

§ 14 Culpabilidad

I. Culpabilidad y responsabilidad. II. Regulación legislativa. III. No hay pena sin culpabilidad. IV. Noción de culpabilidad. 1. Concepción psicológica. 2. Concepción psicológico–normativa. 3. Concepción normativa. V. Impugnación de la culpabilidad. VI. Capacidad de culpabilidad (imputabilidad). 1. Generalidades. 2. Menores de edad. a. Introducción. b. Evolución legislativa nacional. b.1. Código Penal de 1863. b.2. Código Penal de 1924. b.3. Situación actual. b.4. Límite cronológico de la capacidad penal. 3. Imputabilidad. a. Generalidades. b. Técnica legislativa. c. Noción de imputabilidad. 4. Inimputabilidad según el art. 20, inc. 1. a. Anomalia psíquica. b. Grave alteración de la conciencia. c. Alteración de la percepción. d. Actio libera in causa. e. Duda sobre el estado mental del agente. 4. Imputabilidad según el art. 15. 5. Imputabilidad disminuida. a. Generalidades. b. Técnica legislativa. c. Causas. 6. Jóvenes delincuentes (art. 22). 7. Ancianos. VII. Error de prohibición. 1. Introducción. 2. Evolución legislativa. a. Ignorancia de la ley no excusa (error juris nocet). b. Error de hecho y de derecho. c. Error de prohibición. c.1. Regulación. c.2. Modelo alemán recepcionado. 3. Art. 14. a. Generalidades. b. Objeto del error de prohibición. c. Formas de error de prohibición. c.1. Error de prohibición directo. c.2. Error de prohibición indirecto. c.3. Error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación. c.4. Error de prohibición invencible. c.5. Consecuencias penales. VIII. Exclusión de la culpabilidad. 1. Introducción. 2. Estado de necesidad excusable. a. Evolución legislativa. b. Presupuestos del estado de necesidad. c. Restricción a la exculpación. 3. Exceso en la legítima defensa. 4. Miedo insuperable. a. Regulación legislativa. b. Índole de la circunstancia. c. Presupuestos de la exculpación. d. Origen del miedo. e. Miedo insuperable. f. Ponderación de males. 5. Error sobre las circunstancias materiales de las excusas absolutorias.

I. Culpabilidad y responsabilidad

En materia penal, se utiliza el término responsabilidad en diversos sentidos; por ejemplo, para indicar que se ha probado que el procesado es el autor del delito y que debe, por lo tanto, ser condenado; o para señalar que el autor de una infracción es capaz de actuar penalmente y ser sometido a una pena. Además, se recurre⁵⁰⁸ a él para designar una categoría penal que complementa las condiciones que deben comprobarse antes de imponer una pena. Esta propuesta tiende a perfeccionar y completar la teoría del delito mediante en relación con el criterio de la imputación subjetiva. 1589

A pesar de los esfuerzos realizados, la noción de responsabilidad en el sentido indicado en tercer lugar no ha ganado en precisión, pues, las definiciones dadas han estado estrechamente relacionadas con las concepciones dogmáticas que han servido de punto de partida a sus autores. Tampoco ha sido fijada su función, ni en la sistemática de la teoría del delito, ni a nivel de la política criminal. Sin embargo, el análisis de los diferentes planteamientos que ofrece la doctrina permite comprobar que, como casi siempre sucede, el objetivo buscado es el de dar una solución más conveniente a algunos casos que no son tratados de manera coherente por el esquema conceptual predominante. Mediante la noción de responsabilidad se trata, en efecto, de esclarecer por qué, en ciertas circunstancias, no se pena al agente a pesar de que éste ha actuado culpablemente, en la medida en que el mismo puede acatar el mandato de comportarse conforme al derecho. 1590

Si se admite entonces que en estas situaciones la culpabilidad subsiste aunque bastante disminuida, se debe reconocer, en consecuencia, que ésta no basta para imponer la pena, sino que debe constatar que se dé la responsabilidad. Esta última implica valorar la necesidad preventiva de castigar al 1591

⁵⁰⁸ ROXIN, 2006a, § 19 N° 1 ss.

agente culpable. Esta necesidad se desprende casi siempre de la incriminación del acto en el momento en que el legislador estatuye los tipos penales. Sin embargo, esto no siempre ocurre. Así, en caso de estado de necesidad no se reprimirá al agente, aun cuando sea culpable, porque se considera que la pena, como medio de prevención, no es indispensable para obligarlo a que se comporte conforme al orden jurídico.

- 1592 La noción de responsabilidad es por lo tanto de índole normativa. Constituye una valoración del hecho típico y antijurídico, que permite determinar si se debe penar al autor culpable en la perspectiva de los fines de prevención del derecho penal. La responsabilidad supone, en consecuencia, la culpabilidad y la necesidad preventiva de pena. Esta concepción permite reforzar la protección de las personas frente a la intervención punitiva del Estado: por un lado, la culpabilidad sigue siendo el fundamento y el límite máximo de la pena y, por otro, ésta no puede ser agravada por simples razones de prevención general o especial. La necesidad de prevención exige que el autor culpable sólo pueda ser sancionado en caso de ser indispensable por prevención⁵⁰⁹.
- 1593 En este contexto, hay que recordar, en primer lugar, la necesidad de conservar la noción de culpabilidad; criterio indispensable mientras que la pena subsista. En segundo lugar, que el problema no puede ser reducido a la alternativa siguiente: conservación o eliminación de la culpabilidad. Se trata más bien de renovar el contenido del elemento culpabilidad teniendo en cuenta los fines preventivos del derecho penal, puesto que éste no puede seguir siendo considerado sólo en relación con su función represiva⁵¹⁰.

II. Regulación legislativa

- 1594 En la exposición de motivos del Proyecto de 1990⁵¹¹, retomada sin modificación alguna como exposición de motivos del Código, se dice: “El Proyecto consagra el importante principio de la co-culpabilidad de la so-

⁵⁰⁹ ROXIN, 2006a, § 19 N° 6.

⁵¹⁰ En este sentido, no es acertada la opinión de VILLAVICENCIO, 2001, p. 186, para quien el uso del término “responsabilidad” en vez de “culpabilidad” se justifica más bien en la intención de “evitar cualquier criterio que se identifique con el retribucionismo”; cfr. VILLAVICENCIO, 2006, p. 579 ss.

⁵¹¹ Separata especial del Diario oficial El Peruano del 17 de julio de 1990, p. 12. Ver: CP de 1991, p. 9.

ciudad en la comisión del delito cuando prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente (art. 51, inc. 1). En esta forma nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando cierta responsabilidad en la conducta delictiva, *mea culpa* que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. La Comisión Revisora conceptúa que la culpabilidad compartida a la que se alude, disminuye o desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social”. En este sentido, Stratenwerth⁵¹² dice con acierto que el derecho penal retributivo que, en base al reproche de culpabilidad, responsabiliza sólo al autor de la infracción y que luego lo abandona a su propia suerte, debería ser reemplazado por una forma de reacción penal que extraiga las consecuencias de la corresponsabilidad de la sociedad y que ejerza por lo tanto frente al autor una solidaridad humana.

La “co-culpabilidad” o “culpabilidad parcial”, a la cual se refiere la exposición de motivos, se comprende mejor si se tiene en cuenta la explicación siguiente, dada en el mismo párrafo citado: la sociedad acepta así “una responsabilidad parcial en la conducta delictiva”; es decir, responsabilidad de que el autor haya cometido una acción típica, antijurídica y culpable. De este modo, por un lado, la reacción penal sigue explicándose y justificándose en relación con la autodeterminación del agente en calidad de persona y, por otro, en que la imposición de una pena determinada y la manera de ejecutarla están condicionadas por el contexto social. 1595

Mediante esta explicación, se busca justificar el cambio de concepción de la culpabilidad como elemento de la infracción penal. Dicho cambio se refleja en la nueva terminología empleada en el TP para determinar el fundamento y el límite de la pena. En efecto el término “culpabilidad” es reemplazado por el de responsabilidad: “la pena requiere de la responsabilidad penal” (art. VII) y “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho” (art. VIII). Además, dándole un sentido un poco diferente, se utiliza el vocablo “responsabilidad” en el art. 46, igual que en el art. 52 del Proyecto de 1990. Según esta disposición, “para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsa- 1596

⁵¹² STRATENWERTH, 1982b, p. 41.

bilidad y la gravedad del hecho punible...”. Así, se modificaron las fórmulas utilizadas con anterioridad: “los jueces apreciarán la culpabilidad y la peligrosidad del agente...” (CP de 1924, art. 51; Proyecto de 1984, art. 39); “toma en cuenta la gravedad del hecho cometido y la personalidad del autor...” (Proyecto de octubre de 1984, art. 60); “toma en cuenta la gravedad del hecho punible y la personalidad del autor...” (Proyecto de 1985, art. 71; Proyecto de 1986, art. 70). La situación se agrava en el Anteproyecto de CP de 2004 y en el de 2009, por la deficiente técnica legislativa y la incoherencia conceptual. En su art. VII, se vuelve a establecer que la “culpabilidad” es indispensable para imponer una pena; mientras que en el artículo siguiente, repitiendo el texto vigente, se dispone que la pena “no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”. Como quiera que en el art. 20 ss., del Código (causas que “eximen o atenúan la responsabilidad penal”) se incluye a la legítima defensa (causa de justificación), debe concluirse que el término responsabilidad no es entonces empleado en el mismo sentido que en el art. 46 o en el párrafo de la exposición de motivos citado líneas arriba. En estos dos últimos casos, el sentido es más restringido que en el primero, que se refiere a la declaración de la responsabilidad del agente que ha realizado todos los elementos del delito. En sentido restringido (art. 46 o exposición de motivos), el término “responsabilidad” abarca sólo a uno de sus presupuestos, el mismo que, tradicionalmente, ha sido denominado “culpabilidad”.

- 1597 Para imponer la pena, el juez debe ante todo individualizarla dentro de los límites legales teniendo en cuenta la culpabilidad (denominada responsabilidad en el art. 46; así mismo en el art. 48 del Proyecto de 2004) del agente y la gravedad del hecho. Respecto a esta última, debe considerar las anteriormente denominadas “circunstancias objetivas y subjetivas” (CP de 1924, art. 51). Después, debe determinar y fundamentar la necesidad (de prevención general y de prevención especial) de la pena, considerando las carencias sociales que hubiera sufrido el agente; su cultura y sus costumbres; los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que dependen de ella (art. 45). No obstante, hay que llamar la atención sobre la dificultad de diferenciar, por un lado, la valoración que el juez debe realizar sobre la cultura y las costumbres del agente para fundamentar y determinar la pena (art. 45 inc. 2) y, por otro, la referida a la educación, situación económica y medio social del sujeto para la individualización de la sanción (art. 46, inc. 8).

III. No hay pena sin culpabilidad

El principio “no hay pena sin culpabilidad” es uno de los pilares fundamen- 1598
 mentales del derecho penal⁵¹³. Ésta es el fundamento, la justificación y la
conditio sine qua non de la pena. Su historia es la evolución de los esfuerzos
 realizados con miras a eliminar todo rezago de responsabilidad objetiva.

Dos ideas se hallan en la base de esta concepción. La primera, colocar a 1599
 la persona en el centro del derecho penal. La segunda, rechaza la respon-
 sabilidad objetiva fundada sobre la simple causalidad material (*versari in*
re illicita): nadie puede ser considerado, sin más, responsable de todas las
 consecuencias de su comportamiento.

Los códigos penales modernos han sido elaborados sobre la base del prin- 1600
 cipio de la culpabilidad⁵¹⁴. El legislador, siguiendo al modelo helvético, lo
 consideró al elaborar el CP de 1924. De acuerdo con las ideas vigentes en
 aquel entonces, previó el dolo y la culpa como dos formas de culpabilidad.
 Además, estableció, en la parte especial, como circunstancia agravante, la
 preterintencionalidad.

En los proyectos de 1984, 1985 y 1986, siguiendo el CP colombiano de 1601
 1980, se mencionaba en la parte general la preterintención. Así, se esta-
 blecía que “la culpa y la preterintención son punibles sólo en los casos ex-
 presamente determinados por la ley”. Mención que no ha sido conservada
 en el Código vigente, el mismo que prevé en relación con algunos delitos
 la agravación de la pena a título de preterintención. Pero como ya lo he-
 mos indicado⁵¹⁵, esta noción no constituye una forma autónoma junto al
 dolo y a la culpa. Por lo que resulta superfluo su mantenimiento, ya que si
 mediante un sólo comportamiento se realizan dos tipos legales (aborto y
 homicidio) basta aplicar las reglas del concurso ideal⁵¹⁶. Solución adoptada
 en algunos códigos modernos⁵¹⁷. De esta manera se logra respetar mejor el
 principio de la culpabilidad.

⁵¹³ Esta afirmación es generalmente formulada en los tratados o manuales de derecho penal.
 Entre los principales trabajos, citemos: ACHENBACH, 1974; ROXIN, 1974a, p. 171; NOLL,
 1966, p. 219; JAKOBS, 1997, p. 365 ss.; STRATENWERTH, 1972, p. 3; BAUERMANN, 1980, p.196
 ss.; OTTO, 1981, p. 481 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 18 N° 2 ss.; TIEDEMANN,
 2009, p. 33 ss.; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 245 ss.

⁵¹⁴ CASTILLO ALVA, 2002, p. 369 ss.; PRADO, 1996, p. 35 ss.; URQUIZO OLAECHEA, 2006, p. 158 ss.

⁵¹⁵ Cfr. *supra* N° 1129, 1601.

⁵¹⁶ Cfr. *supra* N° 2422 ss.

⁵¹⁷ SUÁREZ, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 183 ss.

- 1602 En consecuencia, se puede afirmar que el derecho penal peruano -como todo derecho moderno- es un derecho penal basado en el acto culpable, conforme lo prevé el art. VII. Los juristas siempre han estado de acuerdo en decir que la culpabilidad es un elemento esencial de la infracción; por eso han definido el delito como la acción típica, antijurídica y culpable⁵¹⁸.

IV. Noción de culpabilidad

1. Concepción psicológica

- 1603 Bajo la influencia del positivismo filosófico y en oposición a la tesis del derecho natural, los juristas de mitad del siglo XIX describieron la culpabilidad como el lazo psicológico que une al autor de un acto con el resultado perjudicial que ocasiona. Franz von Liszt⁵¹⁹ afirmó que el agente es culpable porque causa, mediante un acto voluntario, un perjuicio ilícito. Según este criterio, llamado psicológico, la culpabilidad puede presentarse de dos maneras diferentes: la intención o dolo y la negligencia o culpa.
- 1604 Esta concepción es insuficiente⁵²⁰. No explica, primero, por qué si la capacidad de imputación sólo es considerada como una condición de la culpabilidad, el comportamiento de un enfermo mental no podía ser declarado culpable a pesar de que actuaba intencionalmente en el sentido natural. Segundo, el porqué de la impunidad en caso de estado de necesidad disculpante aun cuando el agente obrara con dolo. Tercero, por qué se comprendía la culpa inconsciente (el obrar sin darse cuenta de las consecuencias previsibles del acto) como una forma de culpabilidad, no obstante el hecho de que dicha culpa se caracterizaba, justamente, por la ausencia de toda relación psicológica entre el autor y el resultado (p. ej., el guardavía que se duerme y “causa” un grave accidente ferroviario en el cual mueren varias personas).

2. Concepción psicológico- normativa

- 1605 Para corregir las insuficiencias de la concepción psicológica, algunos penalistas⁵²¹ recurrieron a las ideas filosóficas neokantianas dirigidas a sobre-

⁵¹⁸ BRAMONT ARIAS, 1978, p. 268; PEÑA CABRERA, 1995, p. 269 ss.; HURTADO POZO, 1987, p. 322 ss.; VILLAVICENCIO, 2006, p. 563.

⁵¹⁹ LISZT/SCHMID, 1932, p. 159 ss.

⁵²⁰ En relación con las críticas formuladas contra la tesis psicológica, Cfr. JESCHECK/WEIGEND, § 38 II 2; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 18 N° 10 ss.

⁵²¹ Por ejemplo, MEZGER, 1967, p. 109; FRANK, 1907, p. 11; GOLDSCHMIDT, 1930, p. 428.

pasar el positivismo, bajo cuyo amparo había precisamente florecido dicha tesis. Con este objeto, fijaron como factor indispensable el estado espiritual normal del agente (en el sentido de capacidad penal). Además, admitieron que el elemento psíquico de la culpabilidad no podía constituir siempre una relación concreta entre el autor del acto y el resultado (dolo), sino que bastaba la posibilidad de que existiera (culpa), y por último exigieron que el hecho tuviera lugar en circunstancias normales (es decir, por ejemplo, no en estado de necesidad). Dadas estas tres condiciones, el hecho cometido podía valorarse como culpable y, en consecuencia, reprochar al agente su comportamiento (haber cometido el hecho con dolo o con culpa). Así, introdujeron un factor nuevo de índole normativa: el juicio de valor o de reproche. La culpabilidad fue entonces definida como el reproche formulado contra el delincuente por haber cometido un acto ilícito, a pesar de haber podido actuar conforme al derecho⁵²².

De esta manera, se lograron superar, en cierta medida, las deficiencias de la concepción psicológica. Por ejemplo, a pesar de la presencia del dolo no se admitía la culpabilidad cuando el agente era incapaz u obraba en estado de necesidad que exculpa. Esto permitió explicar y ordenar de manera más conveniente los elementos constitutivos de la culpabilidad. La capacidad penal, por ser indispensable para la formación de la voluntad delictiva, fue considerada como una condición previa a la culpabilidad, como presupuesto de ésta. En cuanto al dolo y la culpa, fueron calificados como formas de su manifestación. Finalmente, las circunstancias excluyentes de la culpabilidad fueron explicadas recurriendo al criterio normativo de la “no exigibilidad de otra conducta”.

3. Concepción normativa

Los partidarios de la teoría finalista de la acción⁵²³ criticaron con vehemencia la concepción normativa de la culpabilidad. De acuerdo con su manera de concebir la acción humana, desplazaron el dolo del ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad. Definieron el dolo como el fin perseguido por el agente y, por lo tanto, como un elemento subjetivo del tipo legal (objeto del juicio de valor de la ilicitud). En cuanto a la culpabilidad, con-

⁵²² Este es el criterio que ha sido, generalmente, admitido entre nosotros y esto debido a la influencia, sobre todo en un inicio, a la labor divulgadora de Jiménez de Asúa.

⁵²³ WELZEL, 1969, p. 138; 1941, p. 428; MAURACH/ZIPE, § 36 N° 17; Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 18 N° 16 ss.

sideraron que estaba constituida sólo por elementos normativos referidos al ilícito personal. Según esta concepción, la culpabilidad consiste en un juicio de reproche dirigido contra el autor. El objeto de este reproche es la actitud incorrecta del autor ante las exigencias del orden jurídico, actitud que se concreta en el hecho típico e ilícito. Esto supone que el agente se haya decidido a actuar violando su deber de conformarse a los mandatos del orden jurídico. En consecuencia, se le juzga negativamente porque, en el caso concreto, hubiera podido adecuar su voluntad al mandato legal. La evitabilidad subjetiva de la violación del deber jurídico constituye, pues, la condición fundamental del juicio de culpabilidad.

- 1608 Como el derecho penal es un derecho de actos humanos, el punto de referencia del juicio de culpabilidad lo constituye el comportamiento ilícito. El reproche no concierne al carácter o a la manera de ser del agente, ni a su modo de vida. Estos factores sólo son considerados, después de haber establecido la culpabilidad, para individualizar la pena dentro de los límites establecidos por aquella. Dicho de otra manera, se reprime al delincuente por lo que él puede voluntariamente hacer, no por lo que él es.
- 1609 Concebir la culpabilidad como un juicio de reproche⁵²⁴ no significa que se le confunda con un juicio de desaprobación moral. El juicio de culpabilidad, antes bien, depende en el fondo, aunque no sólo, de los criterios ético-sociales del orden jurídico. Es innecesario, por lo tanto, comprobar además si el comportamiento del agente merece o no ser desaprobado también por la moral.

V. Impugnación de la culpabilidad

- 1610 Dentro de los esquemas dogmáticos, el principio de la culpabilidad ha sido cuestionado de manera muy limitada. Con independencia de la teoría de la culpabilidad que se adopte, se presupone siempre, por un lado, la libertad personal y, por otro, la posibilidad de comprobar que el autor de una infracción era -en el momento de cometerla- en realidad libre de obrar contra el derecho. Esto significa, en otras palabras, que la culpabilidad se fundamenta sobre la aceptación del libre arbitrio⁵²⁵.

⁵²⁴ CASTILLO ALVA, 2002, p. 439 ss.

⁵²⁵ LANGE, 1964, p. 277 ss.; KAUFMANN, 1961a, p. 127 ss.; WELZEL 1969b, p. 91, 101; RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 20 N° 25; BOCKELMANN, 1963, p. 372; BOCKELMANN/VOLK, 1987, § 16 II; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 37 II 2.

El cuestionamiento se produce cuando se pone en tela de juicio las bases mismas de la culpabilidad. Así, cuando se admite una concepción determinista. En efecto, si el delincuente estuviera fatalmente determinado a delinquir, sería absurdo reprocharle su manera de comportarse. Ésta era, precisamente, la idea defendida por los criminólogos positivistas italianos⁵²⁶, con arreglo a la cual el delincuente no era culpable y, en consecuencia, no podía ser castigado. De esta tesis determinista se deriva la idea de que el derecho penal debería ser substituido por un derecho de defensa social y la pena debería ser remplazada por medidas de seguridad y de tratamiento.

Frente a estos ataques, los penalistas trataron de eludir el problema aceptando *a priori* el libre arbitrio o afirmando que no incumbía al derecho penal tomar partido en favor del determinismo o del indeterminismo.

Algunos penalistas, sin dudar de la culpabilidad, admiten sin embargo la imposibilidad de demostrar la libertad del hombre individualmente considerado. Esto los lleva a explicar la culpabilidad en el marco de una apreciación comparativa de orden social (*sozial-vergleichendes Schuldurteil*)⁵²⁷. Esta apreciación equivale a preguntarse “si un individuo medio hubiera podido, encontrándose en las mismas condiciones que el autor del acto, obrar diferentemente”. Ante la imposibilidad de constatar “la posibilidad individual y concreta de actuar diferentemente”, se propone sustituir este criterio por uno de índole normativa, basado en “la posibilidad de actuar que posee una persona media abstracta”. Dicho de otra manera, para determinar si una persona es culpable, sería entonces suficiente comparar su comportamiento con el que se podría atribuir, en circunstancias similares, a una persona media.

Quienes niegan el libre arbitrio o consideran imposible probar -en el caso concreto- la libertad de actuar del delincuente, piensan, en consecuencia, que la culpabilidad es una noción inútil y admiten que el derecho penal puede ser concebido sin ella⁵²⁸. Bastaría, según ellos, servirse de los medios que ofrecen las ciencias humanas -en particular la psicología y la psiquiatría- para explicar la necesidad y la utilidad del derecho penal.

Otros, al comprobar la fragilidad de la base sobre la cual descansa la culpabilidad, juzgan indispensable renovar el contenido tradicionalmente

⁵²⁶ FERRI, 1928, 284 ss.; 1893, 333 ss.

⁵²⁷ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, §39 III 1; MAURACH/ZIPE, 1992, I § 36 N° 12.

⁵²⁸ GIMBERNAT, 1970, p. 379 ss.

atribuido a esta última. Por ejemplo, basándose en parte en las ideas de Luhmann (teoría de los sistemas), Jakobs⁵²⁹ propone una noción funcional. Como toda otra noción jurídica, la de la culpabilidad no puede ser establecida sin considerar el contexto social que, por lo que se refiere a los efectos del derecho penal, puede ser descrito de modo esquemático como las relaciones recíprocas existentes entre las personas. Estas relaciones no podrían darse si cada uno de los participantes no confiara en que todos los demás van a actuar conforme a las normas, concebidas como criterios de orientación para la realización de las acciones. La violación de estas normas constituiría una infracción que pone en evidencia la falta de motivación del agente para actuar según las pautas trazadas por dichas normas. Caracterizar este déficit de motivación es uno de los objetivos de la noción de culpabilidad, que puede ser definida, según Jakobs, como la responsabilidad del agente por dicha falta de motivación en el momento de cometer un acto antijurídico⁵³⁰.

- 1616 Ahora bien, la reacción frente a esta manera de actuar del agente constituye la pena, mediante la cual se manifiesta, de manera general, que debe de obedecerse la norma. La imposición de la pena, previa atribución de la culpabilidad, compensa la perturbación de la confianza en la norma (dicho de otra manera, en el ordenamiento jurídico) ocasionada por la acción antijurídica del agente (motivado de modo insuficiente para actuar conforme a derecho).
- 1617 Mediante la imposición de las penas, se pretende en consecuencia enseñar a tener confianza en la norma (así, se aumentan las posibilidades de que el acto sea considerado como un acto que no debe ser ejecutado), a asumir la fidelidad hacia el derecho (asimilándose que la ejecución del acto está vinculada al deber de asumir los costes que acarrea) y, por último, a aceptar estas consecuencias. Y como estos fines conciernen a todos y cada uno de los actores de las interacciones sociales (comprendidos los conflictos, es decir las infracciones), se puede afirmar que la función de la pena es la prevención general positiva, distinta a la negativa (intimidación o escarmiento) que posee en su aplicación características psicológicas individuales. Esta función se cumple mediante el ejercicio del reconocimiento de la norma; es decir, en la obediencia del derecho. En la perspectiva de esta finalidad de prevención general positiva, se determina la culpabilidad. Su conteni-

⁵²⁹ JAKOBS, 1991, 17/18 ss.; Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 638 ss.

⁵³⁰ JAKOBS, 1991, 17/22.

do sólo está precisado en la medida en que lo está el fin de la pena. Así, la noción de culpabilidad es configurada funcionalmente, es decir, como concepto fructífero de acuerdo con los requisitos del fin de la pena para una sociedad que responde a una estructura determinada.

El inconveniente más serio de esta concepción reside en el hecho de que la determinación de la culpabilidad depende de lo que se considera como indispensable para adiestrar a las personas en la lealtad al ordenamiento jurídico. Las circunstancias personales dejan de ser decisivas y, en consecuencia, se abandona la base que hace de la culpabilidad un límite del poder punitivo estatal. Todo esto implica un retroceso ya que la persona es convertida en un simple medio para satisfacer intereses sociales de consolidación de la fidelidad al derecho. Finalmente, el hecho de que se carezca de un criterio exacto para saber lo que es necesario para lograr dicho objetivo, ni cuándo la perturbación del orden justifica el juicio de culpabilidad, crea una gran inseguridad porque se otorga al juez un poder absoluto para precisar lo que es necesario para restablecer la confianza o fidelidad en el derecho. En la medida en que no respeta la dignidad de la persona (al ser instrumentalizada) y en que la culpabilidad ya no es un límite eficaz para la represión, esta concepción contradice doblemente la Constitución. 1618

Sin llegar a estos extremos, la concepción que admitimos, defendida sobre todo por Roxin⁵³¹, plantea una renovación de la noción de culpabilidad. Este autor, de acuerdo con su idea sobre la justificación social de la pena, considera culpable a quien ejecuta un acto típico y antijurídico a pesar de que es capaz tanto de comprender la exigencia del derecho, como de controlar su comportamiento (calidad de poder ser influenciado por el mandato jurídico y de optar por la alternativa de actuar conforme al orden jurídico). La posibilidad que tiene el agente de conocer y obedecer los mandatos del ordenamiento jurídico permite tratarlo como persona libre y hacerle expiar su delito. 1619

De esta manera, la culpabilidad, como categoría dogmática del delito, viene a ser complementada con la responsabilidad, renovándose y enriqueciéndose así su comprensión en armonía con las finalidades preventivas del derecho penal. La responsabilidad es igualmente de índole normativa y se la deberá interpretar conforme a la necesidad preventiva de la pena que debe deducirse de la misma ley. La culpabilidad es sin duda alguna el fundamen- 1620

⁵³¹ ROXIN, 2006a, § 19 N° 42.

to y límite de la sanción, mas ésta sólo debe ser impuesta si aparece como indispensable en consideración a la necesidad de prevención. Sin embargo, la culpabilidad no depende de dicha necesidad de prevención (general o especial), sino de la capacidad de control del agente, la misma que puede ser examinada empíricamente y sirve, por lo tanto, de límite al poder punitivo del Estado.

- 1621 El punto de referencia del juicio de culpabilidad es el comportamiento típico y antijurídico (doloso o culposo) en la perspectiva de la actitud censurable jurídicamente de la cual surge la decisión de actuar contra al derecho. El reproche expresado al autor por su acto está basado en su actitud reprochable, la misma que da al acto su contenido positivo o negativo. En consecuencia, la culpabilidad es el reproche, y no la característica del hecho típico y antijurídico de ser “reprochable” (“reprochable”, “censurable”). Como reproche, la culpabilidad concierne a la actitud personal del agente que es desfavorable al ordenamiento jurídico. En la medida en que dicha actitud, por un lado, se manifieste como dolo o culpa y, por otro, se refiera al injusto, la culpabilidad es graduable en cuanto a su intensidad (de la misma manera que lo es la ilicitud).
- 1622 Las condiciones del juicio de culpabilidad, de acuerdo con la doctrina dominante, son la capacidad de culpabilidad, el posible conocimiento del carácter prohibido del acto y la falta de circunstancias de exclusión de la culpabilidad.

VI. Capacidad de culpabilidad (imputabilidad)

1. Generalidades

- 1623 En derecho penal, se distingue entre personas mayores de 18 años de edad (a las cuales se presume capaces de obrar culpablemente y de comprender el sentido de la prohibición y de la pena) y menores de 18 años (excluidas del derecho penal común y sometidas a un derecho de carácter preventivo tutelar).
- 1624 En cuanto a la aplicación de las medidas represivas y correctivas previstas por el derecho de menores, el problema de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad no se plantea de la misma manera que en el derecho penal común. En efecto, éste es, sobre todo, un derecho penal del acto y por esto la imposición de la pena depende del principio: “no hay pena sin culpabili-

dad”, (responsabilidad, en la terminología del Código)⁵³². En consecuencia, es indispensable comprobar en este caso si el agente es capaz de actuar culpablemente; es decir, si es imputable. En cuanto a los menores, al contrario, la primera preocupación no consiste en determinar su responsabilidad y, luego, la pena respectiva. La prioridad la tiene el hecho de determinar su personalidad y situación con el fin de someterlo a un tratamiento adecuado. No obstante, si éste se revela innecesario, se decidirá entonces si el menor merece una de las penas especiales previstas para él. En este caso, sólo será indispensable constatar la capacidad penal y la responsabilidad.

2. Menores de edad

a. Introducción

En general, el punto de partida es que la imputabilidad no se adquiere de repente, sino que es el resultado de un largo y lento proceso. Si al elaborarse las disposiciones penales no se tuviese en cuenta este hecho, se ignoraría entonces la realidad humana y social. Es, pues, necesario considerar las diferentes etapas por las que pasa la persona; la cual crece y se desarrolla conforme a sus cualidades innatas y al medio ambiente (“*milieu*”) en que se desenvuelve⁵³³.

Sin pretender analizar las diversas etapas de la vida del individuo, señalemos, al menos, que el paso de la niñez a la madurez es un período de particular e intensa tensión, interna y externa. Dicha tensión será superada, biológicamente, con el paso a la pubertad (madurez sexual) y, sociológicamente, con la adecuación al nuevo papel social de adulto. Esta fase de tránsito se caracteriza por un desequilibrio notable en el mundo interno del adolescente y por las contradicciones existentes entre “su personalidad y su situación vital externa”.

El crecimiento biológico del individuo no va siempre a la par de su desarrollo intelectual y moral. El adolescente posee una gran energía corporal, pero todavía no los mecanismos de control e inhibición propios del adulto. Las vivencias del individuo en esta etapa se orientan con intensidad hacia la autorealización, mediante una fuerte acentuación del “yo”, marcada por un poderoso afán de imponerse. Su inseguridad interna se manifiesta por un claro sentimiento de orgullo y de rebeldía fren-

⁵³² Ver *supra* N° 437, 495. Cfr. GARCÍA CAVERO, 2008. p. 505 ss.

⁵³³ Sobre crecimiento y desarrollo, consultar las explicaciones de PIAGET, 1968, p. 31 ss.

te al sistema. Todo esto constituye una señal de debilidad e incapacidad para comprender todas las consecuencias de su manera de actuar. Esta situación se complica por su volubilidad e inconstancia que dificultan el proceso de inserción social.

- 1628 La duración de esta etapa de la vida del individuo no es uniforme: varía según sus cualidades innatas, el medio geográfico y el contexto socio-cultural en que vive. Los especialistas no han llegado a ponerse de acuerdo respecto a un límite; pero sí son unánimes al afirmar que los actos realizados por el individuo en esta fase de la vida no pueden ser observados y valorados de la misma manera que los actos de una persona madura. Esta es la razón por la que el legislador en materia penal, ha tratado de adecuar, de manera más o menos acertada, la regulación de la capacidad penal de las personas a los resultados obtenidos por el progreso de las ciencias humanas.

b. Evolución legislativa nacional

b.1. Código Penal de 1863

- 1629 En el CP de 1863, se diferenciaban tres categorías: la primera constituida por menores de 9 años; la segunda, por mayores de 9 años y menores de 15; la tercera, por menores de 18 años y mayores de 15; y, la última, por mayores de 18 años.
- 1630 Los menores de 9 años eran considerados como irresponsables en derecho penal. A quienes se encontraban entre 9 y 15 años, se les favorecía con la presunción legal de irresponsabilidad. Para imponer una sanción penal a un menor perteneciente a este grupo, era en consecuencia necesario probar que había obrado con discernimiento (art. 8, inc. 3). Además, el juez debía atenuar con mesura la pena y, en todo caso al menos en dos grados (arts. 9, inc. 3, y 60). Si el agente era mayor de 15 años y menor de 18, se presumía su responsabilidad, pero aún procedía la atenuación de la pena (arts. 10, inc. 2, y 57).
- 1631 Así, la mayoría penal era fijada a los 9 años. Los mayores de esta edad caían, por lo tanto, en el dominio del derecho penal en cuanto incurrieran en una acción delictiva, salvo que fueran menores de 15 años y actuado sin discernimiento. La ley elevaba así el límite de la mayoría penal. Sin embargo, en la práctica, los menores de 15 años no eran sometidos a todas las rigurosas formas del enjuiciamiento, puesto que estos menores permanecían, durante su procesamiento, en libertad. Se les colocaba bajo la custodia de

una persona responsable hasta que se esclareciera en la sentencia si habían obrado o no con discernimiento y si se les podía condenar o no⁵³⁴.

Este sistema provenía del CP español de 1848-50, fuertemente influenciado por la legislación francesa de la época. En Francia, se había establecido la presunción absoluta de irresponsabilidad penal para los niños menores de 7 años. La mayoría de edad penal estaba fijada a los 16 y la ley imponía a los jueces o jurados la obligación, en el caso de los menores de 16 años, de analizar si habían actuado o no con discernimiento. Si la respuesta era positiva, se preveía su condena a una pena atenuada en razón, justamente, de su minoría de edad. Si no, debían ser entregados a sus padres o confiados a una casa de corrección hasta que cumplieran 20 años⁵³⁵.

En la actualidad, los países cuyas legislaciones pertenecen al sistema del *common law* establecen, en principio, una presunción absoluta de irresponsabilidad para los niños menores de 7 años. Esta presunción es relativa para los menores de 14 años y mayores de 7. Pero llegado el caso, el menor podría ser juzgado, inclusive, por un tribunal de derecho común, según las reglas de este sistema⁵³⁶.

b.2. Código Penal de 1924

La adopción del CP de 1924 produjo un cambio importante en el ámbito del derecho de menores. Inspirándose en los proyectos helvéticos, nuestro legislador hizo suyos los principios que, partiendo de los EE.UU. de América, ganó poco a poco terreno en las legislaciones europeas. El paso decisivo que se dio entonces consistió en el abandono del discernimiento como factor discriminante entre menores punibles y no punibles. Tal criterio fue considerado como insuficiente y defectuoso.

Se firaron los límites de edad a los 13, 18 y 21 años. Los niños (menores de 13 años) y los adolescentes (mayores de 13 años y menores de 18) fueron excluidos del derecho penal común. La razón de este cambio no fue evitar someter a los menores de 18 años a una medida determinada, sino más

⁵³⁴ ARIAS, T. I, p. 69 ss. Este autor no estaba de acuerdo con la determinación de un límite de edad fijo. Opinaba que a cierta edad debería comenzar la responsabilidad para determinados delitos; más tarde, para los que sean violatorios de derechos que sólo se pueden concebir cuando ya se ha ingresado en la vida ciudad.

⁵³⁵ Sobre la evolución del derecho de menores en Francia, ver: BESSON/HEUYER/LEVASSEUR/CECCALDI, 1958; BESSON/CHOMBART DE LAUWE/GERMAIN/HEUYER/LEVASSEUR, 1961.

⁵³⁶ SUSMAN/BAUM, 1968.

bien fijar las medidas que fueran adecuadas para su situación personal. De ahí que el juez debiera interrogarse sobre cuál era la medida idónea para salvarlos, o desde un punto de vista diferente, cómo los haría inofensivos para la sociedad⁵³⁷ La aplicación de estas medidas dependía de que el menor se encontrara o no en estado de abandono material o moral, peligro moral, perversión moral o persistente inclinación a las malas tendencias. Las medidas imponibles a los niños y adolescentes se distinguían por ser sobre todo curativas, de tratamiento o por su carácter correctivo-sancionador. Así, por ejemplo, en el caso de un menor de 13 años en estado de abandono material o de peligro moral que hubiera cometido un hecho calificado de delito o falta, la autoridad competente podía ordenar su entrega a una familia digna de confianza, su internamiento en una casa de educación (privada o pública) o en un establecimiento apropiado (art. 138, asilo, institución de asistencia). Si no se encontraba en estado de abandono ni de peligro, dicha autoridad podía dejarlo en poder de su familia, después de una admonición o advertencia a los padres y de una reprimenda al mismo niño o de arrestos escolares (art. 139). La reprimenda y los arrestos escolares constituían (y constituyen todavía), penas en efecto adecuadas a la personalidad de los menores. Lo mismo se podía decir de la colocación de un adolescente (mayor de 13 años y menor de 18), autor de un delito reprimido con la pena de prisión, en una Escuela de Artes y Oficios, en una Granja escuela o en una Escuela correccional (art. 142). El carácter sancionador o correccional de la medida era sin embargo más evidente cuando al adolescente, autor de un hecho reprimido con penitenciaría o relegación, se le internaba en una sección especial de la Escuela correccional o en una Escuela correccional especial (art. 143).

- 1636 El carácter en particular preventivo de estas medidas, aunque algunas de ellas tenían un aspecto correctivo-sancionador, radicaba en el hecho de que eran graduadas conforme a las características personales del menor y que su aplicación dependía, en especial, de la situación personal de aquel. Para determinar qué medida había que imponerle, el juez debía considerar, sobre todo, la conveniencia de que se le aplicara una puramente preventiva. Sólo cuando la situación del menor no exigiera o aconsejara una medida de tal índole, se decretaba una más grave de carácter correctivo-sancionadora.
- 1637 En el derecho penal de adultos, el razonamiento era (y aún es) inverso. En el momento de sancionar, el juzgador debía preguntarse, ante todo, cuál era

⁵³⁷ ZÜRCHER, 1914, p. 33.

la pena que merecía el agente. Y, sólo después de imponérsela, conforme a su grado de culpabilidad, podía considerar la posibilidad de aplicarle una medida de seguridad, según su situación personal y grado de peligrosidad.

Finalmente, el paso más importante dado por nuestro legislador en 1924, 1638 en favor de una regulación punitiva de menores distinta del derecho penal común y, por lo tanto, contraria al derecho penal de actos, fue la inclusión de medidas especiales. En el art. 145, se previó que “en todos los casos en que fuera necesaria la preservación o la asistencia de los niños abandonados, moralmente pervertidos o en peligro moral, aun cuando todavía no hubieran cometido hechos reprimidos como delito”. De esta manera, el fundamento de la reacción penal era el estado personal del menor y no un acto penalmente significativo.

En el CP de 1924, se reconocía una escasa importancia a la índole del acto 1639 cometido. La manera como el agente ha procedido y la comprensión que tuvo de su accionar, tenían relevancia como síntomas. Así, el art. 137 de este Código disponía que “la autoridad competente investigará la situación material y moral de la familia, el carácter y los antecedentes del menor, las condiciones en las que ha vivido y ha sido educado y las providencias convenientes para asegurar su porvenir honesto”, y que podía completarla con un examen médico.

En los diversos proyectos de reforma; esta orientación fue seguida, salvo 1640 en el de setiembre de 1984. En éste, se propuso la solución extrema que consistía en rebajar el límite de la responsabilidad a los 14 años de edad. Este criterio fue rechazado luego en el Proyecto de 1985 (agosto). En los proyectos de 1990 (art. 20, inc. 2) y de 1991 (art. 25, inc. 2), se estableció simplemente el límite de la responsabilidad penal en los 18 años cumplidos. En el Anteproyecto de CP de 2004, se fija el límite en los 16 años, sin proporcionar una justificación. La sola preocupación de los redactores de la exposición de motivos es de indicar quiénes de los autores estuvieron en favor o en contra. En cambio, en el Anteproyecto de CP de 2009, se vuelve al límite de 18 años (art. 20, inc. 2).

El Código de Menores (Ley N° 13968, del 2 de mayo de 1992) preveía que 1641 el juez podía aplicarles las siguientes medidas: el cuidado en el propio hogar, la colocación y el tratamiento en otro lugar adecuado, la tutela en instituciones de educación, el tratamiento especializado en nosocomios o la tutela y el tratamiento especializado (art. 108). Su imposición dependía de la edad, la personalidad y la situación del menor.

1642 El criterio de base era el del tratamiento único, en el sentido de que las mismas medidas podían ser aplicadas a todos (arts. 109, 110 y 113). Sólo se distinguía entre menores de 14 años y menores de 18 años, pero mayores de 14, cuando se trataba de personas en estado de peligro moral, que manifestaran peligrosidad prematura y que hubieran cometido un acto considerado como delito o falta o por otra grave circunstancia. Los primeros debían ser colocados en una Escuela de Preservación y los segundos en una Escuela de Reeducción, siempre que no requirieran un tratamiento especializado, y bajo el régimen de reglas de conducta y de vigilancia que señalara el juez de menores (art. 112). Por el contrario, un menor autor de un acto reprimido, según el Código, debía ser sometido a internamiento o a relegación por un tiempo indeterminado, o internado en la Sección Correctiva de la Escuela de Reeducción (art. 113) cuando se pusiera de manifiesto su peligrosidad, sin considerar entonces si tenía 14 o más años de edad.

b.3. Situación actual

1643 El Código de los niños y adolescentes, Ley N° 27337, del 2 de agosto del 2000, es imperfecto en la forma y deficiente en cuanto al fondo. Sin necesidad alguna y dando lugar a graves problemas de interpretación, se repiten disposiciones constitucionales que consagran los derechos fundamentales de las personas y, también, criterios establecidos en el Código o en la legislación procesal penal. Además, con la agravante de que algunos de sus preceptos no son conformes con esas declaraciones generales.

1644 Si se tiene en cuenta que en el Código se rechaza el derecho penal del autor, sorprenden mucho los criterios que han sido aplicados en la elaboración del denominado Código de los niños y adolescentes. Por ejemplo, resulta inconciliable su art. 1 con las disposiciones penales relativas a la represión del aborto (art. 114 ss.). En su pf. 1 se dice: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad”. Y agrega, luego, en el pf. 2: “El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece” y, en el art. 1, que “el niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción”. De modo que si el concebido (embrión o feto) es un niño, cómo no derogar las disposiciones sobre el aborto para que se apliquen las normas referentes al homicidio, pues, el niño es una persona y, por lo tanto, víctima de este delito previsto en el art. 106.

En cuanto a la clasificación de los menores, se distingue entre niños y adolescentes. Según el art. I, “se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad”. En el art. IV, se establece que en caso de infracción a la ley penal, el niño (comprendiendo el embrión y el feto) “será sujeto de medidas de protección” y el adolescente “de medidas socio-educativas”. El carácter protector y preventivo del Código de los niños y adolescentes en general y, en particular, de sus disposiciones relacionadas con el derecho penal, pareciera confirmarse cuando se dispone, en el art. IX, que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado “se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”. Así mismo, cuando en el artículo siguiente se estatuye que: “El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y los adolescentes” y se agrega que “los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos”.

Las medidas de protección que de acuerdo con el Código de los niños y adolescentes se pueden imponer al niño que incurra en infracción penal son el cuidado en el propio hogar, la participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social, la incorporación en una familia sustituta o colocación familiar y la atención integral en un establecimiento de protección especial (art. 242). En el caso de los adolescentes, el juez puede aplicar, según el art. 217, las medidas socio-educativas de amonestación, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, libertad restringida e internación en un establecimiento para tratamiento.

De los arts. 183 y 184 se deduce, a pesar de la defectuosa técnica legislativa, que se consideran niños y adolescentes infractores a aquellos que hayan cometido o participado en la comisión de un “hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal”. Si se han regulado en dos disposiciones legales, aparentemente contradictorias, es tal vez debido a que sólo se prevé que los adolescentes sean sometidos a un proceso en el que se determinará su responsabilidad “como autor o partícipe”. Este sistema de justicia del adolescente tiene como finalidad su rehabilitación y “encaminarlo a su bienestar” (art. 191).

Sin embargo, el carácter represivo encubierto del Código de los niños y adolescentes se percibe cuando se analiza con atención la naturaleza de

las medidas que se califican de socio-curativas; en particular, la medida de “internación en establecimiento para tratamiento”. Esta medida, según los casos, puede durar hasta seis años (art. 195), y ha sido prevista para diversos hechos: el denominado “pandillaje pernicioso” (arts. 193 a 199); la comisión de “un acto infractor doloso, que se encuentra tipificado en el Código y cuya pena sea mayor de cuatro años” (art. 236, lit. a), la “reiteración en la perpetración de otras infracciones graves” (art. 236, lit. b) y el “incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socio-educativa impuesta” (art. 236, lit. c).

- 1649 De acuerdo con el art. 235, “la internación es una medida privativa de libertad” que, por lo tanto, no difiere de una pena privativa de libertad regulada en el Código por más que se le denomine medida socio-curativa. La trapacería legislativa es doble: por un lado, por esconder la represión presentándola como medida de protección y tratamiento y, por otro, por hacer pasar de contrabando una figura delictiva que está estrechamente vinculada a actividades subversivas y desvirtuar lo dispuesto en el art. 3 de la Ley N° 26447, que derogó la disminución a 14 años del límite de la capacidad penal de 18 años fijado en el art. 20 inc. 2. Además, constituye una agravación velada de la represión de los actos violencia cometidos por menores en espectáculos deportivos, en la medida en que la Ley N° 26830 (Ley de seguridad y tranquilidad pública en espectáculos deportivos), en su art. 7, establecía la imposición de la medida socio-educativa de prestación de servicios en beneficios de la comunidad no mayor de doce meses. Se trata de un acto de politiquería criminal criolla, encubierta en un discurso de política penal tuitiva.
- 1650 Los otros casos en los que se aplica la internación son la reiteración, la reincidencia, el delito de no sometimiento a la ejecución de una sanción privativa de libertad (art. 236, lit. c).
- 1651 Atención particular y condena firme merece la regulación del denominado “pandillaje pernicioso” (arts. 193 a 199). La definición de este “pandillaje” no es conforme al principio de la legalidad. En el art. 193, se estatuye que “se considera pandilla perniciosa al grupo de adolescentes mayores de 12 años y menores de dieciocho que se reúnen y actúan para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes públicos o privados utilizando armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas”. La ambigüedad de la redacción permite comprender que basta que los agentes considerados constituyan,

aún de un modo ocasional, una pandilla y cometan actos para realizar uno de los comportamientos enumerados (elemento subjetivo del tipo legal: con la finalidad de), sin que sea necesario que los consuman. Esto se confirma cuando se prevé la internación no menor de dos años ni mayor de cuatro, por el sólo hecho de que el adolescente pertenezca a una pandilla perniciosa “en condición de cabecilla, líder o jefe” (art. 196). Disposición que recuerda ciertas disposiciones de la legislación antiterrorista.

c. Límite cronológico de la capacidad penal

El límite de los 18 años ha sido con frecuencia admitido en los países latinoamericanos y europeos⁵³⁸. Se considera que “está fundado en el principio de que, por lo general, antes de esa edad no se tiene el modo de pensar del adulto y de que las medidas de orientación y protección podrían ser beneficiosas para los menores que no han llegado a esa edad”⁵³⁹. Durante ese período, en efecto, el desarrollo incompleto -físico, intelectual y moral (carácter)- permite actuar con más eficacia en la formación del menor, mediante una buena influencia y ejemplos apropiados. Pero, al mismo tiempo, es la época en que los malos ejemplos y las influencias perniciosas son muy peligrosas porque sus consecuencias son más acentuadas y perdurables.

Esta regla, basada en una constatación científica respecto al crecimiento y al desarrollo del individuo e inspirada en los principios de la teoría clásica del derecho penal, debe ser aplicada con independencia del delito cometido y de si se interviene en su comisión como autor o partícipe. Sin embargo, nuestro legislador la ha modificado o abolido respecto a ciertos delitos en consideración a criterios sólo represivos. Por ejemplo, en relación con los autores de los delitos: traición a la patria y servicio a las armas de potencia extranjera (Ley N° 15590, del 18 de agosto de 1965) y robo y ataque a los miembros de las Fuerzas Policiales (art. 9 DL N° 19910, del 30 de enero de 1973, disposición derogada mediante el DL N° 121, art. 12). Estas excepciones no fueron conservadas en el Código. Pero por razones políticas y represivas, fueron nuevamente estatuidas. Así, el art. 20, inc. 2 fue modificado, reduciéndose el límite de la responsabilidad penal cuando el menor de 15 a 18 años “sea autor o haya participado en hechos calificados como delitos de terrorismo” (art. 1 del DL N° 25564, del 17 de junio de 1992). Modificación

⁵³⁸ Ver *RIPC* 1955, p. 183.

⁵³⁹ *RIPC* 1955, p. 196.

abrogada, restableciéndose el límite de 18 años (Ley N° 26447, del 21 de mayo de 1995).

- 1654 La disminución de la minoría penal no puede ser fundamentada en el hecho de que sea inferior el límite cronológico fijado por la legislación respecto a la capacidad civil o política. Por eso la emancipación, el matrimonio o la obtención de un título profesional, circunstancias que ponen fin a la minoría civil, no hacen variar el tratamiento que corresponde a la edad cronológica. Tampoco el hecho de que la Constitución, en su art. 30, estatuya que son ciudadanos los mayores de 18 años, significa que sea inaplicable el art. 22 que considera como imputables relativos a los mayores de 18 años y menores de 21. Todo esto es debido por supuesto a las características personales descritas anteriormente y a las graves consecuencias que acarrea consigo la pena común en la frágil personalidad del joven⁵⁴⁰.
- 1655 En países como el nuestro, en los que el sistema penal es sobre todo represivo, a pesar de que la legislación sea de inspiración preventiva, se justifica aun menos una disminución de la minoría penal. La mayor parte de los delitos es desde luego la obra de jóvenes delincuentes. Pero esto no constituye una razón válida para considerar que la mejor solución para resolver este problema, sea la aplicación de la pena concebida para el delincuente adulto a dichos jóvenes. Esto no quiere decir que los jóvenes deban ser considerados impunes o irresponsables, sino que frente a ellos hay que recurrir a sanciones y medidas adecuadas a su peculiar personalidad.

3. Imputabilidad

a. Generalidades

- 1656 La capacidad penal del delincuente constituye la condición previa e indispensable de la culpabilidad, por tanto también de la pena. Esto implica que la persona tenga la libertad de actuar de manera distinta a como lo hizo cuando cometió el delito. Si estuviera fatalmente determinada para obrar

⁵⁴⁰ En una encuesta realizada por órganos de las Naciones Unidas, se señala que un gran número de países recomienda la adopción del límite de 25 años y de que el hecho de tomar en consideración un grupo de jóvenes delincuentes debe ser siempre considerada como un medio, puede ser temporal, de definir una categoría bastante restringida para permitir una cierta individualización del tratamiento y para facilitar la especialización de jueces, del personal correccional y de agentes de readaptación. Ver: *Le jeune adulte délinquant; Etudes de la pratique et des programmes actuels de prévention et de traitement*, Nations Unies, New York, 1965, p. 9 y 126.

como lo ha hecho, sería en efecto imposible reprocharle su modo de comportarse. Así, se plantea el dilema de escoger entre el indeterminismo (libre arbitrio) y el determinismo.

Sin entrar en la tradicional controversia que existe entre los partidarios de ambas concepciones -controversia del todo desnaturalizada- debemos señalar que, en el estado actual de nuestros conocimientos, resulta muy dudoso estimar que el comportamiento humano sea, necesariamente determinado o totalmente autónomo. Hay que satisfacerse aceptando, con prudencia, el condicionamiento parcial del comportamiento de las personas⁵⁴¹. 1657

Si se analiza con atención cómo los partidarios del libre arbitrio plantean sus ideas, se percibe que no quieren dar una explicación causal del comportamiento humano. Se esfuerzan más bien por explicarlo desde una perspectiva normativa que de modo alguno es incompatible con la tesis determinista. Se trata, en consecuencia, de una manera de reivindicar que los individuos han de ser tratados como personas; es decir, que sus opiniones y decisiones deban ser consideradas seriamente, aunque no puedan ser con facilidad constatadas como lo son el color de la piel o de los ojos, el grupo sanguíneo o las perturbaciones hormonales. 1658

El aspecto central del problema es, por supuesto, la dignidad de la persona cuya realidad es una verdad indubitable para nuestra conciencia moral y social. El individuo no es, simplemente, el objeto pasivo de sus hechos y gestos. Posee, en el momento de obrar, el sentimiento de ser libre y espera además que el resto de personas tenga también un comportamiento libre. Pensar, hablar, amar o trabajar son acciones que pueden ser ejecutadas por el hombre en la medida en que pueda controlar y orientar su actividad⁵⁴². 1659

En esta perspectiva y para los fines específicos del derecho penal, no se necesita recurrir a ficciones o afirmaciones apriorísticas para admitir que el comportamiento humano, salvo en algunas circunstancias, sea el resultado de una cierta autodeterminación de su autor. Además, esta tesis no contradice los criterios preponderantes de las ciencias sociales y humanas. La idea del individuo como persona capaz de autodeterminarse, estando aún sometida a la influencia de circunstancias externas y personales, constituye 1660

⁵⁴¹ GERMANN, 1943, p. 120, note 158; MAURACH/ZIPF, 1992, §32 II N° 3; MAZA MARTÍN, Art. 20, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 129 ss.

⁵⁴² Cfr. NINO, 1980a, p. 382; ANCEL, 1981, p. 249; PLANCK, 1978, p. 115.

la base de la organización social tal como la vivimos. Su aceptación supone una consagración de la dignidad basada en el sentimiento de libertad personal; dignidad considerada como la piedra angular de nuestro sistema y regulada en la Constitución conforme a los principios de un Estado de derecho.

- 1661 Los comportamientos humanos son condicionados por factores externos. Pero el individuo es capaz, en cierta medida, de comprender la significación de sus actos y de orientar su voluntad según determinados juicios de apreciación. Sobre la base de estas ideas, en psicología se desarrolló la teoría de la personalidad estratificada, complementando así la solución intermedia que se debe seguir para explicar de la mejor manera posible los actos humanos⁵⁴³. Conforme a esta teoría, la capacidad de autodeterminación de la persona le permite controlar, según las circunstancias sociales, su impulso a realizar ciertas conductas. Este es el elemento que justifica el reproche que se hace al autor por su comportamiento y la pena que se le impone.
- 1662 Admitir que factores internos y externos influyen significativamente la conducta delictiva ha implicado, además, la previsión de las medidas de seguridad como recursos para combatir el delito de manera más eficaz que con la pena, como única y exclusiva reacción penal. Desde esta perspectiva, se comprende mejor por qué nuestro derecho se aleja tanto de la teoría clásica, que considera al libre albedrío como la piedra angular del sistema y, en consecuencia, a la pena como única reacción contra el delito, así como de la teoría positivista italiana y de sus epígonos, que admiten la “responsabilidad social” y estiman que el delincuente debe ser sólo tratado con medidas de seguridad y no sancionado con penas⁵⁴⁴.

b. Técnica legislativa

- 1663 Ante las dificultades de establecer en la ley una definición positiva de la imputabilidad, el legislador parte de la presunción que los mayores de 18 años son, generalmente, capaces de actuar culpablemente y se limita luego a establecer las condiciones necesarias para considerarlos como inimputables⁵⁴⁵. Siguiendo la fórmula mixta utilizada en el CP de 1924 (proveniente

⁵⁴³ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 37 III.

⁵⁴⁴ MANNHEIM, 1973, T. I, p. 46; SPOLANSKY, 1968, p. 86.

⁵⁴⁵ De manera excepcional, se encuentra en los Códigos penales una definición positiva de la imputabilidad. Una excepción la constituye el art. 85, inc. 2, CP italiano que estatuye: “es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer”.

del derecho suizo), en el art. 20 inc. 1, se declara exento de responsabilidad a quien “por anomalía psíquica, o grave alteración de la consciencia; o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posee la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación”.

Respecto a la fórmula de 1924, se conserva la referencia a las dos capaci- 1664
dades que el agente imputable debe poseer (capacidad de comprender y de determinarse), pero se modifican en parte las circunstancias personales que pueden determinar la desaparición de una de esas capacidades. En el art. 85, inc. 1, del CP de 1924, se mencionaban, en efecto, la enfermedad mental, la idiotez y la grave alteración de la conciencia. En el art. 20, inc. 1 se conserva sólo la tercera y, siguiendo el art. 20 - 1 del CP portugués, las dos primeras han sido sustituidas por la anomalía psíquica. Además, se ha introducido una nueva circunstancia, la alteración de la percepción (establecida en el art. 22, inc. 4, del Anteproyecto de CP español de 1983).

La fórmula mixta utilizada en la ley significa que, para declara una persona ser inimputable, no basta constatar la existencia de uno de los estados personales enumerados en el art. 20, inc. 1, sino que es indispensable comprobar que dicho estado personal ha sido la causa de la incapacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación. Así, se dejó de lado la fórmula calificada a la época de biológica del CP de 1863, que en su art. 8, inc. 1, declaraba exento de “responsabilidad criminal” al que obraba en “estado de demencia o locura”. 1665

Inicialmente, la fórmula mixta fue caracterizada como biopsicológica⁵⁴⁶. La 1666
que fue criticada porque los elementos a los que aludía como de naturaleza biológica no lo son en realidad: constituyen, en buena cuenta, factores psicológicos. Y los comprendidos bajo este término en la designación de la fórmula no tienen en especial este carácter, sino que implican más bien valoraciones de orden social. Por todas estas razones, algunos autores consideran que sería mejor hablar de la fórmula descriptiva (elementos fácticos) - normativa (elementos valorativos)⁵⁴⁷. Sin embargo, se ha señalado⁵⁴⁸ con razón que esta manera de caracterizar la fórmula legal tampoco es del todo correcta: las causas y los efectos indicados son tanto de naturaleza

⁵⁴⁶ Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 19 N° 12.

⁵⁴⁷ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 40 III I; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 20 N° 1; JAKOBS, 1991, 18/3; RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 20 N° 3.

⁵⁴⁸ ROXIN, 2006a, § 20 N° 2.

psicológica (fáctica) como normativa. Esto se aprecia con evidencia, por ejemplo, cuando se precisa que la alteración de la consciencia debe ser grave (apreciación normativa), o cuando se asegura que la consciencia es de índole psíquica pero que la capacidad personal es de orden normativo⁵⁴⁹.

1667 Fuera de estas discrepancias, lo importante es que, mediante la adopción de la fórmula mixta, se estatuye con claridad que el hecho de determinar si un sujeto es imputable o no, resulta de una apreciación (juicio de valor) del juez, basado en la constatación de una situación concreta⁵⁵⁰.

1668 La misma fórmula mixta ha sido empleada por el legislador, en el art. 15, para regular otra exigente de responsabilidad. Ésta consiste en la incapacidad, originada por la “cultura o costumbres” del sujeto, de “comprender el carácter delictuoso del acto” o de “determinarse de acuerdo con esa comprensión”. Si esta incapacidad sólo se halla disminuida, entonces se atenuará la pena. Se trata pues de casos de incapacidad (total o relativa) de comprender el significado del acto realizado o de decidirse conforme a esta comprensión. No constituye por consiguiente un caso de error de prohibición regulado en especial en el art. 14. Tampoco se trata de un supuesto error de comprensión, ya que la disposición legal no sólo se refiere a la comprensión, sino también a la determinación. Como en el caso de la imputabilidad del art. 20, inc. 1, nos encontramos aquí en un plano anterior al del conocimiento real o virtual del carácter ilícito del acto cometido. Dicho nivel corresponde al de la personalidad del agente, es decir, de su potencialidad para comprender o determinarse. Y esta potencialidad, según el criterio previsto en el art. 15, está precisamente afectada por la “cultura” o “costumbres” del autor.

1669 Esta capacidad propia a cada persona no es sólo un factor natural e innato, más bien constituye el resultado de un proceso que comienza con el nacimiento en el seno de un grupo social determinado y que consiste en la asimilación, por la imitación o el aprendizaje, de pautas culturales que indican las diversas maneras de reaccionar ante el entorno social y natural. La asimilación de dichas pautas culturales forma progresivamente la personalidad de cada individuo. En la medida en que asimile esas pautas, éste se integrará entonces en su comunidad como persona.

1670 La falta de integración, o una integración defectuosa, darán lugar a comportamientos contrarios al sistema cultural del grupo social del cual es

⁵⁴⁹ Cfr. LESCH, 1999, p. 216, 221 ss.

⁵⁵⁰ ROXIN, 2006a, § 20 N° 6.

miembro el agente. En sociedades pluriculturales, dichos comportamientos pueden contradecir las pautas culturales de los otros grupos y, en particular, las que impone el grupo social dominante. En estos casos, las pautas violadas no bastan para motivar el comportamiento de las personas que, debido a su experiencia cultural, no tienen la capacidad de comprenderlas y/o de obedecerlas. En consecuencia, no se les puede reprochar su “mal comportamiento” (malo de acuerdo con las pautas culturales ajenas) y, por lo tanto, resulta superfluo sancionar penalmente el comportamiento de dichos individuos.

Dentro de esta perspectiva, se comprende mejor la afirmación según la cual 1671 la imputabilidad es una noción social, normativa. No sólo porque los factores mencionados en el art. 20, inc. 1 (anomalía, grave alteración, concepto de realidad, carácter delictuoso) y en el art. 15 (cultura, costumbres) son criterios normativos que se refieren a ciertos aspectos fácticos, sino sobre todo porque el hecho de determinar la existencia, total o parcial, tanto de la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto como la de determinarse de acuerdo con esta apreciación, supone, siempre, tener en cuenta el contexto social del agente y el grado de integración de éste en su grupo social.

c. Noción de imputabilidad

A contrario de la manera negativa como el legislador ha regulado la imputabilidad, se puede deducir la siguiente noción positiva: una persona es imputable cuando posee la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto y la facultad de determinarse conforme a esta apreciación⁵⁵¹. 1672

Conviene destacar, en primer lugar, que el legislador se refiere a la “facultad de apreciar el carácter delictuoso” y no a la “apreciación del carácter delictuoso”. Se trata pues de la capacidad intelectual del individuo para conocer sus deberes, para darse cuenta de la inserción de su propia persona en el orden jurídico y para comprender las exigencias impuestas por la sociedad a los individuos que la forman (consideraciones mutuas, necesidad de la represión de la violación eventual de las normas sociales)⁵⁵². Sin embargo, esta capacidad no se ha de confundir con la conciencia de la antijuricidad del acto⁵⁵³ o de su carácter punible, puesto que consiste más bien en un cier- 1673

⁵⁵¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1916, p. 136; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 658, 664; PRADO, 1996 I, p. 143 ss.

⁵⁵² JOLIDON, 1956, p. 35 ss.; WELZEL, 1969, p. 148.

⁵⁵³ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1916, p. 136.

to desarrollo de la razón, en la existencia de una cierta conciencia propia, en el conocimiento del deber, no sólo ético sino también legal⁵⁵⁴. Dentro de esta perspectiva, se puede decir que el mandato legal podría constituir un factor determinante en el proceso de motivación que concluye en la realización del acto⁵⁵⁵. En segundo lugar, cuando el legislador alude a la facultad de determinarse, se refiere claro está a la voluntad. No se trata de admitir el libre albedrío, sino de reconocer a la persona consciente de sus deberes la capacidad de obrar conforme a sus móviles⁵⁵⁶. 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”⁵⁵⁷.

- 1674 La ley considera, en definitiva, que al hombre normal le basta la inteligencia para darse cuenta del hecho de que su acto es contrario al orden jurídico, y que su voluntad le permite conformar su acto a ese orden. Por eso impone una pena sólo a quien es capaz de conocer las exigencias del orden jurídico (factor intelectual) y de conformar su actividad a éste (factor volitivo). La apreciación valorativa según la cual el agente no tuvo una de esas capacidades en el momento de obrar es de exclusiva competencia del juez.
- 1675 De acuerdo con la fórmula empleada por el legislador, el examen de la facultad del autor para apreciar el carácter delictuoso de su acto precede el reconocimiento de su facultad para determinarse conforme a esta apreciación. La ausencia o existencia de esta última aptitud se determinará entonces sólo después de haberse constatado la existencia de la facultad de apreciar el carácter ilícito del acto. Sin embargo, en la realidad, no siempre resulta simple distinguir con nitidez si se trata de la ausencia de una u otra facultad, debido a que ambas se hallan muy relacionadas⁵⁵⁸.

4. Inimputabilidad según el art. 20, inc. 1

- 1676 Nuestro legislador considera suficiente que una de las dos facultades falte para que el agente sea considerado como inimputable. Como ya lo hemos

⁵⁵⁴ THORMANN/VON OVERBECK, 1940, art. 10 N° 8.

⁵⁵⁵ ROXIN, 2006a, § 20 N° 27.

⁵⁵⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1959, p. 333; THORMANN/VON OVERBECK, 1940, AT, art. 10 N° 11.

⁵⁵⁷ JOLIDON, 1956, p. 41 ss.

⁵⁵⁸ ROXIN, 2006a, § 20 N° 28.

afirmado, dicha falta debe ser la consecuencia de una de las circunstancias enumeradas en la ley y relacionadas con el estado personal del agente.

a. Anomalía psíquica

Para referirse a la primera causa, los autores del Código abandonaron la expresión de “enfermedad mental”, utilizada en el CP de 1924, en favor de la expresión más general “anomalía psíquica”. Este cambio no obstante no tuvo en cuenta que mediante dicha fórmula, la legislación portuguesa (art. 20, inc. 1), fuente de nuestra norma, aludía a toda forma de perturbación psíquica, resultando, así, superflua toda otra referencia suplementaria como las realizadas por el legislador peruano. 1677

De esta manera, el legislador se alejó claramente de las discusiones propias de la psiquiatría y de las imprecisiones que existen tanto respecto a la definición como en la clasificación de las diversas dolencias mentales. Se escogió una solución más adecuada a las necesidades del derecho penal. Esta solución consiste en entender la expresión “anomalía psíquica” en el sentido con que se usa en el lenguaje corriente, es decir perturbación, trastorno síquico. Desde que no se intenta más emplear en la redacción de la ley los criterios propios de la medicina⁵⁵⁹ y se usa una terminología más cercana a la del lenguaje común, se puede afirmar que el punto de vista del legislador está dirigido hacia los fenómenos psíquicos que parecen a un neófito en psiquiatría cualitativamente aberrantes, cuyo carácter reviste proporciones groseramente chocantes y que permanecen en absoluto ajenos y como impermeables a sus esfuerzos de comprensión y de asimilación vital. Además, el profano no diferencia entre perturbaciones de naturaleza intelectual y de naturaleza afectiva⁵⁶⁰. 1678

La noción de anomalía psíquica es, en consecuencia, más amplia que la noción médica de enfermedad o dolencia mental. En efecto, comprende tanto las dolencias mentales en sentido estricto, como las perturbaciones de la consciencia, las diversas formas de oligofrenia y las demás perturbaciones psíquicas graves (psicopatías, neurosis, impulsiones). 1679

En esta perspectiva, la expresión “anomalía síquica” ofrece mayores ventajas que la de “enfermedad mental”, sobre todo, porque ésta no tiene un 1680

⁵⁵⁹ Cfr. MAURACH/ZIPP, 1992, § 36 N° 30; BLEI, 1975, p. 164 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 40 III 1.

⁵⁶⁰ JOLIDON, 1956, p. 21, siguiendo la obra de BINDER.

significado unívoco en psiquiatría⁵⁶¹. Entre los especialistas, la noción de enfermedad mental varía según la ideología adoptada. Si el especialista se limita a una perspectiva puramente “médica”, la considera sólo como la perturbación mental originada por un factor orgánico o biológico. Por el contrario, si adopta una orientación “psicológica”, amplía la noción en el sentido de que se trata de un desorden psíquico. Por último, con una tendencia sociológica, la define como un trastorno psíquico de origen social, es decir debido a las relaciones personales inadecuadas del individuo con su medio de vida o de trabajo. Todos estos criterios deben sin embargo ser tenidos en cuenta sin espíritu dogmático para comprender mejor la compleja realidad personal que debe ser considerada para decidir si una persona es imputable o no. En consecuencia, no importa en verdad optar por uno de los criterios precitados, ni tampoco ubicar la situación personal del agente en una de las categorías mencionadas en los diversos catálogos de trastornos mentales elaborados por los psiquiatras. Es decisivo, sin embargo el hecho de que la perturbación psíquica, por su índole e intensidad, sea idónea para comprometer de manera grave la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse según esta comprensión.

- 1681 Esto no significa, desde luego, que deban ignorarse o despreciarse los conocimientos científicos. Estos deben incluso ser tomados en cuenta para precisar las apreciaciones de los juristas. Así, resulta útil considerar, por ejemplo, las nociones técnicas de psicosis, esquizofrenia, ciclotimia (locura maníaco depresiva), oligofrenia. En esta línea, constituyen anomalías psíquicas, por un lado, las psicosis de origen exógeno⁵⁶². Las causas de estas psicosis se encuentran fuera del organismo de la persona. En efecto, dichas psicosis se deben en general a traumatismos cerebrales, arterioesclerosis, atrofias y desintegración de la personalidad con base orgánico-cerebral, infecciones o intoxicaciones debidas al alcohol u otras drogas. En este último caso, la alteración de la conciencia como causa de exención de la responsabilidad debe ser considerada patológica, precisamente, porque es debida a una intoxicación del organismo. Por otro lado, constituyen anomalías síquicas las psicosis endógenas, cuya causa se encuentra al interior del organismo. Se distinguen aquí dos grandes grupos: la esquizofrenia y la ciclotimia. Por último, hay que considerar también como anomalía síquica la oligofrenia. Esta anomalía consiste en la debilidad intelectual congénita sin

⁵⁶¹ FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 250; ZAFFARONI/ALAGIA /SLOKAR, 2000, p. 663, 666 ss.

⁵⁶² BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 19 N° 15

causa demostrable. Según su intensidad, se distinguen los casos de idiocia, imbecilidad, debilidad mental, inteligencia limitada.

El criterio utilizado por la Corte Suprema para admitir la inimputabilidad 1682 ha sido, en ciertas ocasiones, bastante amplio. En una conocida ES, por ejemplo, la Corte Suprema sostuvo que, aunque los peritajes médico-legales “no llegan a definir como anormal a la acusada, calificándola sólo de extravagante, queda no obstante sumido el espíritu en las mayores perplejidades para decidirse a tratarla como persona responsable del doble filicidio...”⁵⁶³. De manera más concreta, ha decidido que «el comportamiento del acusado obedece a la insana de su salud mental, pues el colegiado ha tomado convicción en los debates orales que éste es inimputable, ya que no es capaz de responder de sus actos, debido a su enfermedad mental, esquizofrenia paranoide de carácter crónico, irreversible, incapacitado para distinguir el bien del mal y responder por sus actos»⁵⁶⁴.

b. Grave alteración de la conciencia

Aun cuando, no se pueda definir la grave alteración de la conciencia, se 1683 parte de la idea de que el ser humano está dotado de un cierto poder de reflexión, o sea que obra sabiendo lo que hace. Esta capacidad puede ser perturbada por circunstancias particulares, impidiéndole darse cuenta de lo que está haciendo en el momento en que actúa. O, en otras palabras, una perturbación de su propia conciencia, de aquella que tiene de los hechos exteriores o de la relación existente entre ambas, lo que implica, a su vez, una perturbación de la autodeterminación⁵⁶⁵. Se trata, en todo caso, de trastornos de la conciencia que sobrepasan el límite de lo normal.

Su origen no es patológico. Las estructuras psíquicas del individuo son tras- 1684 tocadas y sus instancias de control del todo alteradas. Se trata, por ejemplo, de las formas intensas de estados hipnóticos o post hipnóticos, pasionales (odio, celos) o crepusculares no patológicos. El legislador emplea con justicia la expresión “grave alteración de la conciencia” y no la de “ausencia total de conciencia”, pues en este último caso simplemente no hay acción por no existir voluntad⁵⁶⁶.

⁵⁶³ ES en: AJ 1943, p. 445.

⁵⁶⁴ ESup del 17 de mayo de 1999, Exp. N° 011-98, en CARO, 2007, p. 37.

⁵⁶⁵ BLEI, 1975, p. 166; MAURACH/ZIPE, 1992, § 36 N° 34; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 40 III b; STRATENWERTH, 2005, § 11, N° 23; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 18 N° 17.

⁵⁶⁶ Un inimputable puede actuar, luego la imputabilidad no se identifica con la capacidad de

- 1685 Respecto a los primeros años que siguieron a la fecha en que entró en vigencia el CP de 1924, se puede afirmar que la Corte Suprema sostuvo un criterio equivocado en relación con la grave alteración de la conciencia. En una ES del 8 de julio de 1929, expresó en efecto que no había que confundir la emoción violenta a la que se refería el art. 153 (actual art. 109), con la grave alteración de la conciencia propia de los estados patológicos que anulan el discernimiento y la libre determinación, por lo que la ley los considera en el mismo plano que los estados de enajenación o enfermedad mental eximentes de pena. Este criterio restringido fue luego abandonado, al hacer suyos la Corte Suprema los siguientes argumentos del fiscal: “si bien el concepto de grave alteración de la conciencia no puede tomarse en sentido restrictivo ya que son muchos los factores que la producen: los impulsos patológicos de los dementes, de los alcohólicos, los epilépticos. Pero también hay estados psíquicos que producen una reacción inmediata, instintiva e involuntaria, y este estado de conciencia constituye la emoción. Es pues evidente que dadas las condiciones personales y las circunstancias que rodearon la perpetración del evento, L.V. ([el acusado] no se encontraba en situación de apreciar el carácter delictuoso de su acto...”⁵⁶⁷. También es interesante, mencionar el fallo en que se absolvió a una madre soltera que -rechazada por sus familiares y amigos- abandonó a su hijo recién nacido. El dictamen fiscal, conforme al cual se pronunció la Corte Suprema, sostuvo que “es lógico suponer que tales repudios afectasen profundamente el ánimo de la acusada” y que “así no resulta aventurado sostener que la acusada obró bajo el imperio de una grave alteración de la conciencia...”⁵⁶⁸.
- 1686 Sin embargo, hay que destacar que el hecho de recurrir a la “grave alteración de la conciencia” para no penar a la acusada no era del todo acertado. Los dictámenes emitidos por los Fiscales supremos fueron en efecto confusos y frecuentemente inexactos. Esto resalta, por ejemplo, en el siguiente párrafo: “La acusada es indígena, de mentalidad retrasada y carece de antecedentes. No tuvo intención de causar ningún daño; los hechos ocurrieron de manera causal y originados por la actitud del agraviado [no pasarle alimentos a su hijo]. La encausada, por su misma ignorancia y su estado

acción; LOGOZ/SANDOZ, 1976, art. 10, N° 5 b; WYRSCH, 1968, p. 113; ROXIN, 2006a, § 20 N° 29; Cfr. BINDING, 1916, II, p. 117.

⁵⁶⁷ ES del 13 de noviembre de 1952, en RF 1953, p. 266.

⁵⁶⁸ ES del 28 de octubre de 1949, en RJP 1949, p. 939; ver, igualmente, ES del 3 de octubre de 1958, en RF 1958, p. 671.

mental [no padecía sin embargo enfermedad mental] sufrió una grave alteración de su conciencia”⁵⁶⁹.

c. Alteración de la percepción

Esta causa de la incapacidad, no prevista en el CP de 1924, afecta gravemente la concepción que tiene el agente de la realidad. El término percepción proviene del verbo “percibir”, que significa recibir por mediación de los sentidos las impresiones exteriores. Así, la “percepción” es la sensación correspondiente a la impresión material de los sentidos. De este modo, la persona comprende o conoce la realidad, o sea, llega a hacerse una idea (un concepto) de la realidad mediante el entendimiento⁵⁷⁰. 1687

Las alteraciones de la percepción resultan, por consiguiente, de la carencia o imperfección de los sentidos. Estas deficiencias impiden, si no son compensadas por una instrucción y educación adecuadas, que la persona tenga una idea correcta de la realidad. Ello genera que se encuentre incapacitada para comprender la significación social y jurídica de sus actos o para determinarse de conformidad con tal comprensión. Es el caso, por ejemplo, de una persona sordomuda no educada que puede ser comparada a un débil mental por no haber desarrollado normalmente su inteligencia. Pero aunque dicha persona haya sido educada, subsisten graves deficiencias mentales que pueden en efecto tener un origen patológico (enfermedad mental). 1688

Si se entiende así la “alteración de la percepción”, entonces cabe preguntarse si era necesario mencionarla de manera expresa como una causa de incapacidad. Como ya lo hemos señalado antes, mediante la fórmula general de “anomalía psíquica”, se hace referencia, en el art. 20, inc. 1 del CP portugués, a toda perturbación síquica. Además, si se considera que no basta la alteración de la percepción por defecto de los sentidos, sino que es indispensable que este defecto afecte gravemente el concepto de la realidad de la persona, hay que aceptar que este efecto es de orden síquico. Se trata pues, de una deficiencia personal que impide hacerse una idea correcta de la realidad, en particular del comportamiento que se ejecuta, y que constituye, en buena medida, una anomalía psíquica (*lato sensu*). En el Anteproyecto de CP 2004, art. 20, inc. 1, los redactores se han limitado a suprimir la frase “que afectan gravemente su concepto de la realidad”. De manera lapidaria, 1689

⁵⁶⁹ En RF 1958, p. 672.

⁵⁷⁰ MAZA MARTÍN, art. 20, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 161 ss

los autores explican que la “objeción reside en la implicancia de entenderse una realidad inequívoca donde cada sujeto tiene su propia realidad. La incidencia va más en una realidad valorativa, aunque no resulta suficiente”⁵⁷¹. Sin entrar a juzgar el fundamento de este argumento, la supresión de la frase mencionada se justifica por las razones que se han expuesto en los párrafos precedentes. En el Anteproyecto de CP de 2009, no se hace cambio sustancial.

- 1690 En resumen, en la perspectiva de la ley, hay que distinguir tres niveles: primero, la existencia de una alteración de la percepción; segundo, la afectación grave del concepto de la realidad; y, tercero, la falta de la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse.

d. Actio libera in causa

- 1691 La imputabilidad se determina en el momento en que el agente actúa⁵⁷². Es decir, que debe ser capaz de obrar culpablemente en el momento en que desencadena el proceso de realización del delito (modelo del tipo, *Tatbestandsmodell*)⁵⁷³.
- 1692 La cuestión de la *actio libera in causa* se refiere a la responsabilidad de quien comete un delito en estado de inimputabilidad, pero que ha establecido, siendo aún capaz de obrar de modo culpable, la causa que dará lugar a la realización de dicha infracción. La *actio libera in causa* no constituye, pues, una excepción al principio de la concomitancia del acto y de la capacidad penal⁵⁷⁴.
- 1693 Se distinguen dos casos: en el primero, el agente provoca su propia incapacidad con la intención de cometer la conducta punible, concebida y decidida por él (*actio libera in causa* intencional). Por ejemplo, el autor, con el propósito de matar a una persona, se droga para darse ánimo y así cometer el homicidio. En el segundo caso, el agente se pone en este estado de incapacidad pudiendo y debiendo saber que, llegado el momento, no podrá usar la prudencia y previsión exigibles en la vida ordinaria y sabiendo que

⁵⁷¹ Se trata de una crítica al texto del CP español hecha por BUSTOS, 1989, p. 345; retomada por VILLAVICENCIO, 2001, p. 105; idem, 2006, p. 606.

⁵⁷² ROXIN, 2006a, § 20 N° 56 ss.

⁵⁷³ Sobre el criterio de la *Schuldlösung* (modelo de la excepción de culpabilidad), BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 19 N° 42 ss.

⁵⁷⁴ En contra: HRUSCHKA, 1968, p. 554 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 40 VI 1; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 415 ss.; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 20 N° 35.

posiblemente tendrá que afrontar un deber para cuyo cumplimiento necesita de todas sus facultades (*actio libera in causa* culposa)⁵⁷⁵. Por ejemplo, el agente persiste en conducir su automóvil a pesar de las evidentes manifestaciones de cansancio, y atropella a un tercero.

Los autores del Proyecto de 1985 (agosto) establecieron que “cuando el agente ha preordenado su trastorno mental responde por el dolo o la culpa en el que se halla respecto del hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación”. Esta definición no ha sido conservada en el Código. En su lugar, se ha preferido seguir el método, ya adoptado en 1924, que consiste en no regular de manera expresa estos casos. La aplicación de las diversas disposiciones del código y de los criterios relativos a la imputabilidad permiten, en efecto, resolver el problema en el sentido que hemos explicado⁵⁷⁶.

e. Duda sobre el estado mental del agente

En el Código actual no se ha conservado el art. 93 del Código derogado. Según este artículo, en caso de duda sobre el estado mental del autor del delito, el juez instructor o el tribunal debía ordenar su examen por peritos. Dicho examen incluso era obligatorio en caso de epilépticos o sordomudos.

En el mismo sentido, aunque mediante un lenguaje menos preciso, el art. 189 CdePP, estatuye que “cuando hubiere sospechas de que el inculpado sufre de enajenación mental o de otros estados patológicos que pudieran alterar o modificar su responsabilidad, el Juez Instructor, de oficio, o a petición del defensor o del Agente Fiscal [ahora fiscal provincial] mandará reconocerlo por dos peritos psiquiatras”. Zavala Loayza, autor del Anteproyecto de este Código, opinó que se amplía el alcance del art. 156 del Código de procedimientos en materia criminal (1920), “porque no sólo interesa conocer hoy si la responsabilidad del agente se encuentra anulada por la enajenación mental que padezca, sino que importa saber, también, si aquejado el inculpado de otros estados patológicos, sus condiciones volitivas estuvieron afectadas en el momento de la comisión del delito, presentándose, por consiguiente, el caso previsto en el art. 89⁵⁷⁷ (imputabilidad restringida). En los proyectos elaborados con el objeto de modificar la ley procesal, se

⁵⁷⁵ Cfr. ZÜRCHER, 1914, p. 45; STOOS, 1929 p. 130, nota 1; GRAVEN, 1965, p. 10; HAFTER, 1946, p. 112 ss.; CLERC, 1942, I, p. 76.

⁵⁷⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1926a, p. 17.

⁵⁷⁷ ZAVALA LOAYZA, 1947, p. 293.

propuso substituir la disposición precitada por una de sentido más amplio. En el Proyecto de 1971, el art. 222 decía que “el juez puede ordenar, cuando lo considere necesario, el examen del procesado por peritos para establecer sus condiciones personales y las posibles causas que lo determinaron a cometer el delito”⁵⁷⁸. La norma del Código fue complementada mediante el art. 4 del DLeg N° 052, LOMP, en el sentido de que el Fiscal Provincial debe pedir al juez “el reconocimiento del inculpado por médicos psiquiatras, cuando tuviere sospechas” de que sufre de “enfermedad mental o de otros estados patológicos que pudieran alterar o modificar su responsabilidad penal”. Finalmente, en el art. 75, inc. 1, del NCPP, se dispone que cuando “exista fundada razón para considerar el estado de inimputabilidad del procesado al momento de los hechos, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juez Penal, colegiado o unipersonal, según el estado de la causa, dispondrá, de oficio o a pedido de parte, la práctica de un examen por un perito especializado”.

- 1697 La fórmula adoptada por el legislador para determinar la inimputabilidad, atribuye una singular importancia a la labor de los expertos. Estos son, pues, auxiliares del juez, cuya ayuda es indispensable para determinar la imputabilidad o inimputabilidad del procesado, así como la medida de seguridad apropiada que, en su caso, habrá de imponer. No obstante, es el juez quien debe decidir sobre la imputabilidad del agente, pero esto no significa que pueda rechazar o ignorar, de manera arbitraria, el informe del perito.
- 1698 Por último, el art. 83 del CP de 1924, que por cierto no figuraba en el Proyecto Maúrtua de 1916, estatúa 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”.

f. Imputabilidad según art. 15

- 1699 Entre los antecedentes de la regla contenida en el art. 15, hay que mencionar principalmente el Proyecto venezolano de 1948 (art. 13) que estatuye: “el juez podrá declarar inimputable al indígena que cometa un [...] delito, teniendo en cuenta su incapacidad para comprender o querer, derivada de su inadaptación cultural”. El Proyecto boliviano de 1964 también preveía la

⁵⁷⁸ Cfr. Proyecto del Consejo Nacional de Justicia, art. 207.

exclusión de la responsabilidad de los indígenas, pero de manera diferente. Disponía que “el error esencial será también excluyente de culpabilidad, así como el error o la ignorancia de derecho, con particular referencia al indígena”. Hay que recordar que nuestro legislador de 1924 escogió la solución, criticada con razón, de considerar como inimputables o imputables relativos a los indígenas o selváticos, en la medida en que previó para ellos la substitución de la pena por una medida de seguridad.

Dada la influencia que parece haber ejercido Zaffaroni sobre algunos de los que intervinieron en las diferentes fases del proceso de reforma del CP de 1924, hay que recordar una propuesta de su inspiración. En la que se recomendaba “que se elaboren conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes”⁵⁷⁹.

La influencia de Zaffaroni se nota sin duda alguna en el hecho de que los autores de la Exposición de motivos del Proyecto de 1990 declararon “que el proyecto de la Comisión Revisora ha dado acogida a una forma especial de error conocida en la doctrina como ‘error de comprensión culturalmente condicionado’”. Pero, a pesar de esta declaración de intención, el art. 15 parece afiliarse más a la concepción admitida en el proyecto venezolano, que prevé una causa de inimputabilidad, que a la del Código boliviano que prevé una circunstancia de inculpabilidad. En cuanto a la propuesta de Zaffaroni, hay que notar que, aunque habla de inculpabilidad, se refiere sin embargo a la persona que, en razón a las normas de su propio grupo cultural, no puede ajustar su conducta a las pautas jurídicas o culturales dominantes. Es decir, se refiere a la incapacidad (no poder) de obrar según pautas jurídicas o culturales diferentes a las de su propio grupo o lo que es lo mismo, a la inimputabilidad. Esta ambigüedad podría explicar que, los redactores del art. 15 del indicado proyecto hayan escogido la estructura de la regulación de la disposición relativa a la inimputabilidad y hayan empleado la expresión “sin poder comprender...”.

Esta manera de elaborar el art. 15 demuestra que no se reflexionó suficientemente sobre la oportunidad y necesidad de incorporar una disposición de esta naturaleza, ni sobre los efectos de su aplicación. A pesar de la buena fe de sus autores, resulta en efecto incorrecto calificar la exención de

⁵⁷⁹ ZAFFARRONI, 1986, p. 58.; cfr. MAZUELOS COELLO, 2006, p. 327 ss.; ROJAS ARAUCO, 2009, p. 66 ss.

responsabilidad penal prevista en este artículo de “error de comprensión condicionado culturalmente”⁵⁸⁰.

- 1703 Si por comprensión se entiende la “acción de comprender” y la “facultad, capacidad o perspicacia para entender y penetrar la realidad”, entonces todo error es un error de comprensión. Y como todo entender o comprender de la realidad está determinado por el condicionamiento cultural de la persona, todo error es un error condicionado “culturalmente”.
- 1704 Esto quiere decir que el error de tipo (sustraer una cosa ajena creyéndola propia) y el error de prohibición (practicar el acto sexual con una menor creyendo que está permitido porque lo está en el grupo social al que pertenecen las dos personas en cuestión, según el servinacuy (mal llamado matrimonio de prueba), serían errores culturalmente condicionados. Estos casos se hayan comprendidos en el art. 14. El art. 15 se refiere, más bien, a un caso particular de incapacidad de las personas que cometen un delito. Este era también el sentido expresamente manifestado por los autores del Proyecto venezolano de 1948. Por el contrario, las Bases del Proyecto de CP boliviano de 1964, citadas anteriormente, sólo hacían referencia al error.
- 1705 El fondo del problema se percibe con claridad cuando se compara el texto peruano con el art. 19, último pf., del Anteproyecto de la Parte General del CP boliviano, elaborado por una comisión dirigida por Zaffaroni. En esa disposición, intitulada “error de comprensión”, se prevé que “se excluye la culpabilidad cuando el agente por su cultura o costumbres no comprenda la criminalidad de su obrar o no se le pueda exigir que adecue su conducta a dicha comprensión. Cuando por las mismas causas no se excluya totalmente la posibilidad de comprensión o de adecuación de la conducta, el tribunal podrá establecer la pena conforme al grado de exigencia que podría formularsele”. Correctamente, se dice que “no comprenda” y no que “no sea capaz de comprender”. Por esto, es justo hablar de exclusión de la culpabilidad.
- 1706 El art. 15 del Código subordina la incapacidad de darse cuenta que tal comportamiento contradice el orden jurídico (basado en un conjunto de valores culturales determinados) o de determinarse conforme a esta apreciación, al hecho de que el agente pertenezca a una cultura diferente (cultura -comprensible de las costumbres- que no prevé la norma violada o que

⁵⁸⁰ En algunas resoluciones judiciales, se aplica esta disposición de manera totalmente equivocada: ES del 7 de noviembre de 1997, Exp. N° 4160-96 Ancash, en ROJAS, 1999a, p. 149 ss. (consultar el dictamen del Ministerio Público).

prevé una norma contraria por valorar de manera diferente el comportamiento en cuestión).

Esta incapacidad no se debe, como en el caso de la inimputabilidad del art. 1707 20, inc. 1, a una anomalía síquica, a una alteración grave de la conciencia o a alteraciones de la percepción que afectan gravemente el concepto que tiene el autor de la realidad. En lugar de estas circunstancias, el art. 15 menciona la “cultura” o las “costumbres” del agente. Éstas deben ser las causas de la incapacidad del sujeto activo para comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse conforme a esta apreciación. Sus patrones culturales, diferentes de los que forman la base del Código, “afectan gravemente su concepto de la realidad”, a tal extremo que no puede ser tratado de la misma manera que quien se haya integrado a la cultura dominante.

Según el texto del art. 15, el problema no reside en el hecho de que una persona 1708 plenamente capaz (tanto síquica como culturalmente) crea por error que actúa conforme al orden jurídico⁵⁸¹, sino que, más bien, dicha persona no posee las condiciones personales necesarias para actuar conforme al derecho. En otras palabras, aun cuando el agente no sepa que comete un hecho antijurídico, se le exime de pena no porque obre bajo la influencia de “un error inevitable sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal” (art. 14, pf. 2), sino porque está en la imposibilidad de comportarse conforme a cánones culturales que le son extraños.

Para comprender esta solución adoptada frente al problema planteado por 1709 la aplicación de un sistema penal (que no es sino la manifestación de una cultura) a personas de culturas diversas, hay que tener en cuenta ciertos aspectos referentes al concepto de cultura. Sin descuidar las diversas perspectivas desde las que ésta ha sido definida, según la importancia dada a cada uno de sus elementos o a los fines tanto teóricos o prácticos perseguidos al elaborar la definición, hay que considerar que el término “cultura” debe ser comprendido como un sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera correcta según la cual las personas deben reaccionar en una situación determinada. Este sistema hace de un conjunto de individuos un grupo organizado y modifica a fondo las dotes naturales de éstos, otorgándoles grandes beneficios e imponiéndoles múltiples obligaciones. Los individuos ven restringidas, en definitiva, sus libertades en beneficio del bien común.

⁵⁸¹ Cfr. VILLA STEIN, 2008, p. 457 ss,

- 1710 Por supuesto, una persona puede violar dichas pautas culturales con pleno conocimiento de causa porque no ha logrado asimilar debidamente la pauta de comportamiento violada o porque lo ha hecho de manera deficiente. En estos casos, se aplicarán las normas legales comunes para determinar su responsabilidad. Así, puede entrar en consideración la regla sobre la inimputabilidad si, por ejemplo, la no asimilación de las pautas culturales es debida a un trastorno mental grave. Cabe también invocar la disposición sobre el error de prohibición, cuando por una deficiente asimilación de la pauta cultural pertinente, el agente capaz supone por equivocación que su comportamiento no es ilícito.
- 1711 Los casos comprendidos en el art. 15 son aquellos en los que se presenta un conflicto cultural, lo que supone la presencia de diversos sistemas de valores. Por un lado, se encuentra la cultura en la que el autor del delito ha formado su personalidad y, por otro, la cultura cuyos valores son consagrados por la ley que aplica el representante del grupo social dominante.
- 1712 El conflicto puede ser absoluto. Por ejemplo, cuando se trata de un caso que implica al miembro de una tribu de la Amazonía que no ha tenido contacto alguno con la cultura de raigambre europea y cristiana del Perú oficial. Según sus pautas culturales era necesario matar al brujo del grupo (homicidio, según el Código) porque éste era considerado como responsable de la epidemia que diezmaba la tribu. Culturalmente se trata, por consiguiente, de un acto valorado de manera positiva, ya que era el medio por el que el grupo social creía poder salvarse. El autor de este comportamiento ha actuado conforme a las pautas culturales que ha asimilado mediante el proceso de inculturación antes descrito. Este proceso ha condicionado la formación de su personalidad y, como conjunto de pautas culturales, ha canalizado sus reacciones frente a las situaciones materiales y personales concretas. En razón, justamente, a su peculiar personalidad, será considerado como un sujeto incapaz de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse de acuerdo con esta apreciación.
- 1713 En sociedades como la nuestra, complejas y resultantes de un largo proceso iniciado con un choque cultural brutal, los conflictos de esta naturaleza son con frecuencia menos nítidos. Los grupos sociales andinos (quechuas, aymaras, huancas, etc.) han sufrido la imposición, por la fuerza, de la cultura española (idioma, religión, sistema económico y político). Esto ha significado la modificación profunda de sus pautas culturales, pero sin que hayan desaparecido del todo, pues los grupos sociales andinos, como siempre sucede en estos tipos de conquista, reaccionaron ante la nueva cul-

tura interpretando tanto sus moldes propios como los impuestos, lo que ha permitido la conservación de sus pautas culturales peculiares.

La aplicación del art. 15 dependerá, por consiguiente, del grado de integración de la persona que ha cometido el acto considerado como delito por el Código (sistema cultural oficial). En el caso de relaciones sexuales con una menor de edad según la tradición del servinacuy, esta disposición se aplicará si se trata de un indígena sin, o con esporádicos, contactos con la cultura predominante, y si el hecho tiene lugar en el seno de su comunidad. Pero no si se trata de un inmigrante andino que habita en una barriada de Lima y que se encuentra relativamente bien integrado en el sistema oficial, porque su personalidad, formada al comienzo en el seno de su medio cultural y completada por sus vivencias en el medio cultural dominante, no puede ser considerada como la causa de su incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto precitado o de determinarse según esta apreciación. Esto no impide que, a pesar de sus capacidades personales, pueda haberse equivocado sobre el carácter prohibido de las relaciones sexuales con menores de edad. En este caso, se le aplicará el art. 14 que prevé el error de prohibición. Esta es la solución que ha permitido y permitirá tener en cuenta las diferencias culturales existentes entre todas las personas sometidas a nuestro sistema penal. 1714

La reticencia que puede existir en considerar la circunstancia regulada en el art. 15 como una causa de inimputabilidad es de orden ideológico. En efecto, esto resulta de la manera tradicional y discriminatoria como han sido y son tratados los indígenas y los pobladores de la selva. Marginados social y culturalmente, despreciados por considerárseles racialmente inferiores e intelectualmente disminuidos, su tratamiento legal ha seguido dos direcciones extremas. En primer lugar, han sido ignorados como realidad étnica y cultural, así mismo fueron considerados de manera abstracta como miembros libres e iguales de la nueva República. Por esta razón, en el CP de 1863, no se consideraba de forma alguna su situación particular. Y, en segundo lugar, tomando en cuenta sus rasgos particulares, fueron clasificados conforme a un criterio etnocentrista y sometidos a un derecho penal considerado como un instrumento civilizador. Por esto, en el CP de 1924 eran sometidos a medidas de seguridad en lugar de ser castigados según la pena prevista para el delito que habían cometido. 1715

Sin embargo, al contrario, dicha reticencia no es justificada si se parte del marco constitucional vigente. Primero, según el art. 2, inc. 19, Const., toda persona tiene “derecho a su identidad étnica y cultural”. Este artículo dispo- 1716

ne además que “el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”. Segundo, según el art. 17, pf. 4, *in fine*, Const., el Estado “fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional”. En este contexto, no puede estimarse peyorativo el hecho de considerar como inimputable (incapaz de culpabilidad) a un individuo, indígena o no, a causa de las circunstancias individuales que le son propias. Sobre todo si se tiene en cuenta que toda persona, incluso la inimputable, es tomada en consideración por lo dispuesto en el art. 1 Const.: “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

- 1717 La interpretación del art. 15, según la cual en éste se regula un caso particular de inimputabilidad, nos parece ser la que mejor corresponde tanto al texto legal de la disposición, como a la sistemática de nuestro Código. La voluntad manifestada por los redactores de la Exposición de motivos del proyecto del Código no concuerda, sin embargo, con lo establecido en realidad en el texto legal. La supresión del art. 15 sería negativa sólo si los responsables de la aplicación de la ley continuaran ignorando, por un lado, la igualdad entre las diversas culturas que existen en nuestro país y, por otro lado, la significación y los alcances del error de prohibición.
- 1718 Por último, conviene señalar que el art. 15, como toda otra disposición legal, debe ser interpretada y aplicada conforme a la Constitución. El intérprete, juez o abogado, no puede ignorarla. Si se trata de un juez, según la misma Carta Fundamental, tiene incluso la obligación de comprobar la constitucionalidad de una disposición legal antes de aplicarla. En esta perspectiva, hay que considerar que el factor cultural o las costumbres que determinan la incapacidad de comprender o de determinarse a los cuales se hace alusión en el art. 15, son pautas culturales que no atentan contra los derechos fundamentales. En caso contrario, existiría una contradicción paradójica en el sistema: garantizar los derechos fundamentales de la persona y, al mismo tiempo, considerar eximentes de pena a pautas culturales o costumbres contrarias a estos mismos derechos.
- 1719 Sin embargo, la Corte Suprema⁵⁸² ha seguido la interpretación que venimos de criticar, al afirmar que a “efectos de resolver la situación jurídica del procesado, se debe tener en cuenta su condición personal como natural de una comunidad campesina que se ubica en las alturas de la ciudad del

⁵⁸² ES del 17 de junio de 2004, RN N° 755-2004-Cuzco, en *RPDJP*, N° 6, 2005, p. 535.

Cusco, en donde es costumbre ancestral que las menores de edad sean entregadas por sus padres para que hagan vida marital desde los inicios de su pubertad, a lo que se suma que el autor aludido ha tenido una instrucción incipiente, de escasos recursos económicos y que para la comisión de los hechos, no haya utilizado violencia alguna sobre la agraviada, por lo que su conducta se adecua a la figura del error de comprensión culturalmente condicionado, previsto en el art. 15, pues como se reitera, el procesado se ha desarrollado en medio sociocultural que no ha interiorizado la norma de prohibición que penaliza su conducta, como es la comunidad campesina de Huancabamba, en donde mantener relaciones sexuales con una menor, resulta ser un comportamiento normal y socialmente aceptado por los pobladores del lugar, por lo que... procede disponer su absolución”.

5. Imputabilidad disminuida

a. Generalidades

La distinción entre individuos normales y anormales no es nítida⁵⁸³. La si- 1720
quiatria reconoce, desde hace algún tiempo, que hay una zona intermedia entre la normalidad y la anormalidad. En esta zona se encuentran los individuos sólo disminuidos en sus capacidades psíquicas.

Frente a este gran problema, la doctrina clásica había adoptado una solu- 1721
ción que era a la vez lógica y práctica por su simplicidad. Esta consistía en atenuar la pena de los delincuentes en proporción a la disminución de su estado mental constatada por los expertos (peritos). Evidentemente, dicha disminución de su estado mental no alcanzaba las proporciones de los estados que acarreaban la inimputabilidad⁵⁸⁴.

Esta solución era desde luego conforme a los principios de la doctrina clásica, que consideraba a la pena como una pura retribución y fundaba su 1722
aplicación en el libre albedrío. Si éste era limitado, la lógica exigía que la pena fuese reducida. Pero en la práctica, estas ideas dejaban a la sociedad sin protección frente a individuos que constituían, justo a causa de su anormalidad, un peligro social más grande que los individuos normales. La solución clásica era, pues, inaceptable desde el punto de vista de una correcta política criminal.

⁵⁸³ HAFTER, 1922, p. 11.

⁵⁸⁴ QUINTANO RIPOLLES, 1966, p. 277 ss.

b. Técnica legislativa.

- 1723 El legislador español había previsto, desde 1848, un sistema original de circunstancias que eximían o atenuaban la pena. Las circunstancias eximentes que no reunían todas las condiciones exigidas por la ley eran consideradas como circunstancias de atenuación (eximentes imperfectas). En nuestro CP de 1863 y en el de 1924 se adoptó la misma técnica. Conviene destacar que el CP de 1863, de clara inspiración española, reconocía la existencia de estados intermedios entre la enfermedad y la salud mental, atribuyéndoles la calidad de circunstancias de atenuación.
- 1724 Otros legisladores, al contrario, comprendieron muy bien la necesidad de distinguir de manera explícita la categoría de delincuentes que, en el momento de cometer la infracción, no eran del todo imputables. Así, surgió la noción de la “imputabilidad disminuida”. El art. 14 del Anteproyecto suizo de 1915, que fue fuente de nuestro CP de 1924, estatuyó: “si a causa de una perturbación en su salud mental o en su conciencia, o a causa de un desarrollo mental incompleto, el delincuente, en el momento de obrar, no poseía plenamente la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse conforme a esta apreciación, el juez atenuará libremente la pena”. Además, para evitar los inconvenientes de la teoría clásica, el legislador suizo incorporó en su ley las medidas de seguridad para esta clase de delincuentes.
- 1725 Nuestro legislador aceptó implícitamente este concepto al disponer, en el art. 90 del Código derogado, que “en los casos del art. 85, cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir la pena prudencialmente hasta límites inferiores al mínimo legal”. En términos materiales, la misma regla ha sido prevista en el art. 21.
- 1726 La imputabilidad disminuida no constituye una categoría intermedia entre la imputabilidad y la inimputabilidad. Al contrario, los delincuentes limitados en su imputabilidad son capaces de obrar culpablemente y pueden, pues, ser castigados igual que los autores considerados como imputables⁵⁸⁵. Sin embargo, el juez debe tener en consideración que su capacidad de resistir a los impulsos criminales es más débil que la de los individuos normales.

⁵⁸⁵ ROXIN, 2006a, § 20 N° 33.

El juez debe constatar, primero, la existencia o la inexistencia de la imputabilidad. Después de comprobar que el autor es imputable, indagará sobre la posible existencia de una disminución de la imputabilidad. Si la respuesta es afirmativa, entonces podrá atenuar la pena por debajo, incluso, del mínimo legal. Pero si existe un riesgo de que el delincuente de imputabilidad disminuida cometa delitos muy graves o si requiere un tratamiento, ordenará su internamiento (art. 77) o la aplicación de un tratamiento ambulatorio (art. 76). 1727

En relación con los “drogadictos”, el art. 29 del DL N° 22095, del 2 de febrero de 1978, disponía que cuando éstos hubieran sido procesados por delitos relativos al tráfico ilícito de drogas, “el Tribunal podrá disponer su internamiento en un centro estatal de rehabilitación para fármaco-dependientes”. Al término de este internamiento, eran puestos a disposición del Tribunal para que éste les impusiera la condena penal correspondiente al delito cometido. Esta disposición implicaba, en primer lugar, la aceptación de un sistema dualista rígido (medidas de seguridad y pena); en segundo lugar, no resultaba conforme a la sistemática de nuestra ley penal, al no tenerse en cuenta si se trataba de un drogadicto inimputable o imputable relativo. Esta regla fue abrogada por el ya citado art. 77, en el sentido de que este artículo prevé para el toxicómano (imputable relativo o imputable) una medida de internación (art. 74) en lugar de la pena, y faculta al juez para que compute como tiempo de cumplimiento de la pena la duración del período de internación, sin perjuicio de que dé por extinguida la condena o reduzca su duración esperando el éxito del tratamiento. 1728

Algunos juristas consideran que la atenuación de la pena prevista para los casos de imputabilidad disminuida es debida al hecho de que este estado implica una disminución de la culpabilidad, y que por esta razón, la disposición concernida debería encontrarse entre las que figuran bajo el título “la aplicación judicial de las penas”⁵⁸⁶. 1729

c. Causas

La disminución de la capacidad penal del agente se debe, con frecuencia, a perturbaciones en su salud mental o en su conciencia, o también a alteraciones de su percepción. Estos estados, que no logran hacer desaparecer del todo la facultad de comprender el carácter ilícito del acto o la de determi- 1730

⁵⁸⁶ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 19 N° 25; BLEI, 1975, p. 173; MAURACH/ZIPF, 1992, § 36 N° 70.

narse conforme a esta apreciación, generan sin embargo su debilitamiento. Pero no cualquier disminución de tales facultades es suficiente para poder admitir la existencia de la imputabilidad restringida. La disminución debe ser relativamente importante⁵⁸⁷, pues la noción de “hombre normal” es concebida de manera amplia. En efecto, las pequeñas anomalías no sacan, según la ley, al hombre corriente del marco de la normalidad⁵⁸⁸.

- 1731 En nuestro medio, se reconoce con frecuencia la existencia de una imputabilidad restringida en los casos de relativa embriaguez, porque se considera que el agente actuó sin perder totalmente el control de sus actos⁵⁸⁹. También, han habido casos en los que se subordinó la disminución de la imputabilidad a “deficiencias mentales”⁵⁹⁰. A este respecto, resulta interesante la ES del 5 de enero de 1966, en la que “se condena a la pena de internamiento al autor del doble homicidio perpetrado contra su medio hermano y su cuñada [...] siendo el sujeto de personalidad psicopática, imputable, que goza de lucidez completa mostrando rasgos de agresividad, teniendo como atenuante su condición de primario, su relativo estado de embriaguez y su escasa cultura”⁵⁹¹.

6. Jóvenes delincuentes (art. 22)

- 1732 Como ya lo hemos explicado, el individuo no alcanza la madurez de repente. Se trata de un proceso paulatino, que varía de un individuo a otro. Debido a esta situación, las legislaciones contienen normas que regulan un período intermedio comprendido entre el límite que separa el derecho penal de menores del derecho penal común y el límite cronológico a partir del cual se considera plenamente adulta (madura) a una persona.

⁵⁸⁷ El CP alemán establece, expresamente, esta condición en el § 21, al regular la imputabilidad disminuida: “Si la capacidad del autor para comprender el injusto del hecho, o para actuar de acuerdo con esa comprensión, está considerablemente disminuida en virtud de una de las causas señaladas en el § 20, entonces la pena podrá ser atenuada conforme al § 49, pf. 1”. La inimputabilidad por perturbaciones psíquicas es prevista en el § 20: “Actúa sin culpabilidad quien, al cometer un hecho, es incapaz de comprender el injusto del hecho, o de actuar de acuerdo con esa comprensión, a causa de una perturbación psíquica patológica, de una perturbación profunda de la consciencia, de una debilidad mental, o de alguna otra una anormalidad psíquica grave”.

⁵⁸⁸ Cfr. SCHWANDER, 1966, p. 214a.

⁵⁸⁹ ES del 28 de mayo de 1951, en RJP 1951, p.414 y 540.

⁵⁹⁰ ES del 12 de enero de 1949, en AJ 1949, p. 225.

⁵⁹¹ En RJP 1966, p. 396, Respecto a psicópatas e inimputables, ver: SPOLANSKY, 1968, p. 83 ss.

Según el art. 148 del CP de 1924, este período comprendía a los individuos 1733 mayores de 18 años y menores de 21. Los mismos límites figuran en el art. 22 del actual Código. A estos individuos ya se les aplican las normas y sanciones del derecho penal común. Pero, por su situación personal, son considerados como incapaces relativos o imputables restringidos. Es decir, no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente. Por esta razón el CP de 1924 preveía la atenuación de la represión, que debía ser proporcional al grado de culpabilidad. Sin embargo, las sanciones previstas eran las mismas que las destinadas a los adultos. Según el art. 148, la pena de internamiento debía ser sustituida por la de penitenciaría no menor de 10 años; las penas de penitenciaría, relegación y prisión, podían ser reducidas por debajo del *mínimum* del tiempo aplicable a los mayores de edad por los mismos delitos y, por último, los términos de prescripción se reducían a la mitad. A contrario, en el Código sólo se prevé, para dichos incapaces relativos, que “podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido”.

Es cierto que, hoy en día, la mayoría de los delitos son obra de personas 1734 que se encuentran en este período de desarrollo. Pero también es cierto que el proceso de madurez del individuo aún no ha terminado⁵⁹². La toma de conciencia de esta realidad ha impulsado la tendencia que consiste en distinguir un grupo de delincuentes jóvenes (*jeunes-adultes, Heranwachsende, young persons*) a fin de aplicarles un tratamiento especial. No para considerarlos como irresponsables, pero sí para tratarlos diferentemente de los adultos, puesto que dada su situación personal, resulta con frecuencia ineficaz la pena que se les impone como si fueran ya adultos. Si dichos jóvenes, sin embargo, parecen no haber salido aún de la adolescencia, no pueden tampoco ser tratados como menores cuando buscan, precisamente, ser tratados como adultos plenos.

En la mayoría de los casos, resulta entonces necesario recurrir a una me- 1735 dida de prevención; con el fin de no estigmatizarlos y traumatizarlos con una severa represión. Conviene reflexionar, por ejemplo, sobre los efectos demasiado negativos que comporta la aplicación de una larga pena privativa de libertad para un joven mayor de 18 y menor de 21 años. La extrema severidad de la ley incita al juzgador a buscar en cada caso concreto la vía interpretativa que le permita descender bajo el *mínimum* legal, o incluso absolver a estos jóvenes delincuentes. Dicha actitud se inspira en un sano

⁵⁹² BOUZAT/PINATEL, 1975, III, p. 158.

sentimiento de justicia, pero es contraria a una correcta política criminal. Esta incorrección se debe a la marcada tendencia represiva que sigue nuestro legislador.

- 1736 En este dominio resulta interesante observar la evolución de la legislación helvética, tomada como modelo por nuestro legislador para la elaboración del CP de 1924. La parte relativa a los menores era una fiel reproducción de las disposiciones suizas. Según la Ley federal modificatoria del CP suizo, del 18 de marzo de 1971, si al momento de obrar el agente es mayor de 18 años pero menor de 25, el juez podrá, en lugar de aplicarle una pena, colocarlo en una casa de educación mediante el trabajo; en caso de que esta medida sea considerada como adecuada para impedirle reincidir o si la infracción por la que se le juzga está vinculada a una perturbación grave del desarrollo de su carácter, o éste se encuentra amenazado, o si la infracción es consecuencia de su estado de abandono, de su mal comportamiento o de su ociosidad (arts. 100, 100 bis, 100 ter). En la reforma global de 2007, las disposiciones relativas a los menores han sido suprimidas de la parte general del Código. En su reemplazo, se ha elaborado una ley federal regulando su condición penal⁵⁹³.
- 1737 Por lo que se refiere a este grupo de transgresores, se amplía, en consecuencia, la aplicación del principio vigente en el derecho de menores: el juez, antes de pensar en la pena que merezca el agente, debe preocuparse por determinar, en primer lugar, si no sería mejor imponerle la medida preventivo-educativa, medida que sustituiría entonces a la pena en caso de ser eficaz. Dentro de las limitaciones de nuestro medio, debe tenderse a seguir tal camino, en lugar de pretender disminuir la minoría penal y acentuar la represión⁵⁹⁴.

7. Ancianos (art. 22)

- 1738 Basándose en el art. 65 I del CP brasileño, nuestro legislador ha considerado la edad avanzada del agente como una causa de disminución de la capacidad penal. A diferencia del texto brasileño que indica como límite la edad de 70 años, el nuestro lo fija en 65 años. Como todo límite de esta naturaleza, el escogido por nuestro codificador es relativamente arbitrario.

⁵⁹³ Message du Conseil fédéral, du 21 septembre 1998.

⁵⁹⁴ CLERC, 1972, p. 320; GERMANN, 1971, p. 337; SCHULTZ, 1973, p. 225; KAISER, 1982, p. 199.

El fundamento de esta causa de imputabilidad restringida es el hecho de 1739 que, después de la edad adulta en la cual la persona alcanza su madurez y durante la cual se estabilizan las relaciones familiares, sociales y profesionales, sobreviene un período de decadencia, de disminución de las actividades vitales, que desemboca en una etapa de degeneración que afecta las facultades vitales. En la medida en la que estas deficiencias provocan una disminución de la capacidad de comprender o de determinarse, la capacidad de culpabilidad de la persona afectada debe ser considerada como limitada. Si la degeneración del estado de salud de la persona provoca anomalías psíquicas, la disposición aplicable, según las circunstancias, será entonces el art. 20, inc. 1, o el art. 21.

VII. Error de prohibición

1. Introducción

Se discute mucho sobre si el sujeto capaz de obrar culpablemente y, por 1740 tanto, de apreciar el carácter delictuoso de su comportamiento, debe ser consciente de cometer un acto contrario al ordenamiento jurídico. Las diversas opiniones están condicionadas tanto por el contexto social e histórico como por la concepción del delito en general y de la culpabilidad en particular que se admita.

Los planteamientos dogmáticos sobre esta cuestión son útiles para estruc- 1741 turar y plantear mejor una noción de delito, sin embargo no permiten percibir los objetivos de política criminal admitidos. Rechazarlos o aceptarlos depende, en última instancia, de determinar cuáles son más convenientes para evitar lagunas en la represión penal y garantizar mejor los derechos fundamentales.

Si bien debe recurrirse a las propuestas planteadas sobre la base de legis- 1742 laciones foráneas, hay que comprobar si son o no aplicables a nuestra ley penal.

2. Evolución legislativa

a. *Ignorancia de la ley no excusa (error juris nocet)*

Siguiendo al CP español de 1848-50, en el CP de 1863, se estableció, por un 1743 lado, que “las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley, constituyen los delitos y las faltas” (art. 1) y, por otro, que “toda acción

u omisión penada por la ley se reputa voluntaria y maliciosa, mientras no se pruebe lo contrario” (art. 2).

- 1744 De acuerdo con estas disposiciones, no bastaba que la acción u omisión fuera voluntaria, sino que además tenía que ser maliciosa. Es decir, contraria a la virtud y con inclinación al mal. Así, sólo se consideraba el actuar con mala voluntad (*dolus malus*).
- 1745 Al comentar el art. 2 del CP de 1863, Viterbo Arias afirmó: “Nada más lógico y justo que lo que este artículo dispone. El hombre es esencialmente racional y libre para conocer el bien y el mal, practicar el primero y 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”⁵⁹⁵. Luego, recordó que la “inteligencia está expuesta al error y la libertad de acción puede ser coactada” y señaló que “la ignorancia o error a que nos referimos deben ser en cuanto al acto, y no en cuanto a la ley que prohíbe su ejecución. Así, se admitiría como excusa al que mató a otro en una encrucijada, el haber ignorado que el occiso se hallaba en la dirección de tiro hecho con arma de fuego; pero no el desconocer la prohibición de disparar tales armas en los caminos públicos”⁵⁹⁶.
- 1746 La cuestión implícita comprendida en este razonamiento es la referente al conocimiento del carácter ilícito del acto como aspecto del comportamiento voluntario. Si Viterbo Arias partía de afirmaciones apriorísticas, su preocupación era sobre todo precisar si “sólo robar, matar, etc., son acciones que la ley considera como voluntarias y maliciosas mientras no se pruebe lo contrario; o si también supone igual voluntad y malicia al que presta elementos al asesino, al ladrón, etc.”⁵⁹⁷. A su parecer, en todos estos casos, quien los “practica queda sujeto a responsabilidad, mientras no pruebe que procedió sin intención criminal”. Así, admitía como presunción general que la realización de una infracción (delito o contravención) implicaba el hecho de que el agente había actuado con mala voluntad (*dolus malus*). Esto significaba, por último, la aceptación de la regla según la cual la ignorancia de la ley no excusa.
- 1747 Esta regla estaba prevista de manera expresa en el art. 6 del CP de 1863. Según esta disposición: “la ignorancia de la ley penal no exime de respon-

⁵⁹⁵ ARIAS, 1900, T. I, p. 23.

⁵⁹⁶ ARIAS, 1900, T. I, p. 24.

⁵⁹⁷ ARIAS, 1900, T. I, p. 25.

sabilidad al delincuente”. Para explicar este precepto, Viterbo Arias partía, otra vez, de una afirmación general, según la cual esta regla “descansa en la naturaleza humana, y protege del modo más eficaz los intereses sociales”⁵⁹⁸. Enseguida de manera más directa, indicó que “sería necesario carecer de toda noción de derecho para no poder apreciar la bondad o malicia de las acciones humanas, su conformidad u oposición con este tipo inherente a nuestro ser; y esa carencia de criterio es moralmente imposible”.

Este criterio fue mantenido en el CP de 1924, a pesar de la influencia de los proyectos del CP suizo. El art. 87, pf. 2, estatuyó: “La ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de los delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión”. Al mismo tiempo que se regulaba, aunque en parte, el adagio “ninguno puede alegar ignorancia de la ley”, se adoptaba otra ficción, consistente en suponer que los autores de los delitos reprimidos con pena de penitenciaría siempre conocían el carácter ilícito de su acto. El origen de esta disposición se hallaba en el art. 6 del CP de 1863 que mencionamos con anterioridad. 1748

En la Exposición de motivos del CP de 1924, el legislador trató de justificar esta disposición alegando que “la ignorancia de la ley penal no modifica en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada pena mayor que la prisión, porque esos delitos pueden llamarse naturales y estar en todas las conciencias”. Pero también añadió que era excusable la ignorancia solamente en los casos que no implicaran una violación fundamental de los principios de la moral universal y que pudieran estimarse como creaciones de la ley. Esta argumentación siguió en varios puntos el razonamiento de Viterbo Arias. 1749

Si en comparación con lo dispuesto en el art. 6 del CP de 1863, la regla del CP de 1924 constituyó un avance en la medida en que sólo se refería a los delitos reprimidos con pena más severa que la de prisión, siguió siendo incorrecta por dos razones: por un lado, mantuvo el principio “*error iuris nocet*” y, por otro, hizo depender los efectos de la ignorancia de la ley penal de la gravedad de la pena. Dicha gravedad no es determinada, sobre todo hoy en día, teniendo en cuenta si el hecho delictuoso es “natural” o una “creación de la ley”. Esta distinción incorrecta hace recordar la definición del delito natural de Garofalo y es, por consiguiente, de abolengo positivista. 1750

⁵⁹⁸ ARIAS, 1900, T. I, p. 49.

1751 En los trabajos de reforma del CP de 1924, a pesar de la influencia de las concepciones alemanas que se referían al error, se siguió afirmando expresamente que el “desconocimiento de la ley es inexcusable”. Así, lo establecían los arts. 29 de los Proyectos de 1985 y 1986. Además, esta regla era concebida de modo incorrecto, en la medida en que se aludía a toda ley y no sólo a la de índole penal. Todo error sobre la ley (civil, penal, administrativa, etc.) carecía pues de efecto sobre el dolo y la culpabilidad. En los Proyectos de 1990 y 1991, no se hizo más mención del desconocimiento o ignorancia de la ley.

b. Error de hecho y de derecho

1752 A pesar de admitir de manera constante la falta de relevancia del desconocimiento o ignorancia de la ley, desde el CP de 1924 (art. 87, inc. 1), se regularon dos tipos de error. Por un lado, la “errónea apreciación de los hechos no proveniente de negligencia” (falsa o ninguna representación de lo que se hace u omite) y, por otro, la “ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso del acto que el agente hubiera considerado lícito” (consciencia de los hechos, pero equivocada apreciación de su carácter ilícito).

1753 Así, se consideraban en relación con la consciencia del carácter ilícito del acto dos hipótesis: primero, el rechazo del error de derecho fundado en la ignorancia de la ley mediante una presunción *iuris de jure* respecto a los delitos reprimidos con pena mayor que la de prisión, y una presunción *iuris tantum* respecto a las infracciones menos graves; segundo, la admisión de la ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto como una circunstancia atenuante de la pena.

1754 Esto último implicaba, por un lado, una supervivencia de la responsabilidad objetiva en la medida en que se reprimía al agente a pesar que cometiera un hecho ilícito, creyendo, sin culpa alguna, que actuaba conforme al derecho y, por otro, una confirmación de la presunción según la cual todos conocen la ley y, más aún, de acuerdo con la cual quien cometiera un acto objetivamente delictuoso (típico) es consciente que obraba mal, contra el orden jurídico. De esta manera, se conservaba el viejo criterio sostenido por Viterbo Arias, según el cual se confundía la consciencia de lo legalmente prohibido con consciencia de lo moralmente condenado.

1755 A fin de evitar estas deficiencias y, sobre todo, la violación del principio “no hay pena sin culpabilidad”, se trató de otorgar un sentido específico al art. 87 del CP de 1924, proponiendo la siguiente interpretación: la expresión

“no culpable” debía ser comprendida en el sentido de que el error debía ser inevitable. El término “culpable” habría sido utilizado para no repetir el vocablo “negligencia” empleado en el mismo párrafo en relación con el error de hecho. Cabría entonces preguntarse luego cómo había que sancionar a quien, por descuido, hubiera creído obrar conforme al derecho cuando, en realidad, cometía un delito. Dos posibilidades podrían imaginarse: la primera, imponerle la pena prevista para la forma intencional pero atenuada, lo que significaría que la consciencia del carácter ilícito no fuera un elemento del dolo; la segunda, sancionarlo sólo cuando la ley previera la represión a título de culpa, debido al hecho de que no podría imponérsele la pena a título de dolo, por no existir la falta de consciencia del carácter ilícito del acto. Esta última posibilidad implicaría la admisión de la denominada teoría del dolo (*Vortsatztheorie*), según la cual dicha consciencia es un elemento del dolo, junto a la consciencia de los elementos del tipo legal objetivo.

La deficiente regulación prevista en el art. 87, pf. 1, provocó mucha confusión tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia. Ninguna de ellas llegó a distinguir con suficiencia los dos tipos de error. Así, por ejemplo, en su ES del 16 de agosto de 1972, la Corte Suprema afirmó que “el error en la apreciación de los hechos, a que alude el art. 87, se refiere al carácter delictuoso del acto que el agente considera como lícito, pero no a sus circunstancias calificativas ni menos a las condiciones personales de la víctima, tales como su desarrollo físico, edad, etc., que el fallo recurrido ha meritudo”⁵⁹⁹. 1756

Además, en los casos en que pareciera que llegara a diferenciarlos, termina por desconocer los alcances del error de derecho. Por ejemplo, la Corte Suprema tuvo la ocasión de pronunciarse sobre este último respecto a delitos cometidos por nativos de la región amazónica (art. 44 del CP de 1924) y respecto a delitos de violación cometidos por indígenas al practicar el matrimonio tradicional⁶⁰⁰, denominado comúnmente *servinacuy*. Por lo que se refiere a los primeros, afirmó en su ES del 26 de abril de 1939 que “debe tenerse en cuenta las normas de los arts. 44 y 87, ya que se trata de sujetos a los que la ley considera en una condición especial, por estar al margen de la civilización”⁶⁰¹. En este caso es patente lo injusto de esta disposición que obligaba a castigar a personas que, con certeza, descono- 1757

⁵⁹⁹ En BJ 1972, N° 3, p. 159.

⁶⁰⁰ Se trata de un largo proceso consistente en varias etapas y en el que, de manera progresiva, se va fortaleciendo el vínculo de la pareja y, así mismo, se reconoce la nueva unidad familiar por parte de la comunidad. Cfr. PEÑA JUMPA, 1998, p. 164.

⁶⁰¹ En RF 1939, p. 587.

cían el carácter ilícito de su acto. En relación con los segundos, la Corte sostuvo criterios opuestos. Así, por ejemplo, señaló⁶⁰² que, la menor (de menos de 16 años) había sido entregada por sus propios padres al acusado mediante el “*servinacuy*”, “ceremonia [que] tuvo lugar de acuerdo con la costumbre tradicional generalizada entre el campesinado indio” y que consistía en el consentimiento de los padres para que su hija cohabitara con el novio. De donde dedujo que convenía entonces aplicar el art. 87, puesto que se trataba de una infracción cometida por “ignorancia o error no culpable sobre el carácter delictuoso del acto que el agente consideró como lícito”. En otra ocasión⁶⁰³, la Corte Suprema sostuvo que “si bien el *servinacuy* es una costumbre ancestral que todavía perdura en algunos pueblos del país, sin embargo no se le puede considerar como una circunstancia eximente de responsabilidad por no estar previsto como tal dentro de nuestra legislación penal, y que tan sólo puede ser apreciado dentro de las circunstancias que establece el art. 51 [circunstancias objetivas y subjetivas de peligrosidad]”. Aquí, la Corte Suprema hizo uso de un criterio muy formalista al dejar de lado el análisis de la existencia del error de derecho (art. 87).

c. Error de prohibición

c.1. Regulación

1758 Sin realizar los estudios necesarios de dogmática y de derecho comparado, se continuó tratando de regular lo mejor posible el error. El Proyecto de 1972 proponía una fórmula que se refería de manera equivocada a “la ignorancia sobre el carácter delictuoso de un acto” y, no al “error”, así como a “la errónea apreciación de los hechos” no proveniente de culpa. Así mismo, se eliminó, con acierto, el segundo párrafo del texto original y se incorporó un nuevo artículo, en el que se regulaba el error de hecho provocado por un tercero. Esta última disposición, que reproducía casi a la letra el art. 48 del CP italiano, era sin embargo incompleta. Esto fue debido a que no se había considerado que el art. 47 del mencionado código no era igual al art. 87 del texto revisado de nuestro código. El último párrafo de la disposición italiana trata, en efecto, del error que recae sobre una ley no penal y que determina un error sobre el hecho que constituye la infracción. Además, tampoco se había tenido en cuenta, en el momento de hacer la transcripción

⁶⁰² ES del 12 de mayo de 1943, en AJ 1943, p. 17.

⁶⁰³ ES del 29 de setiembre de 1972, en BJ 1972, N° 4, p. 211.

de la norma italiana, que el art. 5 del mismo código prohibía invocar como excusa la ignorancia de la ley (error de derecho)⁶⁰⁴.

El art. 29 de los Proyectos de 1985 y 1986 disponía: “El desconocimiento de la ley es inexcusable. El error sobre la ilicitud del hecho punible, si es inevitable exime de pena; si es evitable permite la represión del delito culposo, si se halla previsto en la ley”. Lo primero que llama la atención de esta disposición es el hecho de que mantenía la manera arcaica de regular el desconocimiento de la ley. Incluso agravaba la situación al no limitarse siquiera, como lo hacía el Código entonces vigente, a las infracciones más graves. No resultaba, pues, del todo coherente considerar como “eximente” de la pena el error de prohibición inevitable y, al mismo tiempo, reprimir -según los casos- por culpa a quien hubiera delinquirido pese a haber podido evitar el error de prohibición. Al respecto conviene señalar que, una vez admitida la primera regla, debería entonces considerarse, como lo hacían los códigos influenciados por la legislación alemana, el error evitable como una circunstancia atenuante de la sanción.

En los Proyectos posteriores, se corrigieron los errores de esta propuesta, al adoptar sus autores el modelo alemán. El art. 14, pf. 2, establece que la responsabilidad es excluida en caso de “error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal”. Además, inspirándose en el Anteproyecto del CP español de 1983 (art. 17, inc. 3), sus autores establecieron, en el mismo párrafo, la atenuación obligatoria de la pena en caso de error de prohibición vencible.

c.2. Modelo alemán recepcionado

La regla contenida en el § 17 del CP alemán es el resultado de un largo proceso llevado a cabo por la jurisprudencia y la doctrina alemanas⁶⁰⁵.

Respecto a no tener en cuenta el conocimiento del carácter ilícito del acto, el primer cambio significativo consistió en distinguir, en cuanto a las consecuencias de la aplicación del § 59 del CP alemán de 1872, entre error de hecho y de derecho. Sólo el primero, comprendido de manera bastante

⁶⁰⁴ Cfr. BETTIOL, 1969, p. 447 ss.

⁶⁰⁵ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 41 I 1; ROXIN, 2006a, § 21, N° 5 ss.; JAKOBS, 1991, 19/1 ss.; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 17 N° 1 ss.; RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 17 N° 1 ss.; KINDHÄUSER, 2006, § 17, N° 1 ss.; cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, II, p. 553 ss.; BACIGALUPO, Art. 14, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 102 ss

amplia, era considerado como excluyente del dolo. En relación con el error de derecho, se distinguió el error penal del error no penal. Por ejemplo, si el agente había sustraído una cosa ignorando que ésta pertenecía a otro, se consideraba que había actuado sin dolo porque se había equivocado sobre las normas reguladoras de la propiedad que eran de carácter civil. Así, el error sobre un aspecto jurídico no penal era tratado como un error de hecho. Al contrario, si el error recaía sobre un aspecto regulado de manera autónoma por el derecho penal, era considerado del todo irrelevante. De esta manera, el principio general referente al error de derecho fue limitado al *error iuris criminalis nocet*.

- 1763 Esta teoría, admitida por la jurisprudencia alemana⁶⁰⁶, fue sin embargo muy criticada por considerarse que, en realidad, era imposible distinguir de manera clara y constante entre esos dos tipos de errores⁶⁰⁷. Esta dificultad daba en efecto lugar a una fuerte inseguridad porque casos materialmente equivalentes debían ser tratados de manera distinta con arreglo a la forma aleatoria según la cual habían sido elaborados los tipos legales. Así, el ejemplo del error sobre el carácter ajeno de la cosa sustraída; también podía ser considerado como un error sobre el derecho penal, debido a que esta condición formaba parte de los elementos constitutivos del tipo legal del delito de hurto.
- 1764 En oposición franca con la idea admitida por la jurisprudencia, se desarrolló un planteamiento que consideraba el conocimiento actual del carácter ilícito del comportamiento como necesario para admitir el dolo (teoría del dolo, *Vorsatztheorie*)⁶⁰⁸. No bastaba, pues, que el autor actuara con conciencia y voluntad, sino que debía, en el momento de obrar, tomar en consideración la significación jurídica de lo que hacía. En la base de este criterio, se encontraba la idea de que el delito consistía de manera esencial en la rebelión consciente del agente contra el derecho. Si el agente actuaba sin tener consciencia efectiva del carácter ilícito de su acto, entonces carecía de dolo y, por lo tanto, no podía ser reprimido. El único error a tener en cuenta era el consistente en aceptar que no hubiera actuado ilícitamente. Poco importaba, según esta opinión, el fundamento de este error; en consecuencia, no era relevante distinguir entre error de hecho y error de derecho.

⁶⁰⁶ WESSELS/BEULKE, 2001, N° 462.

⁶⁰⁷ MAURACH/ZIPE, 1992, § 37 N° 5 ss.; ROXIN, 2006a, § 21 N° 5.

⁶⁰⁸ GERMANN, 1943, p. 53; HAFTER, 1946, p. 123 ss.; SCHULTZ, 1982b, I, p. 191; WILI, p. 56; HAUG, 1987, p. 56 ss.; MEZGER, 1951, p. 500; Cfr. SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 89, 178 ss.; OTTO, 1998, § 7, N° 59 ss., § 15, N° 5 ss.

Una de las principales críticas hechas en contra de esta idea fue la de que permitía la impunidad del agente en todos los casos en que no tuviera conocimiento de la prohibición, aun cuando esto fuera debido a su indiferencia o mala fe⁶⁰⁹. Los esfuerzos hechos para superar esta dificultad, así como otras deficiencias originadas por la admisión de este criterio han sido diversos. En algunos casos, se propuso corregir su rigidez substituyendo la exigencia del conocimiento real del carácter ilícito del hecho, por la simple potencialidad de dicho conocimiento, bajo la condición de que sólo se comprendieran los casos en que existiera un alto grado de poder evitarlo, de modo que se pudiera considerar que el agente tenía una actitud hostil frente al derecho (ceguera jurídica). En estos supuestos, el autor debía entonces ser tratado como si hubiera actuado con dolo a pesar de que no había tenido de verdad consciencia del carácter ilícito de su acto (teoría limitada del dolo, *ingeschränkte Vorsatztheorie*)⁶¹⁰. 1765

En otros casos, se comenzó por negar la pertenencia del conocimiento de la prohibición al concepto del dolo, para luego afirmar que constituía un supuesto de la culpabilidad. Así, el dolo fue liberado de su dimensión valorativa y considerado como mero querer de la realización del tipo legal objetivo. Desde esta perspectiva, tanto el error sobre la apreciación general de la ilicitud del comportamiento (error de prohibición directo), como el error sobre la existencia, índole o amplitud de una causa de justificación (error de prohibición indirecto) constituyen errores de prohibición. Esta concepción es denominada teoría de la culpabilidad (*Schuldtheorie*)⁶¹¹, porque no reconoce influencia alguna de este tipo de error sobre el dolo y, en consecuencia, admite que la posibilidad de conocer el carácter ilícito del acto –con independencia del dolo– es una condición propia de la culpabilidad. 1766

Como toda falta de consciencia del carácter ilícito del acto debe ser considerada con referencia a la culpabilidad, la diferencia de tratamiento está determinada sólo por el carácter evitable o inevitable del error. Si una persona cree que es permitido ayudar a morir a un individuo en fase terminal de una enfermedad mortal, comete el error de considerar que el hecho de proporcionarle un veneno es lícito. La manera de cómo será sancionada depende de si era o no posible que evitara este error. Si se admite que este 1767

⁶⁰⁹ Cfr. STRATENWERTH, 2005, § 11, N° 47.

⁶¹⁰ MEZGER, 1951, p. 500.

⁶¹¹ STRATENWERTH, 2005, § 11 N° 53ss.; GRAVEN/STRÄULI, 1995, p. 185; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 461 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 21 N° 37 ss.

error era evitable, el dolo subsiste, pero su culpabilidad disminuye y, por lo tanto, la pena deberá ser atenuada. En este sentido, basta que el agente tenga la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su actuar; por el contrario, si carece de esta posibilidad debido a que las circunstancias le impiden vencer el error en que se encuentra no podrá considerársele como culpable porque este error inevitable excluye el reproche de culpabilidad.

- 1768 Esta es la concepción que se ha impuesto en Alemania a partir de los años cincuenta y que ha sido consagrada en § 17 del CP vigente. Como ya lo hemos señalado, el art. 14, el mismo que es conservado idéntico en los Anteproyectos de 2004 y 2009 (art. 14, pf. 2), ha sido elaborado según ese modelo foráneo y, por consiguiente, su interpretación debe inspirarse en la concepción alemana predominante. Además, hay que tener en cuenta las diversas y sutiles variantes practicadas a esta teoría para tratar el error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación⁶¹².

3. Art. 14 del Código Penal de 1991

a. Generalidades

- 1769 En este artículo se dispone que “el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena”. De esta regulación, se deduce, con claridad, el rechazo a la teoría del dolo y la aceptación de la teoría de la culpabilidad. La determinación de si el agente tuvo, en el momento de actuar, la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento constituye una de las condiciones de la culpabilidad (responsabilidad, según la terminología del Código) y no del dolo (elemento subjetivo del tipo legal).

b. Objeto del error de prohibición

- 1770 De acuerdo con dicha regla, el error debe concernir al carácter prohibido del “hecho constitutivo de la infracción penal”. De ahí se sigue que el agente debe tener pleno conocimiento del hecho; es decir, debe conocer el conjunto de circunstancias tenidas en cuenta por el legislador al elaborar el tipo legal objetivo (ausencia de error de tipo). La cuestión que se plantea cuando se hace referencia al objeto del error de prohibición es la valoración que

⁶¹² Cfr. *infra* N° 1777 ss.; de manera confusa se plantea la existencia de error de prohibición y de estado de necesidad justificante: ES del 15 de octubre de 1997, RN N° 4103-96, Lima, en ROJAS, 1999a, p. 146; consultar también PACHAS PALACIOS, 2003, p. 28, 90 ss.

realiza el agente respecto a la conformidad de su comportamiento (hecho conocido de manera correcta) con el ordenamiento jurídico.

De conformidad con la noción amplia de ilicitud, la consciencia de la significación del acto por parte del agente corresponde al sentimiento que éste tiene de actuar de acuerdo o en contra del orden jurídico en general. Esto acaece, por ejemplo, de manera clara cuando el autor sabe que obra violando un mandato general de este orden o perjudicando el bien jurídico de un tercero. Este sentimiento no es de manera necesaria concomitante con la realización del comportamiento⁶¹³, puesto que lo decisivo es que el agente deba haber tenido la posibilidad de determinar que, mediante su acción, obra contra el orden jurídico al lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por un tipo legal determinado. Esta afirmación concuerda con el criterio según el cual sólo se puede actuar culpablemente en relación con un tipo legal⁶¹⁴. Así, el agente actúa bajo la impresión de cuestionar la protección brindada por las normas jurídicas⁶¹⁵. 1771

Sin embargo, de esto no hay que concluir que el agente deba conocer la descripción legal del acto y la pena prevista como consecuencia legal de su realización. Así, la consciencia de la prohibición existe desde que el autor, por ejemplo, sabe que su comportamiento no es conforme al derecho civil o administrativo, aun cuando no sea consciente del hecho de que dicho comportamiento es reprimido penalmente. Sin embargo, esta posibilidad de llegar a conocer el carácter ilícito de la conducta corresponde al conocimiento que puede alcanzar una persona sin conocimientos jurídicos particulares⁶¹⁶. En este sentido, el término delictuoso, empleado en el art. 20, inc. 1, para definir la incapacidad de culpabilidad, no es el más apropiado, pues deja abierta la posibilidad de entender que con él se hace referencia al ilícito penal (adición del carácter típico del acto y de la ausencia de causas de justificación). Por esto resulta más coherente referirse, como se hace en el art. 14, pf. 2, a la ilicitud del hecho, puesto que así se logra una mayor coherencia en la regulación de la incapacidad de culpabilidad y del error de prohibición. 1772

Si bien no es necesaria la consciencia de la punibilidad del hecho, es insuficiente que el agente crea que comete un acto inmoral o socialmente 1773

⁶¹³ BUSTOS/HORMAZABAL, 1997, p. 345 ss.

⁶¹⁴ WESSELS/BEULKE, 2001, N° 461.

⁶¹⁵ STRATENWERTH, 2005, §11, N° 45; Cfr. JAKOBS, 1991, 19/41

⁶¹⁶ CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 17 N° 5; RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 17 N° 3 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 41 I 3 a; GROPP, 1997, § 13 N° 43.

perjudicial⁶¹⁷. En un país multicultural como el nuestro, no se puede hacer depender el reproche penal de culpabilidad de elementos tan diversos y cambiantes. Además, no hay que olvidar que, conforme al criterio de la *ultima ratio*, no se reprime penalmente todo comportamiento inmoral o antisocial. Por todas estas razones, la consciencia de la inmoralidad del acto o de que éste es dañino para la sociedad sólo puede ser tenida en cuenta como un simple indicio de que el agente sabía que actuaba ilícitamente. Dicha consciencia puede ser, asimismo, invocada para reprochar al agente el no haberse esforzado de manera suficiente para determinar si actuaba o no conforme al derecho.

- 1774 La situación no cambia si el agente, consciente del carácter ilícito de su acto, lo realiza por estar convencido de que la prohibición es injusta o por pensar que su acto es el medio justo para influenciar una situación política o social (p. ej., daños a la propiedad en una marcha de protesta, coacciones, injurias cometidas con ocasión de un conflicto laboral o político). El delincuente por convicción actúa⁶¹⁸, por lo tanto, con consciencia del carácter ilícito de sus actos. Sin embargo, el error de prohibición no está siempre excluido en estos casos, puesto que el agente puede considerar que su manera de actuar, en la situación concreta, es permitida o, al menos, tolerada por el orden jurídico (p. ej., el obrero que considera que su derecho a la huelga comprende impedir que trabajen sus colegas que se oponen a paralizar el trabajo).

c. Formas de error de prohibición

c.1. Error de prohibición directo

- 1775 En este tipo de error de prohibición, el autor desconoce que una norma legal prohíbe el acto, la cree derogada o la interpreta de modo que considera que su comportamiento es permitido⁶¹⁹. Por ejemplo, el sujeto que mantiene relaciones sexuales consentidas con una menor de 13 años de edad, ignorando que la ley reprime todo acto sexual con menores de 14

⁶¹⁷ GROPP, 1997, § 13 N° 42

⁶¹⁸ CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 17 N° 7 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 41 I 3 a; JAKOBS, 1991, 19/24 ss.; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 404; MAURACH/ZIPE, 1992, § 35 N° 7; EBERT, 1975, p. 66.

⁶¹⁹ ROXIN, 2006a, § 21 N° 20 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 41 II 1a, 31 ss.; MAURACH/ZIPE, 1992, § 38 N° 14 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 21 N° 45 ss.; VELÁZQUEZ, 1997, p. 556; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 700 ss.

años. Poco importa que el autor haya o no reflexionado sobre la conformidad de su acto con el ordenamiento jurídico. Se equivoca tanto quien duda sobre la licitud de su acto antes de ejecutarlo, como quien nunca se planteó la cuestión. Esto, sin embargo, no aparece de manera tan clara cuando se exige, como lo hacía el art. 87 del CP de 1924, “que el agente hubiera considerado lícito [el acto]”. Según esta fórmula, sería necesario entonces que el autor se representara de modo positivo que no actuaba ilícitamente. Esta exigencia es excesiva porque, para la culpabilidad, basta la posibilidad de darse cuenta del carácter ilícito del acto. Además, en la práctica, este caso de ausencia de la consciencia del ilícito resulta difícil de admitir tratándose de las incriminaciones centrales del derecho penal (p. ej., homicidio, lesiones, aborto, secuestro). Sin embargo, en sociedades pluriculturales, los miembros de ciertas minorías, aun pudiendo en principio conocer el carácter ilícito de un acto, no piensan siquiera en esto cuando dicho acto es conforme a los estándares de comportamiento del grupo social al que pertenecen.

c.2. Error de prohibición indirecto

El agente se equivoca sobre los límites legales de una causa de justificación reconocida por el ordenamiento jurídico o sobre la existencia de una causa de justificación no admitida por el derecho. Por esto también se le denomina error sobre la permisión (*Erlaubnisirrtum*)⁶²⁰. En el primer caso, cree actuar amparado por una causa de justificación (legítima defensa), pero en realidad sobrepasa los límites de ésta (utilización de medios desproporcionados o defensa cuando ya la agresión había finalizado). En la segunda hipótesis, el agente estima que su acto ilícito (lesionar a una persona) está permitido por el orden jurídico. Por ejemplo, el padre que se cree autorizado por las normas del derecho de familia para maltratar a su hijo menor desobediente con la finalidad de corregirlo. La doctrina ha señalado, de modo correcto, la dificultad de distinguir ambos casos, puesto que la primera hipótesis también implica la creencia en una causa de justificación inexistente. Además, el error indirecto se parece al error directo porque en ambos casos, el agente, conociendo los hechos, actúa con una representación de su significación jurídica que contradice la que corresponde a los valores establecidos por el ordenamiento jurídico.

⁶²⁰ WESSELS/BEULKE, 2001, N° 458; CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 17 N° 12; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 41 I 1b; GROPP, 1997, § 13 N° 119 ss.

c.3. Error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación

- 1777 En este caso, el agente obra creyendo por error que las circunstancias en las que actúa corresponden a las de una causa de justificación reconocida por la ley y que, por lo tanto, su comportamiento es lícito (*Erlaubnistatbestandsirrtum*)⁶²¹. Él sabe que su acto es contrario a una norma prohibitiva, pero estima que ésta cede o no es eficaz en las circunstancias en que por equivocación cree actuar. Por ejemplo, quien se cree, por error, víctima de una agresión ilícita que en realidad no existe y lesiona a la persona que considera como su agresor. Este tipo de error presupone una situación inversa a la de quien carece de consciencia de que en el contexto en que actúa se dan las circunstancias de una causa de justificación. Además, hay que distinguirlo con claridad de los dos casos de error de prohibición indirecto indicados con anterioridad⁶²².
- 1778 En doctrina, la discusión se da sobre las consecuencias jurídicas de este error sobre una circunstancia material de una causa de justificación. Para los sostenedores de la teoría de los elementos negativos del tipo legal⁶²³, dicho error constituye un error de tipo (art. 14, inc. 1)⁶²⁴. Por lo tanto, concluyen que el agente no actúa con dolo y que, si se dan las condiciones necesarias, sólo puede ser responsabilizado a título de culpa. Por su parte, los defensores de la teoría limitada de la culpabilidad (*eigenschränkte Schuldtheorie*) llegan a la misma conclusión, pero por razones diferentes, debido a que parten de la concepción de que la culpabilidad supone sólo la posibilidad de conocer el carácter ilícito del acto y de que todo error de prohibición la concierne. En realidad, se limitan a restringir la aplicación de este criterio de carácter general. Su argumento es que resulta conveniente atribuir, por analogía, al error sobre una circunstancia material de una causa de justificación los mismos efectos que los correspondientes a un error de tipo legal, es decir, la exclusión del dolo. Este trato diferenciado se justificaría porque la actitud de quien actúa bajo la influencia de este

⁶²¹ GROPP, 1997, § 13 N° 96 ss.; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 467 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 41 III 2; ROXIN, 2006a, § 14 N° 79 ss., § 21, N° 21; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 21 N° 29 ss.

⁶²² Cfr. *supra* N° 1776 ss.

⁶²³ Cfr. *supra* N° 1102 ss.

⁶²⁴ Cfr. *supra* N° 1262 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 16 N° 32, § 21 N° 31; HRUSCHKA, 1983, p. 210; Cfr. LENCKNER/EISELE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 13 N° 15.

error no es la misma que la de quien comete un error de prohibición (art. 14, pf. 2). El dolo con que actúa quien se equivoca sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación no tiene la misma intensidad que el dolo de quien, sin equivocarse sobre las circunstancias materiales de su acción, se engaña sobre su carácter ilícito. Respecto al primero, si las circunstancias imaginadas por el autor hubieran existido, su comportamiento hubiera sido justificado; no así en el caso del segundo, que tiene una actitud de enfrentamiento al orden jurídico. Por consiguiente, si el error evitable sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación es debido a una falta de atención o imprudencia el agente debe ser reprimido conforme a las reglas referentes al error de tipo (art. 14, pf. 1).

En oposición a este criterio, los partidarios de la llamada culpabilidad estricta (*strenge Schuldtheorie*) sostienen que hay que aplicar directamente al error sobre las circunstancias materiales de una causa justificación los criterios relativos al error de prohibición. En consecuencia, consideran que no tiene el efecto de excluir el dolo y que, si el error es inevitable, el agente no es culpable. Por el contrario, si dicho error es evitable, el agente podrá ser reprimido de forma atenuada, conforme a las reglas de la individualización de la pena (art. 46). 1779

Debido a la similitud de la técnica legislativa empleada para redactar los tipos legales y las causas de justificación (descripción de un comportamiento y previsión de consecuencias legales), es conveniente asimilar la suposición equivocada de la existencia de una situación material relativa a una causa de justificación con la ignorancia o desconocimiento de un elemento del tipo legal objetivo. Quien obra bajo la influencia de este error tiene, en verdad, la voluntad de ejecutar un comportamiento conforme al orden jurídico. Ante esta situación se presentan dos alternativas: el comportamiento no es comprendido en el tipo legal o es considerado como lícito en la medida que la situación concreta es la que se ha representado el autor. 1780

Tratándose de error de tipo, el agente no es consciente de lo que hace en realidad, mientras que, en caso de error sobre un aspecto objetivo de una causa de justificación, sabe que su acción es típica y, en principio, contraria al orden jurídico. Si se tienen en cuenta estas dos circunstancias, se puede admitir que la suposición errada de actuar bajo el amparo de una causa de justificación puede compararse al error de prohibición. Por lo tanto, dicho error no está del todo comprendido en el error de tipo ni en el error de prohibición. 1781

- 1782 Además, en razón de la dificultad para distinguir con precisión entre la conformidad con el derecho de un acto estimado socialmente aceptable y el comportamiento típico declarado lícito por la presencia de una causa de justificación, resulta inconveniente, conforme a una política criminal adecuada, aplicar las normas relativas al error de prohibición, más severas que las referentes al error de tipo, a casos que son, objetivamente, análogos a este último. Quien se equivoca sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación no actúa con intención y si causa un perjuicio a un tercero sólo puede ser responsabilizado a título de negligencia. No es suficiente, para rechazar este criterio, afirmar, como lo hacen los defensores de la teoría estricta de la culpabilidad, que si el agente no incurre en error de tipo, debe estimarse que tiene la posibilidad de saber que su comportamiento era ilícito. Frente a esto, hay que sostener que, en realidad, quien se equivoca sobre el aspecto material de una causa de justificación obra con la misma consciencia de quien, sin quererlo, realiza un comportamiento típico y que, en consecuencia, sólo cabe reprocharle una eventual negligencia.
- 1783 En esta perspectiva, se ha considerado, partiendo de la teoría de la culpabilidad, que el problema debe ser resuelto teniendo en cuenta, sobre todo, las consecuencias jurídicas que conviene admitir (*rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie*)⁶²⁵. Con este objeto, se considera, por un lado, que el error sobre el aspecto material de una causa de justificación sólo disminuye la intensidad del juicio de valor negativo respecto al acto y, por el otro, que el autor no actúa motivado por la comisión de un acto ilícito, sino sólo debido a una apreciación equivocada de una situación de hecho. Además, teniendo en cuenta la doble función del dolo, se estima que dicho error no excluye a éste (elemento subjetivo del tipo legal), sino a la culpabilidad dolosa. Lo que determina, sin embargo, que no pueda reprimirse al agente como autor de un delito doloso. Por lo que deben aplicarse en caso de error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación los mismos criterios aplicados en caso del error de tipo, es decir, considerando sólo la posibilidad de reprimir al agente, según las circunstancias, a título de negligencia.
- 1784 Por razones, prácticas creemos que, en nuestro medio, no es conveniente profundizar en tales sutilezas dogmáticas. Además, todo este debate ha sido bien criticado por su exceso de dogmatismo. Tampoco hay que olvidar que los argumentos agudos presentados ocultan criterios de política criminal, los cuales son claves para decidir sobre las consecuencias legales que

⁶²⁵ GALLAS, 1955, p. 45 ss.

deben establecerse, en caso de error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación. Si el autor actúa bajo la influencia de un error de este tipo, su decisión no es la de cometer un comportamiento ilícito, sino que más bien lo hace con la idea de que obra conforme al derecho. Por lo tanto, resulta justo someterlo a la regla relativa al error de tipo. En el marco de nuestra legislación, por último, las discusiones teóricas pierden gran parte de su importancia en la medida en que, según el art. 14, pf. 2 (al igual que el § 17 del CP alemán), la pena debe ser atenuada en el caso de error de prohibición evitable.

c.4. Error de prohibición invencible

Sólo respecto a quien tiene la posibilidad de conocer el mandato jurídico, 1785 se puede expresar, de manera justa, el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad. Asimismo, el sujeto se sentirá responsable de su comportamiento en la medida en que se dé cuenta de su valor negativo. Además, la eficacia del derecho penal como medio de control social depende de cómo se garanticen las condiciones que permitan a las personas saber que un determinado hecho está prohibido. Si el mandato normativo no ha sido bien interiorizado, resulta imposible que pueda servir de guía de comportamiento al individuo.

Cuando el agente no tiene acceso al mandato de la norma, no puede saber 1786 si su acto está o no prohibido y, por lo tanto, no puede obrar culpablemente. Sin embargo, la decisión de reprocharle o no el comportamiento ilícito ejecutado está condicionada por las circunstancias que, en su caso, no le permitieron tener consciencia de la prohibición. Por esta razón, la ley distingue entre error de prohibición vencible e invencible⁶²⁶. Estas expresiones (evitable e inevitable) sugieren de manera incorrecta que lo decisivo es lo que es posible hasta el último extremo; es decir que ni las circunstancias materiales, ni las creencias del agente deberían hacerle dudar del carácter lícito de su comportamiento.

Sin embargo, debido a que la culpabilidad está estrechamente vinculada al 1787 acto individual, hay que admitir que el carácter invencible del error debe determinarse tanto en relación con el agente en el contexto mismo de la realización de la acción. De esto se desprenden dos conclusiones: en primer lugar, no se trata de una imposibilidad absoluta de descartar el error y, en

⁶²⁶ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 694 ss.

segundo lugar, el agente tiene el deber de realizar esfuerzos suficientes para informarse sobre la índole de su comportamiento.

- 1788 La índole invencible del error no supone, en consecuencia, que éste sea imposible de evitar o que el agente deba desplegar esfuerzos extremos para descartarlo. Esta exigencia sería excesiva debido a que los destinatarios del derecho son personas normales, a las cuales no se les demanda que se comporten de manera sobrehumana. Si sucediera lo contrario, la vida comunitaria no podría desarrollarse con la fluidez y la tranquilidad necesarias, pues, cualquier circunstancia o reflexión podría crear dudas sobre la licitud del acto que será ejecutado y, por consiguiente, éste no tendría que ser realizado hasta haberlas descartado, y en el caso de no lograr esto, no debería ser ejecutado. Además, el simple hecho de que las leyes sean publicadas y, por lo tanto, sean accesibles a todos (principio de legalidad) permitiría afirmar que todo error de prohibición puede ser evitado. Esto significaría que no habrían errores invencibles o inevitables. Interpretar en este sentido la fórmula legal “error inevitable”, fuera de contradecir el fundamento del art. 14, pf. 2, implicaría volver al criterio superado del *error iuris nocet*.
- 1789 El deber de las personas de informarse en el momento de actuar está limitado a lo que es preventivamente imprescindible. Por analogía, deben aplicarse los criterios establecidos para determinar si la persona ha actuado con culpa (imprudencia, negligencia, descuidadamente). En este sentido, debe admitirse que el agente está obligado a informarse cuando duda de que su acto esté permitido, o cuando no sabe que dicho acto es perjudicial para terceros, o cuando, sin dudar que está prohibido, sabe que el dominio al que pertenece está legalmente reglamentado⁶²⁷. De esta manera, se excluyen las exigencias extremas consistentes, por un lado, en afirmar un deber general de cerciorarse de la conformidad del acto al derecho y, por otro, en sostener que cualquier duda es un motivo para informarse.
- 1790 Los esfuerzos destinados a obtener la información necesaria deben ser suficientes y serios. Así, el agente cuestionado por haber cometido un acto ilícito, debe estar en condiciones de poder afirmar que tuvo suficientes razones para creerse con el derecho de actuar. En cuanto al aspecto material del comportamiento, pueden señalarse como factores externos, por ejemplo, las informaciones proporcionadas por la autoridad competente, las au-

⁶²⁷ Esta opinión es compartida en el Perú por PACHAS PALACIOS, 2003, p. 29, para quien “el agente puede salir de esa falsa o errónea interpretación si es más cuidadoso, si consulta con otras personas, [si] fuese más negligente”.

torizaciones administrativas, las prácticas habituales de tolerancia de las autoridades, los textos legales imprecisos o ambiguos, las resoluciones judiciales contradictorias. Todos estos factores pueden impedir la comprensión del carácter ilícito de un hecho determinado.

En cuanto al aspecto personal, hay que considerar el ya mencionado nivel 1791 de socialización o de integración del individuo a la cultura predominante, fundamento del sistema jurídico. En esta perspectiva, hay que tener en cuenta también la pertenencia del agente a un sector social determinado y la actividad económica que ejerce. Si ésta se encuentra reglamentada, el agente está obligado a informarse sobre la regulación de dicha actividad (p. ej., el comercio de alimentos, el transporte de sustancias peligrosas, la fabricación de explosivos, etc.). Por último, tanto el contenido como los límites del deber de informarse están determinados por el nivel de socialización y de experiencia de la persona involucrada.

El carácter invencible del error no debe, sin embargo, ser decidido invocando 1792 la responsabilidad del agente por su falta de educación o de formación personal. Admitir esto conduciría con seguridad a afirmar la culpabilidad no por el acto, sino por la conducta de vida del individuo. Un caso bastante claro es el referente a los delincuentes habituales, respecto a los cuales se podría afirmar que su manera de ser los hace siempre conscientes de actuar contra el derecho.

c.5. Consecuencias penales

A diferencia del modelo alemán, el art. 14, pf. 2, establece como consecuencia 1793 jurídica del error de prohibición inevitable la “exclusión de la responsabilidad” y no la exclusión de la culpabilidad. Si ambos términos son utilizados como sinónimos por el legislador nacional, la diferencia es entonces de poca importancia. Pero si se admitiera el criterio alemán según el cual hay que distinguir ambas categorías, se presentaría el problema de saber si la norma regula sólo la responsabilidad (necesidades de carácter preventivo que exigen la imposición de la pena) y no la culpabilidad (supuesto indispensable de la responsabilidad). Los partidarios de la noción de responsabilidad consideran que no se pena en estos supuestos de error debido a que no es imperioso penar por faltar necesidades preventivas de hacerlo⁶²⁸. El art. 14 resulta pues comprensible si se considera, como lo hemos propuesto,

⁶²⁸ ROXIN, 2006a, § 21 N° 38 ss.

que el término responsabilidad sea entendido en el sentido de culpabilidad. La exclusión de la culpabilidad implica la no imposición de la pena, en aplicación del principio “no hay pena sin culpabilidad (responsabilidad)”.

- 1794 En cuanto al error de prohibición evitable, el legislador ha preferido establecer la obligatoriedad de la atenuación de la pena. Así, ha considerado que la disminución de la culpabilidad provocada por dicho error debe materializarse siempre en una atenuación de la represión. Este criterio está justificado porque el agente, debido a la buena fe con que ha actuado, es menos culpable que quien obra conscientemente contra el derecho. El legislador alemán, por el contrario, deja un margen al juez para que decida, según la especificidad de cada caso, si atenúa o no la sanción. Los juristas germanos interpretan de manera restrictiva la prescripción que estatuye sólo la atenuación facultativa de la pena; puesto que consideran casi de forma unánime que en general la culpabilidad del autor se reduce de manera no poco considerable. Al respecto, sólo admiten a título excepcional la no atenuación de la pena cuando el error de prohibición se debe a la hostilidad del agente frente al derecho.

VIII. Exclusión de la culpabilidad

1. Introducción

- 1795 La capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y la posibilidad de conocer el carácter ilícito del acto fundamentan la culpabilidad y, por lo tanto, ésta no existe si falta una de éstas. Dicho de otra manera, no puede reprocharse al agente el comportamiento típico y antijurídico que ha cometido, si es incapaz de actuar culpablemente u obró bajo la influencia de un error de prohibición invencible.
- 1796 En ciertos casos excepcionales, no se pena a pesar de que la culpabilidad no está del todo excluida. Se trata de causas de exculpación, que han sido explicadas según el criterio de la no exigibilidad de un comportamiento conforme a la norma. Es decir, no se puede tener la pretensión, vistas las circunstancias concretas en las que el agente ha actuado, de que se hubiese comportado de manera distinta a como lo hizo. La capacidad de culpabilidad y la posibilidad de saber que se comete un acto ilícito no son afectadas.
- 1797 Para reemplazar dicho criterio formal y general, insuficiente como fundamento, se trató de dar una explicación material común a las diversas causas de exculpación. En este sentido, se consideró que el estado de ánimo en el

que se encuentra el agente se asemeja a una falta de capacidad de culpabilidad debida al contexto particular en el que ha realizado su comportamiento. Su libre determinación de voluntad habría disminuido debido a la presión anímica excepcional producida por las especiales circunstancias materiales en que actuó. Esta insuficiente capacidad de motivación implicaría una disminución de la culpabilidad. Sin embargo, si es así, cómo explicar que se exima de responsabilidad a pesar de que, aunque mínima, la culpabilidad subsiste. Del mismo modo, por qué se restringen sus efectos sólo a los actos concernientes a determinados bienes jurídicos (vida, integridad corporal, libertad) y a ciertas personas (con las que se tiene estrecha vinculación).

En consideración a la peculiaridad de cada una de las causas de exculpación, se prefiere, en la actualidad, aplicar un criterio discriminador que tenga en consideración sus diferencias específicas. Con este fin, se tiene en cuenta la manera cómo dichas causas influyen en la valoración del carácter ilícito del comportamiento y en la de la culpabilidad del autor. La primera está condicionada por el hecho de que no sólo se daña un bien jurídico ajeno, sino que se salva otro bien jurídico. Esta atenuación de la ilicitud determina de un modo indirecto una disminución de la culpabilidad. En cuanto a la misma culpabilidad, su intensidad es reducida por la presión anímica excepcional con la que actúa el autor. En esta perspectiva, las causas de exculpación deben percibirse, pues, como causas de disminución del injusto y de la culpabilidad, a las cuales el legislador ha asociado la *impunidad* porque su concurrencia impide que se alcance el límite del merecimiento de pena. 1798

Esta, Sin embargo, esta explicación no satisface del todo, en la medida en que impide comprender por qué no se exime de la pena a quien se le pueda exigir que acepte o soporte el peligro (p. ej., el policía en actos de servicio). Lo mismo sucede respecto a la no exclusión de la pena cuando el tercero afectado es un extraño al agente y no uno de sus allegados. Así mismo, la presión anímica excepcional puede ser provocada por el riesgo de una pérdida patrimonial muy importante, a pesar de lo cual el bien jurídico patrimonio no ha sido considerado por el legislador. En todos estos casos, el mínimo de merecimiento de pena tampoco existe cuando se dan las condiciones de una causa de exculpación. Por tanto, es indispensable buscar otra explicación. 1799

Una parte de la doctrina trata de fundamentar la exención de la pena re-firiéndose a sus fines. Así, basándose en la noción funcional de la culpa- 1800

bilidad, se fundamenta el estado de necesidad que la excluye en la falta de necesidades de prevención general. El carácter extremo de este criterio ha sido limitado afirmándose que es indispensable tener en cuenta, además, la falta de necesidades de prevención especial; puesto que el autor tiene la capacidad de actuar conforme al derecho. La exención de la pena procede en la medida en que los criterios de prevención general la permitan. Cuando no sea indispensable satisfacer estas necesidades, el efecto es la impunidad por falta de responsabilidad (en el sentido estricto). Por el contrario, si subsiste una necesidad de prevención general (p. ej., el policía ante un peligro debe cumplir sus deberes de función) el mantenimiento de la pena está justificado. La principal crítica que se hace a esta concepción concierne la misma idea de culpabilidad. La falta de necesidad de prevención general de reprimir no determina que no exista la culpabilidad, sino más bien es la culpabilidad insignificante del agente la que no da lugar a la necesidad de prevención general, por lo tanto, también hace superflua la reacción penal.

- 1801 Son consideradas circunstancias de exculpación el estado de necesidad excusable, la legítima defensa excusable, los conflictos de deberes en ciertos casos previstos en la parte especial con relación a algunos tipos legales.

2. Estado de necesidad excusable

a. Evolución legislativa

- 1802 En el Proyecto de octubre de 1984, art. 28, se diferenció, por primera vez en nuestra legislación, el estado de necesidad circunstancia justificante del estado de necesidad excluyente de la culpabilidad. En esta disposición se estatuyó: “No es culpable el que para proteger un derecho propio o de otra persona con la que está unido por vínculos de parentesco o afecto, ante un peligro actual o inminente, que no ha provocado, ni podía evitar de otra manera, sacrifica un derecho ajeno, que puede ser superior al derecho protegido, siempre que no le sea razonablemente exigible conducta diversa”. En los Proyectos de 1985 (art. 31) y 1986 (art. 31), se suprimió la frase: “que puede ser superior al derecho protegido”. El art. 20, inc. 5, del Código vigente dice: “El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de si mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación”. Esta versión ya figuraba tanto en el Proyecto de 1990 (art. 25, inc. 5), como en el Proyecto de 1991 (art. 20, inc. 5). También aparecía en estos dos últimos proyectos inc. 5, pf.

2. Esta disposición indica: “No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica”. En los anteriores proyectos no se consideró disposición semejante. En el Anteproyecto de CP de 2004 (art. 20, inc. 5), se proponen dos modificaciones relativas al pf. 1. La primera consiste en reemplazar la expresión “integridad corporal” por la de “salud individual”. La segunda, más de fondo, se refiere a ampliar la aplicación de la excusa a toda persona (“terceros”), en lugar de limitarla, como lo hace el texto vigente, a las persona con quien el agente tiene estrecha vinculación. En el Anteproyecto de CP de 2009, se retoman estas mismas propuestas (art. 20, inc. 5).

En la exposición de motivos del Código, se señala que el modelo seguido al redactar el art. 20, inc. 5, es el § 35 del CP alemán. No se indica, sin embargo, si fue consultada la versión original o si se utilizó alguna de las traducciones hechas al español. Las afinidades con el art. 35 del CP español son bastante fuertes. La disposición, cuyo encabezamiento es “estado de necesidad exculpatorio” (*entschuldigender Notstand*), dice: “El que ante un peligro actual, que no se puede conjurar de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal o la libertad comete un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo, de un pariente o de otra persona con la que tiene estrecha vinculación, obra sin culpabilidad. No rige esta exención en la medida en que al autor pudo exigírsele que aceptase el peligro, en función de las circunstancias, particularmente cuando él hubiese causado el peligro o cuando se hallase en una relación jurídica especial” 1803

b. Presupuestos del estado de necesidad

El estado de necesidad exculpatorio⁶²⁹ presupone, por lo tanto, una situación de peligro, actual y no evitable de otro modo, para la vida, la integridad corporal o la libertad, y la comisión de un hecho antijurídico para salvarse a sí mismo o a una persona con quien se tiene estrecha vinculación. 1804

La noción de peligro es la misma que la referente al estado de necesidad causada de justificación (art. 20 inc. 4). No hay razón válida para interpretar de manera diferente, en este punto, los textos de los incs. 4 y 5 del art. 20. En ambas disposiciones, se habla de peligro, que debe de ser actual. El hecho de 1805

⁶²⁹ Se admite en la ES del 15 de octubre de 1997, RN N° 4103-96 Lima, en ROJAS, 1999a, p. 146. De manera del todo equivocada: ES del 30 de enero de 1998, RN N° 194-97 La Libertad, en ROJAS, 1999a, p. 151 ss., en particular dictamen del Ministerio Público.

que en el inc. 4 se haga referencia al carácter “insuperable de otro modo” de este peligro y en el inc. 5 que sea “no evitable de otro modo”, no implica una diferencia substancial. Se trata de expresiones sinónimas mediante las cuales se alude a que el peligro pueda ser evitado, pero que no está permitido al agente descartarlo de cualquier manera. Su comportamiento ilícito debe ser el recurso extremo para salvar el bien jurídico en peligro. Ante todo, resulta evidente, no debe poder evitarlo realizando un acto conforme al derecho. Si sólo puede salvar el bien jurídico en peligro afectando intereses de terceros, debe recurrir al menos perjudicial de los medios que tiene a su disposición. Poco importa, así mismo, cual sea el origen de la situación de riesgo.

- 1806 Siguiendo el criterio alemán⁶³⁰, el legislador ha enumerado, de manera exhaustiva los bienes jurídicos susceptibles de protección en estado de necesidad. Esta restricción se explica por tratarse de una causa de exculpación y por las razones de prevención tenidas en cuenta para declarar la impunidad del acto ilícito cometido en estado de necesidad excusable. Estas razones no existen en relación con el estado de necesidad justificante, en el que la jerarquía de los bienes jurídicos en conflicto es determinante. En el inc. 5, sólo se mencionan la vida, la integridad corporal y la libertad.
- 1807 El término vida debe ser comprendido en el sentido de la vida realizada; es decir de una persona. No se trata de la vida embrionaria: primero, porque ambas etapas del proceso vital son valoradas y protegidas penalmente de manera diferente; segundo, porque el mismo texto legal hace referencia a que el titular sea una “persona” y, según el derecho penal, no lo es el embrión o feto. La integridad corporal comprende tanto la constitución física del cuerpo, como la salud física y mental. Hablar de salud individual en lugar de integridad corporal (art. 20, inc. 5, del Anteproyecto de CP de 2004) tiene el inconveniente de que toma en cuenta que se puede perjudicar la integridad corporal sin dañar a la salud. Lo contrario también es exacto, pero la expresión “lesiones corporales” siempre ha sido comprendida, conforme a los tipos legales, como causar perjuicio tanto a la integridad corporal como a la salud (física o mental). Para evitar problemas, deberían ser mencionadas tanto la una como la otra. En cuanto a la libertad, hay que interpretarla como la libertad de movimiento y no la libertad general de actuar voluntariamente. Si bien respecto a estos dos últimos bienes jurídicos, la amenaza que representa la situación de peligro debe ser de

⁶³⁰ MAURACH/ZIPE, 1992, § 34, N° 13; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 44 I 1; RUDOLPHI, en SK, AT 1, §. 35 N° 5; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 23 N° 20; JAKOBS, 1991, 20/9.

cierta magnitud (p. ej., no basta el peligro de sufrir un simple arañazo o una brevísima privación de libertad), esto no obsta para que en el caso de la libertad deban considerarse circunstancias como la de la autodeterminación sexual respecto a la violación (que supone un riesgo para la vida e integridad corporal).

Se precisa el ámbito de aplicación del estado de necesidad excusable al limitarse el número de personas que pueden ser protegidas, además del propio agente. A diferencia del texto alemán y de otras leyes, el legislador no menciona expresamente a los parientes, ni a los allegados y se satisface con una fórmula general: “persona con quien tiene estrecha vinculación”. Esta expresión es utilizada, en otros códigos penales, como complemento de la enumeración expresa de las personas indicadas. El texto de nuestra ley debe ser interpretado de manera amplia, comprendiendo toda relación que vincule de manera especial el agente a la persona en peligro. Este vínculo puede tener cualquier origen (familiar, amoroso, amistoso, legal, convencional, etc.) y su existencia debe ser comprobada en el caso concreto. De modo que, teniéndose en cuenta las circunstancias personales y materiales, se llegue al convencimiento de que es comprensible que el agente haya actuado de la manera como lo hizo. Constatación que permite comprender que, por razones de prevención general, el legislador admita la impunidad. Esta limitación es eliminada sin mayores explicaciones en el Anteproyecto de CP de 2004. 1808

El acto cometido en estado de necesidad está determinado por tres factores: primero, debe constituir un “hecho antijurídico”, es decir típico y no amparado por una causa de justificación. Segundo, debe ser el último medio para salvar el bien jurídico y de manera que cause el menor perjuicio a otro. Tercero, debe estar destinado a proteger el bien en peligro (“para alejar el peligro”)⁶³¹. Respecto a esto último, el agente no sólo debe haber conocido la situación de peligro en la que se encuentre el bien jurídico, sino que este conocimiento ha de haber sido el motivo que lo impulsó a actuar. Por el contrario, poco importa que haya también obrado por otros motivos. 1809

c. Restricción a la exculpación

Según el art. 20, inc. 5, pf. 2, no procede la exención de pena si “al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las cir- 1810

⁶³¹ LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 35 N° 3 ss.; OTTO, 1998, § 14 N° 10; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 438; JAKOBS, 1991, 20/10.

cunstancias”. Se trata de una referencia expresa a lo que el ordenamiento jurídico puede exigir a alguien que se encuentra en la situación excepcional propia del estado de necesidad. Esta regla especial no se refiere a los riesgos propios de la situación concreta en que actúa el agente y que deben ser tenidos normalmente en cuenta para admitir o no la exculpación. Más bien hace referencia a deberes u obligaciones particulares que se dan o existen en el momento de cometerse el acto. A manera de ejemplo de esta situación, la ley menciona los casos en los que el agente haya causado él mismo el peligro y quien está obligado por una particular relación jurídica.

- 1811 Para bien comprender estos ejemplos, debe tenerse debidamente en cuenta el criterio de la exigibilidad. No basta para excluir la invocación del estado de necesidad excusable el hecho de que el autor haya creado un peligro, sino que es necesario comprobar si en virtud de haber causado el peligro se le pueda o no exigir que lo acepte o lo soporte. A quien denuncia a un sicario y pone así su vida o integridad corporal en peligro ante la reacción de la mafia, no puede exigírsele que acepte o soporte ser atacado. Los casos de vinculación jurídica especial están en general relacionados con el ejercicio de un cargo o de una profesión: por ejemplo, policía, bombero, médico, soldado, etc. En consecuencia, se trata sólo de peligros propios del cargo o de la profesión. En el caso de un incendio en un teatro, un espectador médico no está obligado a aceptar o soportar el peligro que amenaza su vida o integridad corporal. Resulta también inaceptable que la exigencia llegue al extremo del sacrificio de la vida o integridad corporal. No es objetivo del derecho penal imponer comportamientos heroicos.

3. Legítima defensa excusable

- 1812 Se trata de casos de exceso en la legítima defensa. En doctrina, se distinguen dos formas de exceso en el ejercicio del derecho a la defensa. Por un lado, el exceso intensivo consistente en el hecho de que el agredido se defiende de modo desproporcionado; es decir, que no se comporta de la manera menos perjudicial para el agresor. Su defensa rebasa el límite establecido por la ley. Por otro, el exceso extensivo, que concurre cuando la acción defensiva tiene lugar antes de que se dé de verdad la agresión o después de que ésta se ha producido.
- 1813 El acto del defensor es ilícito, ya que la legítima defensa es imperfecta. Esta circunstancia impide prever la impunidad, pero no permite comprender cabalmente por qué sólo se prescribe la atenuación de la pena. Si la represión, aún atenuada, es posible, esto significa que el exceso en la legítima

defensa no es considerado como causa de exculpación. Sólo constituye una circunstancia atenuante de la pena; la misma que debe ser fijada en proporción con el grado de culpabilidad.

Esta diferencia entre los casos de exceso ha conducido a proponer que no sean tratados de la misma manera. En el caso del exceso intensivo, se admite con cierta facilidad la atenuación de la pena –en algunas leyes extranjeras, hasta la impunidad- debido a que se considera que la excitación o la angustia provocada por el ataque ilícito limita la capacidad del agente para apreciar bien la proporcionalidad de su manera de defenderse. De modo que su culpabilidad es disminuida, lo que implica la atenuación de la represión. El factor decisivo es entonces el carácter excusable del exceso en que incurre el agente. Dicho de otra manera, su forma de reaccionar resulta comprensible, puesto que cualquier otra persona hubiera actuado del mismo modo. Por lo tanto, no basta el estado personal de perturbación en que éste se encuentra. Es indispensable que su comportamiento sea objeto de un juicio de valor favorable, lo que implica también una disminución de la intensidad de la ilicitud del acto y de su culpabilidad. Esto no sucede cuando el agente obra impulsado, sobre todo, por la cólera o la revancha⁶³² y, así mismo, cuando el mismo ha creado culpablemente la situación peligrosa.

En cuanto al exceso extensivo, por el contrario, se afirma que no se trata en realidad de un exceso, ya que no existe del todo la legítima defensa, en razón a que la reacción del agente tiene lugar antes o después de que se dé la agresión. Por lo tanto, por un lado, no puede hablarse de exceso de límites que nunca han existido y, por otro, ni la ilicitud ni la culpabilidad han sido disminuidas⁶³³.

Se cuestiona mucho este criterio con el argumento de que la concomitancia entre la agresión y el acto de defensa también constituyen un elemento de la legítima defensa, junto a la proporcionalidad de los medios. En consecuencia, el art. 21 puede ser aplicado. Esta opinión se justifica, en particular, si se tiene en cuenta la gran dificultad existente para distinguir, de manera objetiva, las dos formas de exceso⁶³⁴. Así, cómo diferenciar, el hecho de dar un solo golpe de puño violento del consistente en dar dos golpes medidos,

⁶³² STRATENWERTH, 2005, § 10 N° 86; LENCKNER/PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 33 N° 5; RUDOLPHI, en SK AT 1, § 33 N° 3; ROXIN, 2006a, § 22 N° 75 ss.

⁶³³ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 45 II, N° 4; RUDOLPHI, en AT 1, § 33 N° 2; KÜHL, 2000, § 12 N° 141.

⁶³⁴ JAKOBS, 1991, 20/31; ROXIN, 2006a, § 22 N° 88.

pero uno de los cuales interviene ya concluida la agresión ilícita. Además, resulta poco conveniente, conforme a una política criminal coherente, distinguir esos dos casos, puesto que en ambos falta el apremio de satisfacer una necesidad de prevención general o especial.

- 1817 Un compromiso ha sido propuesto en el sentido de no atenuar la pena en el caso de la reacción prematura del agente ante una agresión aún no tangible, puesto que en esta circunstancia la legítima defensa nunca ha existido. Pero si hacerlo, en el caso del acto cometido una vez terminada la agresión porque el agente se encontraba, de verdad, en estado de legítima defensa y esto provocó el estado de ánimo que lo condujo al exceso, el que no es diferente del mismo que se da en el exceso intensivo.
- 1818 Esta diversidad de opiniones se explica de acuerdo con la manera como sea comprendida la existencia de la “agresión ilegítima”. Si se interpreta de modo amplio, debe admitirse la atenuación de la pena en los dos casos de exceso, a condición de que la reacción excesiva esté de manera estrecha relacionada, física y cronológicamente, con el inicio o el fin de la agresión. En los demás supuestos, resulta más conveniente considerar la presencia de un error sobre las circunstancias materiales de la legítima defensa.
- 1819 En la denominada legítima defensa putativa: la agresión ilícita no existe en realidad. El agente actúa en consecuencia creyéndose, por error, atacado cuando en realidad no es así. Su comportamiento no está relacionado con un peligro inminente, simultáneo o recién terminado y, por lo tanto, no hay límites que pudieran ser sobrepasados. No hay legítima defensa y tampoco puede haber exceso. El autor del acto ilícito ha obrado incurriendo en un error relativo a un presupuesto de la legítima defensa (la existencia de la agresión).
- 1820 Según el § 33 del CP alemán no se castiga al agente que se ha excedido en la legítima defensa debido a trastorno (*Verwirrung*), miedo (*Furcht*) o pánico (*Schrecken*). Esta regulación de la legítima defensa como una causa de exculpación no ha sido seguida en nuestro código.

4. Miedo insuperable

a. Regulación legislativa

- 1821 Algunos de los casos comprendidos en el § 33 del CP alemán que venimos de citar pueden ser solucionados entre nosotros mediante la aplicación del

inc. 7, del art. 20. Se declara exento de responsabilidad al que “obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor”.

Siguiendo el modelo español⁶³⁵, se estableció en los Proyectos de 1990 (art. 25, inc. 7) y de 1991 (art. 20, inc. 7) una regulación idéntica a la prevista en la disposición vigente. De manera semejante, en el CP de 1924 (art. 85, inc. 3), se establecía que sería reprimido quien “obra [...] impulsado por amenaza de sufrir un mal inminente y grave” (coacción). En esta norma, se tenía en consideración también el estado de ánimo con que actuaba el agente. De manera un poco diferente, se estatúa en los Proyectos de 1984 (art. 27), 1985 (art. 30) y 1986 (art. 30) que si “el hecho es cometido bajo coacción irresistible [...] sólo es punible el autor de la coacción...”

b. *Índole de la circunstancia*

Si el efecto del miedo se intensifica sobre la psiquis del agente, puede estimarse que afecta su capacidad personal para actuar conforme al derecho. Esta restricción de la capacidad provocaría la exclusión de la culpabilidad y, por tanto, de la pena. Esta interpretación llevaría a considerar el art. 20, inc. 7, como una disposición superflua, pues constituiría una reiteración de lo ya establecido en el inc. 1 de la misma disposición.

El hecho que el autor deba actuar compelido por el miedo y que deba ponderar el bien que salva con referencia al que va a perjudicar, puede hacer pensar que se trata de una causa especial de justificación semejante a la legítima defensa o al estado de necesidad. La especificidad radicaría en la carencia de uno de los presupuestos de estas justificantes, lo que impediría la aplicación de las normas que las prevén. En este caso, estaría demás el art. 21 que regula las eximentes imperfectas como causas de atenuación de la represión. Se tendría que aceptar que el inc. 7 estaría destinado a regular la exculpación del exceso en la legítima defensa o en el estado de necesidad cuando sea producto de la perturbación causada por el miedo de sufrir el daño que implica la situación de peligro.

Por el contrario, si se aprecia como noción autónoma, reconociendo que el legislador ha pensado en una circunstancia diferente a las otras previstas en la ley, y se tiene sobre todo en consideración el aspecto normativo que supone el no poder exigir al agente que actúe de manera diferente a como lo ha hecho, hay que afirmar que se trata más bien de una circunstancia de

⁶³⁵ COLMENERO, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 228 ss.

exculpación. En el ámbito subjetivo no es correcto exigirle que debió haber actuado de otra manera. Resulta, por lo tanto, inoportuno reprocharle haber violado el orden jurídico –en la medida en que actúa excluyendo un ataque indebido mediante un acto dirigido a conservar el orden jurídico–, reproche que constituye la culpabilidad (la responsabilidad en el lenguaje del Código). El factor decisivo es la inexigibilidad, en la situación concreta, de no perjudicar a terceros.

c. Presupuestos de la exculpación

- 1826 Según la Corte Suprema⁶³⁶ el “miedo insuperable es la causal por la cual se exime de responsabilidad penal al que actúa bajo el imperio del miedo de sufrir un mal igual o mayor, siempre que: a) el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece; b) debe ser insuperable; y, c) debe tratarse de un mal igual o mayor al que el autor ocasiona bajo el amparo del miedo”.
- 1827 El término miedo significa, en primer lugar, perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario. Tomado en este sentido, se estaría interpretando la circunstancia excusable en la perspectiva de la capacidad personal para actuar culpablemente. Es decir, implicaría comprobar si se ha dado una perturbación de la consciencia, que de acuerdo a su intensidad determinaría la incapacidad o la capacidad relativa del agente. Esta interpretación no es la adecuada por cuanto, como lo hemos afirmado antes⁶³⁷, el miedo insuperable constituye una eximente autónoma.
- 1828 En segundo lugar, recelo o aprensión que uno tiene que le suceda una cosa contraria a lo que desea. Sentido que debe ser asumido. Este estado de ánimo impide al agente decidirse con corrección ante la situación que lo provoca. En esta circunstancia, no es posible exigir al sujeto que se comporte de otra manera.
- 1829 Aspecto decisivo es que el agente actúe impulsado por el miedo. La ley dice compelido, expresión no muy afortunada por cuanto compeler significa obligar a alguien con fuerza o por autoridad, a que haga lo que no quiere. Lo que podría hacer pensar que el miedo debe ser provocado por una persona que amenaza al individuo que actúa contra el derecho. El vocablo impulsar permite comprender mejor en qué consiste la eximente si se le toma en el sentido figurado de promover, estimular una acción. El miedo

⁶³⁶ ES del 17 de junio de 1998, Exp. N° 1866-98, en ROJAS, 1999a, p. 155 ss.

⁶³⁷ Cfr. *supra* N° 1821 ss.

estimula, empuja al autor a tomar una decisión que no hubiera adoptado de no haber estado sometido a la presión circunstancial. En consecuencia, el agente debe representarse tanto el daño, como el peligro que éste implica para uno de sus bienes jurídicos. Este criterio es compartido por la Corte Suprema en una sentencia referida a un caso en que el acusado, en su condición de tesorero, fue amenazado con armas de fuego y obligado a entregar a sus agresores la suma de siete mil cuarenta nuevos soles de propiedad de una comunidad campesina. Según los jueces, “el acusado tenía motivos suficientes para temer teniendo en cuenta que sus atacantes eran cuatro personas encapuchadas, que pertenecían a Sendero Luminoso, a lo que se debe agregar que el lugar donde se produjo el hecho, había sufrido los embates de la indicada agrupación subversiva”⁶³⁸.

d. Origen del miedo

El agente debe temer que uno de sus bienes jurídicos sea perjudicado. La posibilidad de que se concrete este mal es lo que provoca la aprensión o el recelo que le impide tomar la decisión adecuada. Ante el silencio de la ley, hay que admitir que puede tratarse de cualquier bien; aunque sería más fácil admitirlo cuando se trate de bienes personales de gran valor (p. ej., la vida o la integridad corporal en comparación al patrimonio). Dada la índole de la eximente, fundada sobre todo en la no exigibilidad, el mal no requiere ser siempre real. Es decir, que la persona concernida puede actuar atemorizada por un mal irreal, imaginado por ella misma en un contexto particular. Poco importa así mismo que sea originado por el comportamiento de un tercero o por fenómenos de la naturaleza. Por ejemplo, la persona que causa daños a la propiedad ajena para poder escapar de la muerte que teme que le puede causar un incendio; incendio que ha supuesto al percibir el humo intenso proveniente del piso inferior y causado por niños jugando a quemar papeles en el balcón. 1830

El miedo provocado por un acto lícito (interpelación por un policía, pesquisa judicial) no puede dar lugar a la eximente. 1831

e. Miedo insuperable

El agente no puede sobreponerse a la presión motivadora del miedo y, por lo tanto, tampoco dejar de ejecutar bajo su influencia el comportamiento 1832

⁶³⁸ ES del 17 de junio de 1998, Exp. N° 1866-98, en ROJAS, 1999a, p. 155 ss.

ilícito, Así, el legislador ha establecido un parámetro objetivo para evitar una concepción demasiado subjetiva de la eximente. En este factor se percibe con claridad que la exculpación no se funda en la perturbación psíquica del agente, sino en el elemento normativo de que no se le puede exigir subjetivamente una conducta conforme al ordenamiento jurídico.

- 1833 Para determinar el carácter insuperable del miedo, no basta con recurrir al prototipo de una persona normal o media, sino que deben de tenerse en cuenta las circunstancias personales y materiales en que tuvo lugar el hecho. Esto se deduce de la situación de que el elemento en cuestión sea la culpabilidad del agente.

f. Ponderación de males

- 1834 El mal debe ser mayor o menor de acuerdo con la percepción que el agente, en comparación con una persona media, tenga del perjuicio que lo amenaza. No se trata, como en el caso de las causas de justificación, de una ponderación general de los bienes en conflicto, sino más bien de una apreciación según la vivencia de la situación concreta en la que se encuentra el agente. De esta manera, se evita desnaturalizar el carácter de causa de exculpación del miedo insuperable. Para evitar estas dificultades, en derecho comparado, se ha suprimido, por ejemplo, por el legislador español, este supuesto de la eximente en análisis. De manera acertada, se considera que la eliminación de la ponderación de males, en la regulación legal de la eximente parece conveniente, debido a que esta referencia supone aumentar la índole objetiva de su contenido y límites que se colocaba más allá de lo necesario (referencia legal al carácter insuperable del miedo) para el lógico desenvolvimiento del juicio de exigibilidad subjetiva del comportamiento adecuado a la norma.

5. Error sobre las circunstancias materiales de las excusas absolutorias

- 1835 El autor, por error, estima que se beneficia de una circunstancia absolutoria. Su equivocación puede concernir al mismo fundamento de la excusa o sus límites legales. En el primer caso, la doctrina afirma de manera casi unánime que el error no tiene efectos en derecho penal. Los autores también son contestes en que, en el segundo caso, si el error es inevitable la culpabilidad es excluida, porque la coerción psíquica provocada, por el peligro supuesto,

es idéntica a la que existe en caso de peligro real, dando lugar efectivamente a una excusa absolutoria.

Por el contrario, se discute mucho, respecto a los efectos del error evitable 1836 sobre los límites legales de la excusa absolutoria. La doctrina se inclina, en gran parte, a favor del criterio que afirma que ese tipo de error excluye el dolo y que el autor, según las circunstancias, puede ser reprimido a título de culpa (art. 14, pf. 1). Sin embargo, resulta más adecuada la opinión opuesta, según la cual un error de este tipo no concierne al dolo, puesto que no se refiere a un elemento del tipo legal objetivo, sino al carácter ilícito del hecho. Por consiguiente, no debe aplicarse la teoría limitada de la culpabilidad, sino la regla relativa al error sobre el carácter ilícito del acto. De modo que la culpabilidad no es excluida, pero conforme a su intensidad la pena puede ser atenuada.

