empresa resta validez en la medida en que resulte menos complicado de quien tiene el deber de garante mencionado, lo que deviene bastante difícil hacerlo, sobre todo tratándose de empresas con estructuras bastante complejas y en las que la división de tareas y de decisión no es plenamente transparente.

La imputación de responsabilidad penal a la empresa presenta dificultades desde que se plantea simplemente la cuestión sobre la perspectiva que debe adoptarse. Por ejemplo, en la perspectiva de la comisión de delitos se habla, por un lado, de la empresa como autora de delitos en tanto participante en el sistema económico (*Unternehmenskriminalität*) y, por otro, de delitos cometidos en la empresa por uno de sus órganos o miembros en agravio de otro miembro o la empresa misma (*Betriebskriminalität*).

6. Evolución legislativa

En el desarrollo de la reforma de la parte general del Código Penal, la cuestión relativa a la responsabilidad penal de la empresa se ha presentado cada vez de manera más necesaria y urgente. Las propuestas formuladas en los diversos proyectos y las opiniones manifestadas en los procedimientos de consultación muestran de modo claro la complejidad del problema y los obstáculos a sobrepasar para reglamentar la materia de manera coherente y debidamente fundamentada. Estas dificultades se manifiestan en la culminación del proceso de reforma con la previsión del nuevo artículo 102 CP.

a. Proyecto de 1991

Una primera propuesta para que se regule la responsabilidad penal de la empresa fue hecha por la Comisión de expertos encargada de proponer medidas para combatir el blanqueo de dinero¹⁷.

17 *Avant-projet et rapport explicatif, 2^{ème} train de mesures contre le blanchiment d'argent et le crime organisé*, pp. 47 y ss.

Siguiendo esta orientación, la Comisión que elaboró el anteproyecto de 1991, relativo a la punición de la organización criminal, la confiscación y la responsabilidad de la empresa, introdujo tres nuevas disposiciones regulando la responsabilidad penal de la empresa (artículos. 100quater à 100sexies. Su punto de partida fue la constatación de la insuficiencia de las medidas de derecho privado y de derecho administrativo para enfrentar la delincuencia de la empresa. Consecuentemente, admitió la responsabilidad penal de los entes colectivos y propuso un conjunto de sanciones apropiadas. Con este objeto, atenuaron el rigor del criterio de la responsabilidad individual para permitir la represión directa de las empresas.

Según el proyecto de la Comisión¹⁸, para imputar un delito a la empresa se debe comprobar, por un lado, que este haya sido cometido sea por una persona obrando en calidad de órgano, miembro de un órgano o de director de una persona jurídica, de una sociedad o de una empresa individual, sea por quien, sin ser titular de esas calidades, dirige de hecho la empresa o ejerce en su seno un poder de decisión independiente. Por otro, que la infracción sea ejecutada en el marco de las actividades de la empresa y del autor individual. Además, estipula que la empresa será igualmente sancionada quién de las personas mencionadas ha cometido la infracción y, finalmente, cuando a causa de carencias de organización, no puede imputarse a una persona determinada la violación de deber jurídico reprimido penalmente. Estas reglas no excluyen la represión de la persona física responsable de la infracción, según los casos.

El criterio corresponde al modelo consistente en transferir la responsabilidad individual a la empresa en tanto que responsabilidad colectiva. Así, se justifica la represión tanto del autor individual como de la empresa. En opinión de la Comisión, considerando que los cuadros directivos de la empresa son generalmente los autores de los delitos, mediante la solución propuesta se impide que estos y la empresa eviten la sanción imputando la responsabilidad a un subordinado.

La falta de organización es considerada como fuente de riesgos de que se cometan nuevos delitos, lo que da a la empresa un carácter peligroso. De ahí que se disponga que la fijación de la sanción se hará según la gravedad del acto y la responsabilidad de la empresa respecto al riesgo de reiteración de la infracción.

Simultáneamente, la Comisión previó un tipo de responsabilidad autónoma de la empresa en el caso que no sea identificado el autor individual del delito,

18 *Avant-projet et rapport explicatif*, 1991, pp. 57 y ss.

debido a que, por falta de organización, resulta imposible atribuir a un miembro de la empresa ejecución de la infracción o la violación de la obligación de control o vigilancia.

Esta propuesta no implicó una ruptura clara con el principio de la responsabilidad penal individual. Esto se pone en evidencia, por ejemplo, en el hecho que las consecuencias jurídicas de la comisión del delito respecto a la empresa no son calificadas de penas sino de “sanciones”. Criterio que recuerda al adoptado en el derecho de la Comunidad Europea, en relación con los carteles y que la doctrina califica de “derecho cripto penal”¹⁹ (derecho penal accesorio, alternativo a la responsabilidad penal de las empresas).

Si se analizan de cerca las sanciones propuestas, se comprueba que son de índole diversa²⁰. Por ejemplo, el pago de una suma de dinero constituye una pena pecuniaria disimulada; la prohibición de ejercer una actividad²¹ es una medida de seguridad, cuyo fin es de limitar los riesgos de reiteración; la disolución de la empresa puede ser considerada como una medida de seguridad o una pena equivalente a la pena de muerte. Así el factor común a estas medidas es el fin que se les atribuye: impedir la comisión de nuevos delitos en ocasión de las actividades de una empresa, la misma que ha descuidado su organización interna (riesgo de reiteración de delitos)²².

b. Proyecto de 1998

El proyecto de 1991 fue ampliamente criticado tanto por los partidarios como por los opositores al reconocimiento de la responsabilidad penal de la empresa. Lo que motivó que el Consejo federal renovara la perspectiva que había adoptado. Esto se concretizó en el proyecto de 1998.

Los autores de este proyecto abandonaron la responsabilidad *quasi causal* de la empresa prevista en el proyecto de 1991 y estatuyeron una responsabilidad autónoma basada en las deficiencias de organización de la empresa. Los expertos consideraron que la responsabilidad de la empresa difiere de la individual en la medida en que debe ser comprendida en una acepción social y como resultante de las carencias organizativas de la empresa. Así, se trataba de fijar el sistema de

19 ROTH, Robert, “Responsabilité pénale de l’entreprise: modèles de réflexion”, en *Revue Pénale Suisse*, 1997, p. 349.

20 *Avant-projet et rapport explicatif*, 1991, pp. 58 y ss.

21 *Avant-projet et rapport explicatif*, 1991, p. 61.

22 *Avant-projet et rapport explicatif*, 1991, p. 60.

gestión de riesgos y cuya falta condiciona la actividad delictuosa. La deficiente organización impide la identificación del responsable y diluye la responsabilidad en “una falta de responsabilidad organizada”.

Por considerárseles insuficientes, las diversas medidas coercitivas del proyecto de 1991 fueron abandonadas en favor de una sola sanción penal: la pena de multa. Este cambio substancial implicó el reconocimiento de la culpabilidad de la empresa. No se hizo referencia, a diferencia del proyecto de 1991, a la peligrosidad (riesgo de comisión de nuevos delitos) entre los factores a considerar para individualizar la pena de multa.

c. Reforma de 2007

a) *Sistema de imputación*

Las disposiciones establecidas en el proyecto de la parte general del Código Penal de 1998 fueron extraídas e introducidas en la ley modificatoria de la parte especial relativa al financiamiento del terrorismo. Así, los nuevos artículos 100quater et 100quinquies entraron en vigencia el 1 de octubre de 2003.

En el texto definitivo de la parte general del Código Penal, figuran estas dos disposiciones con los números 102 y 102a. En los incisos 1 y 2 de la primera, se prevén dos reglas, que se refieren a la comisión, por un lado, de todo delito y, por otro, de algunos delitos enumerados de manera exhaustiva. En ambos casos, el delito debe haber tenido lugar al interior de la empresa y en ocasión de la realización de sus actividades económicas²³.

Según la primera regla (artículo 102, al. 1), la empresa es considerada responsable penalmente cuando, debido a su organización deficiente, no se puede imputar el delito a una persona natural determinada. De acuerdo con la segunda (artículo 102, al. 2), la empresa puede ser sancionada penalmente si, sin importar que el autor material del delito sea castigado, se le puede reprochar no haber tomado todas las medidas de organización “razonablemente necesarias” para evitar la ejecución de uno de los delitos expresa y exhaustivamente enumerados. De modo que la regulación es mixta en el sentido que la primera regla prevé la responsabilidad de la empresa a título subsidiario, mientras que la segunda prevé la responsabilidad directa de la empresa.

23 ROTH, “L’entreprise nouvel acteur pénal”, en *Droit pénal des affaires: La responsabilité pénale du fait d’autrui*, F. Berthoud (dir.), CEDIDAC, vol. 49, Lausanne, 2002, p. 94.

Conforme al artículo 102, inciso 3, la pena de multa, única pena aplicable a las empresas, debe ser individualizada teniendo en cuenta su falta de organización, el perjuicio causado y su capacidad económica. Al respecto, vale destacar que no se menciona la culpabilidad, como si se hace en el artículo 103, inciso 3, que regula la pena de multa en general. Según esta disposición, la multa no sometida al sistema de días-multa como la pena pecuniaria (artículo 34), será fijada considerando la situación del responsable de modo que corresponda a la “falta cometida” (*faute commise*).

b) Condiciones de imputación

El sujeto a quien se imputa la responsabilidad penal es designado por el término empresa. Su significación es más amplia que la de la expresión personas jurídicas, pues comprende también corporaciones sin personalidad jurídica, pero que disponen, a falta de órganos en sentido formal, de cuasi órganos, es decir personas físicas mediante las cuales “piensa y obra”²⁴.

Con la finalidad de evitar problemas de interpretación, el legislador menciona, de manera exhaustiva (artículo 102 inciso 4), que las entidades que deben ser consideradas: personas jurídicas de derecho privado (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades cooperativas), personas jurídicas de derecho público (salvo las corporaciones territoriales, por ejemplo, la Confederación, los cantones y las comunas),²⁵ las sociedades (colectivas, en comandita, simples) y las empresas individuales. Si realizan actividades comerciales, las fundaciones, las asociaciones y las sociedades privadas del derecho cantonal también son consideradas como personas jurídicas.

De esta calidad de sujeto de la responsabilidad penal, debe ser distinguido el sujeto que comete el delito. A partir de la expresión “cometido en el seno de una empresa”, empleada en el texto legal, se desprende que debe ser cometido por un miembro de la empresa, vinculado a la organización y sometido a la jerarquía de la empresa, por ejemplo, miembros de sus órganos, empleados, obreros. Poco importa el lugar y nivel que ocupan en la estructura organizativa de la empresa. Por el deber que la empresa tiene de vigilar y controlar las personas que contrata y de escoger, instruir y fijar sus competencias, la responsabilidad de la empresa puede darse por actos de las personas en las que ha delegado tareas importantes

24 ROTH, “L’entreprise nuovel acteur pénal”, cit., p. 83.

25 PRADEL, Jean, *Droit pénal général*, N.º 532: Cette exception est en principe cohérente avec l’idée que l’Etat ayant le pouvoir de punir, il ne peut pas se punir lui-même.

relativas al control y vigilancia de sus actividades económicas. Un *extraneus* a la empresa –asesor jurídico o consejero empresarial– no puede dar lugar a la responsabilidad penal de la empresa, salvo si puede ser calificado de órgano de facto de la empresa debido al papel importante que tiene en el sistema de esta última.

La identidad del autor material del delito solo juega un papel decisivo en el ámbito de la responsabilidad subsidiaria, ya que esta supone que el agente no sea identificado. Esta identificación es superflua en caso de responsabilidad directa, debido a que la empresa es responsable penalmente aun cuando el agente haya sido identificado y este sea también considerado responsable del delito.

El comportamiento delictuoso que da lugar a la responsabilidad de la empresa está constituido, en cuanto a la responsabilidad subsidiaria, por todo delito previsto en el Código Penal, la legislación federal penal complementaria y la legislación fiscal de los cantones. Por el contrario, tratándose de responsabilidad directa, solo es cuestión de los delitos expresamente mencionados en el artículo 102, inciso 2 (artículo 260ter, 260quinquies, 305bis, 322ter, 322quinquies, 322septies, inciso 1, y l'artículo 4a, inciso 1, let. a, de la ley federal del 19 de diciembre de 1986 contra la competencia desleal). Se trata de delitos de participación a una organización criminal, de lavado de dinero y formas graves de corrupción. Las faltas o contravenciones (artículo 104) no son por tanto consideradas.

La comisión del delito debe tener lugar a la ocasión del “ejercicio de las actividades comerciales” y conforme a los fines de la empresa. Por comerciales deben comprenderse los actos relacionados con el mercado²⁶, por ejemplo cuando se oferta bienes o servicios a título oneroso, así cuando se ejerce actividades complementarias a dicha actividad comercial (por ejemplo, producción de mercaderías, elaboración de proyectos). El criterio aplicable es funcional considerando el ámbito en el que la empresa desarrolla sus actividades. No es decisivo que el delito cometido tenga consecuencias beneficiosas para la empresa.

Los fines de la empresa constituyen un factor esencial en la medida en que se busca impedir que las acciones incorrectas (*Exzesse*)²⁷ de los miembros de la empresa la perjudiquen. Genera responsabilidad de la empresa, por ejemplo, el lavado de dinero concerniendo la fortuna de clientes y realizado en el marco de una actividad comercial conforme a los fines de intermediario financiero, a pesar

26 CASSANI, Ursula, “Droit pénal économique et financier: chronique législative (2008)”, en *Revue de l'état civil*, 2009, p. 701.

27 ROTH, Robert. “Une responsabilité sans culpabilité?”, en *La punissabilité de l'entreprise. L'expert-comptable suisse spécial*, en *ECS* n.º 7, 2003, p. 18.

de que la ley y los reglamentos internos de la empresa prohíban operaciones de lavado de dinero²⁸.

c) Cambios conceptuales: culpabilidad

Si el reconocimiento de la responsabilidad de la empresa en el ámbito del derecho penal implica la posibilidad de imponerle una pena, uno de los factores centrales²⁹ es, evidentemente, la culpabilidad; en la medida en que se considere indispensable mantener el principio “no hay pena sin culpabilidad”. Ahora bien, como la noción de culpabilidad, elaborada con respecto a la responsabilidad individual de las personas naturales, se funda en la concepción de persona como ser consciente de sí mismo y de su libertad, resulta que no puede ser definida de la misma manera respecto a las personas jurídicas u otras entidades colectivas.

Entre quienes se inclinan en favor de la responsabilidad penal de la empresa, los criterios divergen sobre la manera de fundar y delimitar la noción de culpabilidad de la empresa y hasta se llega a negar la necesidad de considerarla como condición de la punición. La falta de acuerdo sobre un criterio mínimo impide la regulación legislativa de la responsabilidad de la empresa (Alemania³⁰, España³¹) y el hecho de haberla introducido en la ley no ha amainado el debate teórico (Francia³²).

28 CASSANI, *Droit pénal économique*, cit., p. 682.

29 En ce qui concerne la capacité d’agir, par contre, il est admis sans trop de discussion qu’en cas de l’entreprise l’action pénalement relevante est celle réalisée par leurs organes dans le cadre de leurs compétences; cfr. STRATENWERTH, Günter, *Strafrechtliche Unternehmenshaftung*, Festschrift für R. Schmitt, Tübingen 1993, p. 299; SCHÜNEMANN, B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, Berlín, Bonn, München, 1979, p. 97. Les notions de dol et négligence sont également dans un deuxième niveau de la discussion.

30 JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlín, 1996, pp. 227 y ss.; MAURACH, Reinhart y Heinz ZIPF. *Strafrecht. AT I*, 7.^a ed., Berlín, 1977, pp. 180 y ss.

31 BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid 1978, pp. 109 y ss.; PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en AP 2, 1995, pp. 15 y ss. Cfr. ZUGALDIA, J. M., *Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional societatis delinquere non potest*, CPC, N.º 11, 1980, pp. 67 y ss.

32 PRADEL, Jean, *Droit pénal général*, 16.^a ed., París, 2006/2007, Editions Cujas, pp. 491 y ss.; DANTI-JUAN, M., “La responsabilité pénale des sociétés”, en *Revue pénitentiaire de droit pénal*, 2002, pp. 91 y ss.; SAINT-PAUL, J. C., “La responsabilité pénale des personnes morales: réalité et fiction”, en *Le risque pénal dans l’entreprise*, Litec, Carré Droit, 2003.

Según Tiedemann³³, la culpabilidad puede ser concebida de manera diferente a la culpabilidad individual fundada sobre un reproche ético. Con este objeto, es de recurrir a categorías sociales y jurídicas. En su opinión, en el caso de la empresa la culpabilidad se basa en un reproche social basado en sus deficiencias de organización, de modo que se puede hablar de una culpabilidad por organización (*Organizationsverschulden*). La misma que está en relación con la infracción cometida por una persona individual. Hecho que desempeña el papel de factor de conexión (*Anknüpfungstat*). Así, se reprocha a la empresa no haber tomado las medidas de prevención indispensables para garantizar el desarrollo de sus actividades de manera correcta y la no comisión de delitos. Si algunos de sus miembros delinquen en el seno de la empresa, la ejecución de estos comportamientos se presenta como incorrecciones debidas a la empresa misma.

Por su parte, Hirsch³⁴ considera que la empresa tiene una responsabilidad colectiva (*kollektive Haftung*) por el delito³⁵. La imposición de la pena supone, primero, un comportamiento ejecutado por un órgano o representante del ente colectivo; segundo, una vinculación funcional (*funktionaler Zusammenhang*) entre el delito y la actividad de la empresa; y, tercero, la determinación de la culpabilidad de la empresa mediante la culpabilidad del órgano o representante que ha cometido el delito. La empresa debía haber podido evitar la ejecución del delito.

En opinión de Heine³⁶, los criterios de imputación de responsabilidad penal a la empresa deben fijarse en función del criterio de la aumentación del riesgo

33 TIEDEMANN, "Die 'Bebussung' von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", en *NJW* 19, 1988, p. 1172.

34 HIRSCH, Hans, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993; idem, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, *ZStW*, N.º 107, 1995, pp. 285 y ss.

35 Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979, p. 254.

36 HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995, pp. 264 ss.; LAMPE, Ernst-Joachim, "Systemunrecht und Unrechtssysteme", en *ZStW* 106 (1994), p. 732 y ss.; DANNECKER, "Das Unternehmen als 'good corporate Citizen' - ein Leitbild der europäischen Rechtsentwicklung?", en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, Alwart (Hrsg.), München, 1998, p. 27; DANNECKER, "Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrech", en *GA*, 2001.

específico al contexto de la empresa. Por ejemplo, en el caso de que la actividad empresarial esté sobre todo dirigida por procedimientos tecnológicos, resulta indispensable constatar la existencia de una posición de garante (*Ueberwachungs-garant*), que supone tanto la constatación de una gestión deficiente de los riesgos (*fehlerhaftes Risikomanagement*) y, asimismo, la concretización de un riesgo típico en el ámbito de la empresa (*betriebstypische Gefahrerwirklichung*). En esta perspectiva, el comportamiento individual indebido carece de importancia.

En esta perspectiva, Heine³⁷ determina la condición de autor de la empresa recurriendo al criterio del dominio de la organización funcional sistemática (*funktional-systematische Organisationsherrschaft*), en oposición al criterio del dominio del hecho (*Tatherrschaft*) relativo a la responsabilidad individual. El deficiente dominio de organización se da cuando la empresa no toma a tiempo las medidas para evitar los riesgos. En su opinión, la materialización del riesgo debe ser apreciada como una condición objetiva de punibilidad. Se trata más bien de combatir la creación de situaciones peligrosas que de imputar un hecho a la empresa sobre la base de la experiencia social. Heine concluye proponiendo que la noción de culpabilidad individual sea rechazada respecto a la empresa y que se adopte una noción de culpabilidad por la conducción de una actividad comercial (*Betriebsführungsschuld*)³⁸.

En Suiza, Roth³⁹ sostiene, luego de admitir que la empresa tiene la capacidad de actuar y que sus actos constituyen la manifestación de la voluntad colectiva, que ella puede ser considerada como responsable en virtud de la culpabilidad por culpa, en la medida en que puede violar un deber de prudencia o que uno de sus miembros no prevé el peligro o la producción de un resultado perjudicial. Así, el reproche se basará en un defecto de organización de la empresa; es decir una apreciación deficiente de los riesgos y que debieron razonablemente ser previstos (un tipo de *Vorverschulden*). Como esta culpa tiene un sentido *sui generis* y muy marcado por razonamientos tomados de la economía de la empresa y de la sociología de organizaciones⁴⁰, no es necesario fijarse mucho en el aspecto subjetivo de la culpa. De esta manera, se produce una objetivización parcial de la culpa, pero que se justifica por su acercamiento a la noción de responsabilidad desarrollada en derecho civil.

37 HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, cit., p. 311.

38 HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, cit., pp. 288 y ss.

39 ROTH, Roberth, “Responsabilité pénale de l’entreprise: modèles de réflexion”, en *Revue Pénale Suisse*, N.º 115, 1997, p. 359.

40 ROTH, “Responsabilité pénale de l’entreprise: modèles de réflexion”, cit., p. 360.

Respecto a la culpabilidad intencional, Roth rechaza la idea de que se pueda deducir de los diversos actos cometidos por una empresa (especie de delito continuado) que haya actuado con una intención única. Sobre el particular explica que la intención es en principio un fenómeno psíquico regido por una unidad de tiempo⁴¹ y que exige la presencia de una persona natural. Por esto, estima que la noción de culpabilidad, sin distanciarse de la concepción tradicional, necesita ser ampliada y adaptada⁴² a las circunstancias particulares relativas a la responsabilidad penal de la empresa.

d) Regla de imputación y no de incriminación

En el marco de la legislación suiza, en particular de los artículos 102 y 102a CP, para comprender esta problemática, hay que precisar el punto de anclaje de la responsabilidad penal de la empresa.

Es evidente que el punto de partida es que el delito esté relacionado estrechamente con la empresa porque uno de sus miembros es el autor y porque ello ha sido cometido en ocasión de la actividad comercial de la empresa. Tratándose de la responsabilidad subsidiaria (artículo 102, inciso 1), la imputación de responsabilidad penal a la empresa depende de si el autor material de la infracción ha sido identificado o no. Esta condición no es, por el contrario, decisiva en cuanto a la responsabilidad principal (artículo 102, inciso 2), debido a que dicha imputación procede, se haya o no identificado al responsable de una de las infracciones indicadas en este inciso.

Ahora bien, la identificación del autor material implica que se haya comprobado, en el mejor de los casos, que su comportamiento es típico, ilícito y culpable. Típico tanto en cuanto a la realización del aspecto objetivo del tipo legal, como a la presencia del aspecto subjetivo (intención o negligencia). Culpable, en tanto es capaz de culpabilidad, no ha obrado sobre la influencia de un error sobre la ilicitud y no está amparado por una circunstancia de inculpabilidad. Si en caso de no identificarse al agente, resulta difícil comprobar la presencia de todas estas condiciones de punición, en particular por ejemplo la intención o negligencia, la capacidad de comprender o de determinarse, es indispensable que demostrar que, al menos, un comportamiento típico (aspecto objetivo y aspecto subjetivo) e ilícito ha sido cometido. En este sentido amplio deben ser comprendidos los términos “crimen” y “delito”. Se trata de una forma de infrac-

41 ROTH, “Responsabilité pénale de l’entreprise: modèles de réflexion”, cit., p. 362.

42 ROTH, “Responsabilité pénale de l’entreprise: modèles de réflexion”, cit., p. 361.

ción que puede ser calificada de objetiva⁴³, la misma que también es utilizada en otros dominios; por ejemplo, en la aplicación de medidas de seguridad a una persona incapaz de obrar culpablemente.

Según el artículo 102, la responsabilidad de la empresa, comprendida evidentemente la culpabilidad, no se refiere directamente a la ejecución del delito. Es decir, no es cuestión de comprobar de qué manera la empresa ejecutó la infracción, de determinar si la consumó con intención o culpa, si lo hizo bajo el amparo de una causa de justificación, si pudo o no saber que el hecho era contrario a derecho. Tampoco es cuestión de precisar todas estas condiciones, en el supuesto de que se admita que el artículo 102 es una norma incriminadora y no una norma de imputación, respecto de una nueva infracción⁴⁴ que haya sido establecida mediante esta misma disposición. Infracción que consistiría en el hecho de no haber tomado las medidas mínimas y necesarias que faciliten la identificación del autor material o que impidan la comisión de la infracción en el seno de la empresa y en el desarrollo de sus actividades comerciales (infracción de mala organización).

El artículo 102 es, más bien, una disposición de imputación de responsabilidad. En él se establecen las condiciones bajo las cuales procede atribuir responsabilidad penal a la empresa en razón de la infracción cometida, en su seno y en el desarrollo de sus actividades, por una persona física. Las condiciones están, por un lado, referidas a la infracción cometida y, por otro, al reproche que puede ser expresado contra la empresa porque no ha creado las condiciones para impedir la impunidad del agente o la comisión de la infracción. Las relativas a la infracción, siguiendo el texto legal, pueden ser enumeradas de la siguiente manera: la infracción debe haber sido cometida en el interior de la empresa (en consecuencia, por uno de sus miembros), con ocasión del desarrollo de sus actividades comerciales conforme a sus finalidades empresariales y, finalmente, la infracción no puede ser imputada a una persona física determinada. La condición relativa al reproche está constituida por las deficiencias de organización debido a la manera de actuar colectiva de la empresa misma. No es cuestión de determinar quienes de los miembros de la empresa son responsables de la mala

43 ROTH, "L'entreprise nouvel acteur pénal", cit., p. 95.

44 MACALUSO, Alain, *La responsabilité pénale de l'entreprise. Principes et commentaires des articles 100quater et 100quiquies CP*. Ginebra, Basel, 2004, n. 879; GARBARSKY, Andrew y Alain MACALUSO. "La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit administratif", en *Aktuelle Juristische Praxis*, 7/2008, p. 839. Cf. NIGGLI, Marcel y Diego GFELLER, en Marcel NIGGLI y Hans WIPRÄCHTIGER. *Strafrecht I. Basler Kommentar*, 3.^a ed., Basilea, 2007, artículo 102, n. 35 y ss.

organización de la empresa, menos aún de la comisión concreta de la infracción. El reproche de culpabilidad está, entonces, directamente vinculado con el hecho de que la deficiencia organizativa está en los orígenes del comportamiento delictuoso.

De esta manera, la responsabilidad de la persona individual y la de la empresa son autónomas y solo están vinculadas por tener como factor de conexión la misma infracción. Asimismo, esta última no constituye una condición objetiva de punibilidad, pues su comisión está estrechamente vinculada con la culpabilidad por defecto de organización. En relación con la responsabilidad subsidiaria, la deficiente organización impide que el autor sea identificado y, por tanto, promueve la impunidad, circunstancia que aumenta el riesgo de que nuevas infracciones sean cometidas. En cuanto a la responsabilidad principal, el defecto de organización favorece la comisión de la infracción. Es decir, la empresa no se ha dotado de la organización eficaz indispensable para evitar que se cometan infracciones en su seno y con ocasión del desarrollo de sus actividades comerciales en el marco de sus objetivos lícitos o que no se identifique a los responsables individuales.

7. A manera de conclusión

La imputación de la responsabilidad penal a la empresa y, en consecuencia, el hecho de imponerle una pena supone que se admita que puede ser objeto de un juicio de reprochabilidad, de culpabilidad. Ahora bien, además de que estas condiciones de penalidad no puedan ser concebidas de la misma manera que las referentes a las personas físicas.

De esta manera, a pesar de la semejanza de la terminología utilizada para designarlas, las condiciones de punición de la empresa son diferentes a las concernientes a las personas naturales. Dichas condiciones deben estar de acuerdo con la índole de la organización de la empresa y con sus funciones sociales específicas. La solución de los problemas que se presentan será difícilmente alcanzada si se continúa admitiendo una concepción realista de los criterios dogmáticos, por ejemplo, considerando al dolo y a la culpa sobre todo como fenómenos psíquicos. Como en el caso de la culpabilidad concebida como un juicio de reproche expresado al autor material, la culpabilidad de la empresa debe también ser determinada normativamente.

Si bien las categorías jurídicas, comprendidas las de sujeto de derecho y culpabilidad, sean de orden normativo y funcional, no existe libertad absoluta para fijar las condiciones de punición. Se trata de establecer criterios apropiados para regular y justificar la condición de la empresa como sujeto de derecho penal, al

que se le puede imputar una responsabilidad e imponérsele una pena. La realización de esta tarea será la concretización de uno de los principales cambios en el derecho penal del sistema europeo continental y, en especial, en la reelaboración de categorías como la de la culpabilidad. Por todas estas razones se justifica que el tema de la responsabilidad penal de la empresa haya sido tratado en el marco de las 30 Jornadas Internacionales de Derecho Penal.

Las objeciones formuladas contra el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituyen la expresión de una concepción específica de la persona humana. Esta es percibida como el ser humano natural, poseedor de capacidades físicas y psíquicas específicas. Por tanto, es la única que tiene la capacidad de actuar, la capacidad de comprender lo que hace u omite y, por tanto, la única que puede ser culpable. Por las mismas razones, solo ella puede ser, por ejemplo, condenada a una pena privativa de libertad.

Sin embargo, en derecho privado no se niega, recurriendo a la misma concepción, que la persona jurídica tenga la capacidad de actuar (suscribir contratos), la capacidad de responder por los perjuicios causados (indemnización por actos ilícitos: incumplimiento de contrato), la capacidad para soportar sanciones civiles (inhabilitación para efectuar ciertas actividades). La persona jurídica es tratada de la misma manera que la persona individual en la atribución de derechos y obligaciones, a pesar que no es un ser humano, una persona natural. ¿Significa esto que en derecho civil no sea considerado el ser humano de la misma manera como lo es en derecho penal?

La respuesta solo puede ser negativa. El ser humano está en el centro de todo el derecho, por el simple hecho que él es quien lo crea y, al mismo tiempo, es su finalidad, en última instancia. El sujeto de derecho, o persona, no se identifica con el ser humano. Dicho con más propiedad, la noción de sujeto de derecho o persona, no es igual a la noción de ser humano. Admitir lo contrario, implica que se están confundiendo dos planos diferentes: el del mundo físico, natural, con el “mundo” normativo del derecho. Capacidad de actuar o capacidad de culpabilidad son nociones jurídicas que no deben ser confundidas con las aptitudes físicas, psíquicas e intelectuales del ser humano. Cuando no se respeta esta distinción, el concepto jurídico de persona es erróneo y empíricamente falso (Salmorán); porque seres humanos capaces mentalmente pueden no ser considerados como personas por el derecho (los esclavos y los extranjeros, humanos, no eran considerados como “personas” para el Derecho romano⁴⁵) y,

45 GRZEGORCZYK, Christophe, “Le sujet de droit: trois hypostases”, en *Annales de philosophie du droit*, París, 1989.

al contrario, considera personas a entes que no son seres humanos (las personas jurídicas son el ejemplo por excelencia).

La noción de sujeto de derecho o persona es de índole convencional. Mediante ella, el legislador califica a determinados seres humanos, atribuyéndoles deberes y obligaciones bajo ciertas condiciones. De esta manera, establece las condiciones bajo las cuales se debe determinar quién debe ser considerado como el sujeto, por ejemplo, del derecho de poseer, comprar, suscribir contratos, ejercerla patria potestad o de la obligación de indemnizar al perjudicado, de alimentar a un menor de edad. De manera figurada, se puede decir que el derecho atribuye (a través de las normas) los diversos papeles que pueden asumir determinados seres humanos (los actores). Los términos “sujeto de derecho” o “persona”, son usados de manera paradigmática en el sentido de personaje: una personificación, un papel representado por un actor. Personaje al que se considera filosóficamente, desde el siglo de las luces, como sujeto dotado de razón y voluntad libre. Pero este personaje, sujeto de derecho o persona, no debe ser confundido con el sujeto físico (de carne y hueso). solo existe en tanto forma o manera de percibir jurídicamente la realidad y es, por tanto, irreductible al mundo extrajurídico⁴⁶.

El ser humano, concebido a partir del Siglo de las Luces como centro del universo y señor absoluto de lo que crea, es responsable de sus acciones tanto ante el mismo, como ante los demás (tan libres como él mismo). Así, la voluntad es considerada como factor esencial de la responsabilidad de todo ser libre. En este contexto, se definirá la personalidad como la posibilidad subjetiva de la voluntad jurídica, llegándose así a concebir al “hombre” como titular de “derechos subjetivos” (Salmorán).

Esto no significa que se ignore la relación existente entre sujeto de derecho o persona y ser humano; sin embargo, cuando se utilizan las expresiones “sujeto de derecho” o “persona”, en el discurso jurídico, no se hace con la finalidad de designar directamente a un ser humano, sino más bien para referirse a este con relación a su conducta jurídicamente regulada. En esta perspectiva, Kelsen afirmó que el objeto de la ciencia jurídica no es el hombre sino la persona.

La idea de que todos los seres humanos son personas (en sentido jurídico) constituye la culminación de un largo proceso social. Sin embargo, solo puede ser cabalmente comprendida si es replanteada diciendo que, actualmente, los sistemas jurídicos modernos invisten con derechos, deberes y facultades a todos los individuos por el simple hecho de pertenecer al género humano.

46 *Loc. cit.*

En el contexto normativo del derecho, se comprende fácilmente que se considere como personas o sujetos de derecho a las agrupaciones de individuos⁴⁷; siempre y cuando no se crea que se les otorga dicha calificación en razón a sus características humanas. Se trata de una calificación jurídica y no de una propiedad natural. Así, se puede decir, de manera general, que “persona”, en sentido jurídico, es aquel “algo” al que se atribuyen derechos y deberes por las normas jurídicas⁴⁸. El efecto práctico es que los derechos, obligaciones y facultades conferidos, serán tratados de manera unitaria. La agrupación o persona colectiva (persona jurídica), de la misma manera que el sujeto de derecho o persona, con respecto al ser humano, está relacionada con los seres humanos individuales que la conforman, pero tampoco puede ser identificada con estos. Cuando se dice que la persona colectiva está obligada a pagar una multa fiscal, esto quiere decir, conforme a la regulación normativa vigente, de un lado, que uno de sus miembros individuales incurrió en una conducta determinada y, de otro lado, que dicho incumplimiento es atribuido a la persona colectiva.

La presencia real de las personas colectivas, en sociedades altamente complejas y tecnificadas como las nuestras, hace bastante comprensible que se plantee la cuestión de la responsabilidad ética y social de la empresa, como tal. Su marcada influencia, tanto en el desarrollo técnico como económico, es determinante en la creación de situaciones y relaciones riesgosas (por ejemplo, en el mercado financiero o el medio ambiente) y constituye un hecho fundamental para delimitar el papel social que desempeñan. En cuanto a la responsabilidad social, se trata de superar el criterio tradicional orientado hacia la rentabilidad y ganancia, para comprender a la empresa en su complejidad, considerando todos los factores que la conciernen en la perspectiva de la organización. En este sentido, se dice que la responsabilidad social implica, de un lado, conducir la actividad de la empresa a un ámbito donde esta sea congruente con las normas, los valores y las expectativas sociales vigentes. Por otro lado, comprende el desarrollo de procesos de organización de toma de decisiones por medio de los cuales, de acuerdo con una información incompleta, quienes toman las decisiones colectivamente anticipan, responden y gestionan todas las ramificaciones de la política y de las prácticas de organización⁴⁹. Estos esfuerzos para determinar la responsabilidad social de la empresa, persona colectiva suponen concebirla normativamente como una persona diferente a la de sus miembros individuales.

47 Y aun a cosas, como un patrimonio: masa hereditaria.

48 LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1966, p. 92.

49 LOZANO, Josep M., *Ética y empresa*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 105 y ss.

El objetivo es fijar bajo qué condiciones se considera a la empresa responsable socialmente y en qué consiste esta responsabilidad.

Si se tiene en cuenta la manera como se concibe la persona en el derecho, en general y, en particular, en el derecho civil, no resulta claro por qué debe ser considerada inaplicable en el derecho penal. Lo mismo puede decirse respecto al derecho administrativo, en el que se trata a la persona jurídica como sujeto pasible de sanciones represivas. El sujeto de derecho en materia penal, tanto como sujeto activo del delito como sujeto pasivo de las sanciones penales, es igualmente determinado por la manera como el legislador establece las condiciones de punibilidad y cómo define los comportamientos delictuosos en particular. La dogmática penal no tiene como objeto determinar en qué consiste realmente el delito (hecho social), ni cómo es el ser humano delincuente. No existen delitos naturales; ni delincuentes natos. Se trata de categorías normativas determinadas por la regulación legislativa penal. Lo mismo se puede decir de cada una de las nociones establecidas en base a lo previsto en la ley penal. Por ejemplo, aun en el caso de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad que puede ser considerada como una de las nociones más cercanas a la realidad humana, no se puede decir que se trate de una calificación concreta del ser humano de acuerdo con los criterios de las ciencias humanas. Se trata más bien de una calificación jurídica de un aspecto de la realidad (persona física concernida) y, al mismo tiempo, de una clasificación de las condiciones normativas que deben existir para imputar objetiva y subjetivamente el delito a una persona determinada.

La cuestión se reduce, en consecuencia, a determinar si hay que atribuir o no responsabilidad penal a las personas jurídicas y, en caso de una respuesta afirmativa, de qué manera y con qué amplitud hacerlo. Como lo muestra la evolución del Derecho suizo y, en general, del Derecho europeo, estas cuestiones corresponden al ámbito de la política criminal y, de manera más amplia, a la política general del Estado. Si se tiene en cuenta que desde hace decenios, en el derecho anglosajón, se responsabiliza penalmente a las personas jurídicas, resulta difícil sostener que el dogma de la responsabilidad penal individual constituye un obstáculo insuperable. No se trata de una verdad absoluta y su admisión también depende de los criterios de política criminal que se acepten. Esto no implica atribuir al Estado un poder absoluto para reprimir, ya que las soluciones que se adopten deben conformarse a los criterios de proporcionalidad y subsidiaridad del derecho penal. Además, siendo el derecho penal la *ultima ratio* en el sistema de control social, el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídica debe estar acompañado por la renovación y el perfeccionamiento de las medidas de orden económico y jurídicas en el ámbito civil administrativo.

8. Bibliografía sucinta

- ACHENBACH, Hans, "Ahndende Sanktionen gegen Unternehmen und dil für sie handelnden Personen im deutschen Recht", en *Bausteine de europäischen Strafrechts-Coimbra- Symposium für Claus Roxin Herausgegeben von Bernd Schönemann und Jorge de Figueiredo Dias*, Carl Heymanns, Köln und. a., 1995.
- ACKERMANN, Bruni, *Die StrafbarkeitjuristischerPersonen fm deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, Peter Lang, Franckfurt, 1984.
- ALWART, Heiner, "Strafrechtliche Haftung des Unternehmens, vom Unternehmenstaterzum Taterunternehmen", en *ZStW*, N.º 105, 1993.
- BACIGALUPO, Enrique, "Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)", en *Comentarios a la legislación penal*, vol. V, 1986.
- BARBERO SANTOS, Marino, "¿Responsabilidad penal de la empresa?", en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Universidad de Castilla (La Mancha), Albacete, 1994.
- BERTEL, Christian, "La responsabilità penale delle persone giuridiche", en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1998.
- BOLLE, Pierre-Henri, *La responsabilité pénale des personnes morales*, FJS, N.º 6 (1981).
- BORRICAND, J., "Pour une responsabilité pénale de tous les groupements?", en *Annales de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand*, fascículo 18, 1981.
- BOULOC, B., "La Criminalisation du comportement collectif- France", en *La Criminalisation du comportement collectif*, Hagu, London: Kluwer Law International, 1996.
- BRICOLA, F., "Il costo del principio societas delinquere non potesf nell'attuale dimensione del fenomeno societario", en *Rivista italiana de diritto e procedura penale*, 1970.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *El derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995.
- BRENDER, Marcus, *Die Neuregelung den Verbandstaterchaft im Ordnungswidri- gkeitenrecht*, Schauble Verlag, Rheinfelden, 1989.
- CASTELLANA, A. M., "Diritto penale dell'Unione Europea e principio societates delinquere non potest", en *Riv. trimestrale di Diritto Penale dell'Economía*, N.º 9, 1996.

- CLERC, François, *Introduction à l'étude du Code pénal suisse* PG, 1942.
- CONTE, Philippe, "Il riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche nella legislazione francese", en *Riv. trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, N.º 7, 1994.
- DOELDER DE, Hans, "Criminal liability of corporation-Netherlands", en DOELDER-TIEDEMANN (editores), *La Criminalisation du comportement collectif, criminal liability of corporation*, XIV Congrès international de droit comparé, Kluwer Law International, Nedherlands, 1996.
- D'ORSI, Vincenzo, "Verso una responsabilità penale delle persone giuridiche?", en *Scritti in onore di Ugo Pioletti*, Giuffrè, Milán, 1982.
- EHRHARDT, Anne, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und USamerikanischen Recht*, Duncker & Humboldt, Berlín, 1994.
- FALZEA, Angelo, "Responsabilità penale delle persone giuridiche", en *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, (Messina 30 apr.5 maj. 1979), Giuffrè, Milán, 1981.
- DE FARIA COSTA, José, "Die strafrechtliche Haftung des Unternehmens und seiner Organe. Eine strafrechtliche Untersuchung zum Vertreterbegriff be Verbanspersonen", en *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995.
- GARBARSKY, Andrew y Alain MACALUSO. "La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit administratif", en *Aktuelle Juristische Praxis*, 7/2008.
- GRACIA MARTÍN, Luis, "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", en *Actualidad Penal*, N.º 39, Madrid, 1993.
- GRAVEN, Philippe y Charles-André JUNOD, "Societas delinquere potest?", en *Mélanges R. Patry*, Lausanne, 1988.
- GRAVEN, Philippe, *L'infraction pénale punissable*, 2.ª ed., 1996.
- GRZEGORCZYK, Christophe, "Le sujet de droit: trois hypostases", en *Annales de philosophie du droit*, París, 1989.
- HAFTER, Ernest, *Die Delikts- und Straffahigkeit der Personenverbände*, Berlín, 1903.
- HASSEMER, Wienfried, "Kennzeichnen und krisen des modernen strafrechts", en *ZRP*, 1992.
- HARDING, C., "Criminal liability of corporations-United Kingdom", en *La Criminalisation du comportement collectif*, 1996.

- HEINE, Günther, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlenwicklungen insbesondere bei Grossrisiken*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1995.
- HENNAU-HUBLET, C., “La criminalisation du comportement collectif Belgique”, en *La criminalisation du comportement collectif*, 1996.
- HILL, Jennifer y Ronald HARMER, “Criminal liability of corporations-Austria”, en *La criminalisation du comportement collectif*, 1996.
- HIRSCH, Hans Joachim, “La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 1099-1124. La versión original está en alemán en *Rheinisch Westfälische Akademie der Wissenschaften*, Düsseldorf, 1993.
- HIRSCH, Hans Joachim, “Strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen”, en *ZStW*, N.º 107, 1995.
- HOUTMANN, Marie-Ange, “Responsabilité pénale des personnes morales”, en *Le Dalloz*, N.º 2, 2000.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht, AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín/Nueva York, 1991.
- JAKOBS, Günther, “Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen”, en *Festschrift K. Miyazawa*, Baden-Baden, 1995.
- JAKOBS, Günther. “Strafbarkeit juristischer Personen?”, en *Festschrift für Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2002.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, 1996.
- KENEL, Philippe, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit anglais. Une solution pour la Suisse*, thèse, Genève, 1991.
- LAMPE, Ernst-Joachim, “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, en *ZStW* 106 (1994).
- LOBO MOUTIHNO, J. y H. SALINAS MONTEIRO, “La criminalisation du comportement collectif-Portugal”, en *La criminalisation du comportement collectif*, 1996.
- LONGHI, S., “La persona giuridica come oggetto di responsabilità penale”, en *Rivista penale*, LXIV, 1906.
- LOZANO, Josep M., *Ética y empresa*, Madrid, 1999.
- MACALUSO, Alain. *La responsabilité pénale de l'entreprise. Principes et commentaires des articles 100quater et 100quiquies CP*. Ginebra, Basel, 2004.

- MALAMUD GOTI, Jaime, “Las penalidades a sociedades y sus directivos por el hecho del agente”, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- MAURACH, Reinhart y Heinz ZIPF. *Strafrecht. AT I*, 7.^a ed., Berlín, 1977.
- MILITELLO, Vincenzo, “Die strafrechtliche Haftung des Unternehmens und der Unternehmensorgane in Italien”, en *Bausteine des europäischen strafrechts*, 1995.
- NIGGLI, Marcel y Diego GFELLER, en Marcel NIGGLI y Hans WIPRÄCHTIGER. *Strafrecht I. Basler Kommentar*, 3.^a ed., Basilea, 2007.
- OTTO, Harro, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, Walter de Gruyter, Berlín, 1993.
- OEHLE, Dietrich, “La responsabilità penale delle persone giuridiche nelli Comunità Economica Europea”, en *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milán, 1981.
- PALIERO, C. E., “Criminal liability of corporations-Italy”, en *La criminalisation du comportement collectif*, 1996.
- PALIERO, C.E., “La sanzione amministrativa como moderno strumento di lotta alla criminalità economica”, en *Rivista Penale Economica*, 1993.
- ROBERT, Christian-Nils, “Délinquance d'affaires: l'illusion d'une politique criminelle, rapport société suisse des juristes”, en *RPS, 1985, fascículo 1*. ROTH, Robert, “Responsabilité pénale de l'entreprise: modèles de réflexion”, en *RPS*, N.º 115, 1997.
- STAUFFACHER, E., “La criminalisation du comportement collectif-Suisse”, en *La criminalisation du comportement collectif*, 1996.
- RUSCONI, Maximiliano, “Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación?”, en *El Derecho Penal hoy*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995.
- ROTH, Robert, “Responsabilité pénale de l'entreprise: modèles de réflexion”, en *Revue Pénale Suisse* 115, 1997.
- ROTH, Robert, “L'entreprise nouvel acteur pénal, Droit pénal des affaires: La responsabilité pénale du fait d'autrui” (ed. Frédéric Berthoud), en *Cedidac* 49 (2002) (citado Cedidac).
- ROTH, Robert, “Une responsabilité sans culpabilité?”, en *La punissabilité de l'entreprise. L'expert-comptable suisse spécial*, en *ECS* N.º 7, 2003.
- SAINT-PAUL, J. C., “La responsabilité pénale des personnes morales: réalité et fiction”, en *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, Carré Droit, 2003.

- SCHMID, Niklaus, “Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorgane”, en *RPS* 105 (1988).
- SCHROTH, Hans Joachim, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte, Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, Brühlscher Verlag, 1993.
- SCHULTZ, Hans, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches*, Berna, 1987.
- SCHULTZ, Hans, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, Band I und II, 4.ª ed., Berna, 1982.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Boletín oficial del Estado, Madrid, 1995.
- SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 2.ª ed., 1964.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Die strafrechtliche Haftung des Unternehmens und der Unternehmensorgane”, en *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995.
- STRATENWERTH, Günther, “Strafrechtliche Unternehmishaftung?”, en *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70 Geburtstag*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1992.
- TIEDEMANN, Klaus, “Strafbarkeit juristischen Personen? -Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme mit Ausblicken für das deutsche Recht”, en *Freiburger Begegnung, Dialog mit Richtern des Bundesgerichtshofs*, C.F. Müller Verlag, Heilderberg, 1996.
- URBAIN-PARLEANI, Isabelle, “Les limites chronologiques á la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales”, en *Revue soc.*, 1993.
- VOLK, Klaus, “Zur Bestrafung von Unternehmen”, en *Juristen Zeitung*, N.º 9, 1993.
- WELLS, Celia, “Die strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen in England und Wales-Sich wandelnde Vorstellung und Gesetzesreform”, en *ZStW* 107, 1995.
- WISE, E. M., “Criminal liability of corporations-USA”, en *La criminalisation du comportement collectif*, p. 383.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula societates delinquere non potest”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 11, Madrid, 1980.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 25, Madrid, 1994.

