

PERCY GARCÍA CAVERO

DERECHO PENAL
Parte General

SEGUNDA EDICIÓN



JURISTA
editores



PERCY GARCÍA CAVERO

© **DERECHO PENAL. PARTE GENERAL**

© **JURISTA EDITORES E.I.R.L.**

Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú.

Teléfonos: 427-6688 / 428-1072

Telefax: 426-6303

© **Derechos de Autor Reservados conforme a Ley**

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca

Nacional del Perú: N° 2012-01398

ISBN: 978-612-4066-79-5

Segunda Edición: Marzo 2012

Tiraje: 1000 ejemplares

Composición, diagramación y diseño de carátula:

Victor Arrascue C.

LECCIÓN 16
CULPABILIDAD

I. Introducción

La culpabilidad es el concepto definitorio de la teoría del delito. "No hay pena sin culpabilidad del autor" es un principio elemental del Derecho Penal. Sin embargo, el significado dogmático del término "culpabilidad", así como su ubicación sistemática en la teoría del delito no son temas resueltos en la dogmática penal, sino que, por el contrario, han sido permanente discutidos desde distintas perspectivas y con variados argumentos. Por esta razón, antes de entrar a precisar lo que es la categoría de la culpabilidad, su contenido y los supuestos en los que queda excluida, resulta necesario hacer un recuento de las propuestas más importantes a lo largo de la historia de la dogmática penal sobre cómo deber ser entendida jurídico-penalmente esta categoría del delito.

II. La evolución de la culpabilidad en la teoría del delito

1. La categoría de la culpabilidad

En la medida que la categoría de la culpabilidad vincula el delito con el autor, su configuración dogmática ha estado siempre vinculada con el concepto de persona. En este sentido, no puede renunciarse a una comprensión de la persona o asumir presupuestos antropológicos distintos sin mostrar luego deficiencias o caer en contradicciones al desarrollar la categoría de la culpabilidad. Si bien la historia nos muestra momentos en los que tuvieron lugar reacciones punitivas frente a objetos o animales, la razón de este proceder podría encontrarse seguramente en la incorrecta atribución de alma a estos seres u objetos con la que se justificaba cierta equiparación con los seres humanos.

La elaboración racional de los criterios de determinación de la responsabilidad penal se centró en la persona como sujeto de la imputación, resaltándose su esencia moral como aspecto distintivo frente a otros seres^[2268]. Precisamente sobre una imputación de carácter moral se basó la determinación de la responsabilidad penal en la concepción del delito formulada por los penalistas hegelianos, al poner el énfasis en la actitud del autor frente al ordenamiento jurídico en general^[2269]. Sin embargo, hay que indicar que en esta comprensión del delito los presupuestos de la imputación se presentaron como una amalgama inarticulada^[2270], en la que no era posible diferenciar conceptualmente la culpabilidad de los otros presupuestos del hecho delictivo.

Una primera conceptualización de la culpabilidad en la teoría del delito la realizó Adolf MERKEL, quien, apartándose de la escuela hegeliana, formuló una teoría de la imputación penal sobre la base de la psicología empírica y la historia^[2271]. Definió la culpabilidad como "el obrar o no obrar antijurídico de una persona que, según los criterios corrientes, constituye a ésta, como tal, en una deuda"^[2272]. Esta caracterización de la culpabilidad no le significó, sin embargo, una autonomía conceptual, en la medida que culpabilidad era la propia conducta causal digna de imputación^[2273]. Esta situación le ha valido a la doctrina penal para calificar a la concepción de MERKEL como una tesis unitaria, donde la culpabilidad carece de sustantividad propia y no puede ser formulada como una categoría independiente de la antijuridicidad^[2274]. La distinción conceptual entre antijuridicidad y culpabilidad recién tuvo lugar con el planteamiento de VON IHERING, en tanto admitió la posibilidad de que el derecho valorara como antijurídica una conducta, pese a la falta de culpabilidad del autor. A la antijuridicidad de la conducta se le dio una tesitura objetiva, mientras que la culpabilidad

[2268] En este sentido, BACIGALUPO, S., *Responsabilidad*, p. 354; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 124 y ss.

[2269] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 3.

[2270] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 6, n.m. 3.

[2271] Vid., GÜNTHER, Klaus, *Schuld*, p. 5 y ss.

[2272] Vid., MERKEL, *Derecho Penal*, PG, p. 72.

[2273] Así MERKEL, *Derecho Penal*, PG, p. 72, expresa lo siguiente: "la culpabilidad no es algo existente al lado de la conducta causal del culpable, algo independiente de esa conducta, algo como formado de una especial materia, sino que es la misma conducta causal, apreciada con arreglo a los criterios dominantes y digna de imputación según estos criterios".

[2274] En este sentido, FERNÁNDEZ, *Culpabilidad y teoría del delito*, p. 150 y ss.

fue entendida en un sentido subjetivo^[2275], por lo que resultaba perfectamente posible admitir un "ilícito no culpable", esto es, un hecho objetivamente antijurídico, aunque sin culpabilidad del autor.

Una vez que la culpabilidad adquirió autonomía conceptual, la doctrina penal se ha encargado de discutir cuál es su contenido. El tenor moral que tuvo la culpabilidad en la concepción globalizante de los hegelianos, se perdió apenas iniciado el siglo XX con la aparición en escena del positivismo científico en la dogmática penal. La visión mecanicista alcanzó a la subjetividad del delito, por lo que la culpabilidad fue definida como una vinculación psicológica entre la voluntad del autor y el resultado lesivo^[2276]. Esta vinculación psicológica se podía expresar de dos formas: como dolo o como culpa. A esta comprensión de la culpabilidad se le vino a denominar concepto psicológico de culpabilidad, comprensión que fue defendida por el causalismo.

La propuesta psicológica de la culpabilidad mostró rápidamente ciertas deficiencias prácticas, siendo la más acusada la insatisfactoria solución teórica que, en estricto, tenía que darse a los supuestos de culpa inconsciente y de estado de necesidad exculpante^[2277]. En la culpa inconsciente no era posible encontrar una vinculación psicológica entre autor y resultado con la que poder sustentar la culpabilidad del autor, precisamente por la falta de una representación psicológica del autor. En el caso del estado de necesidad exculpante, en el que el agente actúa para preservar bienes jurídicos personalísimos en situación de peligro, se afirmaba, por el contrario, la falta de culpabilidad, pese a que existía una plena vinculación psicológica del autor con el resultado lesivo. Esta situación trajo consigo la necesidad de reformular conceptualmente la categoría de la culpabilidad de cara a poder abarcar los supuestos antes mencionados que no se explicaban desde una lógica puramente psicologista.

El primero en emprender una reformulación en clave normativa del concepto jurídico-penal de culpabilidad fue Reinhard FRANK. La culpabilidad dejó de centrarse en el criterio de la vinculación psicológica, entrando

^[2275] Vid., las referencias en JESCHECK, *Tratado*, I, p. 273.

^[2276] Vid., VON LISZT, *Tratado*, II, p. 375. Al respecto puede consultarse también la exposición de BACIGALUPO, S., *Responsabilidad*, p. 356.

^[2277] Destaca las limitaciones del concepto psicológico de culpabilidad, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 139 y s.

a tallar, más bien, el criterio normativo de la reprochabilidad^[2278]. En efecto, conforme a lo sostenido por FRANK, de lo que se trata en la culpabilidad es de responder a la pregunta de cuándo se puede reprochar a alguien por su comportamiento. No obstante, debe precisarse que este mismo autor reconoció que el concepto de reprochabilidad no tenía un valor en sí mismo, sino que era usado en referencia a lo que se quería caracterizar, es decir, era un concepto con una finalidad simplemente sistematizadora. El reproche tenía lugar en relación con tres aspectos concretos: la imputabilidad, la relación psíquica real o potencial del autor con el hecho en cuestión y la normalidad de las circunstancias en las que actúa el autor^[2279].

El intento de darle a la reprochabilidad un contenido material vino de la mano del trabajo de GOLDSCHMIDT, quien ubicó el fundamento de la reprochabilidad en la infracción de una específica norma de deber que obligaría al autor a disponer su conducta interna del modo necesario para cumplir con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico a su conducta externa^[2280]. La culpabilidad se manifestaría, así, como la falta de motivación reprochable de la voluntad por la representación del deber^[2281]. El cariz normativo de la culpabilidad se mantuvo con FREUDENTHAL, en tanto hizo descansar el reproche de la culpabilidad en la posibilidad y en el deber del autor de ajustar su actuación a las regulaciones valorativas establecidas por el Derecho^[2282]. En consecuencia, si circunstancias excepcionales no permiten a exigirle al autor la capacidad de resistencia normalmente requerida, entonces no cabrá hacerle éticamente ningún reproche por su actuación^[2283]. Como puede verse, en todas estas caracterizaciones del reproche que sustenta la culpabilidad existe una concepción implícita de la persona de base ética que trasciende a su constitución empírica^[2284]. No obstante, hay que indicar que dicho cambio de perspectiva no trajo consigo el abandono de la visión psicológica de la persona, sino que dicha visión se complementó con la naturaleza ética de la persona fundamentada en el libre albedrío.

[2278] Vid., FRANK, *Sobre la estructura*, p. 39.

[2279] Vid., FRANK, *Sobre la estructura*, p. 40 y s.

[2280] Así, GOLDSCHMIDT, *Der Notstand*, p. 17; EL MISMO, *La concepción*, p. 100 y s.

[2281] Vid., GOLDSCHMIDT, *La concepción*, p. 105.

[2282] Vid., FREUDENTHAL, *Culpabilidad*, p. 71.

[2283] Vid., FREUDENTHAL, *Culpabilidad*, p. 99.

[2284] Vid., con mayores referencias, ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 75 y ss.

El abandono de la comprensión psicológica de la persona se produjo propiamente con el finalismo, en la medida que dicha formulación de la teoría del delito remitió lo subjetivo al injusto y dejó en la culpabilidad únicamente los aspectos que conforman el juicio de reprochabilidad (la valoración del objeto)^[2285]. A la categoría de la culpabilidad se le dotó de contenido a partir de la estructura lógico-objetiva del "poder actuar de otro modo", por lo que el juicio de reproche al autor se le hacía porque no había actuado conforme a Derecho, pudiendo haberlo hecho. No hay duda que en el trasfondo de esta visión de la culpabilidad subyace una comprensión ontológica de la persona^[2286], en la que la libertad del autor vuelve a ser el fundamento de esta categoría del delito. No obstante, debe quedar claro que la libertad no se tomó como un dato empírico que debía comprobarse en el caso concreto, sino como una estructura ontológica propia de la actuación de las personas que vincula necesariamente al sistema penal una vez que la asume.

Precisamente, en la segunda mitad del siglo XX hubo una fuerte corriente orientada a quitarle el piso de la libre voluntad a las visiones normativistas de la culpabilidad que, en menor o en mayor medida, se estructuraron a partir del libre albedrío del autor. Se alegó la imposibilidad de demostrar empíricamente la libertad de la voluntad, tal como lo hizo ENGISCH en su estudio sobre este tema^[2287]. Pero este cuestionamiento al fundamento de las visiones normativas de la culpabilidad no trajo como consecuencia una vuelta a la visión psicológica de culpabilidad, sino que dio lugar a propuestas que intentaron desplazar el centro de atención de la culpabilidad del acto al autor como fue el caso precisamente de la culpabilidad por el carácter propuesta por ENGISCH^[2288].

Pese a los cuestionamientos antes indicados la culpabilidad no ha perdido su referencia al acto (¿libre?) del autor. Pero debe reconocerse que la culpabilidad por el acto ya no es una cuestión que se determine en función de las características individuales de la autor, sino, más bien, recurriendo a criterios de determinación de raigambre social. En este orden de ideas, la culpabilidad no es más una realidad individual de carácter psicológico u ontológico, sino una categoría socialmente configurada.

[2285] Vid., WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 140.

[2286] Vid., así, por ejemplo, WELZEL, *ZStW* 60 (1941), p. 429.

[2287] Vid., ENGISCH, *La teoría*, p. 76.

[2288] Vid., ENGISCH, *La teoría*, p. 106 y s.

Así, por ejemplo, ROXIN asume que la libertad es fundamentalmente una atribución social, una aserción normativa, con independencia de si realmente exista o no^[2289], e incluso desarrolla dentro de la culpabilidad una nueva categoría que se encuentra informada por la necesidad social de pena (la llamada responsabilidad^[2290]). Como puede verse, la culpabilidad jurídico-penal deja de ser una categoría determinada por las capacidades individuales de la persona para ser una construcción dependiente de las necesidades sociales de pena.

En una línea extrema de la configuración social de la culpabilidad se encuentra la concepción defendida por JAKOBS, quien, a partir de la función del Derecho penal de proteger la identidad normativa de la sociedad, desestima al sujeto individual con todas sus premisas antropológicas^[2291]. Persona solamente puede ser aquél que puede realizar comunicaciones en el sistema social y, en concreto, en el Derecho penal^[2292]. En este orden de ideas, la culpabilidad jurídico-penal no se sustenta en un reproche al autor individual que realiza el delito, sino en la necesidad de solventar la defraudación de la norma con la imposición de una pena a quien se le imputa dicha defraudación^[2293]. Si el sistema social puede hacer frente a la referida defraudación mediante otro mecanismo (como el tratamiento médico del autor), entonces no será necesario considerarlo culpable de la defraudación y, por tanto, reestabilizar normativamente la norma defraudada.

2. La ubicación de la culpabilidad en la teoría del delito

La doctrina penal mayoritaria entiende que la culpabilidad debe tenerse en cuenta como última categoría dogmática de la teoría del delito, es decir, después de haber determinado la existencia de un injusto penal^[2294]. Este parecer actualmente dominante no ha sido siempre tal, pues ya en el sistema de imputación de los hegelianos se entendió la culpabilidad como

[2289] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 35.

[2290] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 7, n.m. 26.

[2291] Vid., así, JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, p. 74; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 50 y ss.

[2292] En este sentido, JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, p. 72; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 50 y s.; EL MISMO, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 9 y ss.; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 108 y ss.

[2293] Vid., estas ideas JAKOBS, *Aspekte der Freiheit*, p. 72; EL MISMO, en *Estudios*, p. 385; GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 132 y ss.; LA MISMA, *LH-Bacigalupo* (España), p. 279.

[2294] Así, expresamente, ARMAZA GALDÓS, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 51, 1993, p. 41.

capacidad de imputación^[2295], e incluso en el sistema dogmático de BINDING, construido sobre la base de su teoría de las normas, se configuró una categoría similar como capacidad de acción^[2296].

Fue a partir de la concepción naturalista del delito cuando la culpabilidad dejó de ser un presupuesto de la imputación y pasó a constituir, junto con los otros aspectos subjetivos, una categoría analítica del delito al lado del injusto objetivo^[2297]. Esta ubicación sistemática no se vio modificada con el posterior abandono de la visión psicológica de la culpabilidad y su sustitución por una concepción normativa construida sobre la base de un reproche dirigido al autor^[2298], sino que los intentos de normativización de la culpabilidad mantuvieron intacta su ubicación como categoría posterior a la antijuridicidad penal. Las modernas interpretaciones doctrinales se esfuerzan todavía por resaltar el carácter normativo de la culpabilidad, pero no cuestionan en lo absoluto el hecho de que ésta deba establecerse a partir de un hecho antijurídico previamente determinado como tal^[2299].

Debe quedar claro que la culpabilidad no puede constituir una categoría desligada del injusto^[2300], pues toda imputación penal establece necesariamente una vinculación entre el hecho y el autor^[2301]. Una determinación del injusto con criterios puramente naturalistas u objetivistas resultaría francamente vana^[2302], si no se tiene en cuenta al sujeto de la imputación^[2303]. Esta vinculación funcional entre injusto y culpabilidad

[2295] En este sentido, KÖSTLIN, *Grundbegriffe*, p. 131 y ss. Sobre el concepto de culpabilidad en las interpretaciones hegelianas del delito, vid., la referencia a autores de finales del siglo XIX, ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 20 nota 6.

[2296] Vid., BINDING, *Handbuch*, p. 158; EL MISMO, *Normen*, II, p. 102 y s.

[2297] La verificación del delito comenzaba con una determinación del hecho y su falta de conformidad con el derecho, y luego se procedía a determinar la relación subjetiva (culpabilidad). Vid., sobre este proceder, con mayores referencias, ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 24 y s.

[2298] Vid., así en un principio las teorías de base ética de la culpabilidad (ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 75 y ss.), y luego la formulación normativa de la culpabilidad de FRANK, *Sobre la estructura*, p. 40.

[2299] Así, por ejemplo, la concepción de ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 229.

[2300] En el mismo sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 122 y s.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 217 y ss.

[2301] Vid., LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 8.

[2302] Sobre esta forma de comprobación en el sistema naturalista del delito fundado por von Buri y von Liszt, vid., ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen*, p. 37 y ss.

[2303] Precisamente en el tema de la culpabilidad, FREUDENTHAL, *Culpabilidad*, p. 63 y s., se quejaba de la poca consideración que tenían los penalistas al construir sus conceptos

no impide, sin embargo, una separación didáctica del proceso de imputación penal, en el que primero se establezca provisionalmente la existencia de un injusto penal y luego se afirme propiamente la imputación con la determinación de la culpabilidad del autor. Pero tampoco sería rechazable de plano una construcción conceptual del delito que inicie con la categoría de la culpabilidad y entre después a determinar si hay un injusto penal. En la realidad el injusto y la culpabilidad se presentan en una interrelación lógica y conceptual, que sólo cabe distinguirlos en un plano puramente explicativo.

El carácter estrictamente didáctico de la exposición diferenciada se confirma por el hecho, constatable en la práctica de los tribunales, de que en los casos claros de ausencia de culpabilidad se entra directamente en el análisis de esta categoría sin discutir previamente si ha habido un injusto penal o no. Por ejemplo: Si el hecho fue cometido por un menor de edad, se pone en evidencia directamente la inimputabilidad para negar la responsabilidad penal sin que previamente se determine si el hecho era antijurídico o no. Por lo demás, puede suceder incluso que ciertos aspectos de la culpabilidad sean incluso lógicamente previos a la propia configuración del injusto penal. Por ejemplo, para determinar si el autor actuó con dolo es necesario que conozca el carácter antijurídico de su proceder. Así las cosas, la sistematización de unos aspectos en la categoría del injusto o en la categoría de la culpabilidad no depende, en estricto, de cómo se expresen en la realidad, sino de las consecuencias dogmáticas que se desprenden de su ubicación sistemática en uno u en otro lugar.

III. El fundamento material de la culpabilidad

1. El concepto de persona

La concepción jurídico-penal de JAKOBS acierta al definir a la persona en un contexto social. Pero lo correcto de esta perspectiva no debe llevar a pensar que la persona constituye un simple constructo determinado por las

frente al uso de los tribunales. El injusto específico del Derecho penal requiere de manera necesaria una persona con capacidad de imputación (GONZÁLEZ RIVERO, *Strafrechtliche Zurechnung*, p. 122).

necesidades del sistema social^[2304]. Ser persona significa sin duda poseer un estatus que hace referencia a la situación social del individuo, pero esta titularidad no depende de una decisión de reconocimiento del sistema social o de sus órganos competentes (Constitución Política, Congreso e incluso tribunales judiciales)^[2305]. El reconocimiento de una persona no se debe al acuerdo social o a las especiales reglas de constitución de la sociedad, sino al hecho natural de ser un ser humano^[2306]. La calidad de persona le corresponde a *alguien* por el hecho de formar parte del género humano^[2307], por lo que puede decirse que la naturaleza posee, en este sentido, fuerza normativa^[2308].

Las afirmaciones precedentes encuentran sustento en el hecho de que el reconocimiento social de la persona no se debe a una eventual configuración social, sino a su dignidad. Esta dignidad humana se manifiesta de dos maneras. Por un lado está la dignidad absoluta de carácter ontológico que le corresponde a todo ser humano por el solo hecho de serlo y que no se encuentra históricamente condicionada^[2309]. Desde esta perspectiva, a ningún ser humano se le puede negar socialmente el estatus de persona derivado de la dignidad humana absoluta. Junto a la dignidad absoluta se presenta la dignidad humana relativa de carácter moral, la cual se sustenta en que el ser humano debe actuar orientado a su realización personal *en sociedad*. Esta actuación práctica de la persona, como puede apreciarse, tiene una clara referencia al contexto social, por lo que su determinación no siempre alcanza en todos los ámbitos sociales un mismo sentido.

La incondicionalidad del reconocimiento social de la persona se desprende de la dignidad humana absoluta, mientras que la expresión histórica de la personalidad se corresponde con la dignidad humana relativa. Dado que el reconocimiento de la personalidad tiene lugar en una sociedad concreta, su manifestación se encuentra claramente condicionada por el grado de desarrollo de la sociedad de la que se trate^[2310]. Pero esto no quiere decir

[2304] En este sentido, la crítica de NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 150 y s.

[2305] Vid., en este sentido, SPAEMANN, *Personen*, p. 195.

[2306] En este sentido, con una profunda fundamentación filosófica, SPAEMANN, *Philosophische Essays*, p. 78; EL MISMO, *Personen*, p. 252 y ss., con base en la idea de "reconocimiento".

[2307] En este sentido, SPAEMANN, *Personen*, p. 264.

[2308] De una opinión contraria, JAKOBS, *FS-Roxin*, p. 796.

[2309] Vid., SPAEMANN, en *Lo natural y lo racional*, p. 106.

[2310] Vid., en este sentido, RADBRUCH, en *Der Mensch im Recht*, p. 81, al indicar que "todo punto de vista material en el Derecho solamente es válido bajo el presupuesto de una determinada situación de la sociedad o un determinado sistema de valores".

que las consecuencias sociales del reconocimiento de la persona dependan exclusivamente de la constitución de la sociedad correspondiente, sino que las características de la sociedad concreta deben tenerse en cuenta en la expresión histórica de tal reconocimiento^[2311]. En la actual configuración de la sociedad, la atribución de sentido a las actuaciones de una persona tiene en consideración una faceta individual y otra social^[2312].

A. La individualidad

La individualidad de la persona significa atribuirle libertad y reconocerle la capacidad de expresar esta libertad hacia el mundo exterior mediante acciones^[2313]. Como puede verse, la comprensión de la culpabilidad que parte de la individualidad se inclina por resolver la eterna disputa filosófica entre determinismo e indeterminismo a favor del segundo^[2314], pero no en su versión radical que alcanzaría a los valores y que negaría la posibilidad de un orden y de la propia responsabilidad^[2315], sino dejando al individuo un margen de indeterminación en cuanto a la ordenación de su comportamiento hacia los valores objetivamente existentes. Desde estas consideraciones, la libertad no debería entenderse como libertad frente al valor, sino como libertad hacia el valor^[2316]. La crítica que se le ha hecho a esta comprensión en el sentido de que la culpabilidad se reduciría finalmente también a una elección de valores, es decir, a una decisión de autodeterminarse conforme a los valores o dejarse caer en los impulsos contrarios a valor^[2317], no resulta acertada, pues, tal como lo explica SPAEMANN, debe diferenciarse la voluntad primaria de la secundaria, en donde la primera implica una determinación al valor,

[2311] Vid., SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), p. 27, nota 50, sobre la imposibilidad de acceder racionalmente a la esencia del hombre, de manera que hay que conformarse con una imagen del mismo que no es permanente, sino necesariamente histórica, dependiente del medio y del tiempo.

[2312] En el mismo sentido, FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Ius et veritas* 12, p. 102.

[2313] Similarmente, KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 208; EL MISMO, *Unrechtsbewusstsein*, p. 102, señalando que debe diferenciarse entre libertad de acción y libertad de voluntad.

[2314] Una exposición de la llamada disputa de escuelas (los clásicos y los modernos) en el Derecho penal, vid. en ENGISCH, *La teoría*, p. 58 y ss.

[2315] Así, correctamente, FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret* 2/2011, p. 19.

[2316] En este sentido, WELZEL, *ZStW* 60 (1941), p. 450; KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, pp. 118, 280 y s.

[2317] Así, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 14 y s.

mientras que la segunda ofrece a la persona un espacio libre de juego^[2318]. Es en este segundo ámbito en el que el individuo decide libremente y, por lo tanto, no está absolutamente determinado por factores que no dependen de él mismo.

El rechazo que se hace a un determinismo causal-monista que niega toda libertad al equiparla con los procesos causales^[2319], no debe llevar a fundamentarla en el mismo plano en el que se mueve esta teoría, pues eso obligaría a tener que comprobar empíricamente la existencia de la libertad de actuación, lo que desde hace mucho se sabe que es imposible^[2320] y además inadecuado, pues la libertad no es un dato empírico verificable experimentalmente, sino un concepto normativo vinculado al reconocimiento de la persona^[2321]. Sin embargo, las ciencias empíricas han procurado en los últimos tiempos darle una estocada final a la libertad a través de los estudios de la neurociencia, según los cuales todas las personas están determinadas en sus comportamientos por procesos que no pueden controlar y de los que, por tanto, no se les debería hacer responsables^[2322]. Así las cosas, el determinismo sería científicamente más plausible que la idea metafísica y no comprobada empíricamente del indeterminismo.

El que la neurociencia haya develado cómo tendría lugar la actividad neuronal en el cerebro, no debe llevar a un abandono del reconocimiento de márgenes de libertad del individuo. Si bien es cierto que la actuación de un individuo precisa de una cierta actividad neuronal, esta actividad, por sí sola, no es suficiente^[2323]. Es evidente que en las actuaciones de un individuo influyen diversos factores que éste no controla, pero eso no excluye la capacidad humana de poder decidir conforme al valor. El desarrollo de las ciencias empíricas permite ir precisando cuáles serían esos factores,

[2318] SPAEMANN, *Personen*, p. 209 y ss.

[2319] Vid., la crítica al determinismo causal-monista en WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 146 y ss.

[2320] Acierta en este sentido RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 9 y ss., al señalar que la determinación de la libre voluntad no puede hacerse de ninguna forma desde las ciencias empíricas.

[2321] En este sentido, SPAEMANN, *Philosophische Essays*, p. 78, que considera que la libertad no es un *factum* verificable, sino que se fundamenta en un reconocimiento recíproco y liberación del ser natural. En la misma línea, para el Derecho penal, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 114; LBSCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 214, aunque con un concepto distinto de persona.

[2322] Vid., al respecto, ROTH, *Das Gehirn und seine Wirklichkeit*, *passim*.

[2323] Vid., así, PARDO/PATTERSON, *InDret* 2/2011, p. 7.

pero no puede pretender negar la experiencia vital de la libertad. La razón humana muestra lo evidente de la libertad del individuo por su propia naturaleza, lo que no significa tener completamente definido cómo tienen lugar los procesos de decisión. Son estos márgenes de actuación lo que las ciencias que estudian la conducta humana deben ir delimitando con mayor precisión, pero no sustituir el atributo esencial de la persona que consiste en su libertad de actuación.

Así como no se comparte las interpretaciones deterministas construidas sobre la base de la imposibilidad de comprobación empírica del libre albedrío, tampoco se siguen las posturas agnósticas que formulan la libertad como un aspecto puramente sociológico de "tratar a las personas como si fuesen libres"^[2324]. Si la premisa básica de la imputación penal no es algo cierto, entonces todo el sistema penal no sería más que una suposición. Por esta razón, algunos autores, con la finalidad de dar mayor solidez a la libertad de actuación, la han caracterizado como una atribución social desprendida de todo tipo de referencia antropológica^[2325]. Si bien cabe coincidir con estas últimas que la libertad constituye un concepto normativo, disentimos en el total abandono de puntos de partida antropológicos para fundamentar dicho concepto. La normatividad del estatus de persona no está determinada por simples condicionalidades sociales^[2326], sino por su finalidad: la realización individual en sociedad. Y para poder individualizar la realización de la persona en sociedad resulta indispensable la libertad.

^[2324] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 35. Críticamente, FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret* 2/2011, p.23 y ss.

^[2325] En este sentido se presenta el pensamiento de KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 97, en el sentido de una libertad imputada por el orden jurídico, en tanto se considera al hombre sujeto de una imputación jurídica. Similar es la identificación que hace JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 17, n.m. 24; EL MISMO, en *Estudios*, p. 392, de la libertad con la autónoma organización de la propia esfera de organización sin la intervención de terceros. Por el contrario, SCHÜNEMANN, en *El sistema moderno*, p. 154 y s.; EL MISMO, *Revista de Política criminal y Ciencias penales*, 1999, número especial 1, p. 95 y ss., intenta explicar el libre albedrío y el "poder actuar de otro modo" a partir del uso del lenguaje ordinario como estructuras elementales de nuestras comunicaciones sociales. Desde el punto de vista del consenso fundamenta la libertad, GÜNTHER, K., en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 334, a lo que es muy cercano el planteamiento de FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret* 2/2011, p. 18.

^[2326] Al parecer en esta línea, PIÑA ROCHEFORT, en *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 283 y ss.

B. La socialidad

La sola individualidad de la persona no basta para determinar la relevancia de su actuación práctica^[2327], sino que resulta necesario considerar su socialidad, la cual dota a su actuación de un sentido comunicativo específico^[2328]. Toda actuación de una persona, por el hecho de ser tal, tiene un sentido social^[2329]. Pero esto no quiere decir que siempre se le atribuya el mismo sentido comunicativo o tenga la misma capacidad de conexión en los distintos ámbitos sociales. Para poder comunicar socialmente se requiere que la actuación de la persona exprese algo necesitado de una respuesta social específica para el desarrollo o mantenimiento del orden social, esto es, que la persona sea considerada por el sistema social como sujeto responsable^[2330]. Esta responsabilidad de la persona constituye un concepto dependiente de las características de la sociedad en la que la persona se encuentra^[2331]. No obstante, la afirmación precedente no debe llevar a entender la responsabilidad como un aspecto basado exclusivamente en la necesidad social de imputar a alguien determinado resultado. La responsabilidad está necesariamente ligada al ejercicio de la libertad personal frente a los demás^[2332], aunque la forma de responder requiera evidentemente contextualizar socialmente la actuación de la persona.

[2327] Por el contrario, en la construcción de la culpabilidad penal de FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, p. 147 y ss., bastaba únicamente la libertad de voluntad y negaba por tanto la culpabilidad si esa libertad no se manifestaba en la acción.

[2328] Similarmente, KARGL, *Kritik*, p. 137, en el sentido de rechazar una fundamentación de la libertad en una idea abstracta de libertad y la necesidad de vincularla a factores económicos, técnicos e históricos.

[2329] De otra opinión, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 60, en tanto el actuar sin culpabilidad es naturaleza, es decir, carece de sentido.

[2330] Vid., en este sentido, VAN DER VEN, en *Schuld und Verantwortung*, Baumgartner/Eser (Hrsg.), p. 33. Como lo pone de relieve LESCH, *Injusto y culpabilidad*, p. 8: (...), pues libertad sin responsabilidad no es una libertad *personal* verdadera, sino pura arbitrariedad *subjetiva*" (las cursivas son del original).

[2331] En este sentido, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 83 y s. De una opinión distinta, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 143, en tanto entiende que el hombre es responsable ya en un plano existencial.

[2332] Similarmente, KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, p. 208: "La persona está orientada a su autorrealización y ella decide libremente sobre los objetivos de sus acciones y responde por sus acciones".

2. La configuración dogmática de la culpabilidad jurídico-penal

La individualidad y la socialidad de la persona que se acaban de describir proveen la base material para configurar dogmáticamente la culpabilidad jurídico-penal. La individualidad de la persona no debe entenderse en un sentido naturalista como capacidad de motivarse psicológicamente, sino como capacidad de ser autor de un suceso externo. Por esta razón, para el juicio de culpabilidad no interesa la constitución motivacional del autor, sino solamente la posibilidad de reconducir un hecho a una unidad, a algo indivisible: a una persona. Dado que el delito se basa en una acción, resultaría incorrecto configurar la imputación personal sin el presupuesto antropológico de la libertad de las personas^[2333].

En la actualidad la doctrina penal renuncia cada vez más a construir la culpabilidad penal a partir del dato antropológico de la libertad. Sin embargo, resulta necesario precisar que sin la atribución de libertad al autor no es posible fundamentar la imputación del hecho delictivo como propio. En tanto se trata de una sociedad de personas, la culpabilidad jurídico-penal sólo puede tener lugar si se considera su individualidad, es decir, su capacidad de manifestar libertad en sus actuaciones^[2334].

La importancia de la libertad para la imputación penal no debe llevar a la errónea conclusión de que la culpabilidad debe sustentarse únicamente en la individualidad. Para poder llevar a cabo un proceso de atribución de sentido conforme a las características del sistema social correspondiente es necesario tener en cuenta la socialidad de la persona. En este sentido, la configuración de la culpabilidad jurídico-penal no puede estar referida únicamente a la capacidad de la persona de poder manifestar libertad en sus actuaciones, sino que requiere además la presencia de responsabilidad^[2335], lo que quiere decir que el sistema social necesita, para el mantenimiento

^[2333] Sobre la importancia de la antropología filosófica como fundamento para la comprensión de la constitución espiritual del hombre, vid. WELZEL, *ZStW* 60 (1941), p. 429. Igualmente este reconocimiento a partir de la dignidad de la persona constitucionalmente reconocida, NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 33. De una opinión contraria sobre la necesidad de entrar en estas cuestiones antropológicas, JAKOBS, en *Aspekte der Freiheit*, pp. 71, 80; EL MISMO, *Derecho Penal*, PG, Apdo 17 n.m. 23; EL MISMO, en *Estudios*, p. 392.

^[2334] Similarmente, VAN DER VEN, en *Schuld und Verantwortung*, Baumgartner/Eser (Hrsg.), p. 37 y s.

^[2335] Un concepto de responsabilidad que, como se verá, no tiene coincidencia con la categoría de la responsabilidad de ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 19, n.m. 3.

de su identidad, *responder* ante el sentido expresado por la persona, esto es, negación del orden social^[2336]. El autor de un delito expresa el sentido social de una conducta prohibida en el ámbito jurídico-penal que requiere, por tanto, de una respuesta social para mantener el orden social.

Tanto la individualidad como la socialidad necesarias para poder sustentar una imputación penal se alcanzan con la atribución del estatus de ciudadano a la persona, pues, por un lado, solamente el ciudadano puede organizarse libremente en sociedad y, por el otro, sólo a él se le reconoce la capacidad de poder cuestionar el orden normativo vigente de la sociedad^[2337]. En este sentido, la culpabilidad jurídico-penal presupone la capacidad individual de una persona (ciudadano) de cuestionar la identidad normativa esencial de la sociedad a través de la libre infracción de los roles jurídicamente atribuidos. En la culpabilidad se tienen en cuenta los aspectos que permiten atribuirle al autor el rol sobre el que se ha realizado provisionalmente la imputación del hecho como injusto penal. En términos materiales, puede decirse que el autor del delito será culpable por su falta de fidelidad al Derecho puesta de manifiesto por la libre infracción de los roles jurídicamente atribuidos.

IV. El contenido de la culpabilidad

En la doctrina tradicional desde el finalismo, la culpabilidad abarca tres elementos constitutivos: La imputabilidad, el conocimiento del carácter anti-jurídico del hecho y la exigibilidad de otra conducta. De estos tres elementos es el referido al conocimiento del carácter antijurídico del hecho el que sufre, en esta lección, una especial modificación de contenido, pues, tal como se expuso en la lección sobre la tipicidad subjetiva, dicho conocimiento resulta necesario ya para la determinación del dolo. Por lo tanto, el conocimiento que se exige a nivel de la culpabilidad es únicamente el referido a la regulación jurídico-penal. En lo que sigue, se va a abordar cuál es el contenido de cada uno de los elementos de la culpabilidad en función de los aspectos que, desde nuestro parecer, deben fundamentar la categoría de la culpabilidad.

^[2336] El concepto funcional de culpabilidad se centra precisamente en este aspecto. Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 17, n.m. 22; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 63; EL MISMO, *ADPCP* 1989, p. 646; LESCH, *Intervención delictiva*, p. 27 y ss.

^[2337] JAKOBS, *Sobre la normativización*, p. 50, habla de la competencia para poder intervenir en asuntos públicos.

1. La imputabilidad

La imputabilidad penal se sustenta en la capacidad de una persona para poder responder jurídicamente por sus acciones y, por lo tanto, recibir imputaciones penales. Dado que esta situación es predicable de todos los ciudadanos, la imputabilidad es expresión del principio de igualdad^[2338]. En nuestro sistema penal la capacidad de recibir imputaciones penales empieza a partir de los 18 años^[2339]. Pero, por otra parte, no basta con ser mayor de edad para ser imputable, sino que es necesario que la persona esté en pleno uso de las facultades físicas y mentales que le permitan percibir adecuadamente la realidad, comprender el orden social y determinarse conforme a esta comprensión. Una persona es penalmente imputable únicamente bajo estas condiciones.

La condición de la mayoría de edad para la imputabilidad penal constituye un estado permanente que no admite graduaciones ni diferenciaciones, salvo el caso legalmente previsto de la imputabilidad restringida. La situación se presenta distinta en el caso de la salud física y mental, en la medida que no se requiere necesariamente de un nivel óptimo, ni tampoco que esta situación sea permanente. En efecto, para la imputabilidad penal resulta necesario solamente que el autor cuente con las capacidades de percepción, de comprensión y de determinación que le permitan evitar la realización del injusto penal. Por lo tanto, la merma en alguna de estas capacidades que no le impida aún actuar conforme a Derecho, no excluirá la imputabilidad penal, aunque podría ser considerada a efectos de disminuir la culpabilidad. Por otro lado, la existencia de momentos en los que el autor pierde alguna de las capacidades mencionadas no debería afectar la imputabilidad respecto de un injusto realizado en un momento en el que contaba con dichas capacidades, pues cuando actuó era propiamente un sujeto imputable.

La imputabilidad puede verse disminuida y, por lo tanto, provocar una situación especial en la culpabilidad del autor que justifique una atenuación de la pena al momento de ser individualizada^[2340]. En el caso de la edad, el

^[2338] En este sentido, JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 17, n.m. 48.

^[2339] Así, como una presunción de la capacidad de actuar culpablemente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1663.

^[2340] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1726, aunque destacando que no se trata de una categoría intermedia entre imputabilidad e inimputabilidad, sino de supuestos de imputabilidad que aceptan una atenuación de la pena.

artículo 22 del CP establece la disminución de la imputabilidad para los mayores de edad hasta los 21 años y los que tienen más de 65 años. Esta disminución autoriza al Juez Penal a reducir prudencialmente la pena prevista para el delito cometido. Conforme al Pleno Jurisdiccional de Iquitos de 1999 (acuerdo 4) se acordó, por mayoría, que esta circunstancia de atenuación es facultativa y opera a partir del mínimo legal hacia abajo^[2341]. Por otra parte, debe tenerse presente que el propio artículo 22 del CP excluye la repercusión de la imputabilidad restringida en la determinación de la pena cuando se trata de delitos graves como la comisión reiterada de delitos culposos contra la vida y la salud, la violación sexual, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, la traición a la patria y, en general, los delitos sancionados con una pena no menor de 25 años o cadena perpetua.

En el caso de la salud física y mental, la disminución de la imputabilidad puede tener lugar en razón de algún padecimiento o situación especial que, sin negarle al autor la capacidad de percibir, valorar o actuar conforme a sus valoraciones, la afecte sustancialmente y, por lo tanto, acerque su estado al de un inimputable^[2342]. El artículo 21 del CP admite precisamente la posibilidad de que las situaciones de inimputabilidad no se den plenamente, autorizando al juez, de producirse una disminución sustancial de la imputabilidad, a atenuar la pena por debajo del mínimo legal previsto para el delito correspondiente. El Acuerdo Plenario de Iquitos de 1999 precisa que esta regulación atenuatoria no es facultativa, sino que es de aplicación obligatoria por parte del juez (acuerdo 4)^[2343].

2. El conocimiento del ordenamiento jurídico-penal

A. Contenido

Luego de que el finalismo trasladara el dolo natural al ámbito del injusto, en la categoría de la culpabilidad se dejó el conocimiento del carácter antijurídico del hecho (el llamado *dolus malus*). El acierto de esta inclusión empezó, sin embargo, a ponerse en tela de juicio en el ámbito del Derecho penal no convencional (por ejemplo, en los delitos económicos), por lo que un sector importante de la doctrina penal consideró conveniente aplicar,

^[2341] Vid., así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 608.

^[2342] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 33.

^[2343] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 608.

en este ámbito de la criminalidad, criterios similares a los establecidos por la teoría del dolo, esto es, requerir para la imputación dolosa también un conocimiento efectivo de la antijuricidad del hecho^[2344]. Esta propuesta no sólo ha sido acogida con una frecuencia cada vez mayor, sino que también se ha visto conveniente tenerla en cuenta, en general, para todas las formas de criminalidad. Para determinar la viabilidad de esta propuesta de carácter general, resulta necesario llevar a cabo primeramente algunas consideraciones sistemáticas.

La teoría del delito es entendida como una teoría de la imputación penal, en la que el injusto y la culpabilidad se encuentran funcionalmente vinculados, siendo sólo razones expositivas las que permiten una diferenciación conceptual. En el análisis del injusto penal, se trabaja con una categoría provisional que permite imputar el hecho a una persona. Esta imputación no sólo debe cumplir con ciertos requisitos objetivos, sino que debe tener también una base subjetiva. La vertiente subjetiva del injusto no se limita, como ya se vio, a una imputación de conocimiento de la realización de un determinado suceso, sino que debe incluir también su carácter penalmente relevante. En consecuencia, el conocimiento del carácter antijurídico del hecho constituye un aspecto que debe determinarse en la imputación del hecho y no propiamente en la culpabilidad. La pregunta obligada será entonces: ¿Qué queda del conocimiento en el ámbito de la culpabilidad?

La culpabilidad parte de reconocerle al autor la capacidad de expresar individualmente un sentido comunicativo crítico frente al orden jurídico-penal y recibir, por tanto, la imputación de hechos perturbadores por parte del sistema penal. Tal capacidad presupone que la persona pueda ajustar su actuación al ordenamiento jurídico, lo que implica poder realizar una valoración de su específica incidencia social^[2345]. Para poder llevar a cabo esa valoración debe existir, ante todo, un acceso cognitivo al ordenamiento jurídico –o la posibilidad de este acceso–^[2346], pues de lo que no se conoce o

^[2344] En este sentido, LANGE, *JZ* 1956, p. 73 y s.; KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 168 y ss.; HARDWIG, *ZStW* 78 (1966), p. 21; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, AT, § 21, n.º. 41; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, pp. 281 y ss., 327; WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 391 y ss.; MUÑOZ CONDE, en *Hacia un Derecho penal*, p. 281 y s.

^[2345] Similarmente, MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 9 y ss.

^[2346] Vid. MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 21 y s. No debe entenderse el conocimiento del ordenamiento jurídico como un conocimiento pleno de todo el conjunto de dispositivos

puede conocerse difícilmente se puede decir responsablemente algo. Sobre la base de este acceso cognitivo al ordenamiento jurídico, el autor podrá enjuiciar suficientemente dicho ordenamiento y orientar adecuadamente su actuación. Si el autor contó o no con la disposición de conocer el ordenamiento jurídico-penal es un tema absolutamente irrelevante en términos normativos^[2347].

En la determinación del injusto penal (provisional) se parte de la idea de un sujeto con acceso cognitivo al ordenamiento jurídico, por lo que lo único que se tematiza en dicho nivel de análisis del delito es si el autor enjuició correctamente la relevancia jurídico-penal de su comportamiento concreto. Por el contrario, a nivel de la culpabilidad lo que se discute es si el sujeto tuvo realmente la capacidad general de conocer y valorar suficientemente el ordenamiento jurídico^[2348]. Se trata de determinar, en concreto, si el autor contó con ciertas condiciones mínimas de socialización como para poder acceder cognitivamente al ordenamiento jurídico, del mismo modo que la imputabilidad exige ciertas condiciones mínimas de carácter físico, mental y de madurez emocional.

La opinión precedente podría ser cuestionada en el sentido de si resulta razonable discutir primero en el injusto si el autor conoció el carácter antijurídico de su actuación, procediendo después, a nivel de culpabilidad, a determinar recién si el autor contó con un acceso cognitivo al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, a los criterios para poder evaluar la antijuridicidad de su comportamiento. A ello habría que responder que, como ya se ha señalado, la distinción entre injusto y culpabilidad es puramente explicativa y que, en la realidad, ambos aspectos se hayan funcionalmente imbricados. La distinción conceptual de los elementos del delito no signifi-

jurídicos, sino como un orden de valores que permiten el desarrollo de la persona en sociedad, (vid., similarmente, SCHMIDHÄUSER, *FS-H. Mayer*, p. 329).

^[2347] Como lo ha puesto de manifiesto JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 1, n.m. 9; EL MISMO, *ZStW* 107 (1995), p. 848 y s., el ordenamiento jurídico no puede abandonarse a un acto de voluntad de conocimiento de las normas jurídicas. De la misma opinión, LESCH, *JA* 1996, p. 351.

^[2348] Esto explica también por qué un sector importante de la doctrina penal considera la clásica inimputabilidad como déficit que afecta también la conciencia sobre el injusto; vid., así, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 153; KAUFMANN, Armin, *FS-Eb. Schmidt*, p. 322; GROTEGUTH, *Norm- Verbots(un)kenntnis*, p. 22. Sostiene, por el contrario, la necesidad de una diferenciación conceptual entre los supuestos de error de prohibición y los casos tradicionales de inimputabilidad, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 68 y s.; RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 170 y s.

ca que injusto y culpabilidad se presenten en la realidad separados. Así, por ejemplo, si un bebé de dos años rompe un jarrón valioso, su imputabilidad debe llevar a solucionar el caso directamente sin entrar en la cuestión de si ha realizado el injusto doloso del delito de daños.

La pregunta que podría suscitarse es por qué dejar algo del conocimiento del autor en la culpabilidad y no trasladarlo todo al injusto, dando lugar así a una unificación del tratamiento del error como supuesto de exclusión del conocimiento. Al respecto hay que responder señalando primeramente que existe una razón legal que se opone a ello, pues el artículo 14 del CP establece una regulación diferenciada del error, lo que obliga a mantener el conocimiento en niveles analíticos distintos. En segundo lugar, hay que indicar que la regulación legal establece consecuencias jurídicas distintas, por lo que habrá que determinar, en función de las consecuencias legales, los ámbitos que entran en uno u otro error. Al respecto debe tenerse presente que el artículo 14 del CP prevé en el caso del llamado error de prohibición vencible la imposición de una sanción penal como delito doloso atenuado. Sin entrar a discutir la razonabilidad de la regulación legal prevista, este supuesto debería limitarse a los casos de *imprudencia iuris*, es decir, de desconocimiento evitable del Derecho.

B. Determinación del conocimiento del ordenamiento jurídico-penal

Para poder decidir cómo se configura el elemento del conocimiento del ordenamiento jurídico-penal, no se necesita de teorías epistemológicas^[2349], ni psicológicas^[2350], sino que constituye también una imputación. Si se aprecia detenidamente, podrá comprobarse con facilidad que los tribunales no verifican si el procesado ha tenido efectivamente, o ha podido tener, el conocimiento de las normas jurídico-penales infringidas^[2351], sino que, con base en ciertos criterios normativos, se le atribuye dicho conoci-

[2349] Muestra las limitaciones de una teoría del conocimiento para explicar y justificar el concepto jurídico-penal del error, GÖSSEL, *Bedeutung des Irrtums*, p. 8 y s.

[2350] Entiende el conocimiento del hecho a partir de un presupuesto psicológico para un juicio de culpabilidad, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 33. Crítico ante esta perspectiva, GROTEGUTH, *Norm- Verbots(un)kenntnis*, p. 34.

[2351] Vid., en este sentido, SCHMIDHÄUSER, *FS-H. Mayer*, p. 322 y s. Por el contrario, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 55, entiende que se tiene que determinar este aspecto, en tanto sólo así el autor habría podido adecuar su conducta concreta conforme al derecho.

miento^[2352]. La labor de análisis deberá centrarse, por lo tanto, en precisar cuáles son esos criterios normativos con los que se sustenta la imputación del conocimiento de la regulación jurídico-penal.

Podría discutirse, en primer lugar, si el principio que establece que nadie puede alegar el desconocimiento del derecho (*ignorantia iuris non excusat*)^[2353], resulta igualmente vinculante en el ámbito penal. Al respecto hay que precisar que no se trata aquí de una imputación general de conocimiento a todas las personas sin que pueda admitirse supuestos excepción. Esta imputación de conocimiento requiere de un presupuesto normativo: Debe tratarse de una persona integrada en la sociedad como ciudadano. En la medida que sólo el ciudadano puede reproducir internamente el orden jurídico y orientar sus actuaciones conforme al mismo, solamente éste es capaz de recibir una imputación del sistema jurídico(-penal) por hechos que afectan tal ordenamiento. Por el contrario, el conocimiento en el caso concreto del carácter antijurídico del hecho no constituye en estricto un aspecto perteneciente a la culpabilidad^[2354]. En consecuencia, para afirmar la culpabilidad se requiere determinar solamente que el ciudadano conocía o debía conocer el ordenamiento jurídico-penal por la posición social en la que se encontraba.

El conocimiento del ordenamiento jurídico-penal no debe entenderse como un conocimiento pleno de todo el conjunto de dispositivos jurídico-penales^[2355], pues queda claro que conocer toda la legislación penal resulta una exigencia de imposible cumplimiento^[2356]. En este sentido, el conocimiento del orden jurídico-penal debe entenderse como una imputación del conocimiento de prohibiciones que están referidas a la preservación

^[2352] Una interpretación vinculada a una comprensión psicologista pretende afirmar en estos casos la existencia de una presunción [vid., TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, p. 269; VOGEL, en *Estudios*, Arroyo/Tiedemann (ed.), p. 50]. No se trata, sin embargo, de una presunción, pues no interesa si psicológicamente el sujeto conoce o no el ordenamiento jurídico, sino si normativamente posee tal conocimiento.

^[2353] En este sentido, la línea jurisprudencial de la Corte Superior de Lima Exp. N° 3016-97 de 26 de agosto de 1997 [*Revista peruana de jurisprudencia* 23 (2003), p. 35 y s.].

^[2354] En este sentido, RADBRUCH, *SJZ* 1948, p. 309, a partir de un predominio de la norma de valoración sobre la norma de determinación. De una opinión contraria, WELZEL, en *Abhandlungen*, pp. 250, 256; FELIP I SABORIT, *RPDJP* 2 (2001), p. 145 y s., en tanto constituye una garantía del ciudadano frente a posibles abusos de Estado.

^[2355] vid., similarmente, SCHMIDHÄUSER, *FS-H. Mayer*, p. 329.

^[2356] Sobre la imposibilidad de conocer el conjunto de normas jurídicas en un determinado momento, REHBINDER, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* III, 1972, p. 25 y ss.

de condiciones esenciales para el desarrollo de la persona en sociedad. En términos resumidos, podría decirse que no se trata de imputar el conocimiento de la legislación formal, sino de las normas penales por su contenido material.

En la discusión penal se ha planteado la cuestión de si es posible sustentar siempre la imputación del conocimiento del ordenamiento jurídico-penal con un conocimiento material de las prohibiciones penales. A propósito de esta cuestión, un sector de la doctrina diferencia entre Derecho penal nuclear y Derecho penal accesorio^[2357], señalando que si bien para el Derecho penal nuclear no se requiere el conocimiento formal de la prohibición, bastando que el autor conozca que su hecho resulta merecedor de pena, para el Derecho penal accesorio se exige conocer además la prohibición formal, pues se trata de actos en principio neutrales^[2358]. Esta opinión podría parecer correcta quizá en situaciones muy concretas, pero fracasa si se presenta como un criterio general de diferenciación. Como bien lo puso de manifiesto WELZEL en su momento^[2359], pueden encontrarse en el Derecho penal nuclear supuestos en los que se requiere saber la prohibición formal del hecho para conocer el carácter prohibido del hecho (por ejemplo, la omisión del deber de socorro), del mismo modo que toda infracción del Derecho penal accesorio podría conocerse materialmente si se entra a actuar en el contexto específico en el que se configura el delito (por ejemplo la comercialización de camélidos sudamericanos en el caso del delito de tráfico de dichos animales).

En nuestra opinión, al ciudadano socialmente integrado siempre se le puede imputar el conocimiento (material) de la normativa penal, pues el conocimiento de las reglas básicas de interacción es una condición

[2357] Vid., en este sentido, con distintas denominaciones y matices, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 158; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 7, 11 y ss.; TIMPE, GA 1984, p. 52 y s.; LESCH, JA 1996, p. 608 y ss. En esta línea se mueve también la doctrina jurisprudencial de los delitos naturales del Tribunal Supremo Español (vid., con mayor detalle, NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 80 y ss.) y que fue seguida en parte por nuestro Código Penal de 1924 en el segundo párrafo del artículo 87 (vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1749). Una particular diferenciación ofrece VELTEN, *Normkenntnis*, p. 266 y ss., en referencia a las normas de obediencia, las cuales se admiten sobre todo en ámbitos profesionales y en las que se legitima la pena si el autor hubiese podido reconocer en la situación de acción la finalidad del deber correspondiente.

[2358] Así, en concreto, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 158.

[2359] Vid., así, WELZEL, JZ 1956, p. 241. Similarmente, GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 90 y s.; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 161.

para su integración en sociedad. Sin embargo, en el caso de los delitos cuya prohibición penal no se muestra como evidente en la interrelación social, la falta de conocimiento del ordenamiento jurídico-penal puede aceptarse también en caso de sujetos socialmente integrados si es que existe una complejidad de la estructuración de las leyes o sucesivas remisiones legales que hacen inmanejable para un ciudadano diligente el conocimiento de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico-penal^[2360]. En estos casos, es el propio sistema penal el que debe cargar con su complejidad, de manera tal que podrá levantarse la imputación del conocimiento de la normativa penal y, por consiguiente, liberar al ciudadano de responsabilidad penal. Por lo general, estos casos de excesiva complejidad en las técnicas legislativa se presentan en el ámbito del llamado Derecho penal accesorio.

En la doctrina penal se ha discutido si la capacidad de conocer el ordenamiento jurídico-penal debe considerarse un aspecto de la imputabilidad^[2361] o si se trata de otro elemento de la culpabilidad^[2362]. Los que sostienen lo primero señalan que quien no conoce el orden jurídico debe ser tratado como un inimputable, en la medida que no tiene la capacidad de comprender el sentido de su hecho. Para los segundos se trataría de un supuesto de error, generado por la falta de conocimiento de la normatividad penal. Este desconocimiento se sustentaría en la falta de integración del sujeto al esquema de valores que rige en la sociedad. La regulación expresa de un supuesto de error por razones culturales en el artículo 15 del CP (el llamado error culturalmente condicionado), daría respaldo legal a la opinión de que la capacidad de conocer el ordenamiento jurídico-penal constituye un aspecto del conocimiento exigido como elemento de la culpabilidad distinto de la imputabilidad.

3. La exigibilidad de otra conducta

La exigibilidad de otra conducta, como elemento de la culpabilidad, se constituye a partir de la idea de que una conducta delictiva solamente

^[2360] Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, I, p. 641 y ss.

^[2361] Así, consideran la clásica inimputabilidad como déficit que afecta también la conciencia sobre el injusto WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 153; KAUFMANN, Armin, *FS-Eb. Schmidt*, p. 322; GROTEGUTH, *Norm- Verbots(un)kenntnis*, p. 22.

^[2362] Sobre la necesidad de una diferenciación conceptual entre los supuestos de error de prohibición y los casos tradicionales de inimputabilidad, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 68 y s.; RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 170 y s.

puede reprochársele al autor si éste contaba con un grado de resistencia personal que le habría llevado a no cometer el delito. En la actualidad este elemento de la culpabilidad es entendido como una situación de motivación normal que le permite al autor actuar de manera conforme al ordenamiento jurídico-penal^[2363]. No obstante, queda claro que no es la verificación de esta situación interna la que permite afirmar la exigibilidad de otra conducta^[2364], sino la normalidad de las circunstancias en las que el autor actúa. En este orden de ideas, no basta con que el autor pueda físicamente actuar conforme a Derecho, sino que es necesario además que, dadas las circunstancias específicas, le pueda ser exigido un comportamiento acorde con el ordenamiento jurídico como alternativa de comportamiento.

V. La ausencia de culpabilidad

A partir de los elementos constitutivos de la culpabilidad, se pueden sistematizar los supuestos en los que falta la culpabilidad del autor y, por lo tanto, decae la imputación del injusto penal. Así, hablaremos primero de los casos de inimputabilidad, luego del error de prohibición y finalmente de los casos de inexigibilidad de otra conducta.

1. La inimputabilidad

La inimputabilidad es una causa de exclusión de la culpabilidad que se presenta cuando quien realiza el injusto penal no reúne las condiciones para ser sujeto de una imputación penal. La exclusión de la culpabilidad se sustenta en la falta de idoneidad del agente de poder comunicar, mediante sus actos, un hecho penalmente relevante^[2365]. Los supuestos que se califican como supuestos de inimputabilidad se ordenan en dos grandes grupos.

Por un lado, está el caso de los menores de edad, a quienes se les excluye de culpabilidad debido a que no tienen la suficiente madurez o experiencia como para poder sopesar el orden jurídico-penal y actuar responsablemente en el ámbito social (artículo 20 inciso 2 del CP). Debe quedar

[2363] Vid., así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L20/50; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 638.

[2364] En este sentido, JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 17, n.m. 54, sostiene que en la exigibilidad no importa sólo la situación psíquica en el instante del hecho.

[2365] Como lo dice JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 17, n.m. 48: "Falta un sujeto capaz de responder a una interpelación".

claro que la imputabilidad penal por razón de la edad constituye una condición determinada normativamente, por lo que no depende de situaciones particulares. En este sentido, la imputación penal igualmente decaerá aun cuando en el caso concreto el menor de edad sea consciente de la lesividad social de su comportamiento. Se ha dicho, en este orden de ideas, que son razones de seguridad jurídica las que disponen que mientras el agente no sea mayor de edad no hay manera de sustentar una imputación penal en su contra^[2366]. Para el tratamiento de los actos socialmente perturbadores de los menores de edad se cuenta con el llamado Derecho Penal del menor que tiene en el Código del Niño y el Adolescente sus principales criterios legales de regulación.

La incompetencia para negar el orden jurídico-penal se presenta, por otro lado, en el caso de las personas con problemas de salud que no reúnen las condiciones físicas y mentales para percibir la realidad, comprenderla y actuar conforme a esa comprensión^[2367]. Se trata de enfermedades o situaciones de pérdida de las capacidades personales mínimas para poder recibir una imputación penal. El Código Penal regula los supuestos de esta causa de exclusión de la culpabilidad en el artículo 20 inciso 1, mencionando expresamente la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia y las alteraciones de la percepción.

Antes de entrar en el análisis de cada una de las causas de inimputabilidad por razones de salud expresamente previstas en el Código Penal, cabe hacer algunas precisiones generales. Para que las causas expresamente reguladas por el Código penal eximan de responsabilidad penal, éstas deben afectar gravemente el concepto de la realidad del autor, su capacidad de comprender el carácter delictivo de su hecho o de determinarse conforme a esta comprensión. A diferencia de la minoría de edad, este grupo de supuestos de falta de imputabilidad penal se determina en cada caso, teniendo en consideración el análisis empírico que ofrece la ciencia médica correspondiente. No obstante, lo determinante para afirmar si el sujeto ha perdido la capacidad de imputación, no es el informe de los peritos médicos consultados, sino la valoración que hace el juez penal para determinar si, dadas las condiciones de salud expuestas por los peritos, el sujeto ha perdido el concepto de la realidad, la comprensión del carácter antijurídico

^[2366] Vid., VILLA STEIN, *La culpabilidad*, p. 56.

^[2367] JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 18, n.m. 3.

de su hecho o la capacidad de determinarse conforme a dicha comprensión^[2368]. La determinación de esta condición de la imputación penal en cada caso, permite que se considere posible atenuar incluso la pena cuando se da el estado de anormalidad, pero no se excluyen totalmente las capacidades antes mencionadas, recurriendo para ello al artículo 21 del CP.

Por otra parte, hay que señalar, de manera general, que si bien la formulación legal de los casos de inimputabilidad por razones físicas o psíquicas tiene un carácter amplio que permitiría, en principio, abarcar las distintas circunstancias que se planteen, resulta en principio posible aplicar analógicamente esta regulación legal a todo supuesto de déficit constitutivo del agente que impida su acoplamiento con el orden normativo^[2369]. No hay ninguna objeción desde el punto de vista de los principios jurídico-penales para excluir la analogía en este ámbito de la imputación penal. No sólo no se trata de una analogía prohibida (*in malam partem*), sino que negarlo, por el contrario, podría significar una afectación al principio de culpabilidad^[2370].

A. La anomalía psíquica

Por anomalía psíquica se entiende los trastornos mentales serios originados por causas corporales-orgánicas de carácter patológico^[2371]. Este estado psíquico defectuoso no se limita a los trastornos de la actividad intelectual, sino a todos los ámbitos psíquicos^[2372]. Con esta formulación legal tan amplia se intenta abarcar, de manera genérica, las diferentes manifestaciones anormales de la siquis^[2373]. Dentro del término "anomalía psíquica" se engloban las psicosis, las oligofrenias, las psicopatías y las neurosis^[2374].

[2368] Así, respecto del método psicológico-normativo, JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 18, n.m. 3: "Lo psicológico se refiere a los estados (...) Lo normativo se refiere a la capacidad, ésta no es un estado psíquico, sino una atribución". Con consideraciones críticas, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 2. En la doctrina nacional, sobre este método en relación con los pronunciamientos de la Corte Suprema de la República, PEÑA TERREROS, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3, Septiembre de 2009, p. 75 y s.

[2369] Por el contrario, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 18, n.m. 7, considera que la amplitud de la formulación hace innecesario discutir la posible aplicación analógica.

[2370] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 7.

[2371] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 8.

[2372] Así, JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 18, n.m. 8.

[2373] Así, GALVÁN RAMOS, *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 96.

[2374] Vid., GALVÁN RAMOS, *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 97.

Las psicopatías son propiamente las enfermedades mentales y se clasifican en endógenas y exógenas. Las primeras son originadas por el propio organismo del enfermo, tales como la esquizofrenia, la paranoia, la ciclotimia o demencia maniaco-depresiva^[2375]. Las segundas son aquellas que penetran al organismo desde fuera, cuyo origen puede ser traumático (por lesiones cerebrales), por intoxicación (debido al consumo de drogas o alcohol) o por infección como la parálisis progresiva, las dolencias convulsivas orgánico-cerebrales y los casos de desintegración de la personalidad con base orgánico-cerebral como la arteroesclerosis o la atrofia cerebral^[2376].

Las oligofrenias son estados de debilidad intelectual congénita o adquirida en los primeros años de vida^[2377]. Esta anomalía síquica se clasifica, en función del grado de debilidad intelectual, en tres clases: la debilidad mental, la imbecilidad y la idiocia. La primera es el grado más ligero de oligofrenia, la cual permite la terminación de los estudios escolares, pero muy difícilmente el aprendizaje de una profesión. La segunda es el grado medio de afectación a la capacidad intelectual del enfermo que le impide el desarrollo de una vida independiente. Finalmente, la idiocia es el grado más severo de oligofrenia que no permite ni siquiera el aprendizaje del lenguaje^[2378].

La demencia supone igualmente una situación de debilidad mental, pero, a diferencia de la oligofrenia, no se debe a razones congénitas o adquiridas en los primeros años, sino a la pérdida de las facultades que posee un cerebro ya desarrollado^[2379]. Se produce así un deterioro progresivo del conjunto de las funciones intelectuales como la memoria, la atención, el juicio y la capacidad de razonamiento, lo que produce evidentemente trastornos de la conducta. Las causas principales de la demencia son las de carácter degenerativo (como el Alzheimer o la enfermedad de Parkinson), pero también las que tienen un origen cardiovascular (derrames cerebrales).

Las psicopatías son anormalidades del carácter de naturaleza constitucional o heredada que merman notablemente la capacidad de vida social en común^[2380]. El padecimiento no es de tipo intelectual, sino de naturaleza

[2375] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 12.

[2376] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 9.

[2377] Vid., PEÑA TERREROS, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3, Septiembre de 2009, p. 79.

[2378] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 21 y s. En la doctrina nacional, igualmente, GALVÁN RAMOS, *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 98.

[2379] Vid., GALVÁN RAMOS, *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 98.

[2380] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 24.

afectiva y volitiva. En la doctrina penal se destaca que la psicopatía no es propiamente una enfermedad, sino una anormalidad de la personalidad que desconecta permanentemente al sujeto del entorno^[2381]. A partir de esta idea, se discute si se puede considerar una causa de inimputabilidad o no. En la jurisprudencia de los tribunales penales españoles, las psicopatías se han tratado como una eximente incompleta, pues el sujeto no estaría privado de la capacidad de culpabilidad^[2382]. En la doctrina penal, por el contrario, se admite que las psicopatías, aunque no sean una enfermedad como la psicosis, puedan dar lugar a una situación de inimputabilidad, siempre que sean de tal intensidad que mermen la asequibilidad normativa del sujeto^[2383].

Las neurosis constituyen anomalías de conducta adquiridas y, a menudo, susceptibles de tratamiento que se presentan como reacciones episódicas anormales^[2384]. Estas anomalías se derivan directamente de una causa psíquica no somática que llevan a una reacción anormal ante algunas experiencias de la vida^[2385]. Si bien cabe distinguir conceptualmente las neurosis de las psicopatías en cuanto al origen de la anormalidad de la personalidad, para el Derecho Penal esta distinción no es decisiva, pues de lo que se trata es de determinar si su incidencia sobre la personalidad es tal que excluye el acceso cognitivo del individuo a la norma penal.

B. La grave alteración de la conciencia

Dentro de la causa de inimputabilidad de la grave alteración de la conciencia, se agrupan los casos en los que el autor actúa sin una correspondencia subjetiva respecto de lo que sucede en la realidad. No se trata de una situación de inconsciencia, sino de una reducción sustancial del grado de conciencia para mantener un contacto adecuado con la realidad. Se trata de supuestos que no tienen un origen patológico, sino que se presentan respecto de personas psicológicamente normales^[2386]. Cabría mencionar,

[2381] Así, VILLA STEIN, *La culpabilidad*, p. 97; GALVÁN RAMOS, *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 98.

[2382] Vid., CEREZO MIR, *Derecho Penal*, PG, p. 824.

[2383] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 26.

[2384] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 24.

[2385] Vid., GALVÁN RAMOS, *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 98.

[2386] Similarmente, HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1683. Por el contrario, admite que las causas de grave alteración de la conciencia puedan tener un trasfondo patológico, GALVÁN RAMOS, *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 99.

por ejemplo, los trastornos producidos por el consumo de alcohol o drogas, los debidos al agotamiento, la fatiga, el pánico, las acciones bajo hipnosis, los estados posthipnóticos, así como determinadas formas de estado pasional^[2387]. Es importante destacar la exigencia legal de que estas alteraciones de la conciencia sean graves, lo que significa que debe ser de tal intensidad que se suprima la estructura psíquica del afectado^[2388].

C. Las alteraciones de la percepción

Por alteraciones de la percepción deben entenderse los defectos físicos que impiden una adecuada representación sensorial de la realidad^[2389]. Como defectos físicos pueden mencionarse, por ejemplo, los sordomudos, los ciego-sordos o los ciego-mudos^[2390]. Las alteraciones de la percepción que tienen su origen en trastornos psíquicos se pueden incluir, por el contrario, en los dos supuestos anteriormente mencionados. Algunos autores sostienen que la alteración de la percepción debe producir una anomalía psíquica, por lo que la regulación expresa de este supuesto no se justifica dada la existencia de una causa de inimputabilidad general de anomalía psíquica^[2391].

2. El error de prohibición

El error de prohibición tiene lugar cuando no es posible imputar al autor el conocimiento de la normativa jurídico-penal. En estos casos, el autor no cuenta con un elemento esencial para dotar de sentido jurídico-penal a su actuación, pues solamente el que conoce un orden normativo puede tomar posición en relación con dicho orden^[2392]. No se trata del error sobre el carácter antijurídico del hecho (*error iuris*), pues, tal como se vio, este supuesto de error excluye el dolo y se ubica a nivel del injusto. Se trata del desconocimiento del orden jurídico-penal (*ignorantia legis*), el cual se mueve en el plano de la categoría de la culpabilidad.

[2387] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 13; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 603.

[2388] En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 20, n.m. 13.

[2389] Similarmente, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1687; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 606.

[2390] Vid., GALVÁN RAMOS, *Actualidad Jurídica* T. 196, marzo de 2010, p. 100.

[2391] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1689.

[2392] Sobre la relatividad de la norma penal en atención a la cultura correspondiente, HASSEMER, *FS-E.A. Wolff*, p. 104.

El planteamiento precedente del error de prohibición no se corresponde con la concepción dominante, pues se limita únicamente a ciertos supuestos excepcionales de ignorancia del ordenamiento jurídico-penal. Esta vinculación con la ignorancia del derecho no debe llevar, sin embargo, a calificar nuestra propuesta como un retorno a la vieja clasificación del error: error de derecho y error de hecho^[2393]. El error de derecho defendido por el RG alemán se encontraba referido a un hecho concreto^[2394], mientras que la interpretación propuesta del error de prohibición alude a un desconocimiento del Derecho atribuido a la persona sin referencia al hecho concreto^[2395]. Por esta razón, se mantiene la bipartición "error de prohibición/error de tipo", aunque debe reconocerse que con un contenido distinto al que tradicionalmente se le asigna^[2396]. Si bien nuestro Código Penal en el artículo 14 ha seguido de alguna forma la interpretación dominante del error de prohibición y error de tipo^[2397], entendemos que tampoco se opone categóricamente a otra forma de in-

[2393] Esta clasificación del error fue utilizada por los antiguos tribunales alemanes (vid., sobre este rechazo general, por todos, BAUMANN, *Strafrecht*, AT, p. 420 y s.), aunque un sector minoritario de la doctrina penal actual destaca su plausibilidad (PUPPE, en *El error*, p. 137). Algunos autores sostienen que la clasificación actual de error de tipo/error de prohibición se mantiene en la misma línea de interpretación del error del RG, MAYER, H., *MDR* 1952, p. 392; SCHMIDHÄUSER, *JZ* 1979, p. 361 y ss.

[2394] Sobre la interpretación del RG, vid., KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 48; FRISCH, en *El error*, p. 17 y ss.

[2395] Más cercanos nos encontramos, por ello, a la clasificación de SAVIGNY, *System*, III, p. 327: "El error de derecho tiene por objeto el contenido de una regla jurídica, esto es, el derecho objetivo; el error de hecho se refiere a los hechos jurídicos, es decir, a las condiciones reales de aplicación de una regla jurídica".

[2396] Sobre la necesidad de una comprensión normativa del error, MANSO PORTO, *RPCP* 12, p. 73 y ss. No obstante, debemos advertir que los defensores de la normativización del error consideran conveniente que la norma que regula el error permita un manejo de las consecuencias jurídicas en los supuestos de error (atenuación facultativa) que posibilite dejar de lado los supuestos de ceguera (vid., JAKOBS, *Sociedad norma y persona*, p. 55 y s.; LESCH, *JA* 1996, p. 351; MANSO PORTO, *Desconocimiento*, p. 48). Esta solución me parece, sin embargo, contradictoria, pues si se asume una comprensión normativa del error, no tiene por qué partirse de una comprensión psicológica del error que luego deba ser corregida normativamente en las consecuencias. Si el error es definido en clave normativa, entonces no interesa lo que el autor conoció psicológicamente, sino que el ordenamiento jurídico considera que hubo un error relevante y, por tanto, aplica la consecuencia jurídica pertinente. Los supuestos de ceguera no constituyen un supuesto de error jurídico-penalmente relevante y, por tanto, no debe discutirse siquiera la posibilidad de una disminución de la pena.

[2397] Así ARMAZA GALDÓS, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, 1993, p. 51, que incluso refiere que se asume la teoría estricta de la culpabilidad.

interpretar el contenido del error^[2398]. Hay que admitir ciertamente que se recurre a una interpretación que fuerza de alguna manera la redacción del artículo 14 del CP, pero consideramos que este proceder resulta dogmáticamente más correcto que ofrecer soluciones ajustadas a la letra de la ley, aunque con claras incoherencias internas^[2399]. El error de prohibición constituye un desconocimiento del ordenamiento jurídico-penal que no puede imputarse al autor.

A. La vencibilidad del error

La consecuencia jurídica de afirmar una situación de error de prohibición no es, sin embargo, la exoneración de responsabilidad, pues ese error debe pasar todavía por el filtro normativo de la vencibilidad. En este sentido, solamente el error de prohibición que resulta invencible para el autor le libera de responsabilidad penal, mientras que el error vencible autoriza todavía a la imposición de una sanción penal aunque con un mandato de atenuación de la pena, tal como se desprende del tenor del artículo 14 segundo párrafo del CP. Parte de la doctrina ha utilizado para estos casos el criterio de la culpa o imprudencia ante el derecho (*Rechtsfahrlässigkeit*), el cual constituye un criterio normativo que centra su atención en la relación entre el autor y las normas jurídicas^[2400].

B. Formas de error de prohibición

La doctrina penal divide el error de prohibición en diversas formas de error. Esta diferenciación de los supuestos no tiene efectos meramente clasificatorios, sino que permite establecer ciertas particularidades que repercuten finalmente en el tratamiento de cada una de estas formas de error de prohibición.

^[2398] En el mismo sentido respecto de la regulación en el Código Penal Alemán SAUER, *ZStW* 69 (1957), p. 10; OTTO, *ZStW* 87 (1975) p. 595; LANGER, *GA* 1976, p. 214; SCHÜNEMANN, H., *NJW* 1980, p. 738; GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 87. Sobre la poca relevancia de las cuestiones terminológicas en la denominación del error MANSO PORTO, *RPCP* 12, p. 70.

^[2399] En este mismo sentido, SCHMIDHÄUSER, *JZ* 1979, p. 369, para interpretar la regulación positiva del error en el Código Penal Alemán.

^[2400] Vid., con mayor detalle, LANGE, *JZ* 1956, p. 73 y ss.; ZACZYK, *JuS* 1990, p. 892 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 458; TIMPE, *GA* 1984, p. 69; NIETO MARTÍN, *Conocimiento*, p. 112; TORÍO LÓPEZ, *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*, p. 330 y ss. Crítico ante la viabilidad dogmática de este concepto, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewusstsein*, p. 74 y ss.

a. Error de prohibición directo

El error de prohibición directo es aquél que se produce cuando el autor desconoce la existencia de la prohibición penal^[2401]. Este desconocimiento lleva a que el autor desconozca luego el carácter antijurídico de su hecho, por lo que se presentaría una superposición con el error sobre el carácter antijurídico del hecho, el cual ha sido ubicado en el ámbito de la imputación subjetiva del injusto. Ante esta situación, se precisa de una delimitación conceptual que permita asignar las distintas consecuencias jurídicas para el tratamiento del error.

Es cierto que todo desconocimiento de la prohibición penal trae como consecuencia forzosa el error sobre el carácter antijurídico del hecho, pero no toda evaluación errónea sobre el carácter antijurídico del hecho presupone un desconocimiento de la prohibición penal. Esta situación sucede en el caso de errores de subsunción de una conducta en el ámbito de prohibición de la norma penal. Este error será mucho más plausible cuando la tipificación penal recurre a conceptos indeterminados o cláusulas generales cuyo alcance puede ser razonablemente entendido de modo distinto por el autor.

El ejemplo típico de esta forma de error de prohibición es el del ciudadano árabe que contrae segundas nupcias en el Perú sin conocer la prohibición penal de la bigamia. El autor actúa con desconocimiento de la prohibición penal de celebrar segundas nupcias sin haber disuelto previamente el vínculo matrimonial derivado del primer compromiso. Para saber si esta situación de error exonera de responsabilidad o solamente la atenúa, habrá que determinar si la situación de desconocimiento fue vencible o no. Es evidente que podrá alegarse que este caso también es un error de prohibición, pero dado que la causa de dicho error reside en la falta de acceso cognitivo del autor al ordenamiento jurídico, entonces este caso debe tratarse como un caso de error de prohibición en sede de culpabilidad.

b. Error de prohibición indirecto

El error de prohibición indirecto tiene lugar respecto de la existencia y alcance de una regulación permisiva que levantaría la prohibición pe-

[2401] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 617.

nal^[2402]. En estos casos, el autor cree actuar amparado bajo una causa de justificación, lo cual no resulta cierto en los hechos. Por ejemplo, el padre que castiga corporalmente a sus hijos bajo la creencia de que su poder disciplinario le autoriza a dicho castigo, o los estudiantes que destruyen las cosas que encuentran durante su marcha como parte de un supuesto derecho a manifestarse.

Respecto de esta forma de error de prohibición un sector importante de la doctrina penal considera que no necesariamente en todos los casos cabe afirmar el dolo y decidir la imputación penal en el ámbito de la culpabilidad. En efecto, se discute si el llamado error sobre los elementos fácticos u objetivos de una causa de justificación, tales como la existencia de una agresión efectiva en la legítima defensa o la situación de peligro en el estado de necesidad, constituye realmente un error de prohibición o no. Por ejemplo: Una persona asume incorrectamente que otra persona que se le acerca va a agredirlo y procede a lesionarlo con la finalidad de defenderse. Los defensores de la llamada teoría estricta de la culpabilidad se mantienen en la idea de que se trata de un error de prohibición. Pero esta solución resulta altamente discutible, pues el error del autor recae sobre un defecto de percepción al igual que el error de tipo. A partir de esta idea, se ofrecen en la doctrina penal diversos correctivos a la teoría de la culpabilidad, dando origen a distintas formas atemperadas de la teoría de la culpabilidad que coinciden en entender que estos casos de error deben tratarse como un error de tipo.

Sin entrar a discutir las particularidades de las distintas propuestas de atemperación de la teoría de la culpabilidad, el hecho es que desde la concepción aquí defendida todos los casos son supuestos de error sobre el carácter antijurídico del hecho, por lo que deben tratarse en la imputación subjetiva a nivel del injusto penal. El error no se deriva de una falta de acceso cognitivo al orden jurídico-penal, sino de una incorrecta determinación del carácter prohibido del hecho por defectos de percepción o valoración. En consecuencia, el error de prohibición indirecto no sería un error de prohibición en el sentido que le hemos dado, sino de un error sobre el carácter prohibido del hecho que excluye, más bien, el dolo.

^[2402] Vid., VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 618; HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1766.

c. *El error de validez*

El error de validez se presenta cuando el autor conoce la prohibición penal, pero considera que dicha prohibición no es válida^[2403]. Las razones en las que se puede basar esta suposición de falta de validez pueden ser de diverso orden, así, por ejemplo, por entender que es ilegítima o que ha sido derogada. No obstante, debe quedar claro que la validez no se puede sustentar en un cuestionamiento moral, religioso o de conciencia a la ley aprobada^[2404], sino que tiene que existir datos objetivos que podrían hacer pensar que la ley penal no tendría validez. Hay que tener presente que la presunción de constitucionalidad que tiene toda ley expedida conforme a los procedimientos legalmente previstos, lleva a reducir el margen para admitir un supuesto de error penalmente relevante en estos casos. En consecuencia, la admisión de esta forma de error de prohibición resulta muy excepcional.

d. *El error culturalmente condicionado*

El error culturalmente condicionado se encuentra regulado en el artículo 15 del CP y tiene lugar cuando el que comete un hecho punible no puede comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión por su cultura o costumbres^[2405]. En la doctrina penal se diferencian dos modalidades de condicionamiento que darían lugar a la figura contenida en el artículo 15 del CP: por un lado, el condicionamiento por la cultura que afectaría la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de actuar conforme a esa comprensión (el error culturalmente condicionado propiamente dicho); y, por el otro, el condicionamiento derivado de la costumbre que reduciría la capacidad de internalizar la antijuridicidad de la conducta (la llamada conciencia disidente)^[2406]. A nuestro entender, el artículo 15 del CP se limita a los supuestos referidos a cuestiones de carácter cultural, sean valores o costumbres culturales^[2407]. Los casos de conciencia disidente deben abordarse en el ámbito de la actuación por razones de conciencia que, como se verá, se enmarca en las situaciones de inexigibilidad.

[2403] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 21, n.m. 24.

[2404] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 21, n.m. 24.

[2405] CASTRO CORNEJO, *El error en el Derecho penal*, p. 119.

[2406] Así, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 624.

[2407] Rechaza igualmente que el artículo 15 del CP abarque el supuesto de conciencia disidente, VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 458.

En la doctrina penal se discute cuál es la naturaleza jurídico-penal del llamado error culturalmente condicionado. Algunos autores sostienen que, aun cuando se hable de un error, se trata, en realidad, de un supuesto de inimputabilidad, pues se parte de que el autor no poseería las condiciones personales necesarias para actuar conforme a Derecho^[2408]. Si bien la falta de comprensión derivada de condicionamientos culturales afecta la capacidad del sujeto para realizar una comunicación jurídico-penalmente relevante, este déficit no es equiparable a los derivados de razones de salud física o mental, sino que se debe a una integración cultural divergente. En consecuencia, resulta más adecuado sostener que el error culturalmente condicionado es propiamente un supuesto de error y no una causa de inimputabilidad.

Dentro de los que sostienen que se está ante un supuesto de error, hay divergencias a la hora de precisar si se trata de un supuesto de error de prohibición o, más bien, de un error especial. A favor de este último parecer se podría alegar que la regulación diferenciada del error culturalmente condicionado en el artículo 15 del CP, llevaría a la conclusión sistemática de que se trata de un supuesto de error distinto al error de prohibición regulado en el segundo párrafo del artículo 14 del CP. A ello cabría agregar que de la propia exposición de motivos se desprende que el legislador penal le dio al error de prohibición un carácter independiente al calificarlo como "*una forma especial de error*". Pese a estos argumentos de orden sistemático e histórico, un sector de la doctrina penal señala que la estructura del error culturalmente condicionado es igual a la de un error de prohibición, con la particularidad de que el desconocimiento tiene su origen en la cultura o en costumbres del autor^[2409]. Por lo tanto, la autonomía regulativa del error culturalmente condicionado se explica únicamente en lo que causa el error de prohibición, pero no en una naturaleza distinta.

A nuestro entender, el error culturalmente condicionado es una forma de error que puede ser de tipo o de prohibición. Si los condicionamientos culturales impiden el acceso al conocimiento de las prohibi-

[2408] Así, HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1708; MEINI, *Imputación y responsabilidad penal*, p. 83; CASTRO CORNEJO, *El error en el Derecho penal*, p. 129.

[2409] De esta opinión, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 625. Por su parte, VILLA STEIN, *Derecho Penal*, PG, p. 457, señala que se trata de un supuesto de desconocimiento de la antijuridicidad antes que de una clase de error de prohibición, pero no se precisa cuál es la diferencia entre ambos tipos de error.

ciones penales (por ejemplo, por razones de aislamiento étnico o por barreras idiomáticas), entonces el error culturalmente condicionado será un error de prohibición en sentido estricto. Si, por el contrario, los condicionamientos culturales no impiden el acceso a la prohibición penal, sino que influyen en la comprensión del hecho como antijurídico o en la capacidad de asumir dicha comprensión en el proceder concreto, entonces el error será de tipo. Por ejemplo, si razones culturales no le permiten al autor calificar como obscena su actuación o hacen que no sigan la prohibición absoluta de mantener relaciones sexuales con menores de 14 años. Lo particular del error culturalmente condicionado no está, por lo tanto, en una estructura distinta al error de tipo o de prohibición, sino en la asunción de un criterio más laxo para admitir una situación de error, lo que justifica que se haya hecho una regulación diferenciada. En efecto, el error culturalmente condicionado no parte de un ciudadano integrado socialmente, sino de una persona que, por su pertenencia a ámbitos culturales con parámetros divergentes, no está en capacidad de poder conocer o asumir la prohibición penal.

D. El error de prohibición en los delitos culposos

La ubicación del error de prohibición en el plano de la culpabilidad ha llevado a plantear el tema de si cabe un error de prohibición también en los delitos culposos^[2410]. Si es que el autor no tiene acceso cognitivo a la normativa penal que prohíbe la realización de un delito culposo, entonces podrá admitirse también un error de prohibición en los delitos culposos. Por ejemplo, el ciudadano de un país en el que los homicidios culposos no se sancionan penalmente sino que se solucionan con estrictas reglas indemnizatorias, viene de turismo a nuestro país y atropella negligentemente a otra persona produciéndole la muerte. En este caso, podrá sostenerse la ausencia de un conocimiento de la prohibición penal de la producción culposa de la muerte, lo que en caso de ser invencible producirá un decaimiento de la responsabilidad penal, mientras que si es vencible se mantendrá la imputación a título de culpa con la atenuación correspondiente.

[2410] Vid., con mayores referencias, ARZT, *ZStW* 91 (1979), p. 857 y ss.; DONATSCH, *SchwZStr* 102 (1985), p. 43 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 19, n.m. 34; NEUMANN, *NK* § 17, n.m. 86 y ss. En el sentido de negar importancia al error de prohibición en los delitos culposos, LÖW, *Erkundigungspflicht*, p. 235 y ss.

3. Situaciones de inexigibilidad

La culpabilidad del autor se puede descartar también si, en el contexto específico de actuación, no se le puede exigir actuar conforme a Derecho. Si bien al autor cuenta en estos casos con cierto margen de actuación, el ordenamiento jurídico decide no someterlo a sus parámetros de actuación. Este razonamiento podría levantar la sospecha de que la inexigibilidad es producto de cierto decisionismo del legislador, pero lo cierto es que no constituye una decisión puramente política, sino que debe sustentarse en la idea de hasta dónde el Derecho resulta vinculante para una persona. La inexigibilidad parte de la idea de que en el caso concreto pueden presentarse ciertas situaciones excepcionales que levantan la obligatoriedad del Derecho, ya que el cumplimiento de lo legalmente dispuesto significaría una afectación a aspectos existenciales del autor. Esta situación especial hace que no resulte razonable reprochar al autor haber actuado en el caso concreto en contra de la norma penal.

A. Exceso en la legítima defensa

Un supuesto de inexigibilidad de otra conducta se presenta en el caso de reacciones excesivas realizadas en el contexto de una situación de legítima defensa^[2411]. Si la defensa del agredido se mueve en el marco de las condiciones de regularidad de la defensa, la acción defensiva se encontrará justificada, no siendo necesario entrar en el plano de la culpabilidad. No obstante, si el agredido recurre a una defensa excesiva (irracional), el exceso no podrá encontrar justificación alguna, por lo que no habrá más remedio que calificarlo de ilícito. Este exceso en la legítima defensa puede ser intensivo, cuando el agredido se defiende de modo desproporcional, o extensivo, cuando se defiende antes de que tenga realmente la agresión o después de que ésta se ha producido^[2412].

Pese al carácter antijurídico del exceso en la legítima defensa, el ordenamiento jurídico entiende que no se le puede exigir a una persona sometida a las circunstancias de una agresión ilegítima que realice una ponderación exacta de la racionalidad y oportunidad de su defensa. En este orden de ideas, si el exceso en la legítima defensa se debe a un estado pasional

^[2411] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 28.

^[2412] Vid., así, HURTADO POZO/PRADO Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1812.

asténico (ofuscación, miedo, temor^[2413]) que suscita la agresión ilegítima, no cabrá afirmar un injusto culpable. Al agredido no se le puede reprochar haberse excedido en su acto de defensa, sino que cabrá que la víctima asuma como riesgo de la vida el exceso en los estados generados por su actuación responsable^[2414].

Lo anteriormente indicado no debe llevar a la conclusión equivocada de que todo exceso en la legítima defensa constituye una situación de inexigibilidad de otra conducta. Si el agredido doblega completamente al agresor y procede a darle un escarmiento por su intento de agresión, no cabrá tratar este caso como un supuesto de inexigibilidad de otra conducta. Solamente en los casos en los que la situación excepcional de una agresión ilegítima no le permite al agredido ponderar adecuadamente la intensidad de su defensa, podrá admitirse un supuesto de inexigibilidad y, por lo tanto, exonerarlo de responsabilidad penal por el exceso. Si el agredido mantuvo en el caso concreto la capacidad de ajustar su defensa a la intensidad de la agresión, entonces sí le será exigible actuar en el marco que le impone la racionalidad de la defensa.

B. Estado de necesidad exculpante

a. Concepto y fundamento

El estado de necesidad exculpante tiene como contexto situacional un peligro actual que amenaza la vida, la integridad corporal o la libertad de una persona^[2415]. Esta amenaza debe darse en una situación tal que no exista más alternativa que la realización de un hecho antijurídico para evitar su concreción en una lesión. Si quien realiza el hecho antijurídico para alejar el peligro es el propio afectado o una persona estrechamente vinculada con el afectado, entonces las circunstancias excepcionales producirán un efecto exculpatario. Como puede verse, el ordenamiento jurídico no exige un deber de tolerar la materialización del peligro antes descrito, por lo que la

[2413] Vid., así, la diferenciación que hace JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 29, de los estados pasionales asténicos como la ofuscación, el miedo o el terror frente a los estados pasionales esténicos como la ira, el furor, etc. Sin embargo, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 71, precisa que no basta esta situación pasional especial, sino que hay razones de prevención general que fundamentan la inexigibilidad en caso de exceso en la legítima defensa.

[2414] Similarmente, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 28.

[2415] Vid., HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1804.

realización del hecho antijurídico para alejar el peligro no podrá dar lugar a un juicio de reproche con el que sustentar la culpabilidad^[2416]. Un deber de tolerancia surge, por el contrario, si existe una particular relación jurídica que le obliga a aceptar o soportar el peligro, o si el afectado ha causado previamente el peligro (artículo 20 inciso 5 del CP *in fine*)^[2417]. En estos casos, la realización del hecho antijurídico destinado a alejar el peligro podrá imputársele culpablemente a su autor, pues el ordenamiento impone la obligación de asumir el peligro.

El efecto exculpatario del estado de necesidad exculpante se ha procurado fundamentar desde distintas perspectivas. El punto de partida común es que el que actúa en situación de necesidad pudo haber actuado de otra forma, esto es, asumiendo para sí o para la persona con la que está estrechamente vinculada un deterioro en bienes jurídicos esenciales. Por lo tanto, la razón de la exculpación no puede encontrarse en que el agente no tuvo otra alternativa de actuación, sino en alguna razón para no reprocharle una actuación antijurídica que evita afectaciones de carácter existencial. Al respecto se han ensayado diversas propuestas.

Un sector de la doctrina penal considera que en el estado de necesidad exculpante se produce una doble reducción de la culpabilidad en razón de la presión anímica del agente y la preservación de un bien jurídico valioso^[2418]. Sin embargo, esta fundamentación no resulta del todo satisfactoria, pues deja sin piso diversos supuestos como la tentativa fallida de salvación^[2419]. Por esta razón, se ha creído conveniente sustentar la exclusión de la culpabilidad a partir de los fines de la pena, lo que se ha hecho desde dos líneas de interpretación distintas. Por un lado, cierto sector de la doctrina penal considera que el hecho antijurídico cometido en situación de necesidad exculpante, no necesita ser penado por razones de prevención general y especial de la pena^[2420]. Dado que no se trata de un contexto normal de actuación, no se requiere que la norma penal despliegue sus efectos motivatorios^[2421]. Por otro lado, en la doctrina penal se defiende también

[2416] Resuelve el estado de necesidad exculpante con el criterio de la exigibilidad, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 271 y ss.

[2417] Sobre estos supuestos, en los que se mantiene la competencia por la situación de peligro, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 12 y ss.; TIMPE, *JuS* 1985, p. 35 y ss.

[2418] Vid., WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 178 y s.

[2419] Así la crítica de ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 9.

[2420] En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 11.

[2421] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 6.

un parecer que no centra el fundamento de la exculpación en el proceso de motivación, sino en el tratamiento social de la situación de necesidad. La solución del estado de necesidad mediante un hecho antijurídico no resulta imputable culpablemente a quien realizó dicho hecho, sino a la fatalidad^[2422].

En nuestra opinión, el efecto exculpatorio del que actúa amparado en un estado de necesidad exculpante no se fundamenta en un déficit motivacional^[2423], pues el autor siempre puede motivarse conforme a la norma aceptando el sacrificio de los bienes personales en situación de peligro. Simplemente sucede que el ordenamiento jurídico admite que existan situaciones excepcionales en las que pierde vinculatoriedad respecto de determinadas personas y precisamente una de esas situaciones es el caso de la amenaza actual, y no evitable de un modo conforme a Derecho, de bienes jurídicos personalísimos como la vida, la integridad corporal y la libertad. En la medida que se trata de una amenaza a condiciones esenciales para la existencia de una persona, el ordenamiento jurídico no le exige al autor actuar conforme a Derecho, pese a seguir afirmando el carácter antijurídico del hecho destinado a alejar el peligro.

b. Requisitos

- *Peligro actual que amenace la vida, la integridad corporal y la libertad*: El primer requisito es una situación de peligro actual para un bien jurídico^[2424]. En principio parecería que este requisito es exactamente igual al del estado de necesidad justificante. Sin embargo, existe una limitación de los bienes jurídicos susceptibles de este estado de necesidad que lo diferencia del justificante, a saber, que solamente cabe un estado de necesidad exculpante respecto de los bienes jurídicos vida, integridad corporal y libertad. Pero en cuanto a su intensidad, el peligro es igual en el estado necesidad justificante y exculpante^[2425]. Por esta razón, se exige también que el peligro sobre los bienes jurídicos personalísimos sea actual.

[2422] Así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 4, por lo que cabe solucionar el conflicto como accidente.

[2423] Por el contrario, VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 638.

[2424] HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1805.

[2425] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1805; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 6.

En cuanto al bien jurídico "vida", que no admite graduación^[2426], la doctrina penal discute que se pueda englobar la vida humana en formación. Frente a la opinión de los que sostienen que, en tanto el concebido no es persona, el peligro contra su vida no puede ser apartado mediante un estado de necesidad exculpante^[2427], cabe alegar que este parecer no resulta conciliable cuando menos con la Constitución que reconoce al concebido como sujeto de derecho y el propio Código Penal que reprime el aborto^[2428]. Respecto a la integridad corporal y la salud, la doctrina concuerda en requerir que el peligro no debe ser insignificante^[2429]. En este orden de ideas, la amenaza a la integridad corporal debe ser de cierta entidad, por lo que no bastará, por ejemplo, la amenaza de simples golpes. Por su parte, la afectación a la libertad que admite un estado de necesidad exculpante debe limitarse a sus expresiones más importantes como la libertad de movimiento o la libertad sexual.

Para la relevancia del peligro no es determinante que dicho peligro provenga de personas, fuerzas naturales o cosas^[2430], aunque queda claro que no podrá alegarse un estado de necesidad si el peligro que amenaza los bienes jurídicos ha sido causado por el que realiza el hecho antijurídico dirigido a alejarlo. Como puede verse, se sigue la misma lógica del peligro empelada en el estado de necesidad justificante, por lo que también abarca periodos de tiempo sustancialmente más grandes que la actualidad de la agresión en la legítima defensa que se rige por el criterio de la inminencia^[2431].

Un punto de especial importancia es si se requiere alguna ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto. Está claro que al

^[2426] Sin embargo, esta regla ha empezado a relativizarse en los casos en los que el peligro de muerte que se cierne sobre un número considerable de personas solamente puede apartarse con la provocación de la muerte de unos pocos, llegándose desde particulares consideraciones a postular ciertos supuestos de justificación, es decir, de estado de necesidad justificante. Vid., al respecto, HÖRNLE, *InDret* 2/2010, p. 1 y ss.

^[2427] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 24; HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1807.

^[2428] A favor de incluir la vida del concebido como bien jurídico susceptible de un estado de necesidad exculpante, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 8.

^[2429] Sobre la significancia del peligro en el caso de la integridad física, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 25.

^[2430] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 16; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 5.

^[2431] Vid., ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 17.

margen quedan los casos en los que el bien jurídico preservado resulta siendo preponderante sobre el sacrificado, pues en tal caso estaremos ante un estado de necesidad justificante. Así las cosas, solamente quedan para el ámbito de aplicación del estado de necesidad exculpante los casos en los que el bien sacrificado es de igual o de superior jerarquía que el bien preservado. La doctrina dominante admite, en principio, ambos casos. Por nuestra parte, consideramos que la exigibilidad puede levantarse en caso de bienes de igual jerarquía, pero si es que lo sacrificado es mayor que lo preservado, hay que realizar ciertas matizaciones. Si lo sacrificado es cuantitativamente mayor que lo preservado, no habrá problemas para aceptar un estado de necesidad, como sería el caso de la persona que preserva su vida sacrificando la vida de dos o más personas. Sin embargo, en caso que la diferencia sea cualitativa, la situación se torna distinta. La preservación de la libertad o de la integridad física que lleve a la lesión de la vida de un inocente no puede levantar la exigibilidad de otra conducta, por lo que el amenazado tendrá que aceptar el peligro si es que quiere evitar una sanción penal. La irreversibilidad de la afectación a la vida obliga a mantener la exigibilidad de otra conducta frente a alternativas de lesión reversibles como las referidas a la integridad corporal o a la libertad.

- *No evitable de otro modo*: El estado de necesidad exculpante requiere además que no haya otro modo lícito o menos lesivo para alejar el peligro que amenaza los bienes jurídicos personalísimos. En este sentido, si el peligro resultaba evitable mediante un comportamiento conforme a Derecho o un comportamiento menos lesivo, la responsabilidad penal no se verá excluida^[2432]. Al igual que el estado de necesidad justificante, este requisito debe determinarse en función de las posibilidades de actuación de las que dispone el autor en el momento concreto de la realización del hecho antijurídico.
- *El círculo de personas privilegiado*: El estado de necesidad exculpante no es una causa de exclusión de la responsabilidad penal abierta a cualquier persona. Solamente se exime de pena al sujeto cuando el peligro le afecte al él mismo o a una persona con

[2432] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 18.

quien tiene una estrecha vinculación^[2433]. Por estrecha vinculación deben entenderse, en primer lugar, los familiares cercanos. El sentido más extensivo sería el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, mientras que el más restrictivo lo limitaría a los abuelos, esposos, padres, hijos y hermanos. En segundo lugar, la estrecha vinculación puede determinarse en términos fácticos, de manera que podrían incluirse casos como las uniones de hecho o la estrecha amistad.

- *Deberes especiales de tolerancia:* El propio Código penal establece que no procede la exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias. El texto punitivo señala, a modo de ejemplo, la causación por uno mismo del peligro y los deberes derivados de una posición jurídica especial (policía, bomberos, etc.). Como puede verse, se trata de una cláusula general abierta que le permite al juez incluir supuestos especiales en los que surge un deber de tolerar el peligro por razones de organización (creación del peligro) o por competencias institucionales (posiciones especiales)^[2434]. Otras situaciones que las circunstancias obliguen a soportar los peligros serían, por ejemplo, las posiciones de garantía y la desproporción del daño causado (por ejemplo, matar para preservar la integridad física).

c. Efectos

El principal efecto del estado de necesidad exculpante es la exclusión de la culpabilidad del que actuó para alejar la situación de peligro amenazante. No obstante, debe tenerse en cuenta que la conducta de alejamiento del peligro constituye un hecho antijurídico, pero que, por las circunstancias excepcionales en las que se encuentra el autor, no se le exige actuar de una forma distinta. El hecho de que la conducta del que actúa en estado de necesidad exculpante sea antijurídica, produce ciertas consecuencias sistemáticas que resulta conveniente resaltar^[2435]. Así, por ejemplo, el que se ve afectado por el que actúa en estado de necesidad puede oponer perfectamente una legítima defensa, pues si bien la actuación de este último no daría pie a una imputación culpable, mantiene su carácter antijurídico. Por

[2433] Vid., HURTADO POZO/PRADO Saldarriaga, *Derecho Penal*, PG, I, § 14, n.m. 1808.

[2434] Vid., con mayor detalle, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 12 y ss.

[2435] Así, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 3.

otro lado, la antijuridicidad del acto de preservación de los bienes jurídicos personales determina que los actos de auxilio de aquellas personas que no están estrechamente vinculadas con quien está en una situación de necesidad, constituyan actos de participación punible. Si bien el autor del hecho antijurídico no responderá por estar en una situación de inexigibilidad, los partícipes no vinculados al afectado podrán responder culpablemente por su contribución prohibida al hecho^[2436].

C. Miedo insuperable

El miedo insuperable es una causal de exclusión de la responsabilidad penal regulada en el artículo 20 inciso 7 del CP. Según el texto legal, está exento de responsabilidad penal el que obra compelido por un miedo insuperable de un mal igual o mayor. La naturaleza del miedo insuperable ha sido muy discutida en la doctrina penal. Por un lado, existen voces que lo ordenan como un supuesto de inimputabilidad por afectar la lucidez mental que supone la vivencia del miedo, o como un estado de necesidad por la existencia de bienes jurídicos en conflicto^[2437]. Por el otro, un sector doctrinal sostiene que se trata de un supuesto de inexigibilidad que tiene una naturaleza distinta a la inimputabilidad y al estado de necesidad^[2438].

En nuestra opinión, el miedo insuperable no es un supuesto de inimputabilidad, pues no precisa una situación de temor que nuble el juicio y, por lo tanto, la capacidad de orientar las acciones a lo jurídicamente debido. Tampoco comparte una similitud estructural con el estado de necesidad, pues no se exige una racionalidad de la defensa en el sentido de que la realización del hecho antijurídico sea la única alternativa para superar la situación de peligro. El carácter insuperable está referido, más bien, a la situación de miedo, de manera que se estará ante este supuesto de inexigibilidad precisamente cuando existen alternativas menos lesivas de alejamiento del peligro, pero que el afectado, por el miedo que padece, no puede apreciar. Por lo demás, el miedo insuperable se limita solamente a las personas a las que les amenaza un

[2436] En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 66.

[2437] Vid., al respecto, con mayores referencias doctrinales, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L24/18 y ss.

[2438] Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L24/20; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 641.

mal, lo que no sucede en el estado de necesidad exculpante, en donde la eximente se extiende a personas estrechamente vinculadas al afectado por la situación de peligro.

El primer requisito del miedo insuperable es la existencia de un mal igual o mayor. La redacción asumida por nuestro Código penal pone este requisito como un dato objetivo, de manera tal que si el mal es solamente aparente no podrá apreciarse esta causal de exención de responsabilidad^[2439]. En todo caso, podrá aplicarse el artículo 21 del CP y tratar el caso como una eximente imperfecta que traiga consigo la imposición de una pena atenuada. El texto legal dice que el mal debe ser igual o mayor, pero no precisa respecto de qué. Hay que entender que esta relación de comparación está referida a los males que amenazan a la persona que actúa compelida por la situación de miedo insuperable. Podría pensarse que si el mal es mayor al que realiza el que actúa con miedo insuperable, no tendría sentido recurrir a esta causal, pues bastaría con utilizar la causa de justificación del estado de necesidad justificante. No obstante, hay que tener presente que, como ya se dijo, el miedo insuperable no comparte la estructura del estado de necesidad, de manera que podrá desplegar sus efectos exoneratorios aun cuando no se cumpla con algunos de los requisitos del estado de necesidad, en especial la racionalidad de la defensa.

El agente debe actuar compelido por una situación de miedo. Hay que precisar que el miedo no es un estado psíquico equiparable al pánico en el que el agente pierde absolutamente control de sí mismo. En caso de pánico o temor podría discutirse un estado de demencia transitoria que permita excluir la imputabilidad del autor^[2440]. Por el contrario, en una situación de miedo el autor comprende lo que está haciendo, con la única particularidad de que se produce una reducción de su capacidad de análisis de la realidad y de las alternativas de actuación de las que dispone. No cabe duda que se trata de un estado interno, el cual debe ser determinado, sin embargo, con parámetros objetivos que permitan asumir la reducción de la capacidad de análisis antes mencionada.

[2439] De otro parecer, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14; n.m. 1830; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 643; PAREDES VARGAS, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 758 y s.

[2440] Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L24/25; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 642.

La situación interna de miedo pasa por el filtro normativo de su insuperabilidad. En este sentido, no basta con que el agente alegue haber actuado compelido por una situación de miedo, sino que el juez debe determinar si esa situación de miedo no pudo ser superada por el autor, de manera que habría podido ponderar adecuadamente las alternativas de acción de las que disponía. Como criterio de valoración el juez debe recurrir a la figura del hombre promedio en las circunstancias particulares del autor^[2441]. Como puede verse, esta causa de inexigibilidad no está definida en términos subjetivos, sino con base en parámetros de carácter objetivo^[2442].

Hay que tener presente que el miedo insuperable se sustenta precisamente en la insuperabilidad del miedo, por lo que no se abarcarán los casos en los que simplemente la amenaza de un mal puede superarse con la lesión de otro bien jurídico. De darse este último supuesto, habría que aplicar, más bien, la figura del estado de necesidad (justificante o exculpante). El miedo insuperable es un supuesto de inexigibilidad que se aplica a casos en los que existía una alternativa de comportamiento menos lesiva, pero que el autor no pudo percibir precisamente por una situación de miedo que no estuvo en posibilidad de superar.

D. La objeción de conciencia

El artículo 2 inciso 3 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia. En este sentido, a nadie se le puede obligar a actuar en contra de sus convicciones personales^[2443]. A partir de esta idea se ha desarrollado la llamada objeción de conciencia, según la cual la vinculatoriedad del ordenamiento jurídico se desvanece si una persona objeta aspectos de conciencia que se oponen al cumplimiento de lo legalmente dispuesto. Esta situación, sin embargo, no tiene lugar propiamente si el autor puede compaginar un comportamiento alternativo conforme a Derecho con su identidad, de forma tal que no se encontraría obligado imperativamente a hacer valer el mejor orden según su parecer^[2444]. La

^[2441] Recurren a la figura del hombre medio (generalidad de los hombres) en la posición del autor, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, L24/25; VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal*, PG, p. 643. Críticamente, PAREDES VARGAS, en *Código Penal Comentado*, Castillo Alva (coord.), p. 756 y s.

^[2442] Así, HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal*, PG, I, § 14; n.m. 1832.

^[2443] Igualmente recurre a la disposición constitucional que reconoce la libertad de conciencia, ROXIN, *Derecho Penal*, PG, § 22, n.m. 102.

^[2444] Vid., así, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 21.

situación de conflicto se presentará, más bien, en aquellos casos en los que si no hace caso a su convicción daña a su persona. Se trata de un criterio ético que internamente es determinada por el autor como forzosa e incondicionalmente obligatoria, incluso en caso de ser inculpado por seguirlo^[2445].

Relativamente extendido está el caso de la libertad religiosa que lleva a determinadas personas a oponerse a ciertas prácticas médicas para preservar la vida o la integridad física. Muy conocido es el caso de los testigos de Jehová que se niegan a las transfusiones sanguíneas, aun cuando la propia vida dependa de ello. Así, si quien asume el cuidado de un enfermo no le convence de practicarse una transfusión sanguínea necesaria para preservar su vida, no podrá responder como autor de homicidio, pues por razones de conciencia no se le puede exigir realizar algo que considera religiosamente inaceptable. Esta libertad religiosa no debe extenderse, sin embargo, a impedir que terceros como un médico realicen un acto de salvataje, así como tampoco a desautorizar la orden de un juez que dispone la práctica médica rechazada. La objeción de conciencia es una causa de inexigibilidad de otra conducta que se limita a la persona que la alega y que no puede ser impuesta a otras personas.

E. El grave peligro para la vida o salud de la gestante

Un supuesto de inexigibilidad regulado en la Parte Especial del Código Penal se encuentra en el capítulo que regula los delitos de aborto. Concretamente, en el artículo 119 del CP se contempla la figura del aborto terapéutico, según el cual no es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente. Sobre la naturaleza de esta causa de exención de pena se aprecian distintos pareceres en las exposiciones doctrinales. Algunos autores se mueven en el plano de la categoría de la antijuridicidad y, en esta línea, sostienen que el aborto terapéutico es un supuesto de estado de necesidad justificante^[2446] o una causa de justificación específica^[2447]. Otros autores, por el contrario, parten del carácter antijurídico del aborto terapéutico, por lo que su falta de sanción penal lo

[2445] Vid., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, Apdo 20, n.m. 22.

[2446] SALINAS SICCHA, *Derecho Penal*, PE, p. 157.

[2447] CASTILLO ALVA, *El delito de aborto*, p. 198.

explican, más bien, por tratarse de un supuesto de estado de necesidad exculpante^[2448] o de una causa de exclusión de la punibilidad^[2449].

Si se analiza con mayor detalle las posturas antes mencionadas, podrá concluirse sin mayores reparos que la diferencia sustancial entre la postura de la justificación frente a las posturas de la exculpación o de la falta de punibilidad es que para la primera el aborto terapéutico no es un injusto penal (se trataría de una privación legítima de la vida del feto), mientras que para las segundas el aborto terapéutico constituiría una privación ilegítima de la vida de otro, pero que no resulta penalmente sancionada porque el responsable actuó en situación de inexigibilidad de otra conducta o porque no hay necesidad, en estos casos, de imponer una pena a pesar de ser merecida. Al respecto cabe señalar que no existe una razón científica para establecer una diferencia cualitativa entre la vida humana intrauterina y la vida humana extrauterina, y mucho menos para poner la salud de una persona nacida por encima de la vida de una persona no nacida^[2450]. Si bien se ha procurado recurrir a argumentos como la viabilidad o el mayor desarrollo de la vida humana independiente para sustentar esta diferenciación, estos argumentos llevarían a consecuencias que no resultan socialmente asumibles.

A mi entender, el fundamento de la falta de castigo del aborto terapéutico sólo puede ubicarse en sede de culpabilidad, concretamente en la idea de que el ordenamiento jurídico no le puede exigir a una mujer embarazada que prosiga con el embarazo si su continuación le va a producir la muerte o un mal grave y permanente a su salud^[2451]. Se trata de una situación de

[2448] Así, CARO JOHN, *Informe legal sobre los alcances del aborto terapéutico*, p. 14, no obstante luego (p. 18 y s.) considera correcta una regulación estandarizada del aborto terapéutico, de manera que entiende como plenamente lícito el aborto terapéutico practicado por el médico (*lex artis médica*). Como puede verse, existe una mezcla poco conciliable del estado de necesidad exculpante y la figura de las conductas neutrales.

[2449] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 94.

[2450] En este sentido, KAUFMANN, Arthur, *FS-Maurach*, p. 340; LESCH, *Zeitschrift für Lebensrecht*, 1 (2001), p. 2. A la debilidad del concepto de persona para abarcar a los concebidos, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *REPC* 11-11 (2009), p. 11:16 y ss., propone dotarlos de fortaleza con el apoyo de los conocimientos científicos.

[2451] En este punto, resulta conveniente precisar que por aborto terapéutico se hace alusión a la acción que directamente está dirigida a eliminar la vida del feto. Por el contrario, los casos en los que el médico emprende una conducta salvadora de la vida de la madre, pero que produce indirectamente la muerte del feto, se estará claramente ante una colisión de deberes justificante. Por su parte, VAN WEEZEL, *Revista Chilena de Derecho* vol. 36 N° 1, p. 206, considera que si la acción del médico está dirigida a salvar la vida de ambas personas, aunque se produzca con ello la muerte del feto, no habrá ni una colisión de deberes, sino una conducta socialmente adecuada.

inexigibilidad que levanta la posibilidad de hacer un juicio de culpabilidad a la persona a la que se le atribuye la realización del injusto (que, en este caso, está constituido por la muerte de un feto)^[2452]. Si se asume la idea de la inexigibilidad, se evita que la excesiva vaguedad y amplitud que tienen las indicaciones en la legislación penal de muchos países^[2453], termine autorizando, en los hechos, una libre interrupción del embarazo, pues se requiere que el peligro ponga efectivamente en riesgo bienes jurídicos existenciales y no simplemente una vida más cómoda o sin mayores complicaciones.

Del tenor legal que regula el aborto terapéutico se desprende aspectos comunes con el estado de necesidad, pues se exige que el aborto sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar un mal grave y permanente en su salud. Se ha dicho, sin embargo, que el aborto terapéutico no es un estado de necesidad por varias razones. Por un lado, se dice que el aborto terapéutico excluye la responsabilidad penal no sólo de la madre que está en situación de necesidad, sino también la del médico que no lo está. Esta afirmación no es concluyente, pues también en el estado de necesidad exculpante cabe la intervención de un tercero, siempre que esté estrechamente vinculado a la víctima. Por otro lado, se ha dicho que el riesgo no debe ser inminente en el aborto terapéutico, lo que tampoco habla en contra de considerarlo un estado de necesidad exculpante, pues la inminencia es un requisito de la agresión ilegítima en la legítima defensa, pero no del peligro en el estado de necesidad, el cual solamente debe ser actual. En tercer lugar, se ha señalado que el aborto terapéutico requiere del consentimiento de la madre o de su representante legal, lo que no es necesario en el estado de necesidad. Esta afirmación tampoco es decisiva para quitarle al aborto terapéutico el carácter de estado de necesidad exculpante, pues el requisito del consentimiento puede interpretarse simplemente como el reconocimiento legal de la posibilidad de que una persona en situación de necesidad pueda asumir voluntariamente el riesgo, a pesar de que el ordenamiento jurídico no le exija hacerlo.

Lo anteriormente expuesto permite concluir que el aborto terapéutico es un caso concreto del estado de necesidad exculpante. En este sentido, la

^[2452] Similarmente, TRÖNDLE/FISCHER, *StGB-Kommentar*, 51. Aufl., preliminares a los §§ 218-219b, n.m. 7. Por su parte, ESER, *Derecho penal, medicina y genética*, p. 56, reconoce que el principio de exigibilidad se encuentra en la base de las indicaciones.

^[2453] Como lo destaca, por ejemplo, ESER, *Estudios*, p. 245, nota 19.

determinación del alcance y los presupuestos establecidos en el artículo 119 del CP debe hacerse necesariamente en coordinación con los presupuestos generales del estado de necesidad exculpante establecidos en el artículo 20 inciso 5 del CP. La única particularidad del aborto terapéutico es la flexibilización del deber de tolerancia de la gestante, pues en la medida que ésta causó el peligro (al quedar embarazada) o tiene una relación jurídica particular^[2454] (es la madre), tendría que soportar los riesgos del embarazo. Sin embargo, la regulación del aborto terapéutico exime a la gestante de un deber de tolerancia del riesgo que produce el embarazo. Esta flexibilización podría encontrar sustento en el hecho de que el embarazo no es una consecuencia que necesariamente se pueda prever con certeza, por lo que no tiene que atribuirse necesariamente como un riesgo que forma parte del ámbito de competencia de la gestante. Por otra parte, la percepción sensorial de la vinculación institucional puede ser una condición para la exigencia del deber positivo de protección, o puede entenderse que el deber positivo frente a un tercero no puede exigirse a niveles que impliquen comprometer la propia existencia^[2455]. Con estas consideraciones podrían explicarse, de alguna manera, porqué no existe, a pesar de todo, un deber jurídico de tolerancia de la madre respecto de los riesgos existenciales del embarazo.

La figura del aborto terapéutico requiere, en primer lugar, la existencia de un peligro de muerte o de un mal grave y permanente para la salud de la gestante. Este peligro debe ser actual, no simplemente posible. En este sentido, debe determinarse en cada caso concreto, mediante los exámenes médicos correspondientes, que la vida o la salud de la madre está realmente en grave peligro. Resulta pertinente poner de manifiesto que todo embarazo lleva consigo cierto riesgo habitual, como sucede con diversas actividades cotidianas (por ejemplo, conducir un automóvil, viajar en avión, etc.). Por esta razón, los riesgos propios del embarazo no pueden considerarse un peligro en los términos del aborto terapéutico, sino solamente aquellos que alcancen un carácter excepcional y que, por lo tanto, no cuenten con medios seguros para reducir su incidencia.

La situación de peligro antes descrita no basta para la afirmación de un aborto terapéutico, sino que es necesario que la muerte del feto sea el

[2454] Sobre la posición de garante de la embarazada, MERKEL, *StGB-NomosKommentar*, §218, n.m. 102 y ss.

[2455] Vid., FRISTER, *Jahrbuch der Heinrich-Heine-Universität-Düsseldorf*, 2003, p. 386.

único medio para evitar el riesgo de muerte o de grave lesión. De lo anterior se desprende que el examen médico no sólo debe determinar la existencia del riesgo, sino que su conclusión más importante es que no hay otra manera, distinta a la interrupción abrupta del embarazo, de evitar el peligro de muerte o de grave afectación a la salud de la gestante. Si el riesgo para la vida o la salud de la madre pueden ser controlados con un tratamiento riguroso sobre la madre, ésta debe realizarlo y no ir por la vía fácil del aborto. El artículo 119 del CP es sumamente claro al señalar que el aborto debe ser el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar un mal grave y permanente en su salud.

Para poder practicar un aborto terapéutico que sea impune es necesario que la gestante o, en caso de que ella no pueda manifestar su voluntad, su representante legal consientan en la práctica del aborto. Este requisito particular pone de manifiesto que es perfectamente posible que la madre asuma los riesgos de llevar un embarazo riesgoso, lo que no puede sorprender a nadie por la natural protección maternal. Por esta razón, la madre debe expresar su voluntad de no exponerse a sí misma para traer al mundo a su hijo a través del consentimiento de la práctica abortiva. Sin embargo, debe precisarse que el consentimiento de la madre solamente podrá ser válido si ella ha sido suficientemente informada sobre la entidad del riesgo y las probabilidades de reducirlo. Si se llega a determinar que el médico dio una información falsa o, en todo caso, incompleta, podrá hacerse responsable como autor mediato del aborto, en la medida que ha utilizado a la madre como un instrumento en situación de error sobre la situación de inexigibilidad.

El principal escollo a una propuesta de interpretación del aborto terapéutico como un caso especial de estado de necesidad exculpante es que no se excluiría la responsabilidad penal del médico que practica el aborto, al no encontrarse éste en estado de necesidad^[2456]. Esta afirmación debe ser, sin embargo, relativizada, pues también en el estado de necesidad exculpante cabe la posibilidad de intervención de terceros, siempre que estén estrechamente vinculados a la víctima como lo dispone el artículo 20 inciso 5 del CP^[2457]. Por lo tanto, si bien no cualquier médico podrá calificar para

^[2456] Así, por ejemplo, ESER, *Derecho penal, medicina y genética*, p. 56.

^[2457] Por el contrario, LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, p. 328 y s., parte de entender que el médico no está en el círculo de allegados a la gestante, por lo que justifica su impunidad en el hecho de considerar al aborto terapéutico un supuesto de exclusión de

gozar de la exención del aborto terapéutico, lo estará el médico que se encuentra estrechamente vinculado a la gestante, esto es, cuando exista una relación de confianza especial que explique su intervención en defensa de su paciente. Por el contrario, un médico cualquiera que se dedique a practicar abortos por el solo pago de honorarios no podrá gozar de la situación de necesidad de la gestante, pues no hay una relación especial con la gestante que le dé acceso al círculo de sujetos a los que el Derecho Penal no les pueda exigir el respeto de la vida de un inocente.

F. La estrecha vinculación en los delitos de encubrimiento

En la Parte Especial del Código Penal se contemplan otros supuestos de inexigibilidad que se sustentan en una estrecha vinculación con ciertas personas^[2458]. Por ejemplo, en los delitos de encubrimiento, el artículo 406 del CP considera exentos de responsabilidad penal a los que tienen relaciones tan estrechas con la persona favorecida como para excusar su conducta. Así, por ejemplo, no se le puede exigir a la madre que no oculte a su hijo prófugo de la justicia, por lo que la realización de esta conducta antijurídica por parte de la madre, no traerá consigo un castigo para ella como autora del delito de encubrimiento personal.

Un supuesto problemático en relación con la inexigibilidad por estrecha vinculación se presente cuando varias personas han intervenido en el delito y, por lo tanto, la acción de encubrimiento beneficia no sólo a la persona con la que existe la estrecha vinculación, sino también con otras con las no está estrechamente vinculada. Al respecto cabe señalar que si la acción está dirigida a eludir la persecución penal de la persona con estrecha vinculación, no interesa si además se favorece a otras personas^[2459]. La inexigibilidad estará presente mientras se consiga con el acto de encubrimiento impedir que la persecución penal alcance a la persona con la que existe la relación especial.

la responsabilidad por el hecho (una categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad), que permitiría fundamentar el no castigo de los partícipes por una sustancial reducción de la ilicitud del hecho.

[2458] Como una causa de exculpación en el Derecho penal español, GARCÍA PÉREZ, *El encubrimiento*, p. 147. Por el contrario, como una exención de pena lo explica SÁNCHEZ OSTIZ-GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, p. 169.

[2459] Similarmente, GARCÍA PÉREZ, *El encubrimiento*, p. 149.