

JORGE
PÉREZ
LÓPEZ

LAS 15 EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL

Exhaustivo análisis doctrinario
y jurisprudencial

JORGE
PÉREZ
LÓPEZ

LAS 15
EXIMENTES DE
RESPONSABILIDAD
PENAL

Exhaustivo análisis doctrinario
y jurisprudencial

GACETA
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

 (01) 710-8800 / TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

344.2 Pérez López, Jorge A.
P45 Las 15 eximentes de responsabilidad penal : exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial / Jorge Pérez López.-- 1a ed.-- Lima : Gaceta Jurídica, 2016 (Lima : Edit. El Búho).
295 p. ; il. : 18 cm.

Bibliografía: p. 285-295
D.L. 2016-16440
ISBN 978-612-311-397-1

1. Circunstancias eximentes - Aspectos legales - Perú 2. Circunstancias eximentes - Perú - Casos 3. Responsabilidad penal - Aspectos legales - Perú 4. Delitos (Derecho penal) - Perú 5. Perú. [Código penal (1991)] -Interpretación y aplicación II. Título.

BNP: 2016- 2006

LAS 15 EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL
Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial

© Jorge Pérez López
© Gaceta Jurídica S.A.

Primera edición: Diciembre 2016
6440 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2016-16440
ISBN : 978-612-311-397-1
Registro de proyecto editorial
31501221601356

Prohibida su reproducción total o parcial
D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Wilfredo Gallardo Calle

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetapenal.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Diciembre 2016

*A mi padre, Adalberto, por su inteligencia,
sensibilidad, probidad y amor por la vida*

Introducción

El delito se compone de diferentes elementos esenciales sin los cuales no puede existir, estos son: la acción o conducta, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Si concurre alguna circunstancia que elimine alguno de estos elementos, el sujeto queda exonerado de responsabilidad penal; a tales circunstancias se las denomina genéricamente eximentes.

El artículo 20 del Código Penal peruano regula las principales eximentes de responsabilidad penal. En este libro estudiaremos cada una de estas importantes figuras jurídicas, las que se han constituido –de un tiempo a esta parte– en instrumentos fundamentales para la defensa por parte de los abogados, y en la resolución de casos penales por parte de los operadores de justicia.

La necesidad de regular las eximentes de responsabilidad penal se da porque en un Estado de Derecho, la pena no puede ser la consecuencia de un hecho jurídicamente beneficioso o indiferente, sino de una infracción al orden establecido por las normas, cuya consecuencia sea la afectación grave de uno o varios bienes jurídicos.

Respecto al primer elemento del delito, constituido por la acción, que es una conducta humana significativa para el mundo exterior, podemos indicar que no serían acciones en sentido jurídico los efectos producidos por las fuerzas de la naturaleza o por animales, ni los actos de una persona jurídica, los meros pensamientos o actitudes internas o sucesos del mundo exterior como el estado de inconsciencia, los movimientos reflejos y la fuerza física irresistible (artículo 20.6 del Código Penal), denominados estos últimos casos de ausencia de acción, porque son indominables por la conducta humana. La acción o conducta

requiere de una manifestación de voluntad del agente, por lo que el Derecho Penal excluye de su concepto determinadas situaciones en las que el movimiento corporal no resulta atribuible al agente ante una ausencia de la voluntad, no pudiendo ser considerado este hecho como jurídico-penalmente relevante.

Con relación al segundo elemento del delito, es decir, la tipicidad, esta consiste en la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. Los comportamientos adecuados socialmente no deben considerarse típicos y mucho menos antijurídicos ni penalmente relevantes; por ejemplo, el golpear a otra persona en el boxeo (no configura el delito de lesiones), el invitar a comer a un funcionario público por ser un amigo (no configura el delito de cohecho).

La antijuricidad, que es el tercer elemento del delito, es la calidad del acto que determina su oposición al Derecho; la tipicidad es solo un indicio de la antijuricidad del hecho, ya que la presunción que aquella implica es excluida si concurre una causa de justificación. La teoría de la antijuricidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria a Derecho. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró, verbigracia, el que mata en legítima defensa (artículo 20.3 del Código Penal) realiza el tipo delictivo del artículo 106 del Código Penal, pero no obra antijurídicamente; solo el que realiza un tipo penal obra antijurídicamente si no concurre una causa de justificación.

Las causas de justificación tienen como fuente todo el orden jurídico y no solo la ley penal. Por tanto, el catálogo de causas de justificación es un catálogo abierto (*numerus apertus*), pues el número de estas no puede determinarse en forma definitiva. En consecuencia, no solo están previstas en el artículo 20 del Código Penal (como el estado de necesidad justificante, el consentimiento del titular del bien jurídico, el obrar en cumplimiento de un deber, entre otras), sino que pueden estar presentes también en cualquier parte del ordenamiento jurídico.

El último elemento del delito lo constituye la culpabilidad, llamada también responsabilidad, que es la situación en la que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera, no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena. Una persona culpable es aquella que comprende los valores jurídicamente protegidos, pero que los ha desatendido y transgredido; no trata de buscarse en la culpabilidad una ética individual, sino una del hombre medio o ética colectiva, cuyos valores se protegen en los tipos penales. Las causas que excluyen la culpabilidad pueden ser divididas en causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad.

Las causas de inimputabilidad producen en el sujeto la incapacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente, pues para poder declarar culpable a un sujeto que ha realizado un injusto penal (conducta típica y antijurídica) es necesario que el autor posea ciertas condiciones mínimas –psíquicas o físicas– que le permitan comprender la antijuricidad de su acción y de poder adecuar su conducta a dicha comprensión, a esta capacidad se le denomina imputabilidad o capacidad de culpabilidad; si la persona no cuenta con la suficiente capacidad de motivación por la norma penal en el momento de cometido el hecho delictivo, se le considerará inimputable, por ende, eximido de responsabilidad penal; en este sentido, solo quien tenga una determinada edad (18 años a más, de acuerdo al artículo 20.2 del Código Penal), no padezca de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o de alteraciones en la percepción (artículo 20.1 del Código Penal), posee ese mínimo de capacidad de autodeterminación que el orden jurídico exige para poder afirmar su responsabilidad. La inimputabilidad tiene dos elementos, uno intelectual y otro volitivo: el elemento intelectual consiste en la incapacidad de comprensión, que se sustenta en la incapacidad de juzgar y valorar; la conciencia del acto no implica necesariamente imputabilidad, porque puede ocurrir que una persona sabe que mata pero que no comprenda el significado de la actuación; tal es el caso del paranoico que mata a cualquiera que pasa por su lado identificándolo como su perseguidor. El segundo elemento es el volitivo, que se refiere a una deficiencia en la voluntad, que hace que el sujeto que conoce y comprende la ilicitud del acto no logre regular su conducta.

Las causas de inculpabilidad se basan en la inexigibilidad de otra conducta, que tiene que ver con aquellos supuestos en los que el

Derecho no puede exigir al sujeto que se sacrifique en contra de sus intereses más elementales, supone un juicio *ex ante* al momento del comportamiento del sujeto, el cual debe contemplar todas las circunstancias que han motivado su actuar y lo debe comparar con el actuar de un “ciudadano promedio u hombre medio” en la misma situación, como es el caso del estado de necesidad exculpante (artículo 20.5 del Código Penal) y del miedo insuperable (artículo 20.5 del Código Penal).

La diferencia entre una causa de justificación y una causa de inculpabilidad está en que la justificación, además de impedir la pena, convierte el hecho en lícito, lo que no ocurre con la de inculpabilidad que solo impide la pena. Sin embargo, esta diferenciación no es pacífica; lo que importa es establecer si la exclusión concierne a la valoración objetiva del hecho total o si elimina solamente el reproche personal, pese a existir injusto. De ahí la importancia de la distinción entre el estado de necesidad justificante (artículo 20.4 del Código Penal) y el estado de necesidad exculpante (artículo 20.5 del Código Penal), por ejemplo.

Dicho todo esto, espero que el libro *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial* sea una herramienta útil en la adquisición de conocimientos trascendentes acerca de las figuras jurídicas reguladas por el artículo 20 del Código Penal, tanto para los estudiantes como para los abogados y los operadores de justicia penal en su desempeño profesional.

Jorge A. PÉREZ LÓPEZ

Capítulo I

LA ANOMALÍA PSÍQUICA, LA GRAVE ALTERACIÓN DE LA CONCIENCIA Y ALTERACIONES EN LA PERCEPCIÓN (Artículo 20.1 del Código Penal)

Capítulo I

La anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia y alteraciones en la percepción

(artículo 20.1 del Código Penal)

I. LA ANOMALÍA PSÍQUICA

El Código Penal vigente se refiere a la “anomalía psíquica” en la determinación de las causales de inimputabilidad presentes en el artículo 20 inciso 1⁽¹⁾, abandonando la vieja expresión “enfermedad mental” utilizada en el Código derogado, la cual tiene un alcance más restringido y es un término que va siendo abandonado paulatinamente por la ciencia psiquiátrica. La anomalía psíquica comprende tanto las dolencias mentales en sentido estricto, como las perturbaciones psíquicas graves; en esta perspectiva, esta expresión ofrece mayores ventajas que la de “enfermedad mental”, sobre todo, porque la última no cuenta con un significado unívoco en psiquiatría.

El dispositivo legal señalado en el párrafo anterior, enuncia una fórmula de carácter biológico-psiquiátrico⁽²⁾ al describir fenómenos que se identifican en la psique del individuo y, al mismo tiempo, hace referencia a estados biológicos, que afectan el funcionamiento de las facultades psicomotrices. Así, no solo es necesaria la presencia de una anomalía psíquica, sino que además esta anomalía debe incapacitar al

(1) Artículo 20 del Código Penal.- Está exento de responsabilidad penal: 1. El que por anomalía psíquica (...), no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

(2) Sobre este punto, ampliamente en el Derecho Penal alemán, JESCHECK, Hans. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de Manzanera Samaniego. Comares, Granada, 1993, p. 395.

sujeto de comprender la antijuricidad de su acción y de comportarse de acuerdo a la misma. Como vemos, se da cabida a un importante criterio normativo o valorativo-jurídico que se deriva de la exigencia que (por la anomalía psíquica) la persona “no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”⁽³⁾.

Se hace necesario entonces determinar en qué medida la presencia de una anomalía psíquica impide a la persona comprender el carácter o el significado de su hecho. A criterio de Castillo Alva, la anomalía psíquica solo tiene sentido cuando impide a la persona comprender el sentido y la trascendencia de su acto⁽⁴⁾.

Como vemos, no importaría tanto la causa científica de la anomalía, sino determinar el efecto que produce dicha anomalía sobre el sujeto. Por ello, el juez y el perito psiquiátrico deberán analizar, en el caso concreto, tanto la base orgánica (también puede ser psicológica) como el ulterior juicio acerca de la capacidad de comprensión y de inhibición del individuo⁽⁵⁾, para determinar si estamos ante una anomalía psíquica como causa de inimputabilidad.

1. Definición de anomalía psíquica

“Anomalía”, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa irregularidad y discrepancia con una regla⁽⁶⁾. La anomalía psíquica alude a un fenómeno de **desviación de lo normal**⁽⁷⁾ en cuanto al desarrollo de la vida psíquica de la persona, la cual, para surtir los efectos penales, debe tratarse de una desviación grave y profunda. Se descartan de plano las anomalías que constituyen una ligera modificación o desviación tenue del psiquismo del sujeto; estas carecen de relevancia jurídico-penal⁽⁸⁾.

(3) CASTILLO ALVA, José Luis. “Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción”. En: *Código Penal comentado*. T.I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 625.

(4) *Ibidem*, p. 626.

(5) Véase HINOSTROZA PARIACHI, César. *Manual de Derecho Penal*. Apecc, Lima, 2006, pp. 181-182.

(6) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. T.I. 21ª edición, Madrid, 1992, p. 148.

(7) Véase MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general. T.I. Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible*. Trad. a la 7ª edición alemana de Jorge Bofill y Enrique Aimone Gibson. Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 611. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. de la 2ª edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, Madrid, 1997, p. 834.

(8) Véase CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. cit.*, p. 626.

La psicopatología moderna las identifica con las anormalidades congénitas, y que comprende “todo fenómeno o proceso mental que se desvía o diferencia de lo normal rebasando claramente los límites del objeto propio de la psicología, en sentido estricto”⁽⁹⁾; dicha disciplina considera además que los pacientes pueden enfermarse por trastornos en las relaciones humanas, “igual que por causas metabólicas, genéticas, constitucionales o de otro tipo físico”⁽¹⁰⁾.

Las anomalías psíquicas constituyen perturbaciones anímicas causadas por procesos patológicos somáticos, cuyas desviaciones funcional-anatómicas radican en el cerebro, y que deben ser de tal magnitud que el individuo no puede valorar los vínculos con el mundo interior, o no puede sobreponerse a los estímulos o motivos que lo impulsan a la acción para dominarlos, frenarlos o realizar una selección. Villa Stein enseña que el concepto de “anomalía psíquica” no se asimila como equivocadamente afirma Villavicencio Terreros, citando a Jescheck, al de perturbación psíquica morbosa, aunque la comprenda⁽¹¹⁾. Para Bustos se trata de un trastorno mental permanente o enajenación, “que implica un proceso morboso o patológico, de carácter permanente y que produce una alteración absoluta de las facultades mentales”⁽¹²⁾; sin embargo, esto es insuficiente para determinar la inimputabilidad; la anomalía debe tener un efecto psicológico: debe presentarse la incapacidad de autorregular el propio comportamiento de acuerdo con el mensaje de la norma, o que la anomalía impida comprender la ilicitud del comportamiento (facultades intelectuales), o determinar la conducta de acuerdo a dicho conocimiento⁽¹³⁾. Quintero Olivares señala que “lo relevante no puede ser tanto lo que realmente tiene o sufre un sujeto sino lo que eso significa para la posibilidad de comportarse con la normalidad aceptada en la vida común, lo que no abarca tanto la posibilidad de comprender el sentido de los mandatos y prohibiciones como la de conformar la propia conducta de acuerdo

(9) Honorio Delgado citado por VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2008, p. 402.

(10) Ídem (citándose a Arthur Noyes y Lawrence Kolb).

(11) Ibídem, p. 403.

(12) Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, 2006, Lima, p. 601.

(13) BRAMONT ARIAS, Luis / BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Código Penal anotado*. 4ª edición, revisado y concordado por María del Carmen García Cantizano, San Marcos, Lima, 2001, p. 181.

con ese conocimiento potencial y con unas pautas de comportamiento aceptables por los demás”⁽¹⁴⁾.

La anomalía psíquica se caracteriza por producir trastornos que afectan no solo la actividad intelectual, sino posiblemente todos los ámbitos de la vida psíquica⁽¹⁵⁾ en los que se incluye la afectividad, el pensamiento, la emotividad, la imaginación o la capacidad de interacción social⁽¹⁶⁾. Por ello, se apunta que la referencia a anomalía o trastorno psíquico abarca todos los ámbitos psíquicos⁽¹⁷⁾, aunque no supone necesariamente la pérdida de todas las facultades mentales o psíquicas⁽¹⁸⁾.

Es importante señalar que el concepto de anomalía, como también el de anormalidad o normalidad, es relativo, y se encuentra sometido no solo a los condicionamientos histórico-culturales⁽¹⁹⁾, sino al desarrollo de la ciencia psiquiátrica (con sus módulos y paradigmas de referencia)⁽²⁰⁾ y a las valoraciones jurídicas que presiden la labor del juez o del tribunal⁽²¹⁾. No se puede ocultar el hecho de que pese al esfuerzo de precisar el contenido y límites de la anomalía psíquica esta

-
- (14) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Arazandi, Navarra, 2000, p. 535.
- (15) Así, JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 632, cuando se refiere al trastorno psicopatológico en el Derecho alemán.
- (16) En el mismo sentido MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz. *Derecho Penal*. T. I. Trad. de Jorge Bofill y Enrique Aimone Gibson. Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 611, que señalan que: “El objeto primario del efecto patológico no precisa ser necesariamente la específica actividad del pensar. Es suficiente que haya profundos trastornos de la vida volitiva, de los sentimientos, o de los impulsos”. La jurisprudencia alemana señala de manera frecuente que como causas de inimputabilidad no solo se puede enumerar las enfermedades, sino todas “las perturbaciones de la actividad del entendimiento, así como de los impulsos de la voluntad, de la vida sentimental o instintiva, que existen en una persona normal y psíquicamente madura, cuando lesionan las representaciones que permiten formar la voluntad y sus sentimientos”; véase STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*. Trad. de Gladys Romero. Edersa, Madrid, 1982, p. 170; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 420.
- (17) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 827. También ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. T.IV, Ediar, Buenos Aires, 1982, p. 153.
- (18) Véase también SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio. “Art. 20.1 Código Penal”. En: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (Coordinador) y otros. *Comentarios al Código Penal de 1995*. T.1, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 116, quien afirma: “Ni es exigida una pérdida total de las facultades mentales para llegar a una declaración de inimputabilidad, ni el simple diagnóstico de una enfermedad conlleva la declaración de inimputabilidad y anudadamente la peligrosidad criminal”.
- (19) De esta forma, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, Reppertor, Barcelona, 1998, p. 581.
- (20) Véase STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible*. Trad. de la 2ª edición alemana por Gladys Romero. Edersa, Madrid, 1982, p. 169; cuando afirma que: “Con la evolución de la psiquiatría también se transforma el catálogo de las perturbaciones consideradas como psicosis”.
- (21) Mantovani citado por CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 626.

aparezca cargada de cierta incertidumbre en su mensuración concreta⁽²²⁾. Por ello, no se puede plantear un catálogo cerrado de anomalías ni un cuadro gnoseológicamente definido. En realidad, se debe tratar sobre todo de una situación morbosa de la personalidad, aunque no se encuentre definida clínicamente⁽²³⁾.

Al Derecho Penal no le interesa resolver problemas de la psiquiatría, ni entrar a debatir cuestiones científicas que no son de su incumbencia⁽²⁴⁾, sino solo solucionar el caso concreto. Por ello, la referencia a la anomalía psíquica no debe verse como una cuestión categorial o una cuestión netamente terminológica, sino desde una necesidad de la praxis judicial. Asimismo, la concurrencia de una anomalía psíquica no puede condicionarse a la demostración de un proceso orgánico morboso o patológico o a la necesidad de que la perturbación tenga esa base, solo basta un disturbo psicopatológico que afecte la comprensión y motivación de la conducta⁽²⁵⁾. Con razón, puede afirmarse que más importante que acreditar una base biológica de la anomalía es necesario demostrar su base psiquiátrica, pero sobre todo su relevancia jurídica⁽²⁶⁾.

2. Efecto psicológico o psiquiátrico de la anomalía psíquica

Como hemos señalado *supra*, al Derecho Penal tan solo debe interesarle el efecto psicológico o psiquiátrico que debe causar la anomalía psíquica. El individuo será imputable si tal anomalía psíquica constituye un obstáculo para comprender la licitud de su comportamiento o determinarse conforme a dicho conocimiento. Las perturbaciones intelectuales y volitivas no son suficientes para la determinación de la inimputabilidad.

(22) MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz. Ob. cit., p. 612. STRATENWERTH, Günther. Ob. cit., p.161: “La solución a la problemática corresponde al juez, quien a su vez, depende del juicio (y de los criterios individuales) de los peritos”.

(23) Mantovani citado por CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 630.

(24) Véase MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 423, quienes señalan que: “No pueden trasladarse al campo del Derecho Penal las polémicas y disquisiciones nosológicas (...) en el lugar en el ámbito psiquiátrico. Ello podría ser contraproducente y perjudicial tanto para la psiquiatría como para el Derecho Penal”. También SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio. Ob. cit., p. 115, quien alude a este proceso como el que las más de las veces jueces y psiquiatras han confundido sus papeles y responsabilidades.

(25) Romano citado por CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 630.

(26) Véase MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz. Ob. cit., p. 612, que apuntan: “El concepto legal de trastorno patológico (anomalía psíquica) excede del concepto psiquiátrico, que es más estrecho”.

Bajo la expresión “anomalía psíquica” como causa de inimputabilidad debemos comprender entonces “todas las enfermedades mentales, desórdenes, trastornos, permanentes o transitorios, cuya gravedad afecta de tal modo el sistema nervioso y el comportamiento del que las padece, que dificulta su sentido de la realidad, su capacidad de ajuste adaptativo racional al medio ambiente y, en consecuencia, el dominio sobre la o las conductas de que es protagonista”⁽²⁷⁾.

Resulta indispensable exigir un nexo o vínculo entre la anomalía psíquica y la incapacidad de querer o entender o de motivarse conforme a dicha comprensión⁽²⁸⁾. La ley condiciona, en este caso, que la no comprensión del acto se funde y resida en la anomalía psíquica. Esta relación entre anomalía psíquica y delito ha de ser lo más estrecha y específica posible, debiéndose requerir una relación directa en una suerte de causa y efecto. Se ha de valorar no solo su exclusiva concurrencia, sino el ámbito de la personalidad que afecta. Así, la cleptomanía tal vez pueda exonerar de responsabilidad penal si se comete un hurto⁽²⁹⁾, pero no eximirá si lo que se realiza es un asesinato; como un epiléptico o un psicótico tal vez no llegue a ser castigado, según el caso, por un hecho de sangre más su responsabilidad estará intacta si comete una apropiación indebida o una estafa⁽³⁰⁾. Parafraseando a Peña Cabrera, “no interesa al Derecho cualquier anomalía psíquica, sino la perturbación que debe ser de tal índole y grado que impida la comprensión normal del carácter delictuoso del hecho, es decir, la incapacidad del autor para comprender la anormalidad del acto u orientar sus acciones”⁽³¹⁾.

Debería efectuarse una precisión ulterior en el sentido de exigir que la anomalía psíquica, más que perjudicar a todos los ámbitos de la vida psíquica, debe afectar el núcleo de la personalidad del sujeto, y en especial ha de relacionarse directamente con la clase o entidad del delito cometido, puesto que algunas anomalías psíquicas suelen afectar

(27) VILLA STEIN, Javier. Ob. cit., p. 404.

(28) Pagliaro citado por CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 630.

(29) CEREZO MIR, José. “Aspectos problemáticos de la eximente de anomalía o alteración psíquica”. En: *Revista de Derecho Penal y criminología* (2ª época) número extraordinario. Madrid, 2000, p. 267, señala, sin embargo, siguiendo a Gisbert Galabuiig y Sánchez Blanque, que: “En la cleptomanía y la piromanía solo procede una atenuación de la pena si en el sujeto se apreciara al mismo tiempo un estado de insuficiencia psíquica o una verdadera oligofrenia”.

(30) Pagliaro citado por CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 631.

(31) Citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Curso elemental de Derecho Penal. Parte general*. T. 1. Ediciones Legales, Lima, 2011, pp. 386-387.

gravemente parcelas de la vida del sujeto, pero no impiden que el sujeto pueda comprender el carácter delictuoso de su acto o que pueda motivarse y dirigir su comportamiento conforme a dicho entendimiento. Solo así se evitaría que la anomalía psíquica se vea como una excusa para cometer delitos. Por ello, ha de existir una conexión y relación de causalidad entre el delito cometido y la clase, naturaleza e índole de la anomalía psíquica⁽³²⁾.

Las anomalías psíquicas que interesan al derecho deben afectar al proceso de socialización del individuo y consecuentemente el proceso de internalización de todo el conjunto de normas sociales y jurídicas. La formulación de la inimputabilidad respectiva tendrá que tener en cuenta de qué forma y de qué manera el proceso socializante incluye la afectación de las facultades psíquicas del sujeto. Se debe comprobar caso por caso y en concreto si el hecho cometido es, manifestación de su anomalía psíquica o se debe a la concurrencia de otra serie de factores que de concurrir, no pueden eximir, sino a lo sumo atenuar o en algunos casos dejar inalterada, la responsabilidad penal.

A efectos penales resulta indiferente la etiología por la que se produce la anomalía psíquica⁽³³⁾, aunque la mayoría de veces sea por causas corporales orgánicas o por enfermedades corporales que responden a una lesión o patología del cerebro⁽³⁴⁾. Puede tratarse tanto de desviaciones perjudiciales o negativas en un estado de salud no perturbado, v.gr. un individuo comienza a sufrir una patología psíquica; como de una anomalía que existe con anterioridad, v. gr. dolencias congénitas⁽³⁵⁾. No importa si la anomalía o trastorno psíquico afecta de manera directa y frontal a la actividad espiritual del sujeto –y con ello a la comprensión y motivación de la conducta– o solo ejerce un efecto dañino mediato o secundario⁽³⁶⁾.

La anomalía psíquica puede ser permanente o transitoria, como puede ser congénita o adquirida. A la ley no le interesa el tiempo de su duración, sino los efectos que despliega en el momento de la comisión

(32) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 626.

(33) Véase MORALES PRATS, Fermín. *Comentarios al nuevo Código Penal*. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 138.

(34) Véase JESCHECK, Hans. Ob. cit., p. 396.

(35) Así JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 632; ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 7.

(36) Véase MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz. Ob. cit., p. 612.

del delito. Lo esencial es saber si ha concurrido o no en la ejecución del hecho. En caso exista una comprensión del acto subsiste la responsabilidad penal a la que se refiere el artículo 20 inciso 1.

Los diagnósticos clínicos son interesantes e incluso importantes, pero de ninguna manera son determinantes para el juzgador, ni es interés medular para el penalista; el juzgador debe entonces dirigir su interés a las consecuencias que la anomalía psíquica tenga, rubricada por el psiquiatra, que se proyecta a la conducta humana.

3. La anomalía psíquica como manifestación anormal del psiquismo

El legislador, consciente de la variedad y difícil clasificación de las enfermedades mentales como tarea que más corresponde a la psiquiatría que al Derecho Penal, se inclinó por la tesis de la anomalía psíquica genéricamente referida a las manifestaciones anormales del psiquismo. Esta solución consiste en entender la expresión “anomalía psíquica” en el sentido con que se usa en el lenguaje corriente, es decir perturbación, trastorno psíquico. Esto no significa que deban de ignorarse o despreciarse los conocimientos científicos, estos deben incluso ser tomados en cuenta para precisar las apreciaciones de los juristas. El método descriptivo-normativo que rige en el derecho vigente, tiene la ventaja de poner de manifiesto que el juicio sobre la imputabilidad del autor se conecta “descriptivamente” a hechos (situaciones de hecho) psicológicos determinados, que requieren siempre, sin embargo, una apreciación “valorativa” de tales situaciones⁽³⁷⁾. Así, resulta útil considerar, por ejemplo, las nociones técnicas de psicosis, esquizofrenia, ciclotimia (locura maníaco-depresiva), oligofrenia, etc.

Desde el punto de vista jurídico, deben definirse en primer lugar a las **psicosis**, que son perturbaciones anímicas causadas por procesos patológicos somáticos, cuyas desviaciones funcionales anatómicas residen en el cerebro; anomalía de tal intensidad que disminuye considerablemente las facultades cognoscitivas del individuo, cuando no está en capacidad de valorar los vínculos con el mundo exterior y no puede dominar sus impulsos, controlarlos o frenarlos⁽³⁸⁾, incapacitándolo por lo general a una adecuada valoración de la realidad. Las

(37) MEZGER, Edmond. *Derecho Penal. Parte general: Libro de estudio (Stüdienbuch)*. Trad. de Conrado Finzi, Editorial bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1958, pp. 207-208.

(38) Peña Cabrera citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Ob. cit., p. 389.

psicosis producen alteraciones profundas de las funciones psíquicas y pueden ser **exógenas** u **orgánicas**, llamadas también enfermedades psíquicas genuinas o psicosis físicas o corporalmente fundadas, que son producidas por causas externas al organismo, las cuales afectan al cerebro generando su disfuncionalidad; entre las más comunes destacan las psicosis traumáticas (por lesiones cerebrales), las psicosis por intoxicación (por drogas o alcohol, en este caso, la alteración de la conciencia como causa de exención de la responsabilidad debe ser considerada patológica, precisamente porque es debida a una intoxicación del organismo), las psicosis por infección (v. gr., parálisis progresiva), la epilepsia (llamada dolencia convulsiva orgánico-cerebral), las psicosis seniles (vinculado a la edad avanzada), la arterioesclerosis cerebral y atrofia cerebral, etc.⁽³⁹⁾; O **endógenas**, denominadas también desviaciones normativas de la personalidad, que provienen de factores constitucionales (son originadas por el propio organismo de la persona); entre las más frecuentes tenemos⁽⁴⁰⁾: a) **La esquizofrenia**, llamada también demencia precoz, y es una enfermedad severa cuyo rasgo más evidente es el de la desorganización mental, tiene un curso crónico que consiste en una profunda alteración de la conciencia del yo y del mundo, con la característica de que no se reconoce la realidad y hay una disgregación de la vida psíquica que rompe la relación habitual entre el sujeto y la realidad, existe una suerte de autismo del esquizofrénico, que no se relaciona con el medio ambiente, y una incompreensión del mal, la sintomatología se da a través de la disociación (rotura de la normal conexión del pensamiento o del lenguaje), la alteración de la afectividad (ausencia o escasez de respuesta afectiva con la persona o cosa), la alucinación visual o auditiva, a lo que se agrega, muchas veces, un delirio de grandeza o de persecución. La peligrosidad del esquizofrénico es oscilante, dependiendo del desarrollo de la enfermedad y de la circunstancia en la que se encuentra, aunque siempre debe destacarse que su actuación y comportamiento suelen ser impredecibles, sin motivación conocida o racional, o pueden tener una descarga explosiva fulminante; b) **La paranoia**, que abarca un grupo de manifestaciones psíquicas diferenciadas que van desde la lucidez al delirio más intenso. Su aparición es lenta y a veces imperceptible que abraza,

(39) Roxin citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 601.

(40) Véase CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 632 y ss.

a diferencia de la esquizofrenia, algunas de las parcelas más importantes de la vida anímica del sujeto; quien suele mantenerse en el límite de la verosimilitud y no organiza de modo coherente su conducta; se expresa a través de un delirio de grandeza, como el tener demasiada autoestima, que lo hace asumir poses pseudo científicas o pseudo filosóficas; sufre de un delirio de persecución, que lo lleva, por ejemplo, a solicitar identificación a las personas que se involucran con él o que es odiado por algún tipo de personas; así como de un delirio de querrela, que lo hace sostener litigios o riñas con terceros por el más nimio motivo o razón, porque cree que la causa es justa o porque imagina que con ello logrará evitar un perjuicio futuro a su persona, bienes o familia; además sufre de un delirio místico o religioso, que le hace creer que es portador de una misión divina en la tierra, como el mesías o profeta elegido; c) **Las psicosis maníaco-depresivas**, llamadas también afectivas, circulares o bipolares, tienen la particularidad de afectar el sistema emocional del enfermo, de modo que en él predominan estados afectivos externos (manía y depresión), suponen una profunda alteración de la afectividad, sobre todo del humor y de la alegría o la tristeza. En la psicosis depresiva, la melancolía o la tristeza domina y recorre la personalidad del sujeto, limitando la ideación, la voluntad o la acción. La realidad se percibe de manera pesimista y con una profunda congoja, la presencia en el mundo se ve como un duro e inmerecido castigo, siendo una idea más o menos constante la ejecución del suicidio o la instigación al mismo. La vida para el depresivo no tiene ningún sentido, odia o ve con indolencia a los demás, a los compañeros o incluso a la misma familia o hijos. En la psicosis maníaca, el sujeto percibe de manera eufórica y descontrolada todo hecho, se toma la mayoría de cosas o proyectos como posibles y de ejecución fácil; si va acompañada de insensibilidad y egoísmo puede desencadenar en actos de crueldad para satisfacer determinados apetitos o en crímenes graves; d) **La psicosis epiléptica** se caracteriza por ser una afección psíquica que conlleva a descargas hormonales espontáneas, a manera de disturbio paroxístico y transitorio de la actividad cerebral, que aparece de improviso, cesa repentinamente y tiende a repetirse en el tiempo, y que es provocada por una alteración anatómica irritable del cerebro o de una alteración de naturaleza hereditaria o constitucional. Se distingue entre psicosis epiléptica de “gran mal”, “de pequeño mal”, y de mero “ataque psicomotor”. La epilepsia de gran mal, al ser

productora de un estado de inconsciencia, constituye una causal de ausencia de acción y no de imputabilidad⁽⁴¹⁾. El “gran mal” suele producir la pérdida de la organización de la vida psíquica que puede llegar a la demencia. Un aspecto importante de la psicosis epiléptica es el momento anterior a la crisis conocida con el nombre de aura, y que ocasiona irritabilidad o explosividad del temperamento, lo que hace proclive al sujeto a la comisión de cierta clase de delitos. En estos casos de alteración de la conciencia debe realizarse un estudio minucioso del paciente para establecer el grado y la intensidad de la perturbación, y ver si solo debe atenuarse la responsabilidad, por existir una imputabilidad disminuida, o debe exonerarse completamente de responsabilidad penal al concurrir una situación de inimputabilidad⁽⁴²⁾. La epilepsia de “pequeño mal” aparece por intervalos de tiempo más breves por lo que estos pueden ser poco perceptibles para el propio paciente; por lo demás, según su profundidad y la perturbación de la conciencia del paciente puede terminar con resultados idénticos –en cuanto a su valoración jurídico penal– a los de la epilepsia de “gran mal”. El “ataque psicomotor” representa el nivel más bajo de la epilepsia y, por lo común, no acarrea la pérdida de la conciencia o una alteración gravísima de las facultades psíquicas, pero a veces termina interrumpiendo o paralizando la actividad de coordinación o de destreza que realiza la persona, lo que la hace asumir un cambio brusco de actuación y proceder. Sin embargo, en los ataques epilépticos es posible alegar en la mayoría de casos –para fundar la responsabilidad penal del sujeto– el *actio libera in causa* (acción libre en causa).

En este punto de la discusión, es preciso hacer mención a las **personalidades psicopáticas** que manifiestan ciertos individuos, en razón a la frialdad con la cual cometen los más execrables delitos; son personas ya de por sí normales, que llevan una vida familiar y social de igual al común denominador de las gentes, pero que esconden una personalidad provista de una sed implacable de provocar el sufrimiento en los demás, obtienen el equilibrio emocional cuando perpetran sus

(41) Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. T. V. Ediar, Buenos Aires, 1983, p. 166.

(42) La jurisprudencia del Tribunal Español consideró que si el delito se cometió durante el ataque epiléptico o en la llamada aura epiléptica (inmediatamente antes o después del ataque), o cuando el sujeto se encontraba en estado de demencia, se aplicaba la eximente; véase CERESO MIR, José. *Derecho Penal*. 2ª edición. Uned, Madrid, 2000, p. 58.

finés más perversos; individuos que, ante los ojos de la comunidad, se comportan como ciudadanos de bien, presentan una personalidad encubierta, atractiva y algunas veces plenamente seductora con las personas; se esfuerzan por encubrir de una manera particular los rasgos de su carácter y personalidad, apareciendo ante los demás como seres humanos completamente normales o, incluso, interesantes; esconden a veces, patologías –que sin ser propiamente enfermedades mentales– determinan la perpetración de crímenes horrendos (como asesinatos con crueldad, lesiones u homicidios sin motivo aparente por ferocidad o placer, por ejemplo), lo cual incide en negar de plano su condición de “inimputables”. No confundamos al “psicópata” con el “psicótico”, aunque ambos puedan presentar signos negativos de remordimiento⁽⁴³⁾. Las personalidades psicopáticas no revelan propiamente una enfermedad mental sino rasgos caracterológicos que inciden en una proclividad delictiva, lo cual de ninguna manera los convierte en “inimputables”. La composición misma de la personalidad del autor, lo inclinan hacia actitudes anormales, que no llegan a formar una base patológica que dé pie a la inimputabilidad; son sujetos que no tienen el menor remordimiento por los actos criminales que cometen, llevan consigo un poder manipulador muy significativo hacia los demás. El psicópata alberga una personalidad cuya característica es el no percatarse de su carácter anormal ni de la insensibilidad o del temperamento peculiar que posee; mira sus actos de manera aislada, egoísta, no mide las consecuencias ni calcula los riesgos a los que se expone luego de la realización de una conducta. Un psicópata responde normalmente como motivo y fin último de su actuación a los deseos de venganza, éstos hacen albergar a los psicópatas la más cruda insensibilidad, la mayor falta de amor al prójimo, la ausencia de compasión y de solidaridad, llevándolos a asumir un egoísmo extremo. También suele ser común entre los psicópatas la presencia de un complejo de inferioridad o de considerarse víctimas de los demás. Sin embargo, no se crea que la personalidad del psicópata es solo compatible con la comisión de actos de crueldad o de dureza extrema, ya que también existen psicópatas refinados que, siendo igual de insensibles, no imponen un dolor adicional o innecesario a sus víctimas⁽⁴⁴⁾.

(43) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Ob. cit., p. 389.

(44) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 636.

No es que el psicópata no pueda interiorizar las normas jurídicas o los valores –lo que también indudablemente puede pasar–, sino que a veces no puede motivar y orientar su comportamiento conforme a dichas pautas. Por otro lado, como bien se apunta, no se debe confundir la personalidad psicopática de aquella personalidad que solo tiene rasgos psicopáticos⁽⁴⁵⁾. La mayor o menor insensibilidad de un delincuente, sus móviles egoístas, su deseo desmedido de venganza, no nos pueden llevar a pensar y a generalizar que nos encontramos ante un psicópata. Del mismo modo, la más absoluta indiferencia hacia los valores o a las normas jurídicas no puede conducir a identificar la psicopatía con la existencia de una forma de anomalía psíquica⁽⁴⁶⁾. El juez ha de realizar en concreto –y solo después de un análisis exhaustivo de los hechos, de la personalidad del agente y del respectivo informe psiquiátrico– un enjuiciamiento global del suceso y de la personalidad del autor, formándose así su opinión jurídica.

Algunos autores consideran también como anomalía psíquica a la **oligofrenia**. Esta anomalía consiste en la debilidad intelectual congénita sin causa demostrable. Según su intensidad, se distinguen los casos de idiocia, imbecilidad, debilidad mental, inteligencia limitada⁽⁴⁷⁾. Se explica por la presencia de procesos psíquicos patológicos corporales, producidos tanto en el ámbito emocional como intelectual, que escapan al marco de un contexto vivencial y responden a una lesión al cerebro, como: psicosis traumáticas, psicosis tóxicamente condicionadas, psicosis infecciosas y otras⁽⁴⁸⁾.

Las **neurosis** por su parte, consisten en situaciones de conflicto del sujeto consigo mismo o con el mundo circundante, que lo presionan emotivamente, provocando los estados de angustia cuyo origen no siempre logra determinar, y que frecuentemente llegan a causarle efectos orgánicos, como parálisis, ahogos u otros⁽⁴⁹⁾. La neurosis es una condición de insuficiencia psíquica que se caracteriza por la ansiedad

(45) De esta forma ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. T. V. Ob. cit., p. 157.

(46) Sin embargo, incurre en una peligrosa generalización MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 589.

(47) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. 3ª edición, Grijley, 2005, p. 630.

(48) JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, Trad. de Miguel Olmedo Cardenote, Comares, Granada, 2002, p. 470.

(49) GARRIDO MONTE, Mario. *Derecho Penal. Parte general. T.II. Nociones fundamentales de la teoría del delito*. 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 282.

excesiva y duradera, que tiene una etiología psíquica no somática y en la que se trata de reacciones vivenciales anormales o de trastornos en la elaboración de la vivencia. Es manifestación de un conflicto intrasíquico no resuelto que inhibe o neutraliza los comportamientos sociales. Sus causas, si bien tienen una expresión interna, pueden deberse a un conflicto interpersonal severo o a un conflicto con el ambiente social. Las principales clases de neurosis son: a) La **neurosis histérica**, que es muy frecuente y se caracteriza por una marcada emotividad y excitabilidad del mundo anímico debido a cosas, hechos o personas. El neurótico histérico suele simbolizar su conflicto con síntomas orgánicos y no con palabras. Quienes la padecen son fácilmente sugestionables, tienden a atraer la atención, el afecto o la consideración del otro y se refugian en la soledad cuando atraviesan por una situación ingrata, la que, por cierto, también exageran⁽⁵⁰⁾; b) La **neurosis depresiva**, nace normalmente en paralelo con un acontecimiento o hecho doloroso sufrido por el sujeto de manera imprevista y que tiende a empeorarse o estabilizarse con el transcurso del tiempo. El neurótico depresivo sigue reviviendo continuamente dicho hecho de manera intensa y emotiva, lo que podría desencadenar en un intento de suicidio o un homicidio o tentativa del mismo sobre una persona querida; c) La **neurosis obsesiva o compulsiva**, cuya nota particular es la existencia de una idea o un deseo fijo que atrae y polariza la atención del sujeto, alejando su conciencia de fenómenos o acontecimientos personales o familiares más importantes, lo que puede atraer o constreñir al sujeto a realizar cierto tipo de acciones o hechos. Pertenecen a este campo algunas monomanías, como la cleptomanía y la piromanía que afectan a sectores del psiquismo y terminan arrastrando el resto de la personalidad. Dentro de las perversiones sexuales puede citarse el exhibicionismo y el fetichismo; d) La **neurosis de ansiedad**, se caracteriza por la tensión y angustia psicológicas por una actividad que se afronta o que se debe realizar, o por una consideración morbosa y exagerada respecto al peligro que se cierne para el sujeto. Suele demostrarse a través del terror a un objeto o a un acontecimiento. Aquí se incluyen las fobias, como la agorafobia, la claustrofobia, etc.; e) La **neurosis neurasténica**, que se delinea por la conformación de un estado de

(50) CEREZO MIR, José. Ob. cit., p. 267, quien correctamente señala que: “No procede, desde luego a la aplicación de la eximente completa en los casos de histeria y ludopatía”.

cansancio, fatiga física o cerebral, que incapacita la dirección y culminación de cualquier empeño por una fácil sensación de agotamiento de la actividad volitiva; d) La **neurosis postraumática**, que se desarrolla en la víctima de un trauma físico, al que se asocia un mecanismo psicológico de tipo histérico, neurasténico o hipocondríaco. Aquí hay una autosugestión que tiende a sumergir al sujeto en el dolor, creyendo muchas veces que el daño es merecido, impulsándolo a una decisión fatal o peligrosa⁽⁵¹⁾.

Las neurosis, a diferencia de la oligofrenia o de la psicosis, pueden desaparecer de la personalidad del sujeto con un adecuado tratamiento psicológico. Respecto a su tratamiento jurídico-penal debe señalarse que ellas si bien de modo regular no eximen de responsabilidad ya que no privan al sujeto de la posibilidad de comprender el sentido de su acto o de motivarse conforme al mismo⁽⁵²⁾, en casos excepcionales pueden hacer languidecer cualquiera de esas dos condiciones de la imputabilidad.

En resumidas cuentas, no interesa únicamente la presencia de cualquiera de las enfermedades enunciadas para dar por negada la imputabilidad penal, sino que es necesario que los efectos de las mismas hayan alcanzado tal intensidad, que perturbe u afecte de forma significativa la funcionalidad cerebral del sujeto, pues puede que su manifestación no alcance un estadio de perturbación suficiente en la psique del sujeto, para proceder a la declaración de “inimputabilidad”. Es necesario que la anomalía psíquica cause un determinado efecto psicológico: que el individuo no sea capaz de autorregular su comportamiento de acuerdo con el mensaje normativo, esto es, que le impida al individuo conocer o comprender la ilicitud de su comportamiento (facultades intelectuales) o determinar su actividad conforme a dicho comportamiento (facultades volitivas)⁽⁵³⁾.

(51) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., pp. 638-639.

(52) Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo español del 13 de octubre de 1971, señaló que: “Los neuróticos ocupan el último lugar descendente de la perturbación mental; por lo que solo las formas más acusadas y graves de tal anomalía podrían aspirar a la completa exención de responsabilidad penal, de modo que las reacciones neuróticas solo pueden pretender, cuando más, un poderío atenuante”.

(53) BRAMONT ARIAS, Luis. *Derecho Penal. Parte general*. T.I. 3ª Edición, Vilock, Lima, 1978, p. 181.

4. Consecuencias jurídicas de la anomalía psíquica

El artículo 20 del Código Penal prescribe que está exento de responsabilidad penal quien sufra una anomalía psíquica que le imposibilite la capacidad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esa comprensión.

La anomalía psíquica es considerada una causa de inimputabilidad, por lo que no se puede imponer una pena a la persona que realice una conducta típica y antijurídica en las circunstancias señaladas en el párrafo anterior. Sin embargo, nuestro Código Penal no se ha podido desembarazar totalmente de la idea del enfermo mental como ser peligroso (por lo que se haría necesario segregarlo), estableciendo para estos casos la aplicación de las medidas de seguridad, como es el caso de la internación en un centro hospitalario especializado u otro adecuado, con fines terapéuticos o de custodia cuando concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves, de acuerdo al artículo 74 del Código sustantivo. Muñoz Conde, encuentra en el carácter aflictivo y defensivo del internamiento una mitificación de la peligrosidad del enfermo mental, haciendo de ella el pretexto para imponer medidas esencialmente represivas y no curativas, por más que los actuales conocimientos psiquiátricos demuestren que la peligrosidad social permanente de algunos enfermos mentales es muy reducida y muy pocos son los casos del internamiento obligatorio justificado por la peligrosidad del enfermo⁽⁵⁴⁾. No obstante, nuestro Código Penal morigera esos arrebatos peligrosistas al limitar la duración de la internación que no podrá exceder al tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicar por el delito cometido, tal como lo señala el artículo 75.

Es importante indicar que si se trata de un imputable relativo se aplicaría la medida de seguridad consistente en el tratamiento ambulatorio de acuerdo con el artículo 76 del Código Penal. La regulación del sistema vicarial, en el caso de imputables relativos supone que el tiempo de internación se computará como tiempo de cumplimiento de la pena, otorgando al juez la facultad de dar por extinguida la condena

(54) Véase MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 2ª edición, Temis, Bogotá, 2004, p. 138.

o reducir su duración, de acuerdo al éxito del tratamiento, conforme al artículo 77 del mencionado texto legal.

II. LA GRAVE ALTERACIÓN DE LA CONCIENCIA

La inimputabilidad puede ser consecuencia no solo de ciertos estados patológicos permanentes (como es el caso de la anomalía psíquica), sino también de estados anormales pasajeros. El numeral 1 del artículo 20 del Código Penal expresa, entre otras circunstancias, que están exentos de responsabilidad penal los que por una grave alteración de la conciencia no posean la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o no puedan determinarse según esta comprensión⁽⁵⁵⁾.

Como seres humanos estamos dotados de cierto poder de reflexión, esto nos brinda la posibilidad de obrar con conocimiento de lo que hacemos; sin embargo, existen circunstancias particulares que perturban esta capacidad, como es el caso de las alteraciones de la conciencia, que son trastornos en los que las estructuras psíquicas del individuo son trastocadas y sus instancias de control son del todo alteradas⁽⁵⁶⁾, lo que implica una perturbación de la autodeterminación.

La alteración de conciencia, a diferencia de la anomalía psíquica, carece de origen patológico y puede derivarse de diferentes circunstancias, como son: el agotamiento, los estados intermedios de ebriedad, el exceso de fatiga, el sopor, las acciones bajo hipnosis o los estados post-hipnóticos, determinados estados pasionales o afectivos, etc. Estos trastornos deben ser profundos y se pueden presentar también producto de sustancias exógenas susceptibles de alterar las facultades psicomotrices del individuo como es el caso del alcohol, drogas, fármacos, sustancias psicotrópicas, etc.

En la ciencia española a esta figura se le denomina trastorno mental transitorio, entendiéndose este como una plena anormalidad en el conocimiento de la situación o en las condiciones de autocontrol del sujeto⁽⁵⁷⁾.

(55) La norma se refiere a la falta de capacidad de comprensión o a la falta de encausamiento.

(56) Véase HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 631.

(57) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Ob. cit., p. 603.

1. Definición

La grave alteración de la conciencia es un estado que lesiona profundamente la esfera cognoscitiva del sujeto, quien obra, por ende, alterado en su propia conciencia o del mundo circundante que lo rodea, afectándolo a tal nivel que le imposibilita comprender el carácter delictuoso del acto que comete o se ve anulado en la capacidad de controlar sus propios actos (facultades psicomotrices).

Este trastorno produce una disociación entre el mundo interno y la realidad, existe una ruptura del estado real de las cosas, por lo que el sujeto no es consciente de los actos que realiza, para él la realidad se encuentra totalmente desdibujada. Algunos agrupan dichas perturbaciones en aquellas que tienen un **carácter fisiológico** (como el cansancio y la fatiga extrema, por ejemplo) y las que tienen un **carácter psicológico** (como los estados crepusculares y las emociones intensas)⁽⁵⁸⁾.

Cuando la ley alude al término “**conciencia**” se refiere a la de “uno mismo en su relación con la conciencia del mundo exterior”⁽⁵⁹⁾; por ello, esta causa de inimputabilidad excluye la capacidad reflexiva y de discernimiento del sujeto, aunque no lo elimina del todo, va acompañada por una turbación anímica o afectiva que hace presa al hombre de sus impulsos o de sus reacciones. Por ello, normalmente la ejecución del delito se produce de manera torpe, desordenada y no obedece a una planificación anterior que suela extenderse a instantes posteriores a la consumación del delito⁽⁶⁰⁾. Decimos que es exigible un mínimo de participación anímica⁽⁶¹⁾ en la alteración de la conciencia para ser causal de inimputabilidad, pues la exclusión de conciencia adquiere carácter de irrelevante jurídico-penal, al no ser “acción” que interesa al Derecho Penal, *ergo*, estaríamos refiriéndonos a los estados de inconsciencia⁽⁶²⁾ que configuran casos de ausencia de acción (causa excluyente

(58) Así STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible*. 4ª edición. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi, 2005, p. 285.

(59) Así JESCHECK, Hans. Ob. cit., p. 396; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 639.

(60) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 645.

(61) Sino estaríamos ante un “estado de inconsciencia” y no ante una perturbación de la conciencia, la primera hipótesis remite a un caso de ausencia de acción.

(62) Los estados de inconsciencia surgen cuando se presenta una completa ausencia de funciones mentales del hombre; los actos que realiza el sujeto no dependen de su voluntad, por ejemplo: “A” bajo efecto de la ebriedad alcohólica absoluta, mata a “B”. “A” no es responsable por la muerte de “B”, puesto que

de acción y no de culpabilidad). Como lo ha puesto en relieve Jakobs: “La alteración es, pues, una desorientación, que sin embargo no anula la conciencia, sino que la deja restringida; no es la conciencia lo que se pierde en el estado pasional, sino el discernimiento”⁽⁶³⁾.

El uso de la denominación “grave” es un limitante que solo comprende a las alteraciones que alcanzan una intensidad tal que desbordan lo normal, como por ejemplo: la profunda fatiga. Así se deben eliminar todos los trastornos de conciencia que se mantienen aún dentro de los márgenes de lo normal. Roxin enseña que “la palabra ‘grave’, materialmente no significaría otra cosa que el trastorno ha de ser de tal intensidad que la estructura psíquica del afectado esté destruida o perturbada”⁽⁶⁴⁾.

En efecto, la alteración de la conciencia debe adquirir tal profundidad que afecte gravemente las facultades cognoscitivas y volitivas de la persona. Si bien el concepto de gravedad o de profundidad de las alteraciones es una noción cargada de relatividad⁽⁶⁵⁾, ya que depende de las valoraciones socio-culturales, psicológicas y jurídicas a las que se atenga el juez, la clave para delimitar la magnitud de la misma se relaciona con el hecho de que solo las alteraciones graves de la conciencia son las que impiden al sujeto comprender el carácter delictuoso de su acto y no facilitan la determinación de su conducta conforme a dicho entendimiento. En todo caso, si bien es cierto que las simples alteraciones de la conciencia no tienen ningún efecto eximente, también es cierto que pueden operar sin ninguna dificultad como un baremo del grado de imputabilidad, y por tanto, de la culpabilidad⁽⁶⁶⁾.

Los casos más importantes de la grave alteración de la conciencia, desde el punto de vista práctico, están representados por los estados pasionales intensos y las emociones extremas o de alto grado. Como ejemplos de las **emociones** pueden citarse la ira, la ansiedad, el placer erótico o la vergüenza; y de las **pasiones**, el amor, el odio, los deseos

no tenía control sobre sus actos. Son supuestos de estado de inconsciencia: el sueño, la epilepsia, los sueños profundos producidos por narcóticos, el sonambulismo o la embriaguez absoluta.

(63) JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 639.

(64) Véase ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. de la 2ª edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, Madrid, 1997, pp. 828-829.

(65) Cfr. JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 639.

(66) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., pp. 646-647.

de venganza o la celotipia⁽⁶⁷⁾. Dichos estados emotivos o pasionales no deben ser de cualquier magnitud, sino de tal intensidad y gravedad que destruyan el psiquismo del sujeto en el caso concreto, tal como lo hemos indicado con anterioridad.

2. Naturaleza jurídica de la grave alteración de la conciencia

La grave alteración de la conciencia constituye una de las causas de inimputabilidad. Es, por lo tanto, una causa excluyente de la culpabilidad. Este trastorno debe estar presente en el momento de la realización de la conducta prohibida por parte del agente e importa una perturbación o una exclusión parcial de la normal relación entre la conciencia del yo (la llamada autoconciencia) y la conciencia del mundo exterior⁽⁶⁸⁾. Circunstancias particulares perturban la reflexión de la persona impidiéndole percatarse de lo que hace en el momento en el que actúa⁽⁶⁹⁾.

3. Ámbito de aplicación de la grave alteración de la conciencia

El ámbito de aplicación de este supuesto se circunscribe a las perturbaciones no patológicas, sean de naturaleza fisiológica (como es el caso del agotamiento profundo o la somnolencia) o de naturaleza psicológica (como los estados de semi-hipnotismo y gran intensidad de ciertas emociones)⁽⁷⁰⁾. Roxin señala que “puede darse un trastorno de la conciencia en un sujeto que actúa en estado de excitación extrema, aun cuando el mismo no padezca enfermedad alguna y su estado pasional tampoco vaya acompañado de otras manifestaciones o síntomas de deficiencias (como por ejemplo, la somnolencia, la hipnosis, la fiebre o deficiencias similares)”⁽⁷¹⁾.

En la actualidad, las ciencias empíricas parten mayoritariamente de la idea de que ante un “desbordamiento pasional” acontecido en estado de alto grado de excitación, la capacidad de control en el momento del hecho puede estar con frecuencia excluida, pues dicho

(67) *Ibíd.*, p. 648.

(68) Véase BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Ara, Lima, 2004, p. 428.

(69) Véase PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Imputabilidad e inimputabilidad*. Porrúa, México, 1993, p. 97.

(70) Véase STRATENWERTH, Günther. *Ob. cit.*, p. 285.

(71) ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, p. 829.

desbordamiento pasional, según Roxin, “tiene como condición previa directamente la destrucción de las instancias de control”⁽⁷²⁾.

Garrido Montt, refiriéndose al Derecho Penal chileno, estima que para que concurra esta causal de inimputabilidad deben reunirse las siguientes condiciones⁽⁷³⁾:

- a) Han de perderse las facultades intelectuales y volitivas, esto es la aptitud de conocer o comprender y la de obrar de acuerdo a tal comprensión;
- b) La pérdida del poder razonador debe ser total; si solo es parcial, se daría un estado de imputabilidad disminuida;
- c) La ausencia de razón debe tener como causa circunstancias ajenas a la voluntad del afectado, y su origen puede ser doloso, culposo o fortuito.

Las posibilidades de exculpación abiertas se consideran a menudo demasiado amplias por razones de prevención general, por ello es que existen restricciones en la determinación de la grave alteración de la conciencia como causa de inimputabilidad; por ejemplo, la exigencia de que no debe existir una provocación culpable del estado pasional por parte del autor, negándose la aplicación de la misma cuando el autor se coloca a sí mismo culpablemente en situaciones que conducen a hechos violentos o cuando hay defectos de carácter evitables y deslices morales. Asimismo, la imputabilidad subsiste cuando el estado pasional o emocional fuera evitable⁽⁷⁴⁾. Solo se podrían invocar para la fundamentación de la provocación culpable aquellas circunstancias que se hallan en estrecha relación con la “acción en cortocircuito”; por ejemplo: el abandono incontrolado a malos humores depresivos que visiblemente conducen al terreno de peligro de descargas pasionales incontroladas⁽⁷⁵⁾.

Lo correcto es estimar que cuando en el momento del hecho está absolutamente excluida la capacidad de control, no se puede negar la exculpación. Tras lo mencionado se encuentra el miedo a la situación sentida como intolerable de que los sujetos sean absueltos de

(72) Ídem.

(73) GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 223.

(74) Véase CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., pp. 649-650.

(75) Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 830.

responsabilidad penal; sin embargo, este temor sería exagerado, de acuerdo a Roxin, porque no cualquier estado pasional se califica como “grave alteración de la conciencia”. Asimismo, un principio de culpabilidad referido o adscrito al tipo solo resulta creíble cuando no se le sacrifica en cada caso conflictivo a intereses preventivos incluso contra el tenor literal de la ley y, por último, no existe ninguna razón en virtud de la cual las exculpaciones por inimputabilidad fomenten la criminalidad⁽⁷⁶⁾.

La posibilidad de basar la responsabilidad jurídico-penal de un sujeto que actúa en estado pasional en los principios de la *actio libera in causa* se respaldaría por los dictámenes psiquiátricos. Según los mismos los hechos pasionales no llegan como un rayo en tiempo sereno, sino que son el resultado de un conflicto de larga duración y transcurren la mayoría de las veces en las tres fases del nacimiento, agravación y descarga. En la fase de nacimiento, los agravios y fracasos que se han de asimilar no conducen a tensiones psíquicas, que se “cargan” en la segunda fase y se convierten en representaciones destructivas, de modo que en la tercera fase basta a menudo un motivo aparentemente insignificante para hacer que se produzca un derrumbamiento total de la capacidad de control y el desbordamiento pasional. En la segunda fase, cuando todavía existe capacidad de control, se puede constatar la mayoría de las veces un conflicto del sujeto con sus tendencias agresivas. Si en este estadio no toma precauciones contra una posible descarga pasional posteriormente ya no controlable y, por ejemplo, no se aleja de la zona de influencia de la víctima potencial o incluso compra un arma de fuego, existe ya una provocación del ulterior resultado, que puede fundamentar una responsabilidad jurídico-penal. Sin duda la mayoría de las veces esa conducta del sujeto va a representar solo una imprudencia, porque confía negligentemente en poder evitar el desbordamiento pasional⁽⁷⁷⁾.

Sin embargo, el *actio liberae in causa* o acción libre en la causa –o acción libre en el origen, como también se le denomina–, es una figura que ha suscitado arduas polémicas respecto a su aplicación para determinar la inimputabilidad o no de algunos comportamientos. De acuerdo con esta construcción jurídica, el agente debe responder por

(76) *Ibidem*, pp. 830-831.

(77) *Ibidem*, p. 832.

las acciones u omisiones cometidas en estado de inimputabilidad cuando él, dolosa o culposamente, se colocó en tal situación para cometerlas (*actiones vel omissiones liberae sive ad libertatem relatae*). Por lo tanto, el *actio libera in causa* constituiría una excepción a la eximente de la grave alteración de la conciencia, toda vez que el agente es el que de propia mano provocaría la misma. En otras palabras, la libre acción de la causa atacaría la inimputabilidad de la grave alteración de la conciencia, en la medida que el agente sería responsable de ella.

Los problemas generados por el *actio liberae in causa* comienzan cuando se presume que es imputable quien al momento de realizar el hecho actúa en una situación que, normalmente, se considera como de inimputabilidad, en lo cual se ha visto una vulneración del principio de culpabilidad por falta de correspondencia entre el injusto realizado por el agente y su juzgamiento en sede de culpabilidad, cuando no, el desconocimiento del postulado de legalidad; todo ello ha originado que un buen sector doctrinario manifieste que se trata de una institución completamente superflua, llamada solo a crear equívocos y malas interpretaciones.

En verdad, no deja de ser extraña a la lógica inmanente, a la construcción dogmática y a los principios inspiradores del actual Derecho Penal que se responsabilice a quien no es culpable al momento de cometer el hecho, acudiendo a una ficción indemostrable, como es el caso de la *actio liberae in causa*, cuya verificación práctica ofrece no pocas dificultades de tipo probatorio. En efecto, los conocidos ejemplos del individuo que adrede se inoculara un virus desencadenante de una inusitada reacción violenta con el fin de atentar contra las personas; o el de quien sabiendo que unas pocas copas de licor le producen ebriedad patológica, que lo lleva a reaccionar violentamente contra su esposa, a la cual da muerte, etc., inducen a pensar que se trata de hipótesis de inimputabilidad “dolosamente” preordenadas de muy difícil configuración y verificación empírica que, en la mayoría de los casos, responde a la fértil imaginación⁽⁷⁸⁾.

(78) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Temis, Bogotá, 2002, p. 419.

Behrendt⁽⁷⁹⁾ concibe la responsabilidad jurídico-penal en el estado pasional como *actio libera in omittendo*, es decir, aprecia un delito de omisión cuando el sujeto no reprime sus tendencias destructivas en el segundo estadio de la génesis del estado pasional; el deber de evitar el resultado surgiría del hacer precedente. Sin embargo, el seguir avanzando por la vía del estado pasional creciente constituye un hacer positivo causante del resultado. El “momento omisivo” de la falta de cuidado es también propio de la imprudencia comisiva; y en un posible caso de *dolus eventualis* el seguir adelante constituye, aun con más razón, un hacer activo⁽⁸⁰⁾.

En cuanto a la producción “culposa” del estado de inimputabilidad, se citan casos como el de quien se embriaga, previendo que en tal estado puede lesionar de consideración a su íntimo amigo, o el de la madre que previendo o pudiendo hacerlo ahoga a la criatura de brazos durante el sueño; en dichos supuestos, debe afirmarse, se está frente a situaciones explicables desde el plano de la teoría de la tipicidad imprudente sin necesidad de acudir a la concepción de la *actio libera in causa*, que, de acuerdo a Velásquez Velásquez, nada nuevo agrega a la misma aunque sí contribuye de manera notable a oscurecer el panorama dogmático. No obstante ello, algún sector doctrinario y del derecho comparado se resiste a prescindir de la señalada institución, habiéndose llegado a afirmar, incluso, que puede mantenerse a condición de poder establecer que al momento de colocarse en situación de “inimputabilidad” el agente no solo era imputable, sino además culpable, acorde con lo anterior, pues, debe concluirse que se trata de una figura llamada a ser erradicada por superflua e improcedente⁽⁸¹⁾.

Jakobs, sobre la base de su peculiar concepción de la culpabilidad, trata el estado pasional desde la perspectiva de la exigibilidad. Propugna definir también sin duda alguna como inimputable al sujeto que se convierte en “objeto pasivo de procesos funcionales”. Pero, más allá de esto, cuando aún no está excluida la imputabilidad, propugna admitir también, en determinadas circunstancias, la exculpación, que naturalmente solo puede concederse dentro del marco de lo preventivo generalmente defendible y ha de ser denegada cuando el

(79) Citado por ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 833.

(80) Ídem.

(81) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 419.

propio sujeto haya provocado culpablemente el estado pasional. Ello se corresponde plenamente con la concepción de que incluso aunque exista una pequeña culpabilidad, en el caso de que falte necesidad preventiva de punición debería producirse una exclusión de la responsabilidad. En vista del muy extendido miedo a la exculpación, sin duda no habrá que contar de momento aún con una indulgencia de los tribunales en este terreno⁽⁸²⁾.

La persona normal que sufre una y otra vez mermas más o menos fuertes de la conciencia, que se deban a la falta de sueño, al agotamiento, excitación, pánico o a cualesquiera otras causas corporales o psíquicas, no podría ser considerada inimputable por regla general, sino que se tendrían que valorarse estas circunstancias en la medida de la culpabilidad.

4. Efectos de la grave alteración de la conciencia

La grave alteración de la conciencia, que imposibilita comprender el carácter delictuoso de la conducta perpetrada o anula la capacidad de controlar los propios actos, excluye la imputabilidad, eximiendo de responsabilidad penal, de conformidad con el artículo 20.1 del Código Penal. La ley confiere efectos eximentes a toda alteración de la conciencia que sea grave, es decir, las que perturben de modo más intenso y profundo la conciencia del sujeto.

Lo que excluye la imputabilidad no es el hecho, por ejemplo, de haber estado ebrio, sino el que el alcohol condujo al agente a un estado grave de alteración de la conciencia que lo puso en una situación de incapacidad psíquica para comprender lo injusto del hecho o de actuar según esta comprensión⁽⁸³⁾.

Si las personas que beben alcohol lo hacen sin tener conciencia de que perderán totalmente sus facultades intelectivas y la aptitud para adecuar sus conductas a aquéllas, serán inimputables, a menos que medie culpa de su parte. En esta última situación su imputabilidad estaría atenuada⁽⁸⁴⁾.

(82) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 833.

(83) BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Santa Rosa, Lima, 2000, p. 251.

(84) GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 224.

Se puede distinguir entre embriaguez de naturaleza patológica (psicosis alcohólica), que es un tipo de enfermedad mental que altera la personalidad del sujeto que compulsivamente requiere ingerir sustancias alcohólicas u otras que afectan su psiquis, y las demás clases de embriaguez⁽⁸⁵⁾. El alcoholismo patológico no calzaría en la grave alteración de la conciencia sino que constituiría un tipo de anomalía psíquica. Mientras que aquel que se embriaga específicamente para cometer un delito determinado, al actuar dolosamente, su conducta sería imputable. Lo mencionado en relación a la ebriedad, en este y el anterior párrafo, es aplicable igualmente al consumidor de drogas y sustancias estupefacientes.

En el caso del hipnotizado, hay opiniones en el sentido de que estarían privados de razón. Otros estiman que debe distinguirse entre aquel cuya voluntad es dominada en plenitud de aquel que solo es sugestionado; en este caso prefieren desplazar el problema de la imputabilidad al del error, sea de tipo o de prohibición. Otros concluyen que corresponde analizar cada situación particular⁽⁸⁶⁾.

Otro aspecto discutido es el del paroxismo emocional, situación en que una persona es objeto de una emoción tan intensa, que le causa un estado de extrema exaltación. Las opiniones son disímiles en la materia, pero se acepta en principio que estados como el señalado

(85) En las demás formas de alcoholismo Garrido Montt distingue entre: **i) embriaguez dolosa**: aquí el bebedor ingiere alcohol con el objetivo de embriagarse, de consiguiente su estado se debe a su voluntad; **ii) embriaguez culposa**: el individuo bebe y quiere hacerlo pero sin pretender embriagarse, aunque en el hecho, por no poder controlarse, se embriaga, habiendo estado en condiciones de prever este posible resultado; y **iii) embriaguez fortuita**: el individuo se embriaga al ingerir sustancias cuyo poder en tal sentido ignoraba (ídem). Fontán Balestra contempla las siguientes hipótesis: **a) embriaguez accidental**; es decir, la que padece quien, sin beber inmoderadamente, llega a ella por deficiencias orgánicas o por cualidades propias del licor, circunstancias que han de serle todas ellas desconocidas a quien se embriagó, o por la acción engañosa o violenta de un tercero; **b) embriaguez involuntaria**, adquirida por quien bebe sin continencia, aunque sin haberse propuesto llegar a embriagarse; **c) embriaguez voluntaria**, la del que bebió con el propósito de llegar a la beodez, pero no de cometer delitos; **d) embriaguez estudiada, preordenada o premeditada**, que es aquella en que se coloca el agente para cometer un delito, con el fin de cobrar ánimo, vencer sus escrúpulos o preparar una excusa. Al dar la correspondiente relevancia a cada una de estas formas: la embriaguez estudiada, no es nunca motivo de excusa. La involuntaria y la voluntaria, si son completas, quitan toda imputación en razón de dolo, dejándola subsistir, sin embargo, en razón de culpa; si son incompletas, solo producen una minoración. La embriaguez accidental o fortuita excluye toda responsabilidad (FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y parte general*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 365).

(86) *Ibídem*, p. 226.

pueden tener tal gravedad que priven momentáneamente de razón a quien los sufre⁽⁸⁷⁾.

Si bien los sujetos que sufren una grave alteración de la conciencia (y que por ese motivo no cuentan con la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o no puedan determinarse según esa comprensión) son considerados inimputables, se les podría imponer medidas de seguridad.

5. Diferencias y semejanzas entre la grave alteración de la conciencia y la anomalía psíquica

La grave alteración de conciencia, como ya lo hemos indicado, carece de fondo patológico, a diferencia de la anomalía psíquica⁽⁸⁸⁾. Otra diferencia entre ambas radica a la brevedad de la duración temporal de la primera. La grave alteración de la conciencia es una perturbación profunda de la conciencia de sí mismo o del mundo exterior que afecta la inteligencia o la voluntad impidiendo la comprensión de la delictuosidad del acto que se realiza, o la dirección de las propias acciones al efectuarlo. No afectan la normalidad de las facultades, capacidades o potenciales intelectuales que estructuran el mecanismo psicológico, sino que solo interrumpen, por más o menos tiempo, la actuación de la facultad de propia comprensión interna y ubicación con relación a lo externo⁽⁸⁹⁾.

La grave alteración de la conciencia solo alude a una de las varias actividades anímicas o psíquicas que desarrolla el sujeto: la conciencia; mientras que la anomalía psíquica por su misma formulación generalizadora abarca todas las demás actividades, como la afectividad, el pensamiento, la emotividad, la imaginación o la capacidad de interacción social⁽⁹⁰⁾.

Las semejanzas entre la anomalía psíquica y la grave alteración de la conciencia radica en que lo relevante en ambas son los efectos que despliegan en la comprensión del ilícito y en la determinación de la

(87) Ídem, p. 226.

(88) De acuerdo con algunos autores, el carácter transitorio del trastorno sugiere la inexistencia de base patológica alguna asociada a la alteración mental del sujeto, siendo un estímulo exterior a él lo que perturba su estado psíquico, ya se trate de una situación o de la ingestión de alguna sustancia.

(89) Véase NÚÑEZ, Ricardo C. *Derecho Penal argentino. Parte general*. T.II. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1980, pp. 39-40.

(90) De este modo, ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 828; JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 638.

conducta conforme a dicho entendimiento, ambas son circunstancias eximentes de pena y configuran casos de inimputabilidad como naturaleza jurídica.

6. *Actio libera in causa*

La *actio libera in causa* es una construcción doctrinal que busca resolver aquellas situaciones en las que un sujeto ha realizado un hecho antijurídico en estado de ausencia de libertad o de anormalidad motivacional, estado que con anterioridad el mismo ha provocado⁽⁹¹⁾. Esta expresión se encuentra referida a la acción realizada en estado de no libertad.

Esta figura nace en el Derecho canónico medieval con un fin práctico, el de resolver el problema de la imputación de los hechos punibles realizados en estado de embriaguez alcohólica⁽⁹²⁾.

Mediante la *actio libera in causa* se pretende dar fundamento al castigo de conductas que con aplicación estricta del sistema del delito, concretamente de las teorías de la tipicidad y de la antijuricidad y del principio de culpabilidad, debieran ser impunes⁽⁹³⁾. Según esta doctrina, el ilícito penal cometido en estado de no libertad puede realizarse con dolo directo, eventual o culpa; habrá **dolo directo** cada vez que el autor se ponga en estado de incapacidad para realizar el delito, por ejemplo: cuando el agente ingiere alcohol colocándose en estado de inimputabilidad para darse ánimo y así poder matar a otra persona; habrá **dolo eventual**, cuando el autor se represente el resultado como probable y no tome ninguna precaución para evitarlo, por ejemplo: cuando el agente se represente como probable que en estado de inimputabilidad vencerá por la fuerza la resistencia de una mujer con la que quiere yacer y continúa bebiendo sin tomar ninguna precaución para evitar la violación; y por último, estaremos en el caso del llamado *actio libera in causa culposo*⁽⁹⁴⁾, cuando el autor haya debido o podido

(91) JOSHI JUBERT, U. *La doctrina de la 'actio libera in causa' en Derecho Penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*. Bosch, Barcelona, 1992, p. 28.

(92) HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán "La *actio libera in causa* y la *actio illicita in causa*: Dos supuestos en que la acción precedente es fuente de responsabilidad penal." En: *Estudios Penales - Libro Homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias*. Edit. San Marcos, Lima, 2003, p. 99.

(93) *Ibidem*, p. 98.

(94) Véase PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal - Parte general*. Vol. I. 3ª edición, Sagitario, Lima, 1986, p. 210, y HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*, Eddili, Lima, 1987.

prever que en el estado de inimputabilidad cometería el delito o cuando sabía que tenía que afrontar un deber para cuyo cumplimiento necesitaba de todas sus facultades, las que no mantiene, por ejemplo: cuando el agente bebe alcohol sin prever que encontrándose en estado de incapacidad no podrá dirigir plenamente sus actos y conduce su vehículo provocando un accidente, asimismo, cuando el autor persiste en conducir su auto a pesar de sentir cansancio y atropella a un tercero, o en el caso de que la madre conociendo su mal sueño, coloca a su hijo recién nacido en su cama, ahogándolo al darse vueltas en el lecho mientras duerme.

La *actio libera in causa* vendría a ser una excepción al principio de la culpabilidad; un modelo que posibilitaría de manera extraordinaria la imputación de los hechos encontrándose ausente un presupuesto de la punibilidad, sobre la base de la existencia de una *actio prae-cedens* provocadora de dicha situación⁽⁹⁵⁾, teniéndose presente que la posición dominante en la ciencia penal considera que el momento decisivo de comisión del delito es aquél en que el agente o partícipe actuó u omitió la obligación de actuar⁽⁹⁶⁾.

6.1. Fundamento jurídico otorgado a la *actio libera in causa* por la doctrina

El concepto de la *actio libera in causa* tiene por objeto poner de manifiesto una estructura que consiste en la existencia de dos tiempos: el primero, en el que el sujeto provoca dolosa o imprudentemente una situación defectuosa, bien sea de incapacidad de culpabilidad, bien la de incapacidad de acción; y el segundo, en el que dicho sujeto ataca en ese estado defectuoso, el bien jurídico⁽⁹⁷⁾.

Para determinar el castigo de la conducta ilícita realizada en esos dos tiempos, la doctrina distingue dos posiciones, la primera que plantea el **castigo de la acción realizada en estado defectuoso**, y la segunda que propone **castigar al sujeto por la acción precedente**; en la defensa de cualquiera de estos dos enfoques, se busca dar una explicación coherente a la *actio libera in causa* dentro del sistema del delito.

(95) HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 124.

(96) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal comentado*. 3ª edición, Grijley, Lima. 2001, p. 60. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 433.

(97) JOSHI JUBERT, U. Ob. cit., p. 125.

6.1.1. El modelo de la tipicidad o del injusto típico

También llamado sistema de imputación ordinaria⁽⁹⁸⁾; este modelo retrotrae el comienzo de la ejecución del hecho al momento en que el autor aún era responsable; descansando en el carácter típico de la *actio praecedens* (acción precedente); esto significa que la culpabilidad precede a la tipicidad y a la antijuricidad; por lo tanto, lo punible según este modelo, sería colocarse en estado de incapacidad de culpabilidad, lo que no es equiparable a una acción típica.

La imputación dolosa en el modelo de la tipicidad necesariamente plantea un doble dolo, no solo respecto de la realización inmediata del tipo, sino también la provocación dolosa del estado de incapacidad⁽⁹⁹⁾.

En este modelo la acción precedente es una condición de la producción del resultado típico, la segunda acción, de realización inmediata del tipo penal es simplemente un factor más de la cadena causal que termina en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; la *actio praecedens* al ser una condición necesaria del resultado se constituiría al mismo tiempo en el punto de apoyo de la punibilidad, pasándose del estadio del acto preparatorio al de la tentativa.

Para Roxin, el colocarse en estado de incapacidad de culpabilidad constituiría tentativa, pues se trataría de un caso homologable al de la **autoría mediata**, en el que el autor se haría instrumento irresponsable de sí mismo⁽¹⁰⁰⁾; al respecto Muñoz Conde sostiene que el delito cometido debe imputarse a título de dolo, ya que el propio sujeto se utiliza como instrumento de comisión del delito en verdadera *autoría mediata de sí mismo*; pero en la medida en que el delito cometido sea distinto o más grave que el que el sujeto quería cometer, este solo se podrá imputar a título de imprudencia. Por otra parte, si la situación de no imputabilidad se ha provocado dolosa o imprudentemente, pero no con el propósito de delinquir, podrá haber una responsabilidad por imprudencia por el hecho cometido en estado de inimputabilidad (frecuente en los delitos de comisión por omisión; por ejemplo, el guardagujas que se duerme y provoca el accidente de tren)⁽¹⁰¹⁾.

(98) *Ibidem*, p. 28.

(99) HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Ob. cit.*, p. 109.

(100) Roxin citado por HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Ob. cit.*, pp. 108-110.

(101) MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Temis, Bogotá, 1999, p. 118. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Ob. cit.*, p. 434.

Este planteamiento ha recibido críticas en el sentido de que la teoría de la autoría mediata no podría aplicarse a estos supuestos, pues se requeriría de dos personas y en la *actio libera in causa* hay una sola, por lo que constituiría una ficción; asimismo, porque la autoría mediata es un problema de autoría, mientras que la *actio libera in causa*, es utilizada para ampliar el tipo penal⁽¹⁰²⁾.

Roxin sostiene que la imputación culposa no presenta mayores dificultades en el modelo de la tipicidad. Tendría razón en la medida que para la imputación sigue un criterio tan amplio como la creación del riesgo; sin embargo, es discutible si este solo criterio sea suficiente para la imputación por su amplitud⁽¹⁰³⁾.

La principal ventaja que ofrece este sistema de imputación es que se salvaguarda o respeta el principio de culpabilidad; sin embargo, también por este modelo se afecta el principio de certeza, ya que al sostenerse, por ejemplo, que embriagarse constituye la acción típica equivale a sostener una concepción naturalista-causalista de la acción ya superada e insostenible; significaría una interpretación extensiva prohibida⁽¹⁰⁴⁾. Otro de los inconvenientes de este modelo es que considera actos ejecutivos hechos que en realidad pueden no suponer un peligro para el bien jurídico⁽¹⁰⁵⁾; en realidad, esta cuestión dependerá de la teoría sobre la tentativa que se adopte; quienes adopten una teoría puramente subjetiva⁽¹⁰⁶⁾ no tendrán ningún reparo en afirmar que, en el caso de que un sujeto se halle en un estado de intoxicación plena buscado con el propósito de matar a otro, exista tentativa de delito aunque ni siquiera salga de su casa en búsqueda de la víctima; los defensores de una teoría objetiva⁽¹⁰⁷⁾ rechazarán la tentativa por no haberse comenzado todavía a matar; para quienes defienden la teoría objetivo-subjetiva, resultará excesivo considerar que en el ejemplo de buscarse el estado de intoxicación plena con el propósito de matar a un determinado sujeto, este sea ya un acto ejecutivo, puesto que el

(102) HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 117

(103) *Ibidem*, p. 118.

(104) *Ibidem*, pp. 116-117.

(105) ROXIN, Claus. "Observaciones sobre la '*actio libera in causa*'". Trad. de Francisco Muñoz Conde. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, p. 22.

(106) La que da prioridad al plan del autor.

(107) La que da prioridad a la ejecución del tipo penal de manera inmediata y/o directa.

sujeto ni siquiera ha salido de su casa, por lo que debería ser estimado como acto preparatorio y por tanto, un acto impune.

6.1.2. El modelo de la excepción

El modelo de la excepción fue elaborado por Hruschka, quien critica al modelo de la tipicidad, al que llama teoría de la anticipación, por el hecho de apoyar la punibilidad de la *actio praecedens* que no sería una acción típica. Este autor también señala que incluso en los delitos de resultado puro⁽¹⁰⁸⁾, la *actio praecedens* no cumpliría la condición típica de tentativa, pues no todo acto doloso causal del resultado se transforma en acción típica de tentativa, pues puede serlo también de acto preparatorio⁽¹⁰⁹⁾.

En el modelo de la excepción se recurre a un sistema de imputación extraordinaria consistente en atribuir al sujeto la acción realizada en estado de incapacidad de acción o de culpabilidad (la acción precedente es típicamente neutra). Esta imputación extraordinaria es posible porque en el lugar del elemento que falta se coloca un subrogado como puede ser la obligación de mantenerse en un determinado estado físico o psíquico.

Para Hruschka la *actio praecedens* solo fija el dolo y señala que la *ratio* de la punibilidad no se encuentra en la fijación de ese dolo sino en el hecho de que la resolución delictiva ha sido tomada en plena capacidad de culpabilidad. El fundamento para el castigo de la *actio libera in causa* según este autor, está en primera línea en la conformación del dolo en un estado libre de incapacidad, pero que es determinante que el dolo haya salido de las meras reflexiones no vinculantes y se haya transformado en voluntad realizadora del delito; señala que en estos casos no hay que ver una lesión del principio de culpabilidad ya que de acuerdo con este principio, la culpa del autor tiene que comprender el injusto del hecho y que esta congruencia entre el injusto y la culpabilidad se da en la *actio libera in causa* pues en todo su comportamiento el autor ha comprendido todas las modalidades de la conducción del hecho⁽¹¹⁰⁾.

(108) Esto es, aquellos delitos en que el tipo penal estimaría suficiente como comportamiento externo la provocación del resultado no deseado.

(109) HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 111.

(110) Ídem.

Los defensores del modelo de la excepción, señalan que en la *actio libera in causa* se produce una situación excepcional caracterizada por no necesitar que injusto y culpabilidad coincidan temporalmente; con el fin de solventar esta dificultad han acudido a distintas tesis: como los supuestos de autoría mediata; Jescheck por ejemplo, indica que desde la perspectiva del injusto material no hay diferencias entre quien se hace inimputable a sí mismo para cometer un delito y quien se sirve de un inimputable para dicho fin⁽¹¹¹⁾; otros autores defienden la punición de la acción cometida en estado defectuoso porque existe una costumbre, nacida de la práctica de los tribunales que permite llevar a cabo una reducción teleológica de preceptos restringiendo su ámbito de aplicación, es decir, a través de la costumbre quedaría sin efecto el llamado principio de coincidencia entre injusto y culpabilidad.

Estas tesis tienen sus críticas; así la equiparación de la estructura de la *actio libera in causa* a la de la autoría mediata, tesis que como se ha visto con anterioridad, también sustentan algunos defensores del modelo del injusto típico, presenta como escollo insalvable el atentar contra el principio de identidad; si la autoría mediata presupone la existencia de al menos dos personas, el autor inmediato o ejecutor y el autor mediato u hombre de atrás, en la *actio libera in causa* es una única persona tomada simultáneamente como dos, la que realiza el hecho. Con respecto a la tesis de la existencia de una costumbre que, a través del método de la reducción teleológica, permite imputar la situación defectuosa en los supuestos de *actio libera in causa*, se plantea el problema de la admisibilidad de la costumbre en el Derecho Penal, en particular la que va en contra del reo.

El modelo de excepción también tiene problemas frente a la culpabilidad por el hecho; el hecho punible se realiza cuando la capacidad de culpabilidad no existe y referida a una capacidad de culpabilidad anterior cuando el hecho no se ha realizado. El modelo de excepción requiere una justificación material de la renuncia al principio de coincidencia⁽¹¹²⁾.

(111) JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal - Parte general*. Trad. de la 3ª edición alemana de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch, Barcelona, 1981, p. 612.

(112) HORMAZÁBAL MÁLARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 119.

Resulta difícilmente sostenible el modelo de la excepción sin una base legal, esto es una decisión del legislador, sostenerlo, como lo hace Hruschka, desde el derecho consuetudinario es inadmisibles ya que se vulnera el principio de legalidad; este modelo solo podría aplicarse a los casos expresamente previstos en la ley, otra interpretación es interpretación extensiva prohibida⁽¹¹³⁾.

Roxin critica el modelo de la excepción indicando que este resuelve todas las dificultades que presenta el modelo del injusto típico pero a costa de infringir el principio de culpabilidad y la ley escrita; señala que los argumentos que justifican el modelo de la excepción pueden valer como argumentos de *lege ferenda* y que una reducción teleológica nunca puede ser para ampliar la punibilidad⁽¹¹⁴⁾.

6.2. La doctrina de la *actio libera in causa* en el Perú y en otros sistemas jurídicos

Nuestro Código Penal no contiene disposición alguna sobre la *actio libera in causa*; tampoco la tiene el Código alemán, aunque este último legisla los delitos cometidos en estado de embriaguez; el párrafo 323 a) StGB reprime con pena de hasta 5 años de prisión o multa al que se embriaga dolosa o imprudentemente con alcohol u otras sustancias y en ese estado comete un hecho antijurídico, siempre que no se le pueda castigar al agente por el hecho ejecutado debido a que como consecuencia de la embriaguez sea inculpable.

El Código Penal español de 1995, en cambio, sí prescribe la *actio libera in causa* en el segundo párrafo del numeral 1 del artículo 20 y en el numeral 2 del mismo artículo, incluyéndose en la mencionada excepción los casos de provocación intencional así como los de provocación imprudente⁽¹¹⁵⁾; sin embargo, el legislador español mantiene

(113) *Ibidem*, p. 118.

(114) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 23.

(115) Artículo 20 del Código Penal español.- Están exentos de responsabilidad criminal:

- 1 El que al tiempo de cometer una infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.
El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.
- 2 El que al tiempo de cometer una infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacentes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión o se halle bajo la influencia de un síndrome

un esquema legal conforme al cual la cuestión de si el autor posee o no la capacidad suficiente para ser considerado culpable viene referida al momento de la comisión del hecho, y así expresamente se indica en los numerales arriba mencionados del artículo 20 del Código Penal español (“El que al tiempo de cometer una infracción penal”)⁽¹¹⁶⁾.

En nuestro país, un sector mayoritario de la doctrina está de acuerdo con la aplicación de la *actio libera in causa* a nuestra realidad⁽¹¹⁷⁾, sobre todo en el caso regulado por el inciso primero del artículo 20 del Código Penal⁽¹¹⁸⁾ ⁽¹¹⁹⁾: cuando la alteración de la conciencia sea provocada⁽¹²⁰⁾, cuando el sujeto que comete delito padeciendo epilepsia, no evita el desarrollo de determinadas actividades que producen su mal⁽¹²¹⁾, cuando el sujeto hipnotizado busca ponerse en esa condición con el objeto de poder cometer con mayor facilidad, y sin inhibiciones, un delito o quien con fines de experimentación respecto al estudio de si bajo hipnosis se puede cometer delito, se deja hipnotizar, ejecutando el delito⁽¹²²⁾; asimismo, en el caso del sueño y sonambulismo provocados, como por ejemplo, en el caso de la madre que por pesadez y profundidad de su sueño termina causando la muerte por asfixia de su hijo acostado junto a ella o el supuesto en que el sonámbulo destruye mientras camina un valioso objeto; Castillo Alva indica que toda persona debe tomar las medidas pertinentes para evitar un resultado que, según las circunstancias y las características personales del autor, aparece como posible, por lo que puede imputársele una responsabilidad

de abstinencia a causa de su dependencia a tales sustancias que le impidan comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

(116) MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 433.

(117) Véase PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. cit., p. 211, quien indica que pese a que nuestro Código Penal no contiene ningún artículo relativo a la *actio libera in causa*, citando a Paúl Logos señala que la aceptación de ella se hace a través de un conjunto de sus disposiciones.

(118) Artículo 20 del Código Penal peruano.- Está exento de responsabilidad penal:

1. El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

(119) *Ibidem*, p. 210.

(120) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal - Parte general*. Ob. cit., p. 604.

(121) “En los ataques epilépticos es posible alegar en la mayoría de casos –para fundar la responsabilidad penal del sujeto– el *actio libera in causa* (acción libre en causa) o a la posible comisión culposa del evento, ya que al saber la persona que sufre dichos estados debería evitar el desarrollo de determinadas actividades”. Ver CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 634.

(122) CASTILLO ALVA, José Luis. “Fuerza física irresistible”. En: *Código Penal comentado*. T.I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 743.

por la acción precedente⁽¹²³⁾, debiéndose tener presente la frecuencia estadística de los accidentes de tránsito provocados por el sueño del conductor⁽¹²⁴⁾.

En la doctrina alemana, los esfuerzos por una elaboración dogmática de este instituto se ha profundizado, pese a que como menciona Jakobs, el Tribunal Supremo Federal en relación a la imprudencia, ha señalado que “la figura jurídica de la *actio libera in causa*” no es necesaria, ya que “cada comportamiento del autor infractor del deber de cuidado relativo al ‘resultado’ típico” fundamenta responsabilidad siempre que sea causal, se hace posible transferir con facilidad esa pretendida especialidad a los delitos dolosos, afirmando que todo comportamiento causal y por lo demás objetivamente imputable, fundamenta responsabilidad. En este contexto resulta ciertamente problemático, cuando se configura como objetivamente imputable un comportamiento no realizado inmediatamente, pero esta cuestión tiene que ser planteada, asimismo, en el ámbito de la imprudencia. Dicha cuestión es aclarada, en la terminología del Tribunal Supremo Federal, estableciendo que un comportamiento no realizado inmediatamente se configurará como objetivamente imputable, cuando infrinja el “deber de cuidado”. Ejemplo: así como quien se apresura a cruzar la calle para dar allí muerte a su enemigo no se comporta ya de manera no permitida por acceder a la calle, tampoco infringe el “deber de cuidado” quien accede a la calle donde con ligereza (y por ello en cualquier caso evitable) podría matar a otro por torpeza, debiendo ser el sujeto en ambos casos ininterrumpidamente capaz de culpabilidad. El comportamiento doloso está compuesto en su parte objetiva de manera idéntica al imprudente, no existiendo en ese sentido, “caracteres propios del delito imprudente de resultado”, y en relación a su ejecución se tiene en cuenta, únicamente, un comportamiento al que le sigue naturaleza; por lo demás, se trataría, en todo caso, de participación, no presentando esta, ciertamente, nada propio en la imprudencia⁽¹²⁵⁾.

(123) CASTILLO ALVA, José Luis. “Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción”. Ob. cit., p. 743.

(124) Ibídem, pp. 743-744.

(125) JAKOBS, Günther. “La denominada *actio libera in causa*”. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 2. Año 2001, Grijley, Lima, pp. 222-223.

En cuanto respecta a la imprudencia, el Tribunal Supremo alemán afirma que la tipicidad culposa se realiza en función de los principios generales de la culpa sin necesidad de recurrir a la *actio libera in causa*, lo que hubiera podido significar el fin de la teoría de la *actio libera in causa* en Alemania; si en un criterio distinto al antes expuesto, el mismo colegiado no se habría pronunciado a favor del mantenimiento de este instituto.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español, en cambio, no duda en aplicar la teoría de la *actio libera in causa* si lo estima necesario para condenar, cuestión que se ve facilitada con la exigencia de carácter fortuito del trastorno mental transitorio; en términos generales, se puede decir que en todos aquellos casos en que la embriaguez no ha sido buscada de propósito para delinquir, el Tribunal Supremo entiende que cabe invocar a la *actio libera in causa* culposa⁽¹²⁶⁾.

La doctrina alemana en su mayoría acepta la necesidad de no dejar impune a la persona que con dolo o imprudencia ha provocado su propia inimputabilidad, empero, manteniendo algunas limitaciones al respecto, así en la parte del tipo objetivo hay limitación del castigo solo a los supuestos en que hay comienzo y final de actos tentados, un sector doctrinario acepta la *actio libera in causa* solo en el caso de presencia de dolo, otro sector acepta la *actio libera in causa* imprudente y algunos autores entienden que el instituto solo está presente en los delitos de resultado. En un sentido similar, la doctrina alemana sostiene que el parágrafo 323 a) de su Código Penal representa un supuesto de excepción respecto del parágrafo 20 que exige capacidad de culpabilidad en el momento de la comisión del hecho y conforme a él tienen la posibilidad que les da el orden jurídico de punir situaciones que de otra manera quedarían impunes.

6.3. La inaplicabilidad de la doctrina de la *actio libera in causa* en el Derecho Penal peruano

La aplicación de la *actio libera in causa* se ha ido incorporando a la doctrina por cuestiones de política criminal, al tratar de evitar la impunidad de aquel sujeto que dolosa o imprudentemente provoca

(126) ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "La *actio libera in causa*". En *Anuario de Derecho Penal*, 1989, p. 55 y ss.

su propio estado de inimputabilidad, ya que debido a que los estados emotivos y pasionales dentro de la grave alteración de la conciencia se corría el riesgo en la práctica, de absoluciones injustas que podrían terminar afectando la confianza de la población en las normas jurídico penales y la real función de los órganos que administran justicia.

En nuestro derecho se puede rechazar la aplicación de la *actio libera in causa* porque agrega requisitos no previstos en la ley, exigiendo que el reproche de culpabilidad se remonte a la génesis del estado pasional cuando la norma exige que concurra en el momento de la comisión del hecho, como se señala en el artículo 9 de nuestro Código Penal⁽¹²⁷⁾; además de que esta figura resultaría ser una improcedente presunción de culpabilidad recaída sobre el sujeto. Se sostiene que si en el momento del hecho está absolutamente excluida la capacidad de control, no se puede negar la exculpación por el hecho de que el propio estado pasional estuviera provocado culpablemente.

La imputabilidad del autor, como se señala en el artículo 9 del Código Penal peruano, se determina en el momento del acto que no puede ser otro que el llamado proceso ejecutivo del delito; la cuestión de si el autor posee o no la capacidad suficiente para ser considerado culpable viene referida al momento de la comisión del hecho; la *actio libera in causa* vendría a ser una excepción a este principio. En la medida en que el Código Penal exige capacidad de culpabilidad en el momento de la comisión del hecho, el principio de coincidencia está descrito legalmente, por lo que una solución de excepción no prevista por la ley viola el principio del *nullum crimen sine lege*, y toda solución que de *lege ferenda* pretenda imponerse, implicaría ampliar el momento temporal de la comisión del hecho, lo que quebraría el principio de culpabilidad con un consabido peligro para la seguridad jurídica.

El modelo de imputación de la *actio libera in causa* presenta inconsecuencias dogmáticas insuperables, ya que la imputación presupone la preexistencia de un hecho típico y antijurídico a una persona con capacidad de responsabilidad penal al momento de la realización del hecho; los supuestos que constituyen el objeto de imputación de la teoría

(127) Artículo 9 del Código Penal.- El momento de la comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca.

de la *actio libera in causa* son deficitarios de algún elemento del delito, ya que no puede fundarse su tipicidad en caso de incapacidad de acción, su antijuricidad en los casos de la capacidad de culpabilidad del autor, en los casos de inimputabilidad provocada⁽¹²⁸⁾. De acuerdo con el **principio de simultaneidad** debe haber coincidencia temporal de cada uno de los elementos del delito entre sí. El principio de referencia exige que la realización de cada elemento esté unida a la realización de los otros elementos componiendo así el hecho punible, estos deben estar vinculados entre sí temporal y materialmente; se puede decir que con los avances de la teoría del delito y sobre todo en la actualidad con la concepción del injusto de manera personal, han ido sobreviniendo las incoherencias sistemáticas de la *actio libera in causa*⁽¹²⁹⁾.

Es imposible sostener en el marco actual de la teoría del delito la imputación dolosa o culposa de hechos realizados en estado de inimputabilidad sin una disposición legal que establezca la excepción, de ahí que sea necesaria una disposición acerca de la *actio libera in causa* en la parte general de nuestro Código Penal. En la medida de que el castigo es la excepción a la impunidad regulada legalmente no debe extenderse a otros supuestos que no sean los expresamente contemplados en la ley pues otra interpretación constituiría una inadmisibles ampliación *contra legem* de la punibilidad y, por ende, una lesión al principio de legalidad penal⁽¹³⁰⁾.

Jakobs señala al respecto que la provocación de la pérdida de la capacidad de culpabilidad supone un impulso a la naturaleza, y resultando este un riesgo no permitido que tiene lugar asimismo de manera antijurídica y culpable, constituye un comportamiento típico. También indica que en contra de esta solución se formulan ciertamente algunas objeciones, de las cuales la relativa a la inadaptabilidad de esta solución a los delitos con una determinada descripción de comportamiento, con el resultado de que la acomodación a dichos delitos no es necesaria, siempre y cuando una determinada descripción de comportamiento esté justificada materialmente⁽¹³¹⁾.

(128) HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 126.

(129) *Ibidem*, p. 115.

(130) CASTILLO ALVA, José Luis. "Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción". Ob. cit., p. 124.

(131) JAKOBS, Günther. Ob. cit., pp. 218-219.

Tampoco parecería apropiado decir que la construcción de la *actio libera in causa* no necesita la aceptación de la tentativa, pues aquí también deben seguirse las reglas generales de la teoría jurídica del delito. Y si en nuestro Derecho los actos preparatorios no son, en general, punibles como regla general, siendo más bien atípicos, por ende impunes⁽¹³²⁾, no podrán ser utilizados para fundamentar la aplicación de la doctrina de la *actio libera in causa*; ello solo sería posible cuando su punición estuviese específicamente prevista como se ha indicado con anterioridad.

Asimismo, resulta insostenible el castigo de estas conductas aunque hayan sido planificadas previamente, puesto que en un estado de ausencia de libertad o de anormalidad motivacional el sujeto **no sabe lo que hace** por lo que no existiría el llamado dominio del hecho; puesto que el agente no puede saber lo que hará o sucederá en estado de incapacidad.

III. LAS ALTERACIONES DE LA PERCEPCIÓN

Mir Puig enseña que “la culpabilidad puede faltar por una inferior capacidad del inculpable para cumplir el mandato normativo en comparación con las posibilidades de que dispone el hombre que actúa normalmente”⁽¹³³⁾. Si se le impone al primero la pena prevista para el segundo, supondría sancionar con una dureza desigualmente excesiva una desobediencia normativa que un hombre normal comprende y disculpa, porque advierte que se debe a una inferioridad decisiva de las condiciones de resistencia del autor frente a la tentación criminal.

El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las expectativas de la colectividad a la que se dirige, es lo exigible al hombre normal; por ello no se castiga a los inimputables⁽¹³⁴⁾. Extender a ellos la conminación penal, en su situación de

(132) Véase VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal comentado*. Ob. cit., p. 90.

(133) MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1982, p. 99.

(134) Mir Puig señala dos precisiones: “En **primer lugar**, fundar la responsabilidad en un distinto poder de resistencia del autor frente al delito no se opone al postulado determinista según el cual nadie, ni el culpable ni el inculpable, pudo actuar de otro modo a como lo hizo. Supone solo que *a priori* el sujeto que actúa normalmente cuenta con unas condiciones motivacionales mucho más favorables que el inculpable para resistir al delito y atender a la llamada de la norma, lo que permite a la sociedad imponer unas expectativas muy distintas en ambos casos. En **segundo lugar**, el hecho de que la culpabilidad

incapacidad de resistencia normal frente a los impulsos criminales, supondría elevar el nivel de lo exigible penalmente para los inimputables por encima del que se impone al hombre normal⁽¹³⁵⁾.

La inimputabilidad del autor puede basarse en defectos orgánicos que provocan una afectación total o disminución significativa de las facultades psicomotrices: afectaciones orgánicas que pueden afectar la capacidad de motivación normativa conjuntamente con el poder de evitabilidad.

En efecto, el numeral 1 del artículo 20 del Código Penal expresa, entre otras circunstancias, que están exentos de responsabilidad penal los que por sufrir alteraciones en la percepción que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posean la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse según esta comprensión.

Las alteraciones en la percepción, están referidas a los sentidos; afectan la conciencia de la realidad del sujeto, quien por sus condiciones de incomunicación puede presentar una visión deformada o equivocada de la realidad social circundante⁽¹³⁶⁾. Esta debe ser grave, de modo que el sujeto pierda contacto con la realidad o no tenga un concepto real o adecuado sobre la misma; en este caso podríamos hablar de los ciego-sordos o de las personas que tienen una inteligencia por debajo de lo normal, que son los que la psiquiatría denomina oligofrénicos,

constituya un límite normativo que se impone a la posibilidad de prevención no significa que cuando la culpabilidad falte no disminuya la necesidad de la pena. La colectividad no reclama el castigo del inculpable, por lo que este no es tan necesario a estos efectos de prevención general, aunque ello no agota todos los aspectos de la prevención general, que en primer lugar intentaría de suyo evitar todo posible hecho antijurídico, no solo los de la colectividad que contempla la impunidad del inculpable, sino también el hecho de este. Pero, preciso es reconocer que la ausencia del escándalo social ante la exculpación se debe precisamente a que la sociedad comparte el criterio político-criminal según el cual no es lícito castigar a quien no actúa en condiciones de una motivación normal. Por otra parte, es cierto que la peligrosidad que pueda encerrar el inculpable no precisa la pena, sino que ya puede afrontarse, y mejor, por medio de una medida de seguridad. Sin embargo, algo parecido podría decirse de quienes delinquen con culpabilidad, por lo que la imposición o no de una pena no puede depender únicamente de su mayor o menor necesidad a efectos de prevención especial, sino del límite normativo representado por la culpabilidad. También es verdad, no obstante, que la existencia de medidas de seguridad que atajan ya la posible peligrosidad de los inimputables ha permitido históricamente ampliar las fronteras de la exclusión de culpabilidad más allá de lo que de otro modo toleraría la sociedad (...)" (Ibídem, pp. 101-102).

(135) Ibídem, p. 100.

(136) Véase POLITOFF L. Sergio / MATUS A., Jean Pierre / RAMÍREZ G., María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*. 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, pp. 314-315.

pese a que algunos autores consideran a esta última deficiencia como una anomalía psíquica, como veremos más adelante.

1. Definición

Las alteraciones de la percepción se manifiestan respecto de los sentidos (al producirse una carencia o imperfección en los mismos), generando una realidad desdibujada para el sujeto. Puede ser en sí misma patológica, aunque no lo sea su origen, por ejemplo, el causado por un traumatismo de cráneo producido por accidentes o caídas (causas mecánicas) en los primeros años de vida. La alteración será patológica en sí cuando consista en una enfermedad, afección o dolencia mentales que importen un deterioro sumamente marcado y una desintegración de la personalidad del sujeto. La alteración en alguna de las facultades sensitivas del sujeto debe incidir en las relaciones de este con el mundo exterior.

El profesor Berdugo señala que “(...) en su caso la inimputabilidad proviene de una ausencia de socialización derivada de la minusvalía física, no psíquica. Esa falta de integración en el entorno puede provocar una inadaptación de tal calibre que el sujeto no haya interiorizado las claves que delimitan las acciones socialmente aceptadas de la que no lo son”⁽¹³⁷⁾. Se entiende que la figura jurídica en comentario consiste en una afectación que sufre el agente en su percepción, lo que le impide tener conciencia adecuada de la realidad mediante su propio entendimiento. Surge cuando el sujeto tiene alterado gravemente su concepto de la realidad y no se encuentra, precisamente por esa causa, en condiciones de autorregular su comportamiento de acuerdo con el mensaje normativo. En la alteración de la percepción existe una situación de incomunicación con el entorno social que impide al sujeto conocer la realidad que le rodea y, por tanto, ser motivado por la norma⁽¹³⁸⁾.

Esta eximente tiene un carácter mixto, pues atiende **causas biológicas** –como la ceguera o la sordomudez– y a **efectos psicológicos**

(137) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Praxis, Barcelona, 1999, p. 256.

(138) MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 370.

–grave alteración del concepto de la realidad–. Este término hace referencia a una “realidad” normativa –jurídica–, en concreto a la significación antijurídica del hecho. Es muy criticada la utilización del término “realidad inequívoca”, pues ese concepto no existe al asumir cada uno su propia realidad⁽¹³⁹⁾. Bustos Ramírez precisa que lo que interesa en este caso es una determinada realidad valorativa, que puede ser jurídica (solo puede entenderse así, pues es la que interesa a tal efecto; así podría tener alterada la realidad de los colores para los demás, pero no la realidad valorativa de los colores; confundir el rojo con otro color, pero tener claro que el rojo en un semáforo significa prohibición de pasar)⁽¹⁴⁰⁾. El hecho de que se adviertan ciertos sentidos alterados, no supone necesariamente que no exista por parte del sujeto, conciencia de la antijuricidad.

En síntesis, no bastaría con la alteración de la percepción por defecto de los sentidos para que se constituya esta figura en una causa de inimputabilidad, sino que es indispensable que este afecte gravemente el concepto de la realidad de la persona. Se trata pues, de una deficiencia personal que impide hacerse una idea correcta de la realidad, en particular del comportamiento que se ejecuta⁽¹⁴¹⁾.

2. Naturaleza jurídica

La alteración de la percepción es una causa de inimputabilidad (incapacidad de culpabilidad), que afecta gravemente la concepción que tiene el agente de la realidad. El término “percepción” significa recibir por mediación de los sentidos las impresiones exteriores.

En la perspectiva de la ley, hay que distinguir tres niveles: primero, la existencia de una alteración de la percepción; segundo, la afectación grave del concepto de la realidad⁽¹⁴²⁾; y, tercero, la falta de la

(139) Véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas*. T.I. *Derecho Penal. Parte general*. Ara, Lima, 2004, p. 1150; por su parte, Cerezo Mir precisa que esta eximente es superflua y debería ser suprimida del Código Penal español por carecer de relevancia político-criminal y al no haber tenido apenas aplicación en la práctica (CEREZO MIR, José. “Alteración de la percepción”. En: *Temas fundamentales del Derecho Penal*. T. I. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 449; CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte general*. T. III. *Teoría Jurídica del delito*/2. Tecnos, Madrid, 2003, p. 83.

(140) BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal*. 4ª edición. PPU, Barcelona, 1994, p. 345.

(141) Véase HURTADO POZO, José. *Ob. cit.*, p. 633.

(142) Respecto a la capacidad de comprensión de la desaprobación jurídico-penal de la conducta, Righi indica que “carece de esta quien padece algún trastorno de la actividad intelectual que menoscaba las representaciones que habitualmente capacitan para la formación de la voluntad en una persona normal

capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse según esa comprensión⁽¹⁴³⁾.

La posibilidad de motivación anormal en el sujeto no podría ser ejercida lícitamente en un derecho dispuesto a limitar su función preventiva (Estado social) en base al módulo democrático del grado de exigibilidad que la sociedad considera tolerable desde el prisma de la capacidad de resistencia del hombre normal frente al delito y en aras de la exigencia de igualdad de los ciudadanos⁽¹⁴⁴⁾⁽¹⁴⁵⁾ (Estado democrático).

3. Manifestaciones de las alteraciones de la percepción

En un primer momento, la alteración de la percepción se limitó al habla y a la audición; en la actualidad se admite la alteración de todos los sentidos. Cuando estos se encuentran anulados en sus capacidades plenas, se produce un estado disociativo de la realidad social; acontece una desfiguración del individuo con su entorno social. El análisis que interesa al Derecho Penal son los efectos y consecuencias que producen en el autor una percepción equívoca en virtud de que sus sentidos no le otorgan una ubicación correcta o adecuada de los hechos circundantes.

Cuando hablamos del presupuesto biológico de las alteraciones de la percepción nos referimos a cualquier defecto que suponga la disminución de las facultades de captación del mundo exterior. Generalmente se trata de defectos físicos (como la sordomudez o la ceguera),

y mentalmente madura, como por ejemplo sucede con quien padece una profunda debilidad mental, como consecuencia de haber sufrido meningitis durante la infancia" (RIGHI, Esteban. *Derecho Penal. Parte general*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 314).

(143) Respecto a la capacidad de adecuar el comportamiento a esa comprensión, Righi señala que "es el caso de quien pese a que puede comprender la desaprobación jurídico-penal del acto que realiza, no puede dirigir sus acciones, como por ejemplo sucede con la persona cuyo instinto sexual está tan acentuado, que no puede resistirse de manera suficiente, ni siquiera empleando toda la fuerza de voluntad que posee. En la práctica, la imputabilidad se establece verificando la ausencia de las llamadas causas de inimputabilidad, es decir, de circunstancias que excluyen la capacidad de motivación" (ibídem, p. 315).

(144) Respecto a lo mencionado, Mir Puig señala que "es cierto que también existe una importante parte de la delincuencia normal que obedece a factores de desigualdad social y no por eso deja de castigarse. Se trata, sin embargo, de una desigualdad que no llega a afectar tan profundamente las leyes psíquicas de la motivación de forma que pueda considerarse por completo "anormal" y pierda su sentido la apelación racional que supone la prohibición penal. Lo cual no ha de obstar, en cambio, a que deban tomarse en consideración circunstancias de desigualdad social como éstas para atenuar la pena en la medida en que supongan una presión motivacional en favor del delito superior a la media normal. Por este camino, el principio de culpabilidad puede ofrecer una vía para una mayor realización de la exigencia de igualdad material y efectiva que impone el Estado democrático (MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., pp. 100-101.

(145) Ibídem, pp. 99-100.

pero podría incluirse también a los **autistas** (cuyas anomalías congénitas del carácter producen un cierre a la comunicación). Este defecto debe ser sufrido por el sujeto “desde el nacimiento o la infancia”; es decir, en los momentos clave del aprendizaje social. Si por el contrario, el sujeto ha adquirido conocimientos y experiencia suficiente para saber si sus acciones contradicen o no las normas y después sufre la alteración en la percepción, no será aplicable esta eximente. Y ello porque, como hemos indicado, el presupuesto biológico no es por sí solo suficiente para declarar la inimputabilidad, sino que también importa el efecto psicológico que se produce (alterar gravemente la conciencia de la realidad). El sujeto debe tener alterada su capacidad para conocer las pautas de comportamiento y los valores dominantes en su entorno social. Si esta alteración no es grave, cabría aplicar la eximente incompleta⁽¹⁴⁶⁾ (artículo 21 del Código Penal).

Es requisito necesario en el concepto de la sordomudez que el autor no haya poseído nunca, o las haya perdido en la más temprana infancia, las facultades de oír y hablar; una pérdida posterior no hace posible la aplicación de la eximente. Lo mismo se aplica para los casos de ceguera. En el caso de los sordomudos y de los ciegos, estos tendrían una inimputabilidad condicionada; si se trata de personas que han alcanzado ya el término de su proceso evolutivo y en los que, por tanto, no juegan papel alguno las especiales relaciones de la época de la pubertad con sus decisivos influjos en la vida afectiva y volitiva⁽¹⁴⁷⁾, no se aplicaría la eximente en comentario.

Principalmente caen en las alteraciones de la percepción los casos de **retardo mental**, que algunos autores lo consideran un tipo de anomalía psíquica⁽¹⁴⁸⁾; como es el caso de Rojas Vargas que la cataloga como “una de las varias anomalías psíquicas que registra la patología médica psiquiátrica, que afecta sensiblemente una de las más importantes funciones mentales: la inteligencia, y concomitante con ella,

(146) Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN. Mercedes. Ob. cit., pp. 418-419.

(147) MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. T. 2. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 59.

(148) JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 470. Dichos autores señalan que las deficiencias mentales “no expresan una unidad noseológica, sino que –desde un punto de vista etiológico– toman en cuenta las diversas causas, que en parte caen bajo conceptos somáticos de enfermedad, de tal forma que en estricta sistemática deberían tratarse bajo las psicosis”. Se explica por la presencia de procesos psíquicos patológicos corporales, producidos tanto en el ámbito emocional como intelectual, que escapan al marco de un contexto vivencial y responden a una lesión al cerebro, como: psicosis traumáticas, psicosis tóxicamente condicionadas, psicosis infecciosas y otras.

la capacidad de adaptación del individuo. Se puede llegar a adquirir dicha anomalía de una manera congénita, o por un estancamiento en el proceso de desarrollo de las indicadas facultades (propriadamente retardo mental), pero también a consecuencia de un ulterior socavamiento y destrucción de una inteligencia promedio o superior, caso este último que se advierte en las demencias seniles⁽¹⁴⁹⁾.

Estas deficiencias mentales han sido denominadas de distinta manera (“hipofrenias”, “frenastenias”, etc.), siendo el término más usual “oligofrenia”. Si bien tienen todas sus manifestaciones el efecto de provocar un desarrollo incompleto o deficiente de la inteligencia, no todas tienen la misma intensidad, ni tampoco presentan un cuadro unitario, pues suelen responder a etiologías diversas, lo cual da lugar a pronósticos y tratamientos diferentes⁽¹⁵⁰⁾, como veremos más adelante.

La “oligofrenia” tiene su origen en el poco y detenido desarrollo del cerebro, que puede ser de carácter congénito o puede también ser adquirido en los primeros años de vida. Este trastorno se caracteriza por la presencia de un desarrollo mental incompleto o estancado, caracterizado principalmente por el deterioro de las funciones concretas de cada época del desarrollo y que contribuyen al nivel global de la inteligencia, tales como las funciones cognoscitivas, las del lenguaje, las motrices y la socialización⁽¹⁵¹⁾. En estos casos nos referimos a las personas cuya inteligencia no rinde en la medida suficiente frente al mundo circundante. Las oligofrenias se distinguen según el grado alcanzado por la afección en **debilidad mental**, **imbecilidad** e **idiocia**. Las causas de la oligofrenia suelen comprobarse como hereditarias, por lesiones durante el embarazo e inmediatamente después del nacimiento y en la temprana edad.

La relevancia jurídico-penal de la insuficiencia intelectual está condicionada por el efecto excluyente de la posibilidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones⁽¹⁵²⁾. Las variantes del débil mental, del imbecil o del idiota clínicamente determinado,

(149) ROJAS VARGAS, Fidel. *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la parte general y especial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 132.

(150) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. T. IV. Ob. cit., p. 159.

(151) De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, en su “Décima edición de la clasificación de enfermedades mentales. CIE10”.

(152) BACIGALUPO Z., Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Themis, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 160.

debe alcanzar tal magnitud, que impida al sujeto obrar con comprensión del carácter delictuoso del acto o de adecuar su conducta conforme a dicha comprensión.

La falta de comunicación adecuada en el período de desarrollo acarrea un retraso mental, como sucede en los niños que padecen ceguera o sordera, en los casos en que no se interpongan los medios para una educación adecuada. El caso de los niños sordos preocupó otrora mucho y mereció frecuente consideración especial, pero en la actualidad se lo considera superado como problema penal.

El deficiente mental suficientemente educado y entrenado puede adquirir cierto grado superior de manejo respecto de otros no sometidos a iguales tratamientos, lo que habrá que tomar en cuenta para determinar la exigibilidad de la comprensión de la antijuricidad. Por este camino llegamos a un terreno que se sitúa entre la problemática de la imputabilidad y la del error de prohibición, como que sus límites no son totalmente claros ni tiene mucho sentido práctico precisarlos⁽¹⁵³⁾. El niño sordo o ciego, sometido a una adecuada educación, puede alcanzar el pleno desarrollo de su inteligencia, en tanto que, descuidado, sufrirá un retraso mental que será menester cuantificar para apreciar su grado de incapacidad. La carencia de una relación afectiva, especialmente de la comunicación adecuada con la madre en los primeros años, puede producir en el niño una deficiencia mental, al igual que los defectos alimentarios. Zaffaroni señala que es notoria la influencia de la relación afectiva en el desarrollo de la inteligencia, la que se patentiza en el “síndrome del hospitalismo”, con que se designa el fenómeno de niños privados tempranamente de afecto materno, en los que se observa un mayor atraso mental respecto de los que son llevados de inmediato a un hogar o familias sustitutas. Puede suponerse que, cuando por extraordinarias razones, el niño tiene la desgracia de sobrevivir sin ningún contacto humano, no hay posibilidad alguna de que desarrolle su inteligencia y, por consiguiente, una carencia tan tremenda determinará directamente una ausencia de conducta (involuntariedad)⁽¹⁵⁴⁾.

(153) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. cit., pp.164-165.

(154) *Ibíd.*, pp. 161-162.

En otros tiempos se asignó a las oligofrenias una etiología puramente orgánica, pero en el presente, a los antecedentes hereditarios y congénitos se asocian los psico-sociales. En la actualidad se emplean los C.I. (Coeficientes Intelectuales) para determinar la capacidad mental de las personas. Como ya hemos indicado con anterioridad, según el grado de debilidad intelectual se distinguen tres clases de oligofrenia:

- **Retardo mental leve: Debilidad mental**

El grado más ligero es la debilidad mental (coeficiente intelectual entre 50 y 75). Los retardados mentales leves o discretos son usualmente considerados, al cometer delitos, poseedores de una responsabilidad penal restringida. En el ámbito de la capacidad de culpabilidad, resultará aplicable la eximente incompleta establecida en el artículo 21 del Código Penal, cuando se advierta que el mensaje normativo de la ley penal no le era al sujeto de una total comprensión o que no haya podido determinarse de conformidad a derecho⁽¹⁵⁵⁾.

Es verdad que esta “oligofrenia superficial”, “debilidad mental o insuficiencia mental leve”, no necesariamente –y ni siquiera en la mayoría de los casos– determina una incapacidad para el delito, es decir que, normalmente, no producirá por sí misma el efecto de inimputabilidad; sin embargo, no puede generalizarse esta afirmación, principalmente por dos razones fundamentales⁽¹⁵⁶⁾:

Primero, porque la comprensión de la antijuricidad requiere distintos grados de desarrollo intelectual, según sea el hecho de que se trate; y, segundo, porque la deficiencia leve puede llevar a un mal manejo de una situación problemática, estrechando el ámbito de autodeterminación del sujeto que, precisamente por su escasa inteligencia, no percibe la posibilidad de adecuar su conducta a la norma.

No deja de ser muy serio, en el plano de la dogmática penal, el problema que plantea el nuevo enfoque de la etiología de

(155) Véase ROJAS VARGAS, Fidel. Derecho Penal. Ob. cit., p. 139.

(156) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. cit., pp. 162-163.

la deficiencia mental leve; particularmente, el esclarecimiento del papel que desempeña en ella la falta de afecto, denominado “hospitalismo” y las deficiencias alimentarias –especialmente proteicas– durante las primeras etapas de la vida.

Reconocido es pues, que en la deficiencia mental no actúa solo una etiología orgánica, sino que la misma reconoce en muchos casos una etiología derivada de graves problemas sociales; nos hallamos aquí con el serio planteamiento de la culpabilidad, que el juez no puede marginar en el momento de valorar el grado de exigibilidad. Si a esa etiología social le sumamos la circunstancia de que una acción terapéutica y educativa sobre el paciente puede dotarlo de una mayor capacidad de comprensión, el panorama de la culpabilidad que debe valorar el juez en cada caso será, por cierto, bastante complicado.

- **Retardo mental moderado: Imbecilidad**

El grado medio es la imbecilidad (coeficiente intelectual entre 25 y 49). Este tipo de retardo mental no permite llevar una vida independiente, sino que requiere atención familiar o institucional.

Si la oligofrenia o deficiencia mental moderada impidió la comprensión de la antijuricidad, será una causa de inimputabilidad, pero si ha impedido el conocimiento de un elemento del tipo objetivo, como puede ser el caso de un deficiente mental que lesione a un bebé porque cree que es un muñeco, en tal caso, tendremos un error de tipo.

El tema de los retardados moderados merece un debido matizamiento, con el objetivo de advertir la posibilidad de sujetos con imputabilidad restringida, junto a otros plenamente inimputables⁽¹⁵⁷⁾.

- **Retardo mental grave: Idiocia**

El grado más severo se designa como idiocia (coeficiente intelectual menor de 25). Es un trastorno mental caracterizado por

(157) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 139.

una deficiencia muy profunda de las facultades mentales, congénita o bien adquirida, y en el cual la persona tiene un desarrollo físico normal y una edad mental que no sobrepasa los tres años. Conduce a la necesidad de atención y custodia permanente; a menudo falta en los idiotas incluso la capacidad de hablar.

Conforme nos adentremos en niveles ya más graves de retardo, ingresamos al ámbito de la exclusión de capacidad de culpabilidad, la que se torna absoluta cuando nos referimos a los retardados graves y profundos, en donde no es posible detectar facultades de comprensión de la antijuricidad de la conducta y del comportamiento de conformidad a tal comprensión, al tratarse de seres básicamente instintivos, sin facultades de valoración ni discernimiento. En el caso de la deficiencia mental muy profunda, que se da cuando el sujeto no puede aprender a hablar o lo hace muy dificultosamente, si esta presenta uno de sus grados máximos, nos hallaremos con un supuesto de involuntariedad⁽¹⁵⁸⁾, es decir, un caso de ausencia de acción (fuerza física irresistible, movimientos reflejos, estados de inconciencia).

Para el Derecho Penal solo resultaría interesante la debilidad mental, pues, como las formas más graves de oligofrenia precisan de todos modos de vigilancia, apenas se produce en ellas una conducta jurídico-penalmente relevante⁽¹⁵⁹⁾.

La deficiencia mental se caracteriza porque a medida que es más profunda va incapacitando más para el pensamiento, impidiendo cada vez en mayor medida la capacidad de abstracción. De allí que siempre en el deficiente mental haya una tendencia a manejarse con el llamado “pensamiento concreto” que, en definitiva, no es más que un pensamiento limitado por la menor capacidad de abstracción del sujeto pensante. La comprensión presupone el conocimiento, de modo que la posibilidad de comprensión de la antijuricidad será exigible siempre que el sujeto la haya conocido o le fuese exigible que la conociese. Resulta claro que hay delitos cuya antijuricidad puede comprenderse sin mayor necesidad de pensamiento abstracto, como es el caso

(158) Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. cit., p. 160.

(159) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 834.

del homicidio, que depende de la percepción y de la valoración de elementos muy concretos. Dicho más sencillamente, no se necesita mayor inteligencia para caer en la cuenta de que matar a alguien es contrario a la ley. Pero no en todos los casos la antijuricidad se comprende con tan poca elaboración abstracta⁽¹⁶⁰⁾.

En el caso de los sujetos fronterizos, caracterizados por la torpeza manifiesta en sus actos y decisiones, denominados con la expresión *bordeline*; vale decir, aquellos que se encuentran entre una inteligencia normal y otra con retardo leve, pero que sí internalizan normas prohibitivas y mandatos, así como observan niveles aceptables de adaptación y socialización se les considera sujetos normalmente imputables⁽¹⁶¹⁾.

4. Consecuencias jurídicas

La capacidad de culpabilidad de las personas que sufren una alteración de la percepción depende de un examen realizado en cada individuo. Si en el examen da como resultado la posesión de esa deficiencia en forma plena, habrá que afirmar su inimputabilidad. Sin embargo, si resulta que su capacidad, sin estar excluida, se encuentra grandemente atenuada, se castiga al sujeto, pero disminuyendo la pena.

Si el Tribunal de justicia u órgano jurisdiccional concluye que el imputado carecía de la capacidad para entender el carácter antisocial e ilícito de su hecho y de actuar en consecuencia o, en todo caso, sobre la base de que al sujeto lo favorecía un error excusable o, por último, que, en razón de las circunstancias anormales en que tuvo lugar la conducta, no cabía exigirle otra conducta⁽¹⁶²⁾, la responsabilidad penal deberá excluirse, conforme a los criterios generales del concepto de imputabilidad.

Hay casos que plantean dudas sobre si una persona está privada totalmente de razón o solo la tiene disminuida; por ejemplo, el caso del sordomudo, que si bien patológicamente no presenta alteraciones psíquicas, por su situación de incomunicación con los demás, el desarrollo de sus facultades mentales prácticamente es nulo o muy relativo.

(160) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. cit., pp.163-164.

(161) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 139.

(162) POLITOFF L. Sergio / MATUS A., Jean Pierre / RAMÍREZ G., María Cecilia. Ob. cit., p. 315.

Si bien los sujetos que sufren una alteración de la percepción (y que por ese motivo no cuentan con la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o no puedan determinarse según esa comprensión) son considerados inimputables, se les podría imponer las medidas de seguridad señaladas en el Código Penal.

Capítulo II

MINORÍA DE EDAD (Artículo 20.2 del Código Penal)

Capítulo II

Minoría de edad

(artículo 20.2 del Código Penal)

I. LA MINORÍA DE EDAD

Las leyes, en general, parten de la constatación según la cual la imputabilidad no se adquiere de repente, sino que es el resultado de un largo y lento proceso. Si las disposiciones penales no tuviesen en cuenta este hecho ignorarían, entonces, la realidad humana y social. Es, pues, necesario que consideren las diferentes etapas por las que pasa la persona; la cual crece y se desarrolla conforme a sus cualidades innatas y al medio ambiente en que se desenvuelve⁽¹⁶³⁾.

Entre las causales que eximen de responsabilidad penal, se encuentra la minoría de edad, regulada en el inciso 2 del artículo 20 del Código Penal de la siguiente manera: “Está exento de responsabilidad penal: (...) 2. El menor de 18 años”.

Por más que el menor de edad, autor de un ilícito penal, haya comprendido el carácter delictuoso de su acto y se haya comportado conforme a esa comprensión, en virtud de la presunción *iuris et de iure* contenida en el dispositivo legal antes señalado, no podrá ser objeto de proceso penal ni de sanción penal alguna. Por tanto, basta acreditar la minoría de edad cronológica para que sea aplicable la eximente⁽¹⁶⁴⁾.

(163) Véase HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 611.

(164) REVILLA LLAZA, Percy. “Minoría de edad”. En: CASTILLO ALVA, José Luis (Coord.). *Código Penal comentado*. T. I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 661.

Un menor, por el hecho de serlo, no comete delitos sino infracciones, por eso se les denomina infractores y no delincuentes. El menor infractor es pues la persona que no cuenta con la edad penal establecida por la legislación para ser imputable y que infringe las leyes penales o bien que manifiesta una conducta nociva para su familia y/o la sociedad⁽¹⁶⁵⁾.

Los menores de edad no pueden ser tratados igual que los mayores que poseen plena capacidad de comprensión y actuación. Pues solo se puede juzgar a las personas en las mismas condiciones y con la misma severidad cuando tienen la capacidad de motivarse por los imperativos jurídicos (discernir lo que está prohibido u ordenado) y cuando, pese a poder evitar o efectuar una actuación conforme a ellos, no se inhiben de hacerlo⁽¹⁶⁶⁾. Las vivencias culturales del menor y su mundo, se rigen por una racionalidad que no tiene necesariamente que coincidir con la hegemónica y, por tanto, sancionar el hecho por él realizado conforme a esa racionalidad, significaría un enjuiciamiento de todo un conjunto de personas con esas mismas características; de ahí entonces que el sujeto responsable tenga que ser considerado conforme a las instrucciones y reglas que se avengan con su racionalidad⁽¹⁶⁷⁾. Es decir, el menor se encuentra sujeto a las disposiciones tutelares del Código de los Niños y Adolescentes.

1. Definición de menor

Se denomina menor a aquella persona que por razón de su edad ostenta una condición o cualidad que es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico como factor determinante de la situación o posición de la comunidad y de su ámbito de poder, capacidad y responsabilidad. En términos estrictamente socioculturales, es una categoría que se encuentra en función de diversos condicionamientos, vigente en cada momento histórico, que los legisladores habrán de definir en

(165) Véase ERAZO SARO, Eva Johanna. "Tratamiento de la responsabilidad del adolescente infractor". En: *Las causales eximentes de responsabilidad penal*. Carlos Franco Montoya Castillo (Dir.). Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 24.

(166) REVILLA LLAZA, Percy. "Minoría de edad". Ob. cit., p. 666.

(167) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas*. T. I. (*Derecho Penal. Parte general*). Ara, Lima, 2004, pp. 1154-1155.

cada caso atendiendo a las circunstancias culturales y sociales de un tiempo y un país⁽¹⁶⁸⁾.

2. Naturaleza jurídica

El artículo 20.2 del Código Penal exime de responsabilidad criminal a los menores de 18 años en forma absoluta e incondicional; por ello se considera a la minoría de edad como una causal de inimputabilidad. El dispositivo legal mencionado, determina, como en la mayoría de las legislaciones, la edad que será el umbral de la responsabilidad penal, respecto de la cual, por una suerte de ficción, se da por supuesta la ausencia de suficiente discernimiento, esto es, de la suficiente madurez como para comprender el mundo circundante de acuerdo con los criterios generalmente aceptados por la sociedad adulta sobre lo prohibido y lo permitido.

Solo pueden ser responsables criminalmente las personas desde que han cumplido los 18 años; la ley penal excluye de manera genérica la responsabilidad penal de todos los menores de esa edad, debido a la presunción de su incapacidad de culpabilidad, en vez de determinarla individualmente en cada uno de los casos. Por ello, el menor de 18 años puede o no tener realmente capacidad de culpabilidad, pero por la sola condición de minoridad, a efectos penales, se le considerará inimputable, no pudiéndosele formular reproche de culpabilidad penal alguno⁽¹⁶⁹⁾.

3. Fundamentos de la exención de responsabilidad penal en los menores de edad

Los fundamentos de esta exención de responsabilidad penal tienen que ver, por una parte, con la reconocida inconveniencia, desde el punto de vista de la prevención especial, de aplicar sanciones penales a personas de corta edad.

El nivel de comprensión de las normas por parte del menor depende de las “estrategias” de pensamiento que él ha elaborado para encontrar sentido a la realidad circundante y para reconocer y diferenciar lo permitido de lo prohibido. Esas “estrategias” para comprender

(168) Véase ERAZO SARO, Eva Johanna. Ob. cit., p. 23.

(169) Véase REVILLA LLAZA, Percy. Ob. cit., p. 661.

las normas (que en la psicología se conocen como competencias deónicas) varían según la complejidad de la experiencia del menor.

Las variadas formas que puede revestir un delito suponen exigencias más o menos grandes a la capacidad de comprensión del menor de edad; así, para un menor será más fácil comprender el contenido de injusto de una acción que el de una omisión; menos competencias deónicas (menor nivel de exigencias en cuanto a la comprensión de la norma) suponen los delitos dolosos que los culposos: el adolescente comprenderá más fácilmente la norma positiva no matar que las normas de cuidado cuya infracción conduce al delito culposo⁽¹⁷⁰⁾. Etcheberry, en mérito a lo mencionado, afirma que la existencia del discernimiento debe apreciarse en concreto, esto es, con respecto al hecho efectivamente cometido. Para emitir su “diagnóstico” tendrá que discurrir el tribunal competente sobre la base de la clase del mal causado y la clase de norma prohibitiva que el joven hechor ha infringido, co-tejadas con el nivel de comprensión (las competencias deónicas) que este ha podido alcanzar, según sea su grado de instrucción y de experiencia social⁽¹⁷¹⁾. Sin embargo, en nuestra legislación, hasta los 18 años de edad se opta por una presunción de ausencia de las referidas competencias deónicas para todo el ámbito penal, esto significa asumir en el menor una incapacidad de culpabilidad, en la forma de ficción o presunción de derecho *in bonam partem* de que los menores carecen del discernimiento necesario para ser considerados responsables penalmente⁽¹⁷²⁾.

El discernimiento es un concepto proveniente del Derecho francés, que entiende su falta como el resultado de la inexistencia o insuficiencia en el sujeto de elementos intelectuales (capacidad de comprender), morales o de juicio (capacidad de valoración) y volitivos (capacidad de poner en obra las valoraciones y comprensiones).

Para la doctrina dominante, lo que se presume en el artículo 20.2 del Código Penal es la **falta de asequibilidad normativa del menor de 18 años**⁽¹⁷³⁾: a esa edad una persona no tendría la capacidad

(170) Véase POLITOFF L. Sergio / MATUS A., Jean Pierre / RAMÍREZ G., María Cecilia. Ob. cit., pp. 316-318.

(171) ETCHEBERRY citado por ibidem, pp. 317-318.

(172) Ibidem, p. 316.

(173) Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte general*. Grijley, Lima, 1994, p. 428.

de comprender la ilicitud del acto o de determinarse conforme a ella, por cuanto la inmadurez o desarrollo incompleto de su personalidad (psíquico y psicológico) no lo permitiría⁽¹⁷⁴⁾.

La madurez mental es el desenvolvimiento intelectual y volitivo suficiente para comprender la criminalidad del acto ejecutado y dirigir las propias acciones, cualquiera que sea el sexo del autor. Hasta el momento en que la persona cumple 18 años, es absolutamente incapaz de ello. Esta incapacidad es absoluta, porque no depende, como en los otros casos de inimputabilidad, de la imposibilidad de comprender la criminalidad del acto o de dirigir las acciones en el caso concreto, sino que se presume *iuris et de iure*⁽¹⁷⁵⁾. Esto significa que esta ficción jurídica solamente, exige que se pruebe la minoría de edad con la partida de nacimiento, o en su ausencia, con la pericia médico-legal⁽¹⁷⁶⁾. No es necesario, por consiguiente, someter al menor a un procedimiento para comprobar su incapacidad.

Otro fundamento señala que los menores de edad carecen de capacidad de culpabilidad al tratarse de **personas de insuficiente desarrollo mental**. Sin embargo, en la medida en que la noción de imputabilidad está asociada a la capacidad de comprensión de la antijuricidad del comportamiento, surgen como conclusiones evidentes⁽¹⁷⁷⁾: (i) que no es posible afirmar que carecen de esa capacidad todas las personas que no han alcanzado una determinada edad; y (ii) que tampoco es razonable predicar que esa aptitud es adquirida al mismo tiempo por una persona, respecto de cualquier hecho punible, pues el sentido social disvalioso de un daño o un hurto, por ejemplo, puede ser apreciado mucho antes que el de una defraudación fiscal.

Otros autores consideran que el fundamento de la exención de responsabilidad penal en los menores se funda en **valoraciones político-criminales** del Derecho Penal moderno: los ilícitos de un menor

(174) Cont. en el Derecho Penal comparado, JESCHECK, Hans. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción de Manzanares Samaniego Comares. 4ª edición, Granada, 1993, p. 393 y s.; MAURACH, Reinhardt / ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general*. T. I. Trad. de Bofill Genszsh y Aimone Gibson. Astrea. Buenos Aires, 1994. 36/84, p. 635; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, Reppertor, Barcelona, 1998, p. 608 y ss.

(175) NÚÑEZ, Ricardo C. Ob. cit., p. 182.

(176) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición, Sagitario, Lima, 1987, p. 214.

(177) RIGHI, Esteban. Ob. cit., p. 316.

de edad no conmoverían la conciencia jurídica colectiva e imponerles sanciones criminales resultaría preventivo-especialmente conraindicado⁽¹⁷⁸⁾, siendo más adecuado en orden a la prevención de delitos y protección de la sociedad aplicarle al menor medidas socio-educativas o de protección⁽¹⁷⁹⁾. Esto quiere decir que político-criminalmente resultaría más adecuado el tratamiento educativo específico que el puro castigo.

Una interpretación adecuada del derecho vigente permitiría concluir que la existencia de un régimen penal de la minoridad no es consecuencia de que todos los menores son incapaces de culpabilidad, sino de la decisión político-criminal de adoptar un régimen penal de excepción construido como Derecho Penal de autor, por lo que su compatibilidad con la idea del Estado de derecho depende de que resulte menos gravoso que el Derecho Penal común. Debe entonces considerarse inconstitucional toda consecuencia jurídica aplicable a un menor, que suponga una restricción de derechos más intensa que la que –ante un hecho análogo– está reservada a un delincuente adulto. En estas condiciones, como la adopción del denominado régimen penal de la minoridad es consecuencia de la decisión de evitar sanciones de contenido expiatorio, sustituyéndolas por normas de orientación educativa y tutelar, conviene no olvidar su naturaleza penal, pues en definitiva las medidas de seguridad reservadas a los menores se traducen en restricciones de derechos que se imponen en forma coactiva. Por lo mismo, en el proceso deben preservarse todas las garantías constitucionales, lo que frecuentemente no sucede cuando se pierde de vista su índole penal, en función de una noción exclusivamente defensiva, que con retórica humanista suele adquirir contenido autoritario⁽¹⁸⁰⁾.

La determinación de la edad a partir de la cual debe aplicarse el Derecho Penal de adultos estará siempre referida –aun de *lege ferenda*– a una decisión de política criminal que será objeto de fuertes polémicas, ya que recurrentemente se propone que el régimen penal de

(178) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Ob. cit., p. 847 y s.

(179) *Ibídem*, p. 608; al respecto, véase COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 602; Cfr. también JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general*. Trad. de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 629. “La presunción es la experiencia de que los niños no se pueden definir como iguales, careciendo de competencia para cuestionar la validez de la norma”.

(180) RIGHI, Esteban. Ob. cit., pp. 316-317.

la minoridad comprenda a un conjunto más reducido de destinatarios, con la finalidad de endurecer el sistema. Aunque no necesariamente está adscrita a dicha orientación, merece objeciones la distinción que prevé el derecho vigente, pues vincula la edad del autor con la entidad del hecho cometido, ya que no parece racional adoptar el sistema penal de adultos cuando es mayor el contenido de injusto del hecho realizado. Lo cierto es que parece claro que la adscripción de los menores a un régimen penal de excepción es consecuencia de valoraciones de política criminal y no de consideraciones relativas a la incapacidad de culpabilidad del círculo de autores involucrado⁽¹⁸¹⁾.

Esta exigente también puede admitirse como un **criterio generador de seguridad jurídica y una guía eficaz de la actividad jurisdiccional** (función orientadora de la seguridad jurídica)⁽¹⁸²⁾. Dicho fundamento garantizaría a los menores de edad, y a los miembros de la sociedad en general, el desarrollo de su personalidad en forma normal y plena sin amenaza alguna (función de realización de la seguridad jurídica)⁽¹⁸³⁾, sin la incertidumbre que pudiera generar la posibilidad latente del sometimiento a menores al sistema penal⁽¹⁸⁴⁾.

4. Criterios para la fijación de la minoría de edad

Es práctica de todas las legislaciones establecer una edad mínima en que se margina a una persona de la posibilidad de responder penalmente. Esta causal es la única que en la culpabilidad no admite graduación: se es o no menor de edad para los efectos de la imputabilidad. En general, existen tres criterios propuestos para la fijación de la minoría de edad: el biológico, el psicológico o intelectual y el mixto⁽¹⁸⁵⁾.

Las legislaciones siguen el criterio denominado **biológico** que establece una edad determinada desde la cual se es imputable, y otro denominado **psicológico**, que considera las circunstancias personales de un sujeto para establecer si ha adquirido madurez psíquica o aptitud para

(181) *Ibíd.*, p. 317.

(182) Véase HENKEL, Heinrich. *Introducción a la filosofía del Derecho*. Trad. de Gimbernat Ordeig. Taurus, Madrid, 1968, p. 544.

(183) *Ídem*, cuando hace referencia a la función de realización del ciudadano por la seguridad jurídica en el principio de legalidad.

(184) REVILLA LLAZA, Percy. *Ob. cit.*, pp. 666-667.

(185) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Praxis, Barcelona, 1999, p. 247.

discernir, sin perjuicio de que se establezca una edad que, para todos los efectos penales, de derecho se presume que no se es responsable por carecer del desarrollo mental adecuado. Villavicencio⁽¹⁸⁶⁾ considera que la exclusión de la responsabilidad de los menores es una presunción legal de que el sujeto no ha alcanzado la madurez suficiente para poder comportarse conforme a derecho, por este motivo, quizá esta circunstancia debería estudiarse fuera del capítulo de la imputabilidad (como capacidad de motivación), y sea una excepción del principio de igualdad (aplicación personal de la ley penal)⁽¹⁸⁷⁾. Asimismo, en su conjunto, la regulación combinada recibe la denominación de **critero mixto** (“biológico-psicológico”)⁽¹⁸⁸⁾.

Algunas tendencias descartan el problema de la imputabilidad del menor como elemento de la responsabilidad y lo proyectan al de la política criminal, en cuanto a la conveniencia en el ámbito práctico judicial de excluirlo de la reacción estatal punitiva⁽¹⁸⁹⁾.

La legislación nacional, en materia de imputabilidad del menor, se ha adherido al sistema biológico, estableciendo una edad mínima para ser imputable (18 años). Sin embargo, aunque el estricto límite cronológico pudiera parecer exagerado (basta que el hecho punible se haya ejecutado algunos instantes antes de cumplirse la edad para que opere la exención, aunque el resultado haya tenido lugar después) hay quienes preconizan sistemas más flexibles, a ello se responde que es preferible que los requerimientos de la seguridad jurídica prevalezcan sobre los de justicia. Empero, tanto la seguridad jurídica como la justicia, justifican la presunción de inimputabilidad para el menor (a menos que el concepto de justicia consista en invertir el apotegma no hay pena sin culpabilidad, por el de no hay culpabilidad sin pena)⁽¹⁹⁰⁾. Siendo la edad del menor al momento de la comisión de la infracción lo relevante jurídicamente⁽¹⁹¹⁾.

(186) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., pp. 596-697.

(187) Cfr. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 424.

(188) Véase STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible*. 5ª edición. Ob. cit., p. 279.

(189) GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte general*. T. II. *Nociones fundamentales de la teoría del delito*. Ob. cit., p. 226.

(190) Véase POLITOFF L., Sergio / MATUS A., Jean Pierre / RAMÍREZ G., María Cecilia. Ob. cit., p. 317.

(191) BARLETTA VILLARÁN, María Consuelo. “La responsabilidad penal de los adolescentes en conflicto con la ley penal”. En: *Revista Polemos* N° 6. Año III, diciembre, 2012, p. 18.

La minoría de edad constituye una especial circunstancia personal e incommunicable entre autores y partícipes: cuando afecta la responsabilidad de algún interviniente del delito no modifica la de los otros intervinientes en el mismo (principio de culpabilidad personal). Así, por ejemplo, si un menor de edad induce a un adulto a cometer un delito, solo aquel quedará exento de responsabilidad penal por poseer la condición personal de inimputable, la cual no se transmitirá al adulto ejecutante, quien responderá penalmente como autor. A la inversa, si un adulto determina a un menor de edad a cometer un hecho punible, solo este quedará exento de responsabilidad penal, mientras que el adulto responderá bien como inductor del delito (recuérdese que la inimputabilidad no afecta la autoría del hecho principal antijurídico) o bien como autor mediato (si el adulto, instrumentalizando al inimputable, tiene dominio de su voluntad), en su caso⁽¹⁹²⁾.

En los delitos de resultado, la minoría de edad se comprueba en el momento de realizar la conducta y no en el momento en que se produce el resultado típico, v.gr. si un menor de edad envía una carta injuriosa cuando tenía 17 años y el destinatario la recibe, y ve lesionado su honor, cuando aquel ya había cumplido los 18 años, cabe liberarlo de pena porque el momento decisivo para apreciar la eximente es en el momento de efectuar la conducta⁽¹⁹³⁾.

En los delitos constituidos por una pluralidad de actos hay que distinguir diversos supuestos. En los delitos continuados, si el agente cumple 18 años entre acto y acto solo se valorarán los actos posteriores al cumplimiento de la mayoría de edad; por el contrario, las acciones anteriores a ese momento permanecerán impunes; verbigracia, un hurto sistemático a lo largo de varios meses originará responsabilidad penal solo desde el acto posterior al cumplimiento de los 18 años de edad (y ello rige también para la determinación del monto sustraído). Lo mismo rige para el concurso real de delitos, en el que el agente solo puede ser responsable penalmente por el ilícito cometido en mayoría de edad⁽¹⁹⁴⁾.

(192) REVILLA LLAZA, Percy. Ob. cit., pp. 670-671.

(193) *Ibidem*, p. 667.

(194) *Ibidem*, p. 668.

Este mismo criterio, aplicado a los delitos conformados por una pluralidad de actos (por ejemplo, robo, violación sexual, extorsión, etc.), donde tras el primer acto ejecutivo (verbigracia, violencia o amenaza) se alcance la mayoría de edad, conduce a la impunidad del autor, inimputable al comenzar la ejecución del ilícito. En los delitos permanentes, en los que la situación antijurídica es mantenida por el autor y prolongada en el tiempo, cabrá computar la prolongación desde la obtención de la mayoría de edad y castigar al autor por la permanencia desde ese momento, y no hacerlo responsable por todo el hecho⁽¹⁹⁵⁾.

5. La minoría de edad en instrumentos internacionales

A nivel internacional, el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño⁽¹⁹⁶⁾, define cuáles son los lineamientos a tomarse en cuenta con el adolescente infractor de la ley penal; lo cual, le garantiza ser tratado con respeto de su dignidad y valor, promoviéndose de esta manera el sometimiento a los Derechos Humanos. En este artículo se hace referencia al rol que deben tener los Estados parte de garantizar una adecuada situación jurídico penal para el menor infractor, lo cual va a implicar la aplicación del “Derecho Penal mínimo”; constituyendo como último recurso la aplicación de penas privativas de libertad,

(195) Cfr. MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 611 y s.

(196) Artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño.-

1. Los Estados Parte reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.
2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Parte garantizarán, en particular:
 - a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
 - b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
 - i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
 - ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
 - iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello

en casos excepcionales⁽¹⁹⁷⁾. Tanto la Convención de los Derechos del Niño como las Reglas de Beijing, obligan a los Estados parte a establecer una “edad mínima” para los menores infractores de la ley penal. Por lo tanto, por debajo de dicha edad se presumirá que las personas no tienen capacidad para infringir las leyes penales, al margen de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual. Por su parte, el artículo 26 del Estatuto de Roma declara que los menores de 18 años están excluidos de la competencia de la Corte Penal Internacional.

En el Seminario Europeo sobre el Bienestar Social, celebrado en París en 1949, se recomendó un límite cronológico de la capacidad penal de los menores, con el argumento que “está fundada en el principio de que, por lo general, antes de esa edad no se tiene el modo de pensar del adulto y de que las medidas de orientación y protección podrían ser beneficiosas para los menores que no han llegado a esa edad”.

El artículo 40 del Tratado de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, suscrito en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989

fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

- iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
 - v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
 - vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
 - vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.
3. Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:
- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
 - b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.
4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

(197) Véase ERAZO SARO, Eva Johanna. Ob. cit., pp. 34-35.

(DO 27.09.1990), señala que los Estados parte reconocen el derecho de todo niño, de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y el valor, que fortalezca el respeto por los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad y la importancia de promover la reintegración del menor y de que este asuma una función constructiva en la sociedad.

La Convención Americana de los Derechos Humanos, en su artículo 5, consagra que no se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Consecuencias jurídicas de la minoría de edad

Los menores de 18 años no pueden ser sancionados con arreglo al Código Penal. Sin embargo, la comisión de un ilícito por parte de estos no implica la ausencia de toda reacción estatal, pues judicialmente le podrán ser aplicadas medidas socioeducativas o de protección (no represivas) conforme al Código de los Niños y Adolescentes⁽¹⁹⁸⁾.

Al no ser capaces las personas inimputables de soportar el reproche de culpabilidad, y por tanto, tampoco ser susceptibles de la imposición de una pena, las medidas de seguridad serían las indicadas para este tipo de casos. Esto genera que se diga que nuestro sistema de consecuencias jurídicas es de doble vía: una vía es la pena para las personas imputables y la otra es la medida de seguridad para personas inimputables, siempre y cuando exista peligro de que vuelva a cometer el mismo injusto⁽¹⁹⁹⁾.

La medida de seguridad se encuentra regulada en nuestro Código Penal bajo dos modalidades: el tratamiento ambulatorio (artículo 76

(198) “En el Derecho de menores –anota Hurtado Pozo– lo determinante es la personalidad y situación de menor. El acto que cometa el menor no es sino la ocasión para la intervención de la autoridad competente, intervención que puede tener lugar aun sin que el menor incurra en un acto antisocial”; v.gr. menor en estado de abandono; HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Ob. cit., p. 397.

(199) Véase NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010, p. 451. Hacemos referencia aquí a la categoría de “injusto” y no a la de delito, por cuanto la conducta del agente es en este supuesto, típica, antijurídica mas no culpable.

del Código Penal) y la internación (artículo 74 del Código Penal): El **tratamiento ambulatorio** consiste en el sometimiento obligatorio del sentenciado a un régimen ambulatorio de atenciones de carácter médico, psicológico o de otra especialidad, que su estado personal requiera⁽²⁰⁰⁾. Mientras que la **internación**, en cambio, constituye una medida de seguridad privativa de libertad, y conforme a lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal⁽²⁰¹⁾, le corresponde una función eminentemente curativa y asegurativa. Ella afecta la libertad ambulatoria del sentenciado e implica su ingreso y permanencia en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia⁽²⁰²⁾. La internación se realiza en establecimientos especiales, a los que tradicionalmente se adjudica orientación correccional, lo que instituye que su finalidad es reformar a los jóvenes delincuentes. La aplicación de esas medidas conforma un sistema normativo especial que desplaza las normas del Derecho Penal de adultos, concebido como un derecho tutelar que, como fue concebido para modificar la personalidad del joven delincuente, hizo que se pusiera más énfasis en las características personales del menor que en la naturaleza y gravedad del hecho cometido⁽²⁰³⁾. La medida de “internación en establecimiento para tratamiento” puede durar hasta seis años (artículo 195 del Código de los Niños y Adolescentes).

Aunque el Estado no utilice la pena porque el responsable es un menor, la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso, debiendo disponerlo provisionalmente durante su tramitación al Juzgado de Familia correspondiente, a fin de posibilitar la aplicación de las medidas de seguridad. Puede suceder que al menor de edad se le haya abierto erróneamente un proceso penal por la comisión de un delito o una falta, y que durante su desarrollo se logre recabar la prueba idónea de su minoría de edad (se obtiene la partida de nacimiento, el peritaje médico determina su minoridad, etc.); en tales casos el juez procederá al corte del procedimiento (que no es equivalente a su absolución), poniendo al menor a disposición del juez de familia competente⁽²⁰⁴⁾.

(200) PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “El proceso de seguridad en el Código Procesal Penal de 2004”. En: <<http://incipp.org.pe/index.php?mod=documento&.com=documento&id=267>>. p. 1.

(201) Artículo IX del Título Preliminar del Código Penal.- La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

(202) *Ibíd.* p. 2.

(203) RIGHI, Esteban. *Ob. cit.*, p. 315.

(204) REVILLA LLAZA, Percy. *Ob. cit.*, p. 671.

El Código de los Niños y Adolescentes prevé diferentes consecuencias jurídicas a los niños (menores de 12 años) a los adolescentes (de 12 a 18 años)⁽²⁰⁵⁾. Así, los *adolescentes* son pasibles de medidas socio-educativas⁽²⁰⁶⁾, como son: a) la amonestación; b) la prestación de servicios a la comunidad; c) la libertad asistida; d) la libertad restringida; y, e) la internación en un establecimiento para su tratamiento. Los *niños*, en cambio, solo pueden ser pasibles de las siguientes medidas de protección⁽²⁰⁷⁾: a) el cuidado en el propio hogar; b) la participación en un programa oficial o comunitario de defensa con atención educativa, de salud y social; c) la incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y, d) la atención integral en un establecimiento de protección especial⁽²⁰⁸⁾.

El adolescente puede ser objeto de privación preventiva de la libertad (internamiento preventivo) por mandato judicial o en caso de flagrante infracción penal, de acuerdo al artículo 185 del Código de los Niños y Adolescentes, siempre que concurren los requisitos⁽²⁰⁹⁾: a) ele-

(205) Ver artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. En el artículo IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes se establece que en caso de infracción a la ley penal, el niño (comprendiendo el embrión y el feto) “será sujeto de medidas de protección” y el adolescente de “medidas socio educativas”.

(206) Artículo 217 del Código de los Niños y Adolescentes.- El Juez podrá aplicar las medidas socio-educativas siguientes: a) Amonestación; b) Prestación de servicios a la comunidad; c) Libertad asistida; d) Libertad restringida; y e) Internación en establecimiento para tratamiento.

(207) Artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes.- El adolescente infractor mayor de catorce (14) años, será pasible de medidas socioeducativas previstas en el presente código. El niño o adolescente infractor menor de catorce (14) años, será pasible de medidas de protección previstas en el presente código.

(208) Artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes.- Protección.- Al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas: a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa; b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social; c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial.

(209) Artículo 209 del Código de los Niños y Adolescentes.- Internación preventiva.- La internación preventiva, debidamente motivada, solo puede decretarse, a partir de los primeros recaudos, siempre que sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Suficientes elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un hecho tipificado como delito en el Código Penal o leyes especiales, que vinculen al adolescente como autor o partícipe del mismo; b) Que el hecho punible cometido sea sancionado en la legislación penal con pena privativa de libertad no menor de cuatro años; c) Riesgo razonable de que el adolescente eluda la acción de la justicia u obstaculizará la averiguación de la verdad.

El Juez, además, tiene en cuenta la gravedad del hecho cometido, si el adolescente infractor se encuentra incurso en alguno de los supuestos de los literales b), c), d) y e) del artículo 235 o si hubiere mediado violencia o grave amenaza contra la víctima. La internación preventiva tiene carácter excepcional, especialmente para los adolescentes entre catorce y menos de dieciséis años, y solo se aplica cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa.

mentos probatorios que vinculen al adolescente como autor o partícipe de la comisión del acto infractor; b) riesgo razonable de que el adolescente eludirá el proceso; y, c) temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas.

Cualquier duda sobre la minoría o mayoría de edad del agente debe resolverse por lo más favorable a la persona (*in dubio pro reo*); verbigracia, en los casos en que se debe estimar médicamente la edad de una persona cuyo nacimiento no ha sido registrado o que carece de partida de nacimiento⁽²¹⁰⁾.

La internación preventiva tiene una duración máxima de cuatro meses, prorrogables, a solicitud del Ministerio Público, hasta por dos meses, cuando el proceso sea complejo o concurran circunstancias que importen una especial dificultad. Vencido dicho plazo, el Juez puede imponer comparecencia con restricciones. Durante el internamiento preventivo, el adolescente es evaluado por el equipo multidisciplinario, el cual informa al juez del tratamiento que recibirá, siendo además de aplicación, en lo pertinente, el artículo 241-D.

- (210) “La precisión de la edad del agente, sin embargo, no debe llevar al absurdo de considerar que la culpabilidad se adquiere verdaderamente siempre con el cumplimiento de los 18 años y no antes o después; esta es solo una consecuencia derivada de la presunción *jure et de jure*” (REVILLA LLAZA, Percy. Ob. cit., p. 662).

Capítulo III

LA LEGÍTIMA DEFENSA (Artículo 20.3 del Código Penal)

Capítulo III

La legítima defensa

(artículo 20.3 del Código Penal)

I. LA LEGÍTIMA DEFENSA

Uno de los mecanismos legales que, expresando la racionalidad del Derecho Penal, permite la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos del agresor, de modo tal que legitima la capacidad de respuesta violenta del ciudadano colocado frente a una situación de peligro personal o de terceros –con prescindencia de que sean familiares o allegados– no provocada suficientemente por acción propia, está constituido por la legítima defensa⁽²¹¹⁾.

La finalidad de la legítima defensa, que es una institución tan antigua como la historia de la humanidad, es la exclusión del comportamiento delictivo, exigiendo que este sea necesariamente antijurídico; por tanto, correspondería a una causa que justificaría un hecho típico, lo cual traería como consecuencia, si concurrieran todos los requisitos de la misma, que el sujeto quede exento de pena, conforme lo establece el inciso 3 del artículo 20 del Código Penal⁽²¹²⁾; mientras que si faltase alguno de sus elementos –legítima defensa imperfecta–, se

(211) ROJAS VARGAS, Fidel. “La legítima defensa: proporcionalidad o racionalidad de medios”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales* N° 23, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2003, p. 3.

(212) Artículo 20 del Código Penal peruano.- Está exento de responsabilidad penal: (...) 3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa; c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

establecería la posibilidad de que el juzgador disminuya prudencialmente la pena (artículo 21 del Código Penal)⁽²¹³⁾.

La legítima defensa es uno de los pocos y excepcionales casos en los que se podría argüir con toda razonabilidad de que el Derecho se hace valer también a través de medios violentos –de ser el caso– que contribuyan a reafirmar la vigencia de la norma, la misma que no puede admitir el sacrificio de bienes jurídicos ante la hipótesis de la inacción o no defensa⁽²¹⁴⁾.

Jiménez de Asúa⁽²¹⁵⁾ definió a la legítima defensa como la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla. La legítima defensa sería definida como la reacción necesaria para evitar una agresión ilegítima, actual y no provocada contra la persona o derechos propios (legítima defensa propia), o contra la persona o derechos de otro (legítima defensa impropia o de terceros), como ya se dijo anteriormente. Lo que pretendería la institución en análisis sería lanzar un mensaje al agresor, con el fin de motivarlo a no atacar, pues, de hacerlo, podría obtener una respuesta amparada por el Derecho⁽²¹⁶⁾.

La doctrina dominante considera a la legítima defensa como una causa de justificación; sin embargo, hay quienes han sostenido la ilicitud de la reacción defensiva, considerando a esta eximente como una causa de inimputabilidad, como causa de inculpabilidad e, incluso, otros la han equiparado con la idea de retribución de la pena.

1. Fundamentos de la legítima defensa

A lo largo de los siglos, la legítima defensa ha sido objeto de estudio por parte de muchos juristas, los que han tratado de buscar una justificación y explicación a este concepto. La doctrina, a fin de fundamentar la impunidad del hecho efectuado en legítima defensa, ha

(213) Ver BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. “Condiciones para el ejercicio de la legítima defensa”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales* N° 23, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2003, p. 7.

(214) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 4.

(215) Citado por CARO CORIA, Dino Carlos. “Legítima defensa”. En: *Código Penal comentado*. T.I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 677.

(216) Ver BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 274.

realizado una doble distinción entre: a) las teorías que sostienen que el hecho es intrínsecamente injusto; y, b) las teorías que juzgan intrínsecamente justa y por tanto lícita la conducta defensiva del agredido.

1.1. Posiciones que defienden la ilicitud de la defensa

Estas posiciones afirman que la conducta defensiva del agredido no puede ser considerada conforme a Derecho pues es intrínsecamente injusta en sí misma y que la exención de la responsabilidad penal del defensor vendría sustentada en base a otras categorías jurídico-penales distintas a la antijuricidad⁽²¹⁷⁾. Tales posiciones son agrupadas en las siguientes teorías:

a) Teoría de la perturbación del ánimo o de la constricción moral

Esta teoría considera que la legítima defensa halla su fundamento en la perturbación del ánimo que sufre el agredido como consecuencia del ataque del que es víctima⁽²¹⁸⁾ o por la inminencia del peligro⁽²¹⁹⁾ al que se encuentra expuesto. En este sentido, la legítima defensa se constituiría en una causa de inimputabilidad, que no excluiría la antijuricidad de la conducta sino solo la culpabilidad del defensor⁽²²⁰⁾.

Esta posición adolece de algunas incoherencias, pues la referida perturbación puede no siempre estar presente, pues hay personas que en legítima defensa reaccionan de manera fría frente a una agresión injusta sin que exista ninguna emoción patológica⁽²²¹⁾; tampoco podría ampararse en esta eximente el agredido que en todo momento conservó la calma⁽²²²⁾; no se podría aplicar en la mayoría de supuestos de defensa por parte de terceros o extraños; tampoco en los casos de utilización de medios mecánicos, en los que el agredido no repele personalmente la agresión⁽²²³⁾. Asimismo, la perturbación del ánimo

(217) VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. "Las agresiones extrapenales en la legítima defensa". En: *Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 2, año 2001, Grijley, Lima, p. 643.

(218) Ídem.

(219) MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael. *Lecciones de Derecho Penal. Legítima defensa*. Ediciones legales, Lima, 2005, p. 38.

(220) VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob. cit., p. 643.

(221) SANTILLÁN LÓPEZ, Kely. "La legítima defensa". En *Iudicialis* N° 1, año 2005, p. 11.

(222) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Bosch, Barcelona, 1978, p. 18.

(223) GÓMEZ LÓPEZ, Orlando. *Legítima defensa*. Bogotá, 1991, p. 29.

llevaría a admitir la legítima defensa contra conductas permitidas por la ley, como por ejemplo, contra las privaciones de libertad provenientes de mandatos de autoridad competente; en estos casos el detenido podría defenderse y buscar su libertad, pues cabría la posibilidad de que su aprehensión le ocasionase perturbación en el ánimo.

b) Teoría del conflicto de motivaciones

Esta teoría sostiene que el fundamento de la legítima defensa es el conflicto de motivaciones en que se encontraría el sujeto al ser agredido, pues, por un lado, su instinto de conservación le obligaría a defenderse y, por otro, el ordenamiento jurídico le motivaría a renunciar a la defensa para no lesionar bienes jurídicos del agresor⁽²²⁴⁾.

Esta posición tiene una evidente relación con la anterior teoría descrita, por lo que las críticas esbozadas contra la teoría de la perturbación del ánimo pueden también ser aplicadas a esta.

c) Tesis de la retribución o de la excusa legal

Esta posición considera apriorísticamente la ilicitud de la conducta de defensa⁽²²⁵⁾, considerando a la legítima defensa como una retribución, equiparándola con la pena; así, contra el mal que el agresor quiso producir, el defensor reacciona con otro mal con el que le retribuye, lo que conduce a considerar a la legítima defensa como una causa de exclusión de la punibilidad⁽²²⁶⁾ que implica que la acción es culpable, pero no punible⁽²²⁷⁾. La conducta del agredido no se castigaría, porque existiría un equilibrio de males y aplicar una pena haría recaer en el defensor un nuevo mal.

Las principales críticas a esta posición se basan en que la idea de retribución siempre está referida al pasado, lo que impediría admitir la defensa frente a agresiones inminentes, colocando al agredido en una situación de desventaja frente al agresor⁽²²⁸⁾; asimismo, en la legítima

(224) VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob. cit., pp. 643-644.

(225) *Ibidem*, p. 645.

(226) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Ob. cit., p. 25.

(227) SANTILLÁN LÓPEZ, Kely. Ob. cit., p. 12.

(228) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Ob. cit., p. 23.

defensa podría faltar la equivalencia entre la agresión y la reacción, pues mientras la primera podría ser una simple amenaza, la segunda incluso puede culminar con la muerte del agresor. Si la mencionada equivalencia se consigue, no se podría fundar la impunidad de la defensa en el principio de la retribución que asimila la reacción a la pena, pues la pena sigue al delito y la defensa le precede⁽²²⁹⁾.

Esta teoría podría permitir que los ciudadanos ejerzan potestades punitivas que fácilmente podrían desembocar en el predominio de la venganza privada, además objeto la posibilidad de admitir la defensa frente a inimputables y a sujetos que obran sin culpabilidad⁽²³⁰⁾, toda vez que a ellos no les alcanzaría la mencionada retribución. También se sostiene que el fundamento de la retribución trae consigo la idea de ponderación de bienes jurídicos, ocasionando dificultades al momento de distinguir esta eximente con el estado de necesidad.

1.2. Posturas que sostienen la licitud de la defensa

Otro grupo doctrinario, que en la actualidad es el mayoritario, sostiene que la conducta de reacción frente a la agresión por parte de quien es atacado es intrínsecamente justa; por lo tanto, lícita; apoyándose en la situación de necesidad y la colisión de derechos. Para sustentar esta posición se han elaborado las siguientes tesis:

a) Tesis del fundamento evidente o teoría del ejercicio de un derecho

Esta teoría se basa en el instinto de conservación del hombre⁽²³¹⁾; se considera a la legítima defensa como un derecho natural, un derecho innato⁽²³²⁾; ya que el hombre que se encuentra privado de este derecho no podría conservar su existencia y estaría condenado a morir. Este fundamento está más cerca de considerar a la legítima defensa como una causa de exculpación que como una causa de exclusión de antijuricidad; sin embargo, apelar al instinto de conservación del individuo para fundamentar la le-

(229) SANTILLÁN LÓPEZ, Kely. Ob. cit., p. 20.

(230) GÓMEZ BENITES, José Manuel. *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*. Civitas. Madrid, 1988, p. 317.

(231) Un instinto innato en el ser humano es el instinto de conservación, que consiste en mantenerse con vida y defenderla; este derecho a la vida es uno de los principales del ser humano.

(232) VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob. cit., p. 645.

gítima defensa traería como consecuencia la restricción de esta eximente a supuestos de agresiones a bienes jurídicos personales, como por ejemplo, la vida o la integridad física; esto dificultaría o haría imposible admitir la legítima defensa de terceros o extraños. Esta posición está evidentemente en contra del texto de la ley⁽²³³⁾ que no hace restricciones con relación a los bienes jurídicos susceptibles de ser amparados bajo la legítima defensa⁽²³⁴⁾.

b) Teoría de la falta de protección estatal

Esta teoría se basa en los principios de necesidad y autotutela⁽²³⁵⁾; es decir, aquellos casos en los que el Estado no puede garantizar la defensa del individuo, quien queda librado a sus propias fuerzas. Esta situación se fundamenta en que el Estado no puede salvaguardar y proteger todos los bienes ni a todos los individuos, de manera que la única posibilidad de que no sean dañados, es permitir a quien esté capacitado para ello, contar con el respaldo jurídico suficiente. Estamos hablando del derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el Estado no puede proporcionarla en el caso concreto con parecida eficacia. Como todo derecho, tiene límites, que no son solo los impuestos por la necesidad sino también los que devienen de la racionalidad⁽²³⁶⁾.

No obstante la presencia de órganos estatales que puedan brindar una efectiva protección al sujeto agredido, puede configurarse esta eximente, siempre que la reacción defensiva sea igual o menos gravosa a una eventual participación del Estado⁽²³⁷⁾. Roxin⁽²³⁸⁾ le agrega a esta tesis un objetivo político-criminal; de este modo la defensa cumpliría también una función de prevención general, lo que le permitiría trasladar límites de la pena a la legítima defensa.

(233) Artículo 20 inciso 3 del Código Penal.

(234) *Ibidem*, pp. 646-647.

(235) BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 190.

(236) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 1980, p. 612.

(237) Luzón Peña citado por VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. *Ob. cit.*, pp. 646-647.

(238) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. T. I. Trad. Por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas, Madrid, 1999, p. 608.

Esta tesis adolece de lagunas en su formulación, pues puede darse el supuesto de que no obstante a la presencia de protección estatal, esta sea deficiente o, simplemente, no se encuentre dispuesta a proteger al agredido⁽²³⁹⁾. Esto explica que la falta de protección estatal no puede ser considerada como el fundamento de la legítima defensa.

El extremo de esta corriente es un individualismo a ultranza que no le importa la magnitud del daño que se causa con la defensa, que solo está limitada por la necesidad, que no conoce la ley⁽²⁴⁰⁾. Este límite implica reconocer de que no existe ningún orden jurídico que admita un individualismo tal que lleve la defensa de los derechos hasta el extremo de hacer insostenible la coexistencia, convirtiendo la vida social en una selva, porque tal extremo no sería otra cosa que su propia negación⁽²⁴¹⁾.

c) Tesis de la protección de los bienes jurídicos

Esta teoría guardaría vinculación con la tesis del fundamento evidente en el sentido de que dicha protección de bienes jurídicos hundiría sus raíces en el instinto de conservación del individuo. Con anterioridad se han esbozado los argumentos que demuestran la inconsistencia del instinto de conservación del individuo como fundamento de la legítima defensa, ahora solo resta verificar la corrección o no de la tesis de la protección de bienes jurídicos en su formulación pura.

La teoría de la protección de los bienes jurídicos es, en un principio, correcta, pues de lo que se trata de defender con la legítima defensa son los bienes jurídicos atacados o en peligro inminente de serlo; sin embargo, su formulación es deficiente, por cuanto no precisa que el ataque debe provenir necesariamente de una agresión antijurídica⁽²⁴²⁾; esto trae dificultades a la hora de delimitarla. Sin esa referencia, sería posible admitir legítima defensa contra lesiones a bienes jurídicos provenientes de sucesos de animales, de personas jurídicas, de casos fortuitos e inclu-

(239) VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob. cit., p. 646.

(240) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. cit., p. 609.

(241) Ídem.

(242) Luzón Peña citado por VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob. cit., pp. 646-647.

so, no habría problemas en aceptar la legítima defensa frente a conductas justificadas; esto conduciría a dificultar la delimitación entre esta eximente y el estado de necesidad⁽²⁴³⁾, figura que también actúa en defensa de bienes jurídicos.

Finalmente, se podría señalar que mediante esta fundamentación no se hallarían límites en cuanto a la entidad del bien jurídico lesionado del que es titular el agredido; puesto que si lo que fundamenta a esta eximente es la protección de bienes jurídicos, se podrían lesionar bienes jurídicos excesivamente más importantes⁽²⁴⁴⁾.

d) Teoría de la prevalencia del derecho frente al injusto

Un sector de la doctrina afirma que el fundamento de la legítima defensa se encuentra en la afirmación del derecho frente al injusto⁽²⁴⁵⁾. Ello se explica de la siguiente manera: cuando un sujeto ataca injustificadamente a otro se produce un cuestionamiento a la validez del ordenamiento jurídico, frente al cual se hace presente la conducta defensiva del agredido o de un tercero con la cual se afirma el derecho, afirmación que se asentaría en la frase de que “el Derecho no necesita ceder ante el injusto”⁽²⁴⁶⁾. De ello se deduce correctamente que si mediante la conducta del defensor se afirma el derecho, es consecuencia necesaria de ello que la conducta defensiva es lícita y su naturaleza es de una causa de justificación⁽²⁴⁷⁾.

El principio de defensa del derecho sirve a la prevención general, puesto que el rechazo de la agresión muestra a otros potenciales quebrantadores del derecho que no se puede agredir a alguien sin correr un riesgo⁽²⁴⁸⁾.

De esta posición se extrae una serie de consecuencias en principio correctas, pero que difícilmente pueden explicar todos los aspectos de la legítima defensa. Así, en virtud de ella se puede explicar satisfactoriamente la necesidad de que la agresión tenga

(243) *Ibíd.*, pp. 647-648.

(244) *Ibíd.*, p. 648.

(245) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Ob. cit.*, p. 360.

(246) BACIGALUPO Z., Enrique. *Ob. cit.*, p. 123.

(247) VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. *Ob. cit.*, p. 648.

(248) ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, p. 575.

el carácter de ilegítima, pues solo un ataque que posea dicha calidad puede enfrentarse al ordenamiento jurídico. Asimismo, tal exigencia permite sustentar un tratamiento diferenciado con relación al estado de necesidad justificante⁽²⁴⁹⁾, lo que no es posible con el argumento de la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, la tesis de la prevalencia del derecho frente al injusto no puede explicar la limitación de esta eximente al amparar solo bienes jurídicos de carácter individual, pues el ordenamiento jurídico también puede ser cuestionado mediante ataques a bienes jurídicos supraindividuales⁽²⁵⁰⁾, lo cual entraría en contradicción con el tenor literal de la ley.

e) Teoría de protección o del interés preponderante

Esta teoría se sustenta en la colisión de intereses del atacado y del atacante, prevaleciendo el primero, teniéndose en consideración la adecuación de las normas de convivencia social y sin tomar en cuenta el propio valor de los bienes jurídicos en disputa. La legítima defensa tiene lugar cuando media una situación de necesidad, cuando entre el mal que evita quien defiende y el que le quiere causar quien le arremete media una evidente desproporción. Entre dos intereses que están en colisión y en conflicto de tal modo que uno de ellos no pueda ser conservado sin la destrucción del otro, el Estado sacrificará al menos importante.

Esto nos lleva a determinar que la prevalencia no es cuantitativa sino cualitativa, en tal sentido, el interés preponderante siempre es la del agredido que actúa en legítima defensa frente a los bienes jurídicos del agresor. La razón de esta idea se basa en que la prevalencia no se mide por valuación material, sino por valuación jurídica; es decir, no por cálculo de los intereses individuales sino por la ley. Esta teoría es criticable cuando por ejemplo se da muerte a un enajenado mental, pues resulta exagerado decir que por su enajenación debió perder la vida.

El principio de protección sirve a la prevención especial, en el sentido de que mediante la defensa por parte de los agredidos

(249) Luzón Peña citado por VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob. cit., pp. 648-649.

(250) *Ibídem*, p. 649.

debe impedirse que un determinado agresor realice una acción antijurídica⁽²⁵¹⁾.

Esta corriente es objetivista; existe una concepción social o colectiva y su legitimidad deriva de la preponderante función defensiva del Derecho objetivo⁽²⁵²⁾. Al cargar el acento sobre la defensa del orden jurídico entendido como derecho en sentido objetivo, acorta su campo de aplicación, exigiendo en mayor medida la equivalencia entre el mal que se causa y el que se evita, acercándola al estado de necesidad justificante y minimizando con ello la relevancia de la antijuricidad de la agresión.

f) Teoría del doble fundamento o ético social restrictiva

La doctrina dominante sostiene que la legítima defensa posee un doble fundamento⁽²⁵³⁾: por un lado, un fundamento **jurídico-individual**⁽²⁵⁴⁾, consistente en la protección de bienes jurídicos y, por otro, un fundamento **jurídico-social**⁽²⁵⁵⁾, que recae sobre la afirmación del ordenamiento jurídico y los intereses generales. Estos aspectos no se excluyen uno al otro, deben operar conjuntamente, pues las diferentes necesidades del prevailecimiento del derecho influyen de diferentes formas en la configuración de las facultades de protección. No es posible tomar a uno solo de estos principios, pues elimina el equilibrio y limitación entre ellos⁽²⁵⁶⁾ y la legítima defensa en sí misma se rechazaría.

El fundamento jurídico-individual, se basa en el principio de la protección individual, por lo que hace referencia a la persona, al individuo

(251) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 575.

(252) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. cit., p. 609.

(253) CEREZO MIR, José. Ob. cit., p. 207; JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., pp. 302-303; MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz. Ob. cit., p. 438 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte general I*. Universitas, Madrid, 1999, p. 587; ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 608.

(254) De origen romano y expresivo de un derecho subjetivo fundamental; el elemento individual es el que otorga legitimación al particular para desempeñar en nombre del Estado la función de afirmación del derecho de autoprotección y del derecho a la vida de cada individuo o de terceros, cuando esta pudiera ser puesta en peligro por una agresión.

(255) De origen germánico; el elemento de defensa y afirmación del orden jurídico, constituye el fundamento específico de la legítima defensa supraindividual, busca en el derecho el sentido de la justicia y la defensa de este valor, respaldado por la defensa de las leyes y el derecho a defenderlas, protegerlas y hacer que se cumplan.

(256) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Ob. cit., p. 536.

como ser social en su interrelación con otras personas, implicando la defensa de su persona o sus derechos; en este caso, la relación valorativa entre el bien jurídico protegido y el lesionado es irrelevante, solo importa la defensa contra la agresión antijurídica. Al que es atacado antijurídicamente no se le exige que eluda la confrontación en determinados casos.

El fundamento jurídico-social, también denominado supraindividual, se basa en el principio de prevailecimiento del derecho o conservación del orden legal y hace referencia al ordenamiento jurídico y su defensa mediante la protección de la persona y sus derechos⁽²⁵⁷⁾; este fundamento está dirigido a la restricción de la legítima defensa cuando no está orientada a afirmar el derecho; esto significa de que el sujeto que se defiende de una agresión ilegítima no solo está protegiendo sus bienes jurídicos sino además está impidiendo que se afecte al ordenamiento jurídico⁽²⁵⁸⁾; por este motivo, el agredido no está obligado, en principio, a evitar la agresión mediante un medio distinto de la defensa, por ejemplo, huyendo⁽²⁵⁹⁾. Esta causa de justificación está basada no solo en el hecho de que el agredido conserve sus bienes jurídicos frente a una agresión ilegítima (principio de protección) sino que se evite también que el ordenamiento legal sea lesionado (principio de conservación del orden legal).

Esta doble fundamentación está originada en la advertencia de los aciertos de algunos argumentos de las teorías de la protección de bienes jurídicos y de la prevalencia del Derecho frente al injusto⁽²⁶⁰⁾, las cuales conjugadas otorgarían el fundamento correcto a la legítima defensa⁽²⁶¹⁾; fundamento que, como se ha dicho anteriormente, es imposible que brinden de manera aislada. De allí que no solo debe acentuarse en la protección del ordenamiento jurídico *per se*, pues ello podría provocar que se ponga por encima de la persona al mismo ordenamiento jurídico “legitimando” el abuso y la arbitrariedad. Por otro lado, el ejercicio del derecho de defensa (en sentido material) por parte de la persona no es irrestricto pues tiene su límite en el criterio racio-

(257) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte general I*. Ob. cit., p. 58.

(258) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Ob. cit., p. 535.

(259) BACIGALUPO Z., Enrique. Ob. cit., p. 123.

(260) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 360.

(261) VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob. cit., p. 649.

nal de control de su conducta⁽²⁶²⁾. En ese sentido, la legítima defensa tiene una doble base en su fundamento, la defensa de la persona y el mantenimiento del orden jurídico⁽²⁶³⁾ (el fundamento dado por la mayoría de los autores a la legítima defensa se encuentra en el principio según el cual “el derecho no necesita ceder ante lo ilícito”⁽²⁶⁴⁾, que no solo acuerda un derecho de defensa individual sino también de orden jurídico como tal).

Ahora bien, de la teoría del doble fundamento de la legítima defensa se deduce una importante función de esta causa de justificación, puesto que en virtud de esta eximente el defensor no solo reacciona contra una agresión ilegítima protegiendo bienes jurídicos propios o de terceros, sino que, al afirmar el ordenamiento jurídico, con la conducta defensiva se genera a su vez un efecto intimidatorio. Es de este fundamento jurídico-social que se desprende, en consecuencia, su efecto preventivo-general⁽²⁶⁵⁾.

Prácticamente, la totalidad de la doctrina penal en la actualidad coincide en señalar a estos dos pilares como fundamentales para justificar el derecho a la legítima defensa: por lo que podemos afirmar que el fundamento de la legítima defensa es doble (individual y social) y su naturaleza es de una causa de justificación⁽²⁶⁶⁾.

2. Naturaleza jurídica de la legítima defensa

El principio de que la norma solo se aplica incondicionalmente en los casos de normalidad⁽²⁶⁷⁾ cede cuando deben tenerse en cuenta condiciones valorativas, es por eso que no se exige una vigencia absoluta del mandato en todas las situaciones de conflicto que se den en la realidad. El ordenamiento jurídico no solamente se compone de prohibiciones sino también de normas permisivas que autorizan realizar hechos, en principio prohibidos por la ley, pero que por causas justificadas son permitidos y por lo tanto no punibles; es decir, existen cau-

(262) En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. II. Trotta, Madrid, 1999, p. 122.

(263) CARO CORIA, Dino. Ob. cit., p. 679.

(264) BACIGALUPO Z., Enrique. Ob. cit., p. 123.

(265) VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob. cit., pp. 649-650.

(266) *Ibídem*, p. 650.

(267) DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena*. T. II. *Imputación delictiva*. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 127.

sas que excluyen la antijuricidad y convierten el hecho típico en uno perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico⁽²⁶⁸⁾, uno de estos es, precisamente, la legítima defensa.

La naturaleza de la legítima defensa durante mucho tiempo estuvo confundida con las causas de exculpación, planteándose como un problema de miedo o de perturbación del ánimo en el que se defiende al ser objeto de un ataque; pero en la medida en que la defensa sea una respuesta proporcionada a una agresión injusta, no cabe duda de que, cualquiera que sea la actitud anímica del que se defiende, existe una auténtica causa de justificación que legitima el acto realizado⁽²⁶⁹⁾.

Es pacífica la doctrina y la jurisprudencia en tratar a la legítima defensa como una **acción meramente impune**, considerándola una **causa de justificación**, un tipo permisivo que elimina la contrariedad de la conducta típica con el orden jurídico, cuya naturaleza deriva en la necesidad de conservar el orden jurídico y de garantizar el ejercicio de los derechos; esta institución se diferencia del estado de necesidad en el elemento colectivo de defensa y en la afirmación del orden jurídico⁽²⁷⁰⁾ del que carece el segundo, también porque el estado de necesidad trabaja con la idea del interés preponderante a diferencia de la causa de justificación.

Existen autores que consideran a la legítima defensa un derecho, ya que no es posible exigir a la persona que se defienda ante la agresión ilegítima cuando la misma decide huir o retirarse, siendo su elección de defenderse, jurídicamente inobjetable. Al respecto, cabe señalar que la doctrina penal considera a esta figura jurídica como una causa de justificación, mientras en el Derecho Constitucional es considerada un derecho fundamental de la persona⁽²⁷¹⁾.

La importancia y trascendencia que tiene conceder a una persona derechos que incluso se niegan al Estado (por ejemplo, matar a otra

(268) Sentencia de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Junín de fecha 17 de setiembre de 1996, Exp. N° 1655-91. En: ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Serie de Jurisprudencia* 3, Academia de la Magistratura, Lima, 2000, p. 271.

(269) MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 365-366.

(270) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 7ª edición. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 429.

(271) Artículo 2 de la Constitución Política de 1993.- Toda persona tiene derecho: (...) 23. A la legítima defensa (...)

persona) por medio de la figura jurídica de la legítima defensa, impone la necesidad de limitar ese derecho individual a casos o situaciones realmente excepcionales⁽²⁷²⁾; en la medida en que puedan operar eficazmente otros mecanismos jurídicos protectores, el derecho a la defensa cede. No hay, pues, un principio de prevalencia del Derecho a toda costa frente a la injusta agresión, y, en todo caso, ese principio tiene que ser compaginado o matizado por otros principios informadores de las causas de justificación, como el de proporcionalidad, ponderación de intereses, etc.; también debe tenerse en cuenta que la pluralidad de situaciones y la tensión y el dramatismo que suelen envolver los casos de legítima defensa dificultan una solución nítida de los mismos, siendo a veces difícil de distinguir donde terminan los límites de la justificación y comienzan los de la exculpación. Por otra parte, la legítima defensa, aunque suele estudiarse como las demás causas de justificación en la Teoría General del Delito, se plantea sobre todo en el homicidio y en las lesiones⁽²⁷³⁾, por lo que a la hora de interpretar sus requisitos deben tenerse en cuenta las particulares circunstancias que rodean a este tipo de delitos, como son la violencia, la inseguridad ciudadana, la agresividad, las riñas, etcétera.

La moderna doctrina penal se está orientando hacia una cierta restricción de la legítima defensa⁽²⁷⁴⁾; así, recientemente se viene ofreciendo una fundamentación exclusivamente individual a la facultad de defensa, la que es legitimada en la necesidad de “autoimposición de la propia libertad organizativa frente a comportamientos directamente encaminados a negarla. Por eso, el deber de tolerar la acción defensiva se basa en la responsabilidad por el propio comportamiento originador de riesgos para terceros”⁽²⁷⁵⁾.

3. Presupuestos de la legítima defensa

Para la defensa necesaria que hace un sujeto con la finalidad de contrarrestar un ataque se requiere que existan las siguientes condiciones:

(272) Requisitos de la legítima defensa: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para su defensa; y c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa (según el inciso 3 del artículo 20 del Código Penal).

(273) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 366.

(274) MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 429.

(275) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Ob. cit., p. 537.

3.1. Agresión ilegítima

En primer término, se presume una determinada situación de necesidad; entendiéndose la agresión como la acción generada directamente por un ser humano y animales u objetos bajo vigilancia o dirigidas por el primero; por tanto, si el dueño de un pitbull le ordena a este que ataque a un sujeto se admite la agresión como humana y la legítima defensa, puesto que en este caso el animal es empleado como un instrumento destinado para el ataque.

La agresión ilegítima tiende a poner en peligro o a lesionar un interés jurídicamente protegido⁽²⁷⁶⁾. Para que concurra esta condición se exige doctrinariamente lo siguiente⁽²⁷⁷⁾:

- a) **En cuanto a su naturaleza**, ha de representar un **peligro real**, no podrá ser imaginario, ya que estaríamos ante una legítima defensa putativa (que es una causal de exculpación), en la que el sujeto creería por error que se dan los requisitos de la legítima defensa de manera objetiva.
- b) **En cuanto a su calidad**, ha de ser **ilegítima**, esto es, que el agredido no se encuentre jurídicamente obligado a soportar la agresión. Esta conducta debe ser antijurídica sin que interese que sea típica. La antijuricidad de la agresión debe suponer necesariamente tanto un desvalor de acción como de resultado, por lo que si la agresión resulta amparada por una justificante no será ilegítima. Es inaceptable la legítima defensa contra las conductas conformes a derecho.
- c) **En cuanto a su oportunidad**, ha de ser **actual o inminente**, como se deduce tácitamente del texto legal, donde se habla tanto de repeler la agresión como de impedir el daño. Esta agresión debe ser actual; esto implica que el ejercicio de la defensa debe efectuarse dentro del mismo tiempo de la agresión, es decir, que esta debe interrumpir la ejecución del hecho agresivo antes que el ataque quede consumado⁽²⁷⁸⁾. No puede haber legítima defensa después de haber terminado la respectiva agresión, de lo contrario estaríamos situándonos ante un abuso

(276) La ilicitud supone la antijuricidad de la acción agresora

(277) Ver BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Ob. cit., p. 8.

(278) MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael. Ob. cit., p. 42.

de derecho, que podría transformarse en venganza o justicia por propia mano. Asimismo, el ataque deberá de ser inminente cuando la resolución del agresor sea irrevocable respecto al inicio del ataque; no podría llamarse inminente aquella acción jurídicamente imposible, así pues una persona no podría agredir a otra con un mazo de plástico para piñata (no existiría agresión si esta es una tentativa inidónea).

- d) **En cuanto a los bienes defendibles**, la ley no los distingue, por lo que puede ser cualquier bien perteneciente al agredido o a un tercero, y cualquier interés reconocido jurídicamente.

La agresión puede ser dolosa o imprudente; en todo caso, lo que importa es la manera como reacciona el sujeto en relación del deber de cuidado. Es imprudente, por ejemplo, cuando el chofer de una combi por competir con otra, aumenta la velocidad del vehículo, más allá de los límites establecidos, poniendo en riesgo la vida de los pasajeros pues se encuentra a punto de chocar con un poste de alumbrado eléctrico; en este caso, si uno de los pasajeros golpea al conductor con la intención de tomar el vehículo para evitar el impacto, el estado de necesidad defensivo será admitido como modalidad de legítima defensa en sentido restringido, puesto que el estado de necesidad defensivo no se encuentra preceptuando de forma expresa en el artículo 20 del Código Penal.

Cuando hay ausencia de acción⁽²⁷⁹⁾, la agresión ilegítima no existirá y menos la legítima defensa, ya que la persona no podría dirigir sus propios actos (no existiría acto voluntario de parte del agente frente a la víctima); por ejemplo, cuando la persona es empujada por otro lesionando a un tercero. Tampoco sería posible ejercer la legítima defensa contra personas jurídicas.

Si la agresión es realizada por inimputables –menores de dieciocho años o enajenados mentales–, la legítima defensa se flexibiliza. El contexto de respuesta exige, de acuerdo al sentido común, que la respuesta ajustada a la situación concreta trate de evitar la lesión de bienes jurídicos del agresor excepcional (el esquivamiento, la huida o retirada deben realizarse, en caso de ser practicables).

(279) Como es el caso de la fuerza física irresistible, los actos reflejos y los estados de inconsciencia.

Generalmente, la agresión consiste en una acción, pero también puede consistir en una omisión si, sobre la base de un deber jurídico de actuar, se equipara a una acción activa, por ejemplo, en el caso de la madre que deja de alimentar a su hijo⁽²⁸⁰⁾, el caso del médico que omite prestar auxilio inmediato a un herido a quien encuentra en una carretera (omisión propia, artículo 127⁽²⁸¹⁾ del Código Penal) o el caso del sujeto que intencionalmente omite llamar o detener a su perro que ataca (omisión impropia).

3.2. Necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión ilegítima

3.2.1. Necesidad de la defensa

Defensa es aquella conducta dirigida a rechazar la agresión. Se exige que la defensa sea necesaria; es decir, **debe ser indispensable e ineludible**, esto significa que el ataque del cual es víctima el sujeto debe ser inevitable por otro medio menos lesivo. El tema de la inevitabilidad resulta preciso analizarlo a la luz de las condiciones objetivas presentes en el momento del ataque, así como en los elementos cognoscitivos del agredido, los medios de que disponía en el momento para evitar la agresión, del tiempo en que se sufrió y del lugar de la agresión, es decir, los elementos objetivos y subjetivos que se presenten al momento en que se ejerce la defensa⁽²⁸²⁾.

Necesaria es toda **defensa idónea**, es decir, que sea la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño. El defensor debe elegir, de entre varias clases de defensa posibles, aquella que cause el mínimo daño al agresor; por ejemplo, quien pueda repeler al agresor con puños o a patadas, no puede echar mano al cuchillo o al revólver; y quien pueda intimidar al agresor amenazándole con un arma contundente o de fuego, o mediante un disparo de advertencia, no puede disparar sin más. El defensor está justificado cuando elige, de entre los medios apropiados

(280) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Ob. cit., p. 8.

(281) Artículo 127 del Código Penal peruano.- El que encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero o se abstiene de dar aviso a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con treinta a ciento veinte días-multa.

(282) PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Ob. cit., p. 143.

para la defensa, el que comporta la pérdida mínima para el agresor. La defensa permitida no se corresponde fijamente con una agresión determinada, sino que depende de la fortaleza del autor y víctima, de las perspectivas de resultado y de los medios defensivos disponibles, en cuyo empleo la defensa necesaria puede ser distinta a igualdad de agresión por lo demás, pues no importa la proporcionalidad de los bienes afectados⁽²⁸³⁾. Ahora bien, el principio del medio menos lesivo resulta relativizado por el hecho de que el agredido no tiene por qué correr ningún riesgo; por tanto, no es preciso arriesgarse a luchar con los puños si no se está seguro de poder salir sin heridas; y tampoco es preciso efectuar un disparo de advertencia cuando sea posible, si no se tiene éxito, ser víctima de la agresión. Pertenecen igualmente al ámbito textual de la necesidad racional de la defensa, el criterio de prevalencia del interés legítimo protegido con la acción de respuesta lesiva⁽²⁸⁴⁾.

La necesidad de la defensa supone dos requisitos⁽²⁸⁵⁾: a) que la agresión ilegítima sea actual e inminente; y, b) que la agresión ilegítima sea peligrosa, es decir, la defensa es necesaria cuando puede esperarse con seguridad la conclusión inmediata de la agresión y garantiza la eliminación definitiva del peligro.

La interpretación de la necesidad del medio para defenderse puede originar error invencible en perjuicio del agresor; por ejemplo, una persona que es atacada por otra con un arma aparente y el agredido para repeler el ataque emplea un arma propia matando o lesionando a su agresor; se considera que esta acción es de **protección necesaria** –no se le puede exigir al agredido que sepa si el arma es propia o aparente– por cuestiones de política criminal⁽²⁸⁶⁾.

- a) La medida de la defensa necesaria debe determinarse desde una perspectiva objetiva *ex ante*.

La medida de la defensa necesaria debe determinarse desde una perspectiva objetiva *ex ante*⁽²⁸⁷⁾, concretamente según el

(283) JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 472.

(284) ROJAS VARGAS, Fidel. “La legítima defensa: proporcionalidad o racionalidad de medios”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales* N° 23. Ob. cit., p. 5.

(285) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Ob. cit., p. 8.

(286) SANTILLÁN LÓPEZ, Kely. Ob. cit., p. 17.

(287) Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 631; WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, p. 125; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 370; BUSTOS RAMÍREZ, Juan /

juicio de un tercer observador sensato, quien deberá colocarse en la posición del agredido en el momento que sea inminente o se inicie la agresión; por tanto, si un gángster lleva a cabo una toma de rehenes con una pistola descargada, matarle con disparos será una defensa necesaria para repeler esa agresión a la libertad de actuación de los rehenes; pues un tercero que juzgue objetivamente la situación también tiene que contar *ex ante* seriamente con la posibilidad de que la pistola esté cargada, y el defensor no tiene por qué correr un riesgo. Esta interpretación del elemento de la necesidad, afirma Roxin⁽²⁸⁸⁾, “conduce al resultado político-criminalmente deseable de que los errores objetivamente invencibles sobre la necesidad del medio defensivo serán en perjuicio del agresor y por lo tanto, no cambian para nada la necesidad”.

En la situación de defensa necesaria han de existir múltiples procedimientos *ex ante* objetivamente idóneos para evitar la realización del peligro inherente a la agresión. De esta manera, un procedimiento defensivo solo será considerado necesario cuando sea idóneo, conforme al baremo objetivo *ex ante*, para evitar el peligro amenazante⁽²⁸⁹⁾.

La especie y la medida de la defensa deben ajustarse a la rapidez e intensidad de la agresión, al carácter inesperado o no de la misma, a las características del agresor, a los medios que tenía a su alcance el agredido, así como a su estado de ánimo⁽²⁹⁰⁾. Se requiere que las posibilidades que tenga el agredido de defenderse estén en relación con la violencia del ataque sufrido en la situación concreta, debiendo ser apreciado el comportamiento del agresor de acuerdo a sus acciones; por ejemplo, el sujeto que vence obstáculos como muros, cercos, etc., con el fin de cometer un hecho antijurídico o la víctima que es atacada por uno o más sujetos en un lugar desolado.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Ob. cit., p. 129; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. cit., p. 614. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 535.

(288) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 632.

(289) BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Bosch, Barcelona, 1994, p. 68.

(290) CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 682.

- b) El agredido no está en obligación de recurrir a medios defensivos menos riesgosos si resultan dudosos en su eficacia para la defensa.

Nada se modifica en esta clara determinación de lo necesario cuando el efecto del medio defensivo es inseguro; se trata entonces de decidir si se puede emplear un medio más drástico cuando el efecto del medio más suave es incierto y no es posible el empleo sucesivo de ambos medios sin riesgo para la eficacia de la defensa; ejemplo, frente a un ataque con los puños, el defensor dispone de un cuchillo, solo estaría autorizado a emplear el arma para amenazar (en caso de que haya expectativa de éxito y no sean de temer la lucha cuerpo a cuerpo y la pérdida de la posibilidad de defensa), pero contra un ataque con un arma de fuego quedará solo la posibilidad de acuchillar inmediatamente⁽²⁹¹⁾.

Si los medios defensivos menos riesgosos resultan dudosos en su eficacia para la defensa, el agredido no está en la obligación de recurrir a ellos; de lo mencionado ¿se podría concluir que no habría que amenazar con emplear las armas o hacer un disparo de advertencia, ya que nunca se estará seguro de que eso le impresione al agresor? Realmente la cuestión depende de si tras la advertencia o tras interponer un medio defensivo menos peligroso, y en caso que este no tenga éxito, sigue siendo posible una defensa segura con un medio más duro; en tal caso habrá que utilizar primero medios de contención más considerados aunque siga siendo dudosa su eficacia. Ello rige sobre todo respecto del empleo de armas de fuego: solo cuando las advertencias y otras medidas defensivas más benignas impliquen peligros para el agredido, podrá este elegir un medio defensivo más duro, pero seguro. Por eso, ante agresores especialmente peligrosos (por ejemplo, ante un amenazante peligro para la vida procedente de unos brutales matones) puede estar justificado efectuar disparos con arma de fuego⁽²⁹²⁾. Otros ejemplos: El titular de una vivienda puede apuñalar con un cuchillo a un hombre ebrio que se ha introducido por la noche en su

(291) JAKOBS, Günther. Ob. cit., pp. 472-473.

(292) ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 628-629.

vivienda para robar, dado que defenderse con un bastón no hubiera tenido éxito y que el perro pastor, aún joven y juguetón, no estaba adiestrado para enfrentarse al hombre, por lo que el dueño de la casa no tiene por qué utilizar esos medios. Si un sujeto grita a otro que le va a matar y le agrede con los puños, este puede defenderse con un puñal –aunque tenga consecuencias mortales–, el agredido solo tendría que limitarse a una defensa con sus puños si físicamente es tan superior a su agresor que esa clase de defensa le puede garantizar un éxito seguro en su rechazo; en cambio, un boxeador experimentado, aunque no tiene que conformarse con aguantar permanentemente los puñetazos de una persona inexperta en boxeo, sin embargo, no puede lesionarle mortalmente con un golpe dirigido directamente a la cara con tal fin, sino que tiene que advertir al agresor de sus dotes especiales y, si eso no basta, obligarle a parar con golpes poco peligrosos. Por otra parte, quien es agredido por tres hombres que le dicen que “va a correr sangre” también puede, una vez que ha sido inútil un disparo de advertencia, efectuar disparos mortales a los agresores sin tener que intentar primero un disparo a las piernas de dudosa eficacia. Igualmente una persona, a la que un hombre físicamente mucho más fuerte la sujeta por los brazos y le golpea en la cara y en la nuca, puede liberarse mediante una cuchillada mortal. Quien es atacado por dos hombres, uno de los cuales tiene un cuchillo en la mano, con peligro para su vida, puede igualmente –tras una advertencia en vano– dar cuchilladas mortales. Y si un agresor no hace caso a una advertencia y se abalanza sobre su víctima alzando ante su cara un taburete de bar, el agredido puede disparar al agresor cuando este estaba a punto de alcanzarle, y no está obligado a disparar primero al techo, a echar a un lado la silla, a pedir ayuda al encargado o a golpear con el arma al agresor, pues a la vista de la proximidad del agresor todos esos medios ya no podían preservarle con seguridad de sufrir lesiones.

Si un ataque puede aún repelerse al principio utilizando un medio más leve, pero después solo con otro drástico, no existe ninguna obligación de comenzar antes para tratar mejor al

agresor. Ejemplo, quien omite cerrar con llave la puerta ante el agresor, no pierde autorización para defenderse después.

- c) No se le exige al agredido una obligación de huir para sustraerse de la agresión ilegítima o esquivar la misma.

Tampoco obsta a la necesidad de la defensa concreta el que el **agredido pudiera escapar corriendo y sustraerse así a la agresión o esquivar el ataque**, pues se permite la defensa necesaria para repeler la agresión y escapar corriendo no es repeler la agresión; por consiguiente, quien podría huir estará pese a ello amparado por legítima defensa si hace frente a la agresión y lesiona al agresor obligado por la necesidad. Como señala Roxin⁽²⁹³⁾: “Si hubiera que huir ante las agresiones, los camorristas y matones tendrían en sus manos el poder de expulsar a los ciudadanos pacíficos de todos los sitios donde quisieran imponer su dominio; y eso sería incompatible con el principio del prevailecimiento del Derecho y del orden legal pacífico”. Tampoco se exige en el sujeto una obligación de huir (*turpis fuga*)⁽²⁹⁴⁾, porque admitir la fuga como exigencia implicaría imponer al agredido una obligación de hacer lo que no quiere, por ende, violentar su libertad individual; y, la exigencia de fuga sería inexigible a un agredido físicamente incapaz de huir (v. gr. un cojo o una mujer embarazada)⁽²⁹⁵⁾.

Dado que el agredido no tiene por qué aceptar ni siquiera los efectos parciales de la agresión, **no está obligado a esquivar el ataque**. Debe ser indiferente que el esquivar se pudiese interpretar como una “huida deshonrosa” o como un ceder inteligente, con tal que la libertad frente a la determinación ajena se cuente entre los bienes susceptibles de legítima defensa. El límite de lo admisible reside en el paso a la defensa desproporcionada y en la vulneración de la solidaridad mínima⁽²⁹⁶⁾.

Es preciso indicar que existen casos en que se puede esquivar el ataque (por ejemplo, ante agresiones de enfermos mentales

(293) *Ibidem*, p. 633.

(294) ARMAZA GALDÓS, Julio. *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito*. Adrus, Arequipa, 2004, p. 45.

(295) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Ob. cit.*, p. 544.

(296) JAKOBS, Günther. *Ob. cit.*, pp. 475-476.

o ante agresiones provocadas culpablemente), pero no es verdad que en esos casos no sea necesaria una defensa para repeler la agresión, sino que por razones ético-sociales hay que renunciar a las medidas necesarias para la defensa porque la legítima defensa no está “requerida o indicada”. Así pues, el deber de esquivar la *sedes materiae* no corresponde a la necesidad, sino el carácter requerido o indicado de la defensa. También existen casos en que esquivar no significa huir: así, quien pueda esquivar un puñetazo agachándose o saltando a un lado y vencer a continuación a su oponente con las manos, no puede disparar en ese momento; y asimismo habrá que intentar ponerse a cubierto si desde allí es posible repeler la agresión de un modo menos lesivo⁽²⁹⁷⁾. En cuanto a buscar la ayuda de terceros, tampoco es necesario si equivale a una huida y le deja de momento el dominio de la situación al agresor.

- d) El agredido tampoco está obligado a escoger, de entre los varios medios disponibles, el más leve cuando este medio le supone, frente a otros, un esfuerzo o costo mayor.

El agredido tampoco está obligado a escoger, de entre los varios medios disponibles, el más leve cuando este medio le supone, frente a otros, un esfuerzo o costo mayor. Esto es aplicable siempre que la evitación del esfuerzo por su parte sea un bien susceptible de legítima defensa y no resulte vulnerada la solidaridad mínima, pues de lo contrario se le exigiría al agredido en la configuración de la defensa aquello de lo que está exento en la autorización de defenderse, es decir, renunciar a bienes en favor del agresor. Para el ámbito de los daños patrimoniales ello significa que el defensor no tiene por qué sacrificar en la defensa un elemento patrimonial solo por ahorrar al agresor pérdidas superiores; ejemplo, si el agresor azuza a su perro contra el agredido, este no tiene por qué ofrecer galletas (que tiene a su alcance) al perro para evitar el ataque, en tan escasa medida como no tendría que sacrificar las galletas si el perro hubiese sido azuzado contra ellas. El agresor tampoco está liberado de la aportación que se exige a cualquiera para la

(297) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 633.

preservación de bienes especialmente valiosos (vida, salud elemental, etc.); ejemplo, nadie puede matar inmediatamente al atacante mediante un disparo intencionado, porque la incapacidad para pelear se habría logrado mediante varios disparos (disponibles) a las piernas, en este caso el agredido resolvería la defensa al menor costo. En la determinación del costo cuentan las preferencias subjetivas solo si se las puede hacer ineludiblemente compartibles; así, por ejemplo, no puede disparar aquel que se puede defender golpeando, pero considera los golpes algo grosero o excesivamente fatigoso. El defensor debe aceptar la ayuda ajena que esté presente, o a la que se podría recurrir sin un esfuerzo que sobrepasara el marco indicado, si así la defensa se vuelve más suave; por ejemplo, varias personas pueden sujetar al atacante enfurecido, mientras una sola persona tendría que lesionarlo peligrosamente con un arma. De todos modos, no existe la obligación de preparar la defensa consiguiendo ayuda antes de que el ataque sea actual⁽²⁹⁸⁾.

- e) Defensa mediante el auxilio de terceros (ayuda de otras personas).

Si en las proximidades inmediatas hay personas dispuestas a ayudar, habrá que servirse de ellas. Si alguien se abalanza sobre otra persona más débil para darle una paliza, esta no podrá defenderse disparándole cuando con la ayuda de otras personas (por ejemplo, en un local público) sea posible acabar con la agresión de un modo más moderado: pues defenderse mediante el auxilio de terceros también es una forma de repeler la agresión, o sea de defensa; la legítima defensa no está destinada a probar la fuerza y el coraje del agredido y a dar una lección a todos los agresores. Naturalmente, lo dicho rige sobre todo si quien está próxima es la policía, que precisamente está destinada a hacer prevalecer el Derecho, pero también ha de regir en los restantes casos. Es cierto que no es raro que ocurra que los particulares que podrían actuar en legítima defensa de un tercero se quieran mantener al margen de la pelea y solo se acerquen por curiosidad, entonces el agredido podrá actuar

(298) JAKOBS, Günther. Ob. cit., pp. 473-474.

con sus propias fuerzas y no tiene que pedir ayuda durante mucho tiempo o repetidamente⁽²⁹⁹⁾.

Si el atacante emplea a otra persona para realizar la agresión ilegítima, se tendrá en cuenta lo siguiente⁽³⁰⁰⁾:

- 1) Si se utiliza la coacción sobre un tercero para que agrede a otro, el que se defiende actuará en legítima defensa, pues el tercero realiza un acto con conciencia y voluntad; por ejemplo, quien amenaza con matar al hijo de un tercero y lo obliga de esta manera a robar, pero cuando el tercero practicaba el robo es repelido y lesionado por la víctima.
 - 2) Si se emplea la fuerza física irresistible sobre el tercero para que agrede a otro, el que se defiende actuaría en estado de necesidad exculpante⁽³⁰¹⁾; por ejemplo, el que empuja a un tercero, quien pierde el equilibrio, con la finalidad que al caer lesione a otro.
- f) Dentro de la defensa necesaria se comprenden también los efectos no queridos de la acción protectora.

Según una opinión extendida, la **necesidad debe referirse a la acción de defensa y no al resultado de la defensa**. A partir de esta relación con la acción, también habrá justificación cuando se infligen al atacante lesiones que el agredido no había previsto y que por tanto tampoco tuvo en cuenta en la determinación de la necesidad⁽³⁰²⁾. Sin embargo, el resultado, en sí acertado, se puede fundamentar mejor con las reglas generales del error⁽³⁰³⁾:

(299) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 634.

(300) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 895.

(301) El estado de necesidad exculpante se basa en la disminución de lo injusto de la conducta, evitar el daño corporal que conmina un bien jurídico y en el doble descenso del contenido de la culpabilidad del hecho, el autor actúa con la voluntad de salvación y bajo la coacción de una situación motivacional extraordinaria. El acto realizado en estado de necesidad exculpante se da cuando el peligro amenaza al propio agente y cuando afecta a una persona con quien tiene estrecha vinculación. Esta extensión de la ley parte del supuesto que el agente muchas veces siente peligro del estado de necesidad que afecta a una persona vinculada a él por lazos familiares o cercanas relaciones personales. El estado de necesidad además debe tener un lado subjetivo, es decir, el conocimiento de la posición de peligro y la voluntad de defensa a fin de evitar un mal grave.

(302) JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 476.

(303) Ídem.

- i) Si la acción de defensa comporta una consecuencia lesiva de modo inevitable (ni dolosa ni imprudentemente), ya no se responde por falta de una acción referida a la consecuencia.
- ii) Si la acción de defensa comporta una consecuencia lesiva de modo evitable (dolosa o –lo que aquí es relevante– imprudentemente; ejemplo, ya al levantar un arma de fuego para amenazar se escapa un disparo) hay que distinguir:
 - a) Si la lesión es necesaria para la defensa, también su realización es necesaria, tanto si se atiende a la acción como al resultado.
 - b) Si la consecuencia lesiva de la acción es superflua para la defensa, pero el defensor no tenía la posibilidad de otra acción, el empleo del medio más drástico está justificado por no haber estado disponible otro más leve.
 - c) Si la lesión es superflua para la defensa y el defensor tuvo, cognosciblemente, otra alternativa de comportamiento de consecuencias más leves, no está autorizado para ejecutar la acción con consecuencia más gravosa.

Dentro de la defensa necesaria se comprenden también los efectos no queridos de la acción protectora cuando sean la consecuencia típica y adecuada de una acción necesaria para la defensa, por ejemplo, si la defensa es hecha por medio de una tabla de madera, y el golpe al atacante le ocasiona una conmoción cerebral, es una lesión justificada por la legítima defensa aunque no fuera intención de la víctima dañar al agresor sino solo defenderse de él. Si el medio defensivo necesario es un puñetazo en la cara y el agresor pierde por ello varios dientes, esa pérdida de dientes sigue estando justificada por legítima defensa aunque no fuera querida. Si una persona sale en defensa de otro que es agredido con peligro para su vida por varias personas y, a falta de otras armas a las que recurrir, golpea con una pistola cargada a uno de los agresores, escapándosele un disparo que mata a otro atacante, esta acción también estaría amparada por la legítima defensa, pues esa consecuencia se produce por la peligrosidad del medio defensivo permitido. Si un golpe defensivo dirigido al brazo izquierdo del agresor

se convierte sin pretenderlo en un gancho a la mandíbula, ello sigue estando dentro del marco de la legítima defensa.

La cuestión de una posible responsabilidad por imprudencia del defensor solo se planteará si una acción defensiva en sí misma necesaria provoca una consecuencia no querida y que ya no es adecuada. Sin embargo, en estos casos se seguirá admitiendo que la defensa era necesaria si el agredido emplea voluntariamente medios defensivos menos duros que los necesarios para repeler la agresión y causa de ese modo un resultado que habría podido lícitamente provocar dolosamente si hubiera agotado la defensa que deba considerarse necesaria. Si ya se había realizado un disparo de advertencia sin resultado, el defensor puede disparar directamente al agresor aceptando la posibilidad de matarlo sin tener esa intención. El homicidio imprudente también se mantiene aún dentro del marco de lo necesario; por tanto, solo será punible si lo único que se hubiera podido considerar como defensa necesaria en ese momento hubiera sido un disparo de advertencia. Lo que sea necesario para la defensa es algo que debe juzgarse según baremos objetivos. Quien en su excitación considera necesario un disparo, sin darse cuenta de que podía haber impedido la agresión exactamente igual cerrando la puerta de entrada, obra solo en legítima defensa putativa⁽³⁰⁴⁾.

3.2.2. Racionalidad de la defensa necesaria

La defensa también debe de ser racional, es decir, la adecuada para impedir o repeler la agresión. Lo racional “hace suficiente una necesidad aproximada, no estricta para cualquier persona de las características del autor colocada en su situación en el momento de defenderse (consideración *ex ante*)”⁽³⁰⁵⁾. En este sentido deben tenerse en cuenta la totalidad de circunstancias que concurrieron al hecho⁽³⁰⁶⁾, que rodearon a la agresión y a la defensa: intensidad del ataque, peligrosidad del agresor y de su actuar y, medios disponibles para la defensa⁽³⁰⁷⁾; por ejemplo, será racional aquella defensa del que es agredido con un puñal si lo único que tenía para defenderse era un arma de fuego⁽³⁰⁸⁾.

(304) ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 630-632.

(305) MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 436.

(306) GOMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Ob. cit., p. 353.

(307) JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 368.

(308) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Ob. cit., p. 542.

La exigencia de la racionalidad de la defensa permite excluir aquellas conductas supuestamente defensivas que son abusivas, grotescas, insoportables o innecesariamente desproporcionadas; por ejemplo, dar muerte al ladrón que huía en el conocimiento de que la cartera que había sustraído estaba vacía⁽³⁰⁹⁾.

La racionalidad del medio señalado en el párrafo b) del inciso 3 del artículo 20 del Código Penal no está referida solo al medio empleado por el agresor, sino también a las posibilidades de defensa del agredido⁽³¹⁰⁾; se manifiesta en la reacción defensiva y no solo en los instrumentos empleados –tipo de medio o su utilización– con ese fin. Claro está, si el atacado dispone de diferentes medios para reaccionar, es necesario que utilice el menos grave o menos lesivo de ellos, dentro de los que sean suficientes para evitar o repeler la agresión⁽³¹¹⁾. Desde una perspectiva sistemática, no cabe sino entender que la racionalidad debe alcanzar todo el ámbito de la defensa, por ejemplo, ante el ataque de un niño de siete años con los puños, no hay necesidad racional de defensa propiamente dicha, basta esquivarlo. De este modo, se requiere verificar tanto la **necesidad en abstracto de la defensa** (si la agresión ilegítima pone en peligro a la persona o derechos propios o ajenos), como la **necesidad del medio defensivo concretamente utilizado (necesidad en concreto de la defensa)**⁽³¹²⁾; esta diferenciación es importante porque si falta la necesidad de defensa en abstracto o en concreto, habrá que descartar una legítima defensa perfecta⁽³¹³⁾ (podría ser la una eximente incompleta, regulada por el artículo 21 del Código Penal)⁽³¹⁴⁾; por ejemplo: frente a la agresión inofensiva de un ebrio, en la que no existiría necesidad de defensa y bastaría con esquivar la agresión.

El **medio** no hay que entenderlo en su sentido gramatical, es decir, solo como instrumento, sino como todo aquél procedimiento lo racionalmente necesario y con la eficacia suficiente para poder neutralizar la agresión. No es lo mismo la defensa de un luchador profesional en

(309) Ídem.

(310) Ver QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte general*. Cadecs, Barcelona, 1996, p. 394.

(311) CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 683.

(312) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 895. MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 435.

(313) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Ob. cit., p. 544.

(314) Artículo 21 del Código Penal.- En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

comparación con la de un anciano de escasas posibilidades de defensa. **La peligrosidad de la agresión** se constituye en un límite de la necesidad del medio, en definitiva, no habrá que disparar mortalmente para evitar el daño de un vehículo; la racionalidad habrá que relacionarla y medirla con la necesidad, por ejemplo: un atracador utiliza una navaja filuda, la que utiliza diestramente, mientras que el agredido solo cuenta en su poder con un arma de fuego, este último no podrá obviar esta y pedir al agresor que lo espere hasta conseguir una navaja, lo coherente será que utilice el arma pero solo de la manera necesaria para conjurar el peligro; sin duda, la racionalidad del medio no habrá que comprobarlo *ex post*, sino habrá que evaluarla al momento de los hechos (*ex ante*), cuando el hombre actúa y en base a la representación que él tiene en ese momento; a pesar de que *a posteriori* se compruebe que el medio no era racional, podrá admitirse la legítima defensa.

La defensa solo se justifica cuando existe una racional adecuación entre el acto agresivo y el acto de protección. Todo aquello que desborda el contenido material del principio de menor lesividad, entendido como límite objetivo del ámbito justificador de la defensa necesaria, será formalmente antijurídico⁽³¹⁵⁾. Si ello ocurre entonces nos encontraremos frente a la llamada legítima defensa imperfecta⁽³¹⁶⁾, en tanto conlleva sobrepasar las exigencias de licitud de la conducta defensiva, superándose los límites permitidos a la reacción, de modo que se aprecie no un exceso en la causa sino un exceso en la respuesta⁽³¹⁷⁾. Estos casos merecen el tratamiento previsto en el artículo 21 del Código Penal para las eximentes incompletas, es decir, una atenuación de la pena aun por debajo del límite legal⁽³¹⁸⁾.

Para la defensa no son necesarias las medidas inadecuadas, y por tanto, tampoco están justificadas. La legítima defensa no es un castigo; no es que el agente se haya convertido en indigno de una medida mínima en la defensa, sino que la legítima defensa sirve a la protección de bienes y más allá de esta es inadmisibles. Se diferencia entre **exceso extensivo** y **exceso intensivo**, el primero es un exceso en la duración

(315) IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*. Comares, Granada, 1999, p. 437.

(316) Consagrada en el artículo 21 del Código Penal.

(317) Ver CARRARA, Giuseppe. *Programa de Derecho criminal*. Temis, Bogotá, 1978, parágrafo 1310.

(318) CARO CORIA, Dino Carlos. *Ob. cit.*, p. 684.

(tiempo) de una defensa necesaria, y el segundo es un exceso en la intensidad lesiva de la defensa que dada la agresión debía ser menor. El exceso extensivo excluye toda forma de legítima defensa mientras el exceso intensivo permitiría la eximente incompleta (artículo 21 del Código Penal)⁽³¹⁹⁾.

En síntesis, la necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión ilegítima significa que la defensa debe ser razonable, aproximada, considerando las circunstancias del caso; es decir, la adecuada en dicha circunstancia para repeler o impedir la agresión⁽³²⁰⁾. El que se defiende puede usar el medio que sea necesario para impedir o repeler la agresión, pero no puede ir más allá de lo estrictamente necesario para el fin propuesto⁽³²¹⁾; debe recurrir al medio menos lesivo de los que estén a su alcance. Es preciso indicar que la acción de legítima defensa aparte de ser objetivamente necesaria y racional, debe ser guiada, en el **aspecto subjetivo**, por la **voluntad de defensa**.

- a) Para determinar la racionalidad del medio empleado no se exige la proporcionalidad entre el medio agresor y el de defensa.

La necesidad de la defensa no está vinculada a la proporcionalidad entre el daño causado y el impedido. Es lícito causar lesiones corporales o dar muerte al agresor si es estrictamente necesario para impedir o repeler un ataque a la libertad, honor, propiedad, etc.; por ejemplo, la señora jubilada de setenticinco años que cobra su pensión y es interceptada a dos calles de su domicilio por un ladrón que porta una navaja, quien le exige la entrega de su dinero bajo amenaza de matarla, puede en este caso estar justificado que la señora para defenderse saque su revólver y dispare al agresor causándole una lesión, si bien los medios empleados no son proporcionales⁽³²²⁾. Así pues, quien solo puede escapar de una paliza apuñalando al agresor, ejerce la defensa necesaria y está justificado por legítima defensa

(319) MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 436.

(320) PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. / SANTILLÁN LÓPEZ, Kely. "Presupuestos de la legítima defensa en el Código Penal peruano". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal N° 14*. Gaceta Jurídica, Lima, agosto, 2010, p. 49.

(321) WELZEL, Hans. Ob. cit., p. 125.

(322) Véase BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Ob. cit., p. 9.

aunque la lesión del bien jurídico causada con el homicidio sea mucho más grave que la que se hubiera producido con la paliza; o por ejemplo, también puede ser “necesario” disparar al ladrón que huye, si ese es el único medio para preservar la propiedad. La consideración a la proporcionalidad entre los bienes es imposible que esté justificada allí donde debe protegerse al Derecho en la lucha contra el injusto. Por tanto, es el principio del prevalecimiento del Derecho lo que legitima la renuncia a la proporcionalidad, criterio que se encuentra derogado en nuestro Código Penal⁽³²³⁾. Bien es cierto que actualmente ante agresiones totalmente insignificantes, se exige con razón una cierta proporcionalidad; pero tales “restricciones ético-sociales” no son un problema de la “necesidad”, sino que afectan al “carácter requerido (o indicado)” de la legítima defensa. En el célebre caso en que un anciano inválido solo puede defenderse frente a un muchacho que le está hurtando una manzana derribándolo del árbol de un disparo, ese disparo será, si no existe ningún otro medio, efectivamente necesario para la defensa, pero un ejercicio así de la legítima defensa supone un abuso del derecho y por eso no está “requerido o indicado”⁽³²⁴⁾. Pero la proporcionalidad no influye absolutamente para nada en la necesidad como tal.

b) Los dispositivos de autoprotección u *offendicula*.

Los dispositivos de autoprotección como trampas automáticas, perros feroces, cercos eléctricos, etc., son considerados medios de defensa siempre que no vayan más allá de los límites de la defensa necesaria⁽³²⁵⁾. Sin embargo, es importante señalar que el riesgo perjudicará a quien se sirva de tales medios peligrosos; por tanto, si una persona inofensiva es lesionada por algún ofendículo, las consecuencias recaerán sobre el que se proteja con el mismo; pues, los dispositivos de autoprotección peligrosos para la vida, en la práctica no son necesarios casi nunca⁽³²⁶⁾:

(323) Conforme a la modificación introducida por el artículo 1 de la Ley N° 27936, publicada el 12 de febrero de 2003, en el Diario oficial *El Peruano*.

(324) Ver ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 632.

(325) SANTILLÁN LÓPEZ, Kely. Ob. cit., p. 17.

(326) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 634.

no estará justificado si se colocan disparos automáticos o minas explosivas cuando hubiera bastado para la defensa un dispositivo de alarma, descargas eléctricas ligeras o a lo sumo un perro. En el caso del chantaje, si una persona a falta de otros medios procede violentamente contra el chantajista, no falta la necesidad de tal defensa: pues ignorar la amenaza no sería una defensa, ya que con ello solo se reforzaría la presión sobre la libertad de actuación de la víctima, y tampoco sería una defensa la denuncia, porque esta no garantiza el secreto de los hechos comprometedores con cuya revelación se amenaza; sin embargo, la víctima no puede matar clandestinamente al agresor aunque ello fuera necesario para acabar con el chantaje, pero de nuevo esto es un problema de si tales medidas defensivas están “requeridas o indicadas” y entra en el contexto de las restricciones ético-sociales⁽³²⁷⁾.

Como falta en el agredido la obligación de tener prevista la disponibilidad de medios de defensa lo menos dañosos posibles en caso de ataque, en los dispositivos de protección no pueden importar si en caso de ataque habría bastado también un dispositivo menos drástico; más bien, todas las instalaciones han de juzgarse como si el agredido hubiera renunciado a todas las posibilidades de defensa salvo a la utilización del dispositivo: así pues, el tenedor del dispositivo soporta el riesgo de responsabilidad si el dispositivo se activa por acción de personas cognociblemente inculpables o por una mera gamberrada, lesionando al agresor, o cuando no se respeta la solidaridad mínima en ataques mínimos; por ejemplo: no son admisibles los disparos de un dispositivo automático contra el borracho que se propone dormir en el jardín ajeno. Cabe considerar tales dispositivos como una vulneración de la seguridad pública y por tanto serían inadmisibles, pero no por eso se convierte su empleo contra bienes de un antijurídico agresor (por falta de relación de antijuricidad) también en antijurídico⁽³²⁸⁾.

(327) *Ibidem*, pp. 634-635.

(328) JAKOBS, Günther. *Ob. cit.*, p. 475.

3.3. Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende

La provocación es una acción u omisión anterior a la agresión. No es necesario que la acción esté dirigida a desencadenar la respuesta agresiva. Cuando hablamos de provocación nos referimos al comportamiento del “presunto defendido” que induce o motiva la agresión. Tiene que tratarse de una provocación de cierto peso, esto es “suficiente” conforme al concreto medio social en que se da el comportamiento; por ejemplo: en determinados ambientes sociales, el mirar fijamente a un desconocido se considera altamente ofensivo o molesto⁽³²⁹⁾. En tal sentido, la valoración de este requisito dice Newman⁽³³⁰⁾ “requiere considerar entre las partes, su grado de cultura y las costumbres ambientales”.

Solo la provocación suficiente es la que coloca al agente fuera del cuadro de la legítima defensa, es decir, aquella que basta para conseguir un fin o un resultado; por ejemplo, no lo es la simple broma o el displicente silencio. La provocación no será suficiente sino cuando explique, de una manera cumplida y satisfactoria, la agresión misma⁽³³¹⁾. Si la agresión rebasa la gravedad de la provocación, el provocador puede invocar la legítima defensa. No es considerada provocación suficiente el hecho de que el agredido emplee su arma de fuego realizando disparos al aire con la finalidad de evitar que sus agresores hurten autopartes de su vehículo⁽³³²⁾.

En los casos de actos imprudentes, la provocación crea una autopuesta de peligro para el atacante, puesto que este se expone a ser agredido por el otro, entonces la agresión producto de la provocación no es punible de acuerdo a los criterios de imputación. Para Pérez Cepeda⁽³³³⁾ “cabe la posibilidad de disminuir el injusto en la medida en que la víctima cree una parte de riesgo que se exprese en el resultado y que, en consecuencia, esa puede serle atribuida a ella misma”. Si la víctima provoca la agresión, la legítima defensa queda excluida para esta, ya que esto es considerado un abuso del derecho y por lo tanto

(329) Ídem.

(330) NEUMAN, Elías. *Victimología*. Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 87.

(331) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Ob. cit., p. 9.

(332) PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. “La victimología en el Derecho Penal”. En: *Victimología y victimodogmática*. Ara, Lima, 2003, pp. 76-77.

(333) Ídem.

es responsable penalmente el provocador por el perjuicio causado al atacante (**provocación antijurídica**), salvo el caso de la **provocación no antijurídica**, por ejemplo, los policías que en cumplimiento de su deber provoquen una agresión.

Esta provocación puede o no ocasionar agresión puesto que esta es una conducta –acción u omisión– anterior al ataque. Ello implica que las provocaciones muchas veces suelen ser antijurídicas, y a su vez dan origen en la mayoría de casos a los ataques antijurídicos.

Peña Cabrera⁽³³⁴⁾ señalaba que: “La ley demanda falta de provocación suficiente de quien hace la defensa, por lo que una provocación insignificante y no grave hace inadmisibile la legítima defensa”. La provocación será suficiente cuando se hace pronosticable un ataque, sin que esto implique que el juzgador tome en cuenta la personalidad del atacante.

La interpretación de este presupuesto produce dificultades en la práctica y en la teoría, ya que algunos penalistas consideran que se mantiene la legítima defensa para el provocador debido a que la agresión efectuada por el otro es antijurídica; en cambio otros autores conciben que el provocador no pierde su legítima defensa, ya que este puede soportar o esquivar lesiones no graves del otro; y finalmente, algunos tratadistas sostienen que se mantiene intacta la legítima defensa para el provocador, pero la provocación que cometió debe ser considerada penalmente responsable.

Existe la tendencia doctrinal que promueve la eliminación de este requisito, entendiendo que la provocación suficiente equivaldría a la agresión ilegítima, con lo que el requisito sería redundante.

4. La legítima defensa imperfecta

Si concurrieran plenamente las condiciones de la legítima defensa la consecuencia sería que el sujeto queda exento de pena⁽³³⁵⁾, habría cometido una conducta típica pero justificada por el ordenamiento jurídico. En el caso de que no concurren plenamente alguna de estas condiciones estaríamos ante una **legítima defensa imperfecta**, la misma que se encuentra regulada en el artículo 21 del Código Penal,

(334) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2001, p. 413.

(335) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Ob. cit., p. 10.

estableciendo que ante estas circunstancias el juzgador tiene la facultad discrecional de rebajar prudencialmente la pena, incluso por debajo del mínimo legal.

La legítima defensa imperfecta se configura cuando no concurren algunos de los presupuestos establecidos por el inciso 3 del artículo 20 del Código Penal. Para aplicar esta regla es necesaria la agresión ilegítima, pues sin ella no concurrirían las bases para la existencia de una legítima defensa. Presente la agresión ilegítima y si no concurre alguno de los otros requisitos, puede aplicarse la eximente incompleta.

5. La legítima defensa putativa

El error sobre los componentes objetivos de la legítima defensa en el que se halla quien ejercita una defensa, figura generalmente conocida como la **legítima defensa putativa**, se reconduce actualmente bajo el concepto del error (que la doctrina señala que puede ser de tipo o de prohibición y hasta culturalmente condicionado, según las circunstancias). La legítima defensa putativa se configura cuando una persona cree, con cierto fundamento, que va a ser objeto de una agresión, por lo tanto despliega una defensa violenta contra el presunto atacante, que finalmente no lo es. Es la defensa que se utiliza para repeler una agresión imaginada, no real y objetivamente inexistente. Al igual que en una legítima defensa real en lo putativo también puede configurarse un exceso en el despliegue de la acción defensiva ante un ataque solo imaginario, sea por confusión, pánico o miedo.

El hecho de utilizar una acción defensiva ante una agresión solo imaginaria no puede tener efectos justificantes; pues la justificación reposa sobre una base objetiva real, mas no imaginaria, ante tal contexto, el presunto defensor (putativo) es declarado exento de responsabilidad criminal producto del razonable y fundado error en el cual incurre. Este error puede ser directo, indirecto y por comprensión. El **error directo** se da cuando recae sobre el conocimiento de la norma prohibida; por ejemplo, cuando un sujeto ignora que la eutanasia está prohibida. El **indirecto** cuando recae sobre la punición de la conducta, pudiendo consistir en la falsa suposición de existencia de un precepto permisivo no reconocido por la ley (entre las clases

de error de prohibición tenemos: el vencible, que atenuará la pena, y el invencible, que excluye la responsabilidad), y **por comprensión**, que consiste en la equívoca apreciación que hace el sujeto respecto de su conducta presumiendo que está de acuerdo al ordenamiento jurídico; es decir, que este error afecta la comprensión de la antijuricidad, pero no el comportamiento; por ejemplo, el indígena que practica relaciones coitales con una menor de edad porque está permitido por su comunidad.

Una de las variables que deberá ser apreciada y estimada por el juzgador al momento de valorar los presupuestos objetivos de la legítima defensa putativa es el contexto actual de la sociedad, sucumbida por una oleada violentista producto de la criminalidad, que en su ilícito accionar no duda en poner en peligro bienes jurídicos relevantes como la vida, la integridad corporal o la libertad, generando una especie de psicosis colectiva que en determinadas situaciones pueden hacer reaccionar violentamente a cualquier ciudadano.

6. El exceso en la legítima defensa

En el supuesto que la persona actúe bajo el amparo de la legítima defensa pero se exceda del medio empleado para defenderse –exceso en la legítima defensa–, en este caso se sanciona a la persona solo por el exceso; por ejemplo, el sujeto es interceptado por otro con el fin de robarle su dinero, en ese momento el agredido se defiende golpeando al agresor dejándolo medio inconsciente, circunstancia que aprovecha para continuar con los golpes causándole un daño grave a su salud; en este caso la persona responderá por las lesiones que causó luego de repeler la agresión⁽³³⁶⁾. Existe doctrinariamente una diferencia entre el **exceso extensivo (o impropio)** y el **intensivo (o propio)**; en el primero faltan los requisitos esenciales: ya no hay o aún no hay agresión (actual) y por ello no hay necesidad de defensa, y en el segundo, el medio es innecesario por haberse podido emplear otro seguro y menos lesivo (exceso en la intensidad lesiva de la defensa que dada la agresión debía ser menor). El exceso intensivo supone una atenuación del injusto (no de la culpabilidad, que depende de las condiciones y circunstancias individuales); en el exceso extensivo no hay atenuación posible del injusto, ni eximente completa ni incompleta, y dependerá del caso, aplicarle

(336) Ídem.

una exclusión (o atenuación) de culpabilidad. El llamado exceso extensivo puede dar origen a la defensa putativa⁽³³⁷⁾. De darse el caso que haya un exceso en la respuesta a la agresión, dice Bramont-Arias Torres⁽³³⁸⁾, que se castigará el exceso, pero se debe tener en cuenta el análisis emocional de la persona, en la culpabilidad⁽³³⁹⁾.

(337) Ver REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. “Observaciones en torno a la legítima defensa como causal de justificación”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 102. Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2007, p. 211.

(338) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 212

(339) Ídem.

Capítulo IV

EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE (Artículo 20.4 del Código Penal)

Capítulo IV

El estado de necesidad justificante (artículo 20.4 del Código Penal)

I. EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

Resulta casi pacífica la afirmación de conceptualizar al delito como una conducta (o acción en sentido jurídico-penal) típica, antijurídica y culpable, cuyo estudio corresponde a la teoría del delito, en tanto es esta la que precisa los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para imputar responsabilidad penal, en procura de lograr una aplicación racional –o al menos coherente y previsible– de la ley penal a los casos concretos⁽³⁴⁰⁾.

Si la teoría del delito tiene por finalidad conseguir una aplicación racional de la ley penal, entonces debe verificar –en los casos que se presenten– si están dados los presupuestos, generalmente aceptados, de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad para requerir de la agencia judicial una respuesta que habilite el ejercicio del poder punitivo; solo así se considerará que dicha actuación del poder punitivo del Estado no es irracional. Entonces, a efectos de la imputación penal, una vez comprobada la exigencia de una acción en sentido jurídico-penal, se procederá a verificar la tipicidad de dicha conducta; luego para ir completando el mencionado proceso de imputación resulta necesario determinar si esa conducta típica es antijurídica, o sea si es contraria al ordenamiento jurídico (antijuricidad formal) por haber puesto en

(340) Ver <http://www.derechocambiosocial.com/revista025/legitima_defensa.pdf>.

peligro o lesionado un bien jurídico-penal protegido por dicho ordenamiento (antijuricidad material).

La teoría de la antijuricidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria a derecho, es decir, el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico; es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró⁽³⁴¹⁾. Como refiere Quintero Olivares: “Positivamente la antijuricidad supone que un acto (típico) ha ofendido material y formalmente a un bien jurídico, lo ha dañado, vulnerado, destruido o puesto en peligro; ese acto se corresponde con una de las especies de ataque a ese bien jurídico legalmente amenazadas de pena (tipos). Negativamente la antijuricidad se manifiesta a través de lo que se conoce como causa de justificación. Cuando una de esas concurre, aquel acto que por ser típico era, en principio (indiciariamente), antijurídico resultará justificado”⁽³⁴²⁾.

El estado de necesidad es probablemente la causa de justificación de mayor complejidad dogmática y, a la vez, presenta una gran profundidad ético-social, en la que aparecen implicados principios fundamentales que afectan no solo al comportamiento humano en su vertiente individual, sino que además tocan la fibra sensible de nuestro modelo de Estado. Mir Puig enseña que en sentido amplio, el estado de necesidad puede ser definido como una situación de peligro en la que la lesión de un bien jurídicamente protegido aparece como el único medio para salvar un bien del agente⁽³⁴³⁾. Este punto de partida revela que en todo estado de necesidad se tiene que responder a determinadas dudas, como por ejemplo: ¿de parte de quién se pone el ordenamiento jurídico-penal?, ¿cuáles son los intereses que el ordenamiento penal decide proteger?, ¿qué puede hacer un sujeto inmerso en esa situación de conflicto sin tener que responder penalmente de su conducta?, entre otras.

(341) Véase BACIGALUPO Z, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 117.

(342) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 367.

(343) MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., pp. 450 y ss.

El estado de necesidad constituye una circunstancia eximente de pena, que excluye la responsabilidad penal, ante un peligro actual e inminente y no causado o al menos no dolosamente por el agente, para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante el sacrificio de un bien ajeno. Existen dos supuestos distintos de estado de necesidad, en primer lugar, estará el estado de necesidad justificante, en el que se busca salvar un bien jurídico determinado sacrificando otro de menor valor. Por otro lado, tendremos también el estado de necesidad exculpante, que busca salvar un determinado bien sacrificando otro bien de igual valor.

La distinción del estado de necesidad como causa de justificación del estado de necesidad como causa de exculpación tiene una importancia tanto teórica como práctica. Si se trata de una causa de justificación, por ejemplo, el sujeto que sufre el perjuicio no puede actuar en legítima defensa por no existir agresión ilícita. Por el contrario, sí puede invocarse la legítima defensa cuando el estado de necesidad solo excluye la culpabilidad. Además, en el estado de necesidad como causa de justificación es imposible la participación delictuosa; no así en el estado de necesidad como causa de exculpación (en virtud de la accesoriidad limitada de la participación criminal)⁽³⁴⁴⁾.

El presente trabajo tratará específicamente del estado de necesidad justificante, eximente de responsabilidad penal consagrada en el inciso 4 del artículo 20 de nuestro Código Penal de la siguiente manera:

“Está exento de responsabilidad penal: (...) 4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien jurídico resulta predominante sobre el interés dañado; y,
- b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro”.

(344) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Ob. cit., p. 548.

1. Definición

El estado de necesidad justificante es un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente pueden conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no dan lugar a una legítima defensa, ni al ejercicio de un deber. El agente se ve “obligado” a elegir una conducta típica que lesiona el bien jurídico de menor valor⁽³⁴⁵⁾. Así, existe un interés preponderante, justificándose el sacrificio de otro bien jurídico, por lo que se excluye de esta forma la antijuricidad⁽³⁴⁶⁾. Debe remarcar que el agente no habría podido realizar un comportamiento distinto; además, no debe estar obligado jurídicamente a afrontar el trance y, por supuesto, tampoco debe haber provocado la situación⁽³⁴⁷⁾, pues quien pone deliberadamente en peligro un bien jurídico está realizando ya una conducta antijurídica cuya evitación no puede permitirse a costa de lesionar otro interés positivamente valorado por el derecho⁽³⁴⁸⁾. Se podrían citar los siguientes ejemplos de estado de necesidad justificante: el caso del misérrimo padre de familia que sustrae de la vitrina de una farmacia una caja de aspirinas para combatir la elevada fiebre que aqueja a su menor hijo; el farmacéutico que en lugar de bicarbonato de sodio entrega por equivocación cianuro a un cliente y que, advirtiendo su error cuando este ya se ha retirado de la farmacia, utiliza sin permiso un automóvil ajeno para impedir que el comprador ingiera el veneno; el operar a una persona en inminente riesgo de muerte, aunque se oponga la familia del enfermo; el conducir un vehículo a velocidad excesiva, contra el tráfico o sin brevet, para salvar la vida a una persona herida.

En sentido amplio, el estado de necesidad puede ser definido como una situación de peligro en la que la lesión de un bien jurídicamente protegido aparece como el único medio para salvar un bien del agente⁽³⁴⁹⁾. En el estado de necesidad el bien lesionado y el bien preservado son protegidos de la misma manera por la ley, y que el titular del bien jurídico que ha sido perjudicado es un tercero ajeno a la

(345) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 217.

(346) MAURACH, Reinhard / ZIPF, Heinz. Ob. cit., pp. 468 y ss.

(347) VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. T. II. Trad. por Luis Jiménez de Asúa, 20ª edición, Reus, Madrid, 1927, p. 341.

(348) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 217.

(349) MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., pp. 450 y ss.

situación de peligro. En cambio, en la legítima defensa el bien jurídico lesionado pertenece a quien efectúa la agresión ilícita, haciéndose, en consecuencia, merecedor de tal lesión. Además, si el origen del peligro, en la legítima defensa, es siempre un comportamiento humano, en el caso del estado de necesidad también puede ser un fenómeno de la naturaleza⁽³⁵⁰⁾.

2. Naturaleza jurídica del estado de necesidad justificante

Como se ha señalado con anterioridad, el estado de necesidad justificante va a eliminar la antijuricidad del acto típico convirtiéndolo en un acto legítimo tutelado por la ley. Con respecto al conflicto de intereses y deberes que subyace en las situaciones de estado de necesidad, existen las denominadas **teorías unitarias o monistas**, que le asigna a tal supuesto la naturaleza de causa de justificación, o bien siempre de causa de inculpabilidad, frente a otro sector, mayoritario, que de acuerdo con la **teoría dualista**, distingue el supuesto de conflicto entre intereses desiguales, en cuyo caso se estaría ante un supuesto de justificación-estado de necesidad justificante⁽³⁵¹⁾.

La doctrina mayoritaria considera al estado de necesidad justificante como una causa de justificación⁽³⁵²⁾ en la medida en que se den realmente los presupuestos objetivos (como la existencia real del peligro inminente) y los subjetivos (conocimiento por parte del agente de la situación de peligro y la voluntad de evitar el mal grave o salvar un bien jurídico mayor, propio o ajeno; por ejemplo: robar un pan para no morir de hambre). El necesitado tiene derecho a solventar el conflicto de bienes, salvaguardando el superior, aún a costa del sacrificio del interés jurídico de entidad menos considerable⁽³⁵³⁾, verbigracia, si ante el ataque ilegítimo de que alguien es objeto por parte de una banda de asesinos, fuga a través de una plantación de rosas, destruyéndola, le amparará el estado de necesidad justificante; el bien dañado y el salvado son de valor desigual; el derecho, al sopesarlos, se inclina en

(350) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 549.

(351) Véase ARIAS EIBE, Manuel J. *Responsabilidad criminal: circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. J.M. Bosch, Barcelona, 2008, pp. 105-106.

(352) Las causas de justificación son aquellas que eliminan la antijuricidad del acto realizado, convirtiendo así al acto típico en un acto lícito acorde al derecho.

(353) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito. Principios del Derecho Penal*. 2ª edición, Sudamericana, Buenos Aires, 1954, p. 304.

favor del más importante, que en el caso señalado sería la vida, pues está por encima del patrimonio.

Los supuestos en los que se baraja la posible aplicación de un estado de necesidad justificante tienen como base siempre un conflicto o colisión de intereses.

3. Sujetos activo y pasivo en el estado de necesidad justificante

El **sujeto activo**, en el estado de necesidad justificante, es toda persona que, ante la amenaza de un peligro actual, salva un bien jurídico propio o ajeno. La expresión “hecho destinado a”, utilizada en nuestro Código Penal, se refiere a la realización de una acción conjurante que debe ser típica y, por ende, humana. Los inimputables por anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia y los menores de edad, según los incisos 1 y 2 del artículo 20⁽³⁵⁴⁾, también pueden ser sujetos activos en el estado de necesidad justificante. El agente debe ser consciente tanto de la situación de peligro como de la necesidad de proteger el interés preponderante. La protección de este interés debe constituir el fin decisivo de su comportamiento. Poco importa, sin embargo, que obre, por ejemplo, por ambición personal o para obtener una ventaja pecuniaria.

Es **sujeto pasivo**, la persona natural o jurídica que soporta los efectos de la acción típica realizada por el sujeto activo.

Una misma persona no puede ser, simultáneamente, sujeto activo y sujeto pasivo; por ejemplo, si una persona, para salvaguardar su casa de un incendio, destroza la contigua que también le pertenece esperanzado en que, perjudicando la primera, impedirá la invasión del fuego en la segunda. Su conducta, de querer salvar su casa destruyendo otra que también es suya, no es típica y, por tanto, no soporta los efectos de una acción protectora. Cousiño⁽³⁵⁵⁾ señala que así como no existen delitos en contra de uno mismo, porque no puede ser sujeto pasivo de ellos el propio sujeto activo, tampoco el necesitado que

(354) Artículo 20 del Código Penal peruano.- Está exento de responsabilidad penal: 1. El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión; 2. El menor de 18 años. (...).

(355) Ver COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal chileno. Parte general*. T. II. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, p. 376.

destruye la cosa que le pertenece realiza una acción justificante, pues su hecho resultaría atípico.

Como solo pueden justificarse los comportamientos que son de hecho lesivos al bien jurídico de terceros, se requiere la presencia de alguien que se mueva por necesidad y de otro que soporte la injerencia agresiva del primero. No habrá lesión a la libertad ajena, en consecuencia, si “A” ingresa al domicilio de “B” con su consentimiento, aunque realmente se vea en peligro de muerte por la persecución de que es objeto por parte de una cuadrilla de criminales; falta, en este ejemplo, el “conflicto de bienes afectados” que exige el Código Penal. “B”, pese a la necesidad de salvamento de “A”, no sería sujeto pasivo.

4. Requisitos del estado de necesidad justificante

De la regulación legal del estado de necesidad justificante pueden derivarse los siguientes requisitos:

4.1. Situación de necesidad

El estado de necesidad justificante parte de una situación de conflicto: la situación de necesidad, que implica un peligro en el que el sujeto involucrado se enfrenta a la necesidad de lesionar típicamente un bien jurídico para salvar otro; esta situación es decisiva porque da origen a la eximente: sin ella no puede darse la causa de justificación; por ejemplo, quien por hambre se apodera de una oveja que no le pertenece y lo hace después de haber intentado conseguir alimento por otras vías, como la mendicidad, el trabajo, etc.

La situación de necesidad es el primer requisito de esta causa de justificación. El peligro es un estado en el que se puede pronosticar que la lesión del bien no es improbable de acuerdo con el curso causal que se ha de esperar; cuando la ley exige que un bien se halle en peligro, significa que su titular debe encontrarse en una situación en la cual uno de sus bienes jurídicos puede resultar perjudicado. El peligro solo es relevante para un estado de necesidad si sobrepasa el riesgo vital general⁽³⁵⁶⁾; no es necesaria una probabilidad preponderante

(356) No importa la intensidad del riesgo, desde que existe un peligro mínimo de probabilidad de que se produzca un daño.

(o alta) de desenlace fatal⁽³⁵⁷⁾. El pronóstico de peligro para el bien jurídico concernido ha de realizarse objetivamente *ex ante* (antes del hecho); el juicio de apreciación debe ser formulado por un tercero según los conocimientos que, en el momento de la acción, se tenga de los factores presentes o con los que debería contarse en relación a la experiencia común. En ciertos casos, sin embargo, será necesario recurrir a expertos. Según Mir Puig⁽³⁵⁸⁾, para decidir si concurre la probabilidad inminente de peligro, el juez debe retrotraerse al momento en que actuó el agente (*ex ante*) y enjuiciar la situación según lo haría un hombre medio con sus conocimientos.

La ley exige la existencia de un **peligro actual** para los bienes jurídicos. Pues bien, el peligro importa una situación en virtud de la cual la lesión de intereses jurídicos se presenta como probable. Este puede provenir de un suceso de la naturaleza (como un tornado que genera la necesidad de penetrar en un domicilio ajeno), de sucesos de animales (como el ataque de un perro rabioso), de un hecho proveniente de una conducta humana, bien sea típica (como el incendio de una vivienda, provocado intencionalmente, que lleva inevitablemente a un sujeto a romper los vidrios de una ventana para escapar) o no (como el incendio de los sembríos cosechados, provocado por un campesino con la finalidad de iniciar la siguiente temporada que pone en peligro la vida de unos niños que juegan entre los altos matorrales) e, incluso, el peligro puede ser generado por supuestos de ausencia de conducta (como el ataque de un epiléptico dentro de una sala de operaciones y que está a punto de desplomarse sobre un artefacto que ayuda a respirar a un paciente)⁽³⁵⁹⁾. En la jurisprudencia peruana se reconoce al peligro como elemento del estado de necesidad justificante como se observa en la Ejecutoria Suprema del 19 de julio de 2004, Recurso de Nulidad N° 2538-2003-Ayacucho, en la que se señaló lo siguiente: “Se aprecia que la procesada fue coaccionada bajo amenaza de su integridad física a prestar colaboración a los elementos subversivos, a cuyo efecto colaboró en la preparación de alimentos; que, en consecuencia no existiendo prueba alguna que desvirtúe lo declarado por esta ni

(357) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. Ob. cit., p. 500.

(358) Véase MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 455.

(359) Véase VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos. “Estado de necesidad justificante”. En: *Código Penal comentado*. T. I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 697.

prueba que demuestre que haya participado en acciones subversivas, su conducta constituye una causal de exigencia comprendida en el inciso cuarto del artículo 20 del Código Penal, que señala: Está exento de responsabilidad penal: el que ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace su vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro”⁽³⁶⁰⁾.

La fórmula “peligro actual” debe ser interpretada con cierta amplitud. En primer lugar, significa que el desarrollo del suceso se dirige de manera inmediata a la producción del resultado, por ejemplo: en caso de un incendio, el peligro es inminente cuando el fuego no ha alcanzado aún las proporciones que lo caracterizan, pero las circunstancias muestran que hay riesgo serio de que próximamente se produzca un perjuicio.

La intervención puede tener lugar de manera inmediata, puesto que con posterioridad podría resultar muy problemática, en el sentido de que la amenaza sería conjurada con mucha dificultad. No es necesario entonces que la persona, por ejemplo, esté por sufrir efectivamente una lesión grave⁽³⁶¹⁾. El peligro también es actual cuando la situación riesgosa perdura y puede, aun cuando no de manera determinada, dar lugar a un daño, por ejemplo: el estado ruinoso de un edificio, o el hecho de aterrorizar a una persona mediante actos de hostigamiento y violencia. La reacción de quien sufre la molestia y la violencia utilizada son justificadas si al regresar una noche a su casa, sorprende al responsable oculto en el jardín y dispara contra él, lesionándolo levemente⁽³⁶²⁾.

Con respecto a los bienes jurídicos susceptibles de ser amparados bajo el estado de necesidad justificante, estos no están restringidos a la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico individual, aunque así lo exija una interpretación analógica del precepto; debe entenderse de que dicha enumeración es meramente enunciativa. Bajo el estado de necesidad justificante no solo pueden protegerse bienes individuales, sino también bienes jurídicos colectivos; no es

(360) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*. Palestra, Lima, 2006, p. 283.

(361) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 550.

(362) Roxin citado por ídem.

indispensable que los bienes estén protegidos por el Derecho Penal, es suficiente que gocen de reconocimiento o protección por parte de cualquier sector del ordenamiento jurídico; sin embargo, no procede el estado de necesidad frente a conductas justificadas, de lo contrario, se caería en una inadmisibile situación en la que quien ampara un estado de necesidad puede ser repelido por otro que actúa bajo la misma eximente, cayendo en un círculo vicioso en el que la solución del conflicto pesaría en las manos del más fuerte⁽³⁶³⁾.

Los bienes jurídicos involucrados en una situación de necesidad no solo pueden ser propios, sino también ajenos; serán de una persona natural, jurídica o, incluso, del Estado; esta es una de las características que diferencian esta causa de justificación con la legítima defensa, que no podría amparar bienes jurídicos colectivos.

4.2. Que el bien protegido resulte predominante sobre el interés dañado

La ponderación de los bienes involucrados en la situación de necesidad no debe limitarse al valor abstracto de los mismos –que viene referido por las penas previstas en los tipos penales en concreto–⁽³⁶⁴⁾, sino que también es necesario tener presente las diferentes particularidades de la situación, como la intensidad de la afectación de los bienes jurídicos; es decir, si estos solo han sido puestos en peligro o, por el contrario, están siendo lesionados, también la proximidad y gravedad del peligro (actuará justificado quien a excesiva velocidad conduce al hospital a un herido que morirá si no es atendido inmediatamente)⁽³⁶⁵⁾, la importancia social de los bienes en conflicto (excluyendo este criterio se llegaría a soluciones materialmente injustas y no acordes con la realidad social; así, frente a la destrucción de la vivienda de un pobre campesino y la cabaña de un multimillonario, será preferible dañar esta última), la idoneidad de la acción salvadora, la finalidad perseguida por el agente, la irreparabilidad o no de la lesión, si el peligro proviene o no del sujeto afectado con la acción salvadora, etc.⁽³⁶⁶⁾. En muchas ocasiones, la pena conminada para determinados ilícitos varía

(363) Véase VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos. Ob. cit., p. 698.

(364) Las penas amenazadas en la legislación penal no es sino un indicio a los efectos de la determinación de la jerarquía de los bienes.

(365) *Ibidem*, p. 700.

(366) *Ibidem*, p. 699.

de acuerdo a las modalidades de su comisión, a la gravedad de la culpabilidad e, incluso, a decisiones político-criminales o coyunturales, por eso no debe limitarse la ponderación de bienes jurídicos a solo la sanción que les correspondería.

En la ley se dispone expresamente que debe tenerse en cuenta la intención del peligro que amenaza el bien jurídico protegido. En esta perspectiva hay que considerar, por ejemplo, la posibilidad de proteger el bien jurídico en la situación concreta, el tipo de perjuicio real que lo afectará para salvarlo, la amplitud del perjuicio concreto que amenaza a los bienes jurídicos en conflicto. Así, no se puede excluir del todo el sacrificio de la vida de una persona (rehén en poder de terroristas) para salvar diversos e importantes intereses del Estado⁽³⁶⁷⁾; tampoco se puede excluir lesionar de modo leve a un individuo para evitar un daño patrimonial de gran magnitud. Además de la importancia del bien, también hay que tener presente la gravedad del ataque, ya que lo esencial es que el mal a evitar sea mayor que el mal que se infiere⁽³⁶⁸⁾.

También se protege el interés preponderante cuando el agente descarta un peligro concreto creando un peligro abstracto. Es decir, cuando causa un mal menor con la convicción de que, si se abstiene de actuar, se producirá con mucha probabilidad un resultado más grave. Así, el que conduce un automóvil en estado de ebriedad (artículo 274 del Código Penal) para transportar a un lesionado (peligro para la integridad corporal o la vida). La duda surge, sin embargo, cuando se piensa que el conductor ebrio pudo haber escogido otro medio para neutralizar el peligro; por ejemplo, solicitar auxilio a la policía o los servicios de un taxista⁽³⁶⁹⁾. También actúa lícitamente el conductor que, para alertar al chofer del coche que le precede del mal estado de una de sus ruedas, sobrepasa el límite de velocidad; el médico que no respeta la luz roja para poder llegar a tiempo y poder atender a una persona herida de gravedad; o quien le quita al propietario las llaves de su automóvil para impedirle conducir en estado de embriaguez⁽³⁷⁰⁾. Sin embargo, y sobre todo en los casos referentes a la circulación, hay

(367) Roxin citado por HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 555.

(368) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición, Barcelona, Ariel, 1989, p. 221.

(369) Roxin citado por HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 555.

(370) *Ibíd.*, p. 555 y s.

que asegurarse que el comportamiento del agente no cree un peligro concreto respecto a terceros.

La ausencia de provocación de la situación también debe ser incluida para la ponderación de los intereses, constituyendo la dignidad humana, una referencia ineludible. La provocación debe estar referida al peligro y no a la preordenación de una situación en que se presente como inevitable la protección de un bien jurídico a costa de otro de menor valor, ya que ambas implican diferentes niveles de desvaloración.

En los casos de estado de necesidad en los que se salvan bienes jurídicos propios, el provocador siempre será el necesitado. En los supuestos de estado de necesidad en el que se salvaguardan bienes ajenos, el provocador, ha de ser quien realiza la conducta típica salvadora de intereses ajenos, pues solo de esta manera se arribarían a soluciones más justas; se presentan aun dos soluciones problemáticas: por un lado, quien protege el interés de mayor valor en una situación de peligro que ha sido provocado por el tercero beneficiado (un sujeto que, sin saber nadar, penetra en aguas profundas de un río y está a punto de perecer ahogado, y es salvado por otro que hace uso de un bote ajeno), y, por otro, quien protege un bien jurídico de un tercero en una situación de peligro generada por el mismo (un sujeto arroja a un profundo lago a otro que carece de conocimientos de natación, tomando un bote ajeno para salvarlo, luego de que los hechos han escapado de su control); en la primera situación, la conclusión es la apreciación de una eximente plena; en la segunda hipótesis, considerar antijurídica y prohibida la conducta salvadora (el uso del bote ajeno) a favor de quien nada tiene que ver con la provocación resulta, a todas luces, insatisfactorio, pues ello ocasionaría que el sujeto provocador se abstenga de proteger el interés en peligro; declarar conforme a derecho e impune la conducta salvadora que supone la lesión de un bien jurídico tampoco es acertada, pues la situación de peligro es imputable a la conducta del agente. La solución correcta discurre por la sanción de la conducta generadora del peligro (exposición de personas en peligro)⁽³⁷¹⁾,

(371) Artículo 125 del Código Penal peruano.- El que expone a peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud o abandona en iguales circunstancias a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma que estén legalmente bajo su protección o que se hallen de hecho bajo su cuidado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

mas no por el comportamiento típico salvador⁽³⁷²⁾. El provocador que no ha logrado su cometido, amparándose maliciosamente en un estado de necesidad no puede ser ni medianamente justificado, su conducta es plenamente antijurídica.

Sin embargo, existen casos que hay que tomar en consideración; así, por ejemplo, quien luego de ingerir un veneno, abandona la idea de suicidarse; y, para salvarse, obliga mediante amenazas a un taxista para que lo conduzca a la asistencia pública (artículo 151 del Código Penal), podrá alegar que obró de modo justificado en estado de necesidad. El bien jurídico “vida” es más importante que el bien jurídico “libertad individual” del chofer coaccionado, ponderación que es además conforme a la intensidad del peligro. A pesar de la intencionalidad con la que el sujeto se suministró el veneno, sus bienes no pierden la protección que merecen según su importancia. Con mayor razón, debe aceptarse la misma solución si la situación de peligro fue creada por imprudencia⁽³⁷³⁾.

Uno de los argumentos a los que ha recurrido la doctrina para responsabilizar a quien causa un daño a consecuencia de un estado de peligro que él mismo ha creado intencional o imprudentemente, ha sido el criterio de la *actio ilícita in causa*, según la cual la producción del perjuicio de los bienes de terceros ha sido puesta en marcha por dicho comportamiento previo⁽³⁷⁴⁾.

Dicho criterio tiene el inconveniente de solo poder aplicarse a los delitos de resultado. En caso de delitos formales o de pura actividad no es posible imaginar que el inicio de la ejecución es el momento en que el agente crea la situación de peligro. Por ejemplo, cuando un andinista, sin tomar las precauciones necesarias comienza a ascender y, luego, sorprendido por el mal tiempo, debe penetrar en un refugio privado, sin la autorización respectiva, para poner a salvo su vida o integridad física. El hecho de crear el peligro previo no puede ser calificado como comienzo de la ejecución del delito de violación de domicilio (artículo 159 del Código Penal)⁽³⁷⁵⁾.

(372) Véase VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos. Ob. cit., pp. 701-702.

(373) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 558.

(374) Ídem.

(375) Ibídem, p. 559.

El criterio de la *actio ilícita in causa* revela su deficiencia también en el caso del conductor que provoca por culpa un accidente y no permanece en el lugar de los hechos porque quiere escapar a la reacción violenta de las personas que han presenciado lo sucedido. Su huida constituye una falta según las reglas de tránsito, pero no puede decirse que su realización comenzó con la creación del peligro mediante culpa. La falta puede ser justificada si se comprueba que su integridad corporal es el bien preponderante frente a la salud del accidentado. Reprimirlo significaría entonces que su acción imprudente equivale a la de huir o alejarse del lugar del accidente. La culpa en que incurre el agente al crear la situación de peligro no debe excluir de manera absoluta el estado de necesidad. Ella solo constituye un factor, aunque importante, que debe ser considerado al determinar la proporcionalidad de los intereses en conflicto⁽³⁷⁶⁾.

La obligación de soportar ciertos riesgos derivados del ejercicio de determinadas profesiones u oficios también es un criterio a tener en cuenta en la ponderación; por ejemplo, el bombero no debe rehuir a su obligación de salvar vidas, arguyendo la existencia de un peligro para su vida o integridad física; el agente de policía debe asumir el riesgo de que un delincuente responda violentamente a su detención, etc.⁽³⁷⁷⁾. Dichos sacrificios hallarán sus límites en los preceptos jurídicos que regulan su ejercicio y en lo exigible para cada función.

La elección del mal menor, el sacrificio de los intereses menos importantes a favor de los más importantes, son pautas o principios ordenadores de la convivencia humana que deben ser considerados en el caso concreto para valorar globalmente si la acción realizada estuvo en los márgenes jurídicamente correctos. Pero el estado de necesidad justificante no puede ser utilizado como la panacea justificativa de todos los conflictos entre bienes jurídicos; por ejemplo, quien secuestra un avión de pasajeros para escapar de la persecución política en su país, no puede invocar el estado de necesidad justificante frente a los pasajeros inocentes⁽³⁷⁸⁾. En algunos casos, el estado de necesidad se emplea como sustituto de la legítima defensa para justificar la protección de

(376) Ídem.

(377) VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos. Ob. cit., p. 702.

(378) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 374-375.

bienes jurídicos frente a ataques de inimputables o frente a actuaciones de quienes creen razonablemente que están siendo atacados y lesionan a un tercero inocente⁽³⁷⁹⁾.

El interés protegido debe ser determinado teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto⁽³⁸⁰⁾. Esto implica un rechazo neto del tradicional criterio de la conspiración abstracta de los bienes en conflicto, pero también la imposibilidad de establecer una regla absoluta aplicable a todos los casos particulares; los diversos criterios que se establezcan serán, pues, siempre de aplicación parcial y nunca producirán las mismas consecuencias respecto a todos los hechos. Además, como en toda apreciación de valor, los criterios personales y las directivas de política criminal que se acepten desempeñan un papel importante⁽³⁸¹⁾.

El estado de necesidad justificante también entra en consideración cuando dicho conflicto se presenta entre intereses pertenecientes al mismo individuo. El caso citado con más frecuencia, es el del bombero que se enfrenta a la disyuntiva de lanzar o no a un niño sobre la lona de salvamento para evitar su muerte segura, pero con el riesgo de causarle una lesión. Si esto último sucede, el bombero habrá actuado en estado de necesidad justificante⁽³⁸²⁾.

En la jurisprudencia nacional, el requisito de que el bien protegido sea predominante sobre el bien dañado, es reconocido de la siguiente manera: “Hay estado de necesidad justificante cuando el agente lesiona un bien jurídico penalmente tutelado de menor importancia como la tranquilidad pública para salvar otro bien jurídico de mayor jerarquía como la vida humana”⁽³⁸³⁾.

4.3. Empleo de un medio adecuado para vencer el peligro

El texto legal “cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro” parece referirse a los instrumentos y modos de actuar

(379) *Ibíd.*, p. 375.

(380) MIR PUIG, Santiago, *Ob. cit.*, pp. 470-471.

(381) HURTADO POZO, José. *Ob. cit.*, p. 554.

(382) *Ibíd.*, p. 564.

(383) Ejecutoria, Junín 281-95 del 20 de setiembre de 1996. En: CARO CORIA, Dino Carlos. *Código Penal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 160.

a los que recurre el agente para descartar los riesgos que corre uno de sus bienes jurídicos.

Un sector de la doctrina sostiene que de la regulación del estado de necesidad justificante se deducen dos niveles de valoración; por un lado, la ponderación de los intereses en juego, y por otro, la valoración ético-social de la acción salvadora; en este segundo nivel valorativo, se determinaría si la conducta de quien obra en estado de necesidad justificante es conforme o adecuada a las concepciones valorativas reconocidas por la comunidad⁽³⁸⁴⁾. La cláusula del medio adecuado garantiza al Estado de Derecho en sentido formal frente a la libre optimización de la utilidad mediante la ponderación de intereses. La realización del acto típico debe ser el medio para evitar el peligro, no existiendo para ello un camino menos lesivo; el bien jurídico salvado debe ser mayor al que se sacrifica.

La acción realizada en estado de necesidad solo resultará justificada cuando la desproporción entre el interés que se salva y el que se sacrifica sea esencial (tiene que haber una marcada diferencia a favor del interés que se salva). La comparación de bienes o intereses no autoriza, sin embargo, la realización de acciones que afecten bienes individuales como, por ejemplo, extraer un riñón a uno para trasplantarlo a otro a quien se le salva la vida. En este caso la vida salvada es de mayor jerarquía que la integridad corporal, pero el límite frente a los bienes individuales excluye la posible aplicación del estado de necesidad justificante⁽³⁸⁵⁾. La razón de limitación reside en que la acción necesaria en el estado de necesidad, debe constituir un medio adecuado socialmente⁽³⁸⁶⁾. En otras palabras, la sola preponderancia de un interés no es suficiente para la justificación; se requiere además de un juicio sobre la adecuación social del medio utilizado para resolver el conflicto de intereses. En todo caso, la diferencia valorativa de los intereses en juego debe ser esencial; en el caso del trasplante que hemos analizado antes faltaría esa característica.

Una sociedad solidaria no puede dejar de exigir un mínimo de disponibilidad individual a sacrificarse en pro de terceros. Pero, al mismo

(384) Véase VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos. Ob. cit., p. 703.

(385) BACIGALUPO Z., Enrique. Ob. cit., pp. 129-130.

(386) Lo decisivo será, no la realización jerárquica de bienes, sino el merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social.

tiempo, tampoco puede dejar de garantizar que el núcleo de los derechos humanos será salvaguardado. En esta perspectiva, la cláusula de la adecuación favorece a que se tengan debidamente en cuenta los intereses personales cuando hay que establecer las relaciones entre el derecho a la autodeterminación y el principio de solidaridad. Un caso muy discutido es el de la extracción de sangre a una persona sin su consentimiento para salvar a otra que está en peligro de muerte⁽³⁸⁷⁾.

La cuestión consiste, por último, en precisar si el Estado de Derecho debe o no dejar en manos de cada individuo la libertad de decidir sobre los conflictos morales que afectan directamente a su dignidad personal. Esto lleva a plantearse que si bien no hay que reconocer un deber general de ayuda a terceros, resulta a veces conveniente aceptarlo en casos particulares o excepcionales (por ejemplo, entre cónyuges, padres e hijos, soldados en el frente de guerra). Sin pretender establecer reglas absolutas, debido a las circunstancias peculiares de las situaciones concretas, hay que admitir que cuando se trata de bienes jurídicos individuales, el derecho a la autodeterminación juega un papel decisivo. Y este derecho pesa a favor del bien jurídico atacado y en contra del bien a salvarse⁽³⁸⁸⁾.

Pero la importancia de la autonomía de disponer de un bien jurídico no siempre constituye el criterio decisivo en la ponderación de los intereses en conflicto. En ciertas ocasiones de poca importancia, puede reconocerse la preponderancia al hecho de salvarlo aun cuando el acto suponga tanto la lesión de otro, así como la violación del derecho a disponer de él; por ejemplo, el caso de la extracción no consentida de la sangre de un grupo sanguíneo específico para salvar la vida de otra persona. A favor de esta excepción cuenta el hecho de que el mismo ordenamiento jurídico estatuye limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad de decidirse, consagrado en la Constitución, con respecto a los bienes salud e integridad corporal. En el Título preliminar del derogado Código Sanitario (artículo VI) se disponía que ninguna persona podía eximirse de las obligaciones impuestas por las normas de salud, se mencionaba, por ejemplo, el empleo de la fuerza pública para el cumplimiento de las medidas ordenadas a efecto de hacer posible su acción sobre las personas y las cosas. En contra, se argumenta que de

(387) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 563.

(388) *Ibidem*, pp. 563-564.

esta manera se utiliza a la persona como simple medio; lo que constituye un grave atentado contra su dignidad. Esta objeción supone, sin embargo, una hipertrofia del respeto de la dignidad humana que contradice el mismo derecho de salvar bienes jurídicos fundamentales causando perjuicios insignificantes. En el caso de la extracción de sangre no consentida, significaría entonces que habría que dejar morir al individuo en peligro. La dignidad de la persona no es siempre lesionada por actos coercitivos de poca importancia que son realizados para proteger ciertos bienes jurídicos fundamentales⁽³⁸⁹⁾.

El medio adecuado se refiere a los instrumentos y modos de actuar a los que recurre el agente para descartar el riesgo que corre uno de sus bienes jurídicos; se ha de comprobar si la acción realizada para salvar es la apropiada con relación al peligro. Esta es una forma de proteger los derechos de la persona, y no sobrepasarlos.

4.4. Inevitabilidad

El Código Penal hace referencia expresa a este requisito al señalar que el peligro debe ser “insuperable de otro modo”. Como vemos, el estado de necesidad justificante es subsidiario porque el necesitado está en el deber de evitar el mal mediante el uso de cualquier otra vía (pacífica o agresiva, pero, en este último caso, valiéndose del medio menos perjudicial). Dicho en otros términos, cuando se puede eludir el daño que nos amaga valiéndonos de un medio que no signifique perjuicio a los bienes jurídicos de terceros y no actuamos así, no hay estado de necesidad. Si el mal fue evitable, desaparece la necesidad de superarlo⁽³⁹⁰⁾.

Si el sujeto, no obstante disponer de medios menos lesivos, hace uso de los más dañosos, solo es posible la apreciación de una eximente incompleta. Es preciso que la realización del mal o la infracción de un deber, que el sujeto realiza para evitar un mal a sí mismo o a un tercero, sea el **único camino posible** para conseguir la meta salvadora: la comisión del tipo de injusto de un delito que la lesión de un bien jurídico o la infracción de un deber jurídico realizan, ha de ser, por tanto, necesaria; es decir, la evitación del mal que amenaza al bien jurídico

(389) *Ibidem*, p. 564.

(390) Así BACIGALUPO Z., Enrique señala “(...) la acción no es necesaria si el peligro podía evitarse de otro modo”. *Ob. cit.*, p. 233.

solo puede ser conseguida realizando otro mal. Igualmente la necesidad debe ser también valorada de un modo objetivo, aunque lógicamente teniendo en cuenta la situación concreta en la que se encuentra el sujeto y las circunstancias y medios de que dispone⁽³⁹¹⁾.

Cuando la única forma de evitar el peligro que nos amenaza sea la realización de un hecho típico ejecutado mediante coacción, habrá estado de necesidad justificante si de la valoración del peligro, el bien protegido resulta predominante sobre el perjudicado; verbigracia, cuando el coactado causa un daño menor que el que podría haber recibido del coaccionante (si “A” sustrae el reloj de “X”, obligado por “C”, quién, pistola en mano lo amenaza de muerte).

A criterio de Mir Puig⁽³⁹²⁾, para que concurra un estado de necesidad es preciso que no haya un modo menos lesivo de evitar el mal que amenaza; verbigracia, si es posible huir de la situación de peligro, debe hacerse. Una interrupción del embarazo para eliminar el peligro de suicidio no estaría justificada si el peligro se puede eliminar de otro modo mediante una ayuda fácil de prestar.

La reprobación deja de existir y no hay delito que reprimir, cuando dadas las circunstancias en que se encontraba el agente, una conducta diversa no podría ser exigida (última ratio). Si la búsqueda de ayuda o la huida importan una lesión desproporcionada para el necesitado, la situación de necesidad aun estará presente. Así, quien se encuentra en peligro debe determinar, antes de lesionar el bien jurídico de un tercero, si fuera posible preservar el suyo sea causando un perjuicio menor, sea alejándose del apremio en el que se encuentra, o solicitando ayuda a terceros. De las diversas posibilidades que tiene para salvaguardar su bien debe elegir aquella que no implique perjudicar al tercero o inocente que constituya el mal menor.

En la ley no se dispone, expresamente con relación al estado de necesidad justificante, que el agente deba aceptar o soportar el peligro cuando está “obligado por una particular relación jurídica”. La obligación de soportar ciertos riesgos, no de sacrificarse, es de índole jurídica y no moral ni siempre legal. Si fue de carácter moral significaría entonces que el orden jurídico exige que las personas concernidas

(391) MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 376.

(392) MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 460.

se comporten como héroes o santos; esto no sería proporcional ni humanitario. En la mayor parte de las situaciones, sin embargo, el deber de asumir el peligro es un factor que debe tenerse en cuenta para decidir sobre la proporcionalidad de los intereses en el caso concreto.

Una situación especial se da cuando la persona en peligro no puede disponer del bien jurídico que debe sacrificarse para salvar otro de sus bienes. Por ejemplo, el médico que debe practicar una transfusión de sangre a una persona, quien, por convicciones religiosas no admite dicha intervención. En este caso análogo al estado de necesidad, el acto necesario afecta la esencia o núcleo intangible de la libertad de creencia, la cual constituye un aspecto sustancial de la dignidad personal⁽³⁹³⁾.

Si los requisitos exigidos en el estado de necesidad no se dan, trataremos un caso de exceso. Los errores del autor sobre las condiciones objetivas y sobre sus límites de existencia serán apreciados conforme a ley.

5. Fundamentos del estado de necesidad justificante

Actualmente la doctrina⁽³⁹⁴⁾, admite como fundamento del estado de necesidad justificante la preservación del **interés preponderante**. Lo que determina la exclusión de la antijuricidad es, según este punto de vista, la necesidad de la lesión unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado. La necesidad de la lesión, por sí sola, solo determinaría, bajo ciertas circunstancias, la exclusión de la culpabilidad⁽³⁹⁵⁾. La contrapartida de la justificación otorgada al autor es, naturalmente el deber de tolerar⁽³⁹⁶⁾ impuesto al titular del bien sacrificado, que se ha denominado también **deber de solidaridad recíproca**⁽³⁹⁷⁾, por ejemplo: Germán se encuentra en una persecución, escapando de Miguel (un psicópata) entonces observa que María está saliendo

(393) HURTADO POZO, Juan. Ob. cit., p. 565.

(394) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. T.I. Trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 492; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 249.

(395) RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo / UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando / GOMERO CALERO, Lorena Mariana / SCHÖNBOHM, Horst. *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia práctica en el marco de la reforma procesal penal*. Ebra, Lima, 2009, p. 77.

(396) Que determina que el afectado o agraviado adopte una actitud de tolerancia frente a la necesidad de su semejante, siempre y cuando que los intereses salvaguardados sean relevantemente más valiosos que los intereses sacrificados.

(397) BACIGALUPO Z., Enrique. Ob. cit., p. 128.

de su auto por lo que la empuja y se lleva el vehículo con el fin de escapar de una muerte segura.

Para fundamentar la justificación se invocarían las siguientes razones: Por un lado, que no podría ser considerado ilícito el acto típico que constituye el medio adecuado para alcanzar un fin establecido por el Estado, que sería la defensa de los bienes jurídicos (**teoría del fin**), y por otro, que no actúa ilícitamente quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico para salvar otro de mayor valor (**teoría de la ponderación de bienes**).

El interés jurídicamente reconocido sobre el bien puede verse reducido o contrapesado por el deber de asumir el peligro. Dicho deber puede consistir en un deber especial de una profesión (ejército, policía, bomberos), o parte de una posición de garante ante un bien; por ejemplo, el peligro para la vida de un soldado no justifica su desertión mediante el estado de necesidad; un guía de alta montaña no puede abandonar al grupo en una tormenta invocando el peligro que él corre⁽³⁹⁸⁾.

El mismo efecto que la obligación de soportar tiene la voluntad de soportar; en la medida en que el bien sea disponible, la renuncia a la salvación excluye la justificación de la salvación emprendida a pesar de ello, por ejemplo: si la embarazada está dispuesta a soportar incluso graves daños somáticos, no está justificada la interrupción del embarazo. Si el bien no es (enteramente) disponible (por ejemplo: la vida), la salvación emprendida en contra de la renuncia (por ejemplo: al tratamiento médico de una enfermedad) puede constituir un medio inadecuado y por tanto ser antijurídico (tratamiento forzado de una enfermedad).

6. Estado de necesidad imperfecto y putativo

El estado de necesidad justificante, señala Bustos Ramírez⁽³⁹⁹⁾, no será aplicable para el caso de una situación de necesidad imaginaria, que deberá resolverse de acuerdo a las reglas del error de prohibición (estado de necesidad putativo)⁽⁴⁰⁰⁾. Se está ante este supuesto cuando se da una situación de peligro imaginario. Es en estos casos que habría

(398) Véase JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 511.

(399) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 922.

(400) Ídem.

que analizar si el agente, que cree en la presencia de una justificante, puede superar el error.

Cuando no concurra la circunstancia material del estado de necesidad (situación de peligro) no cabe aplicar el artículo 21 del Código Penal⁽⁴⁰¹⁾, pues, este resulta válido solo cuando se trata de un estado de necesidad incompleto, es decir, cuando existe un estado de peligro (circunstancia material) pero no concurre uno de los elementos del estado de necesidad; es en estos casos que habría que analizar si el agente, que cree en la presencia de una situación de peligro que podría dar lugar a un estado de necesidad justificante, puede superar el error; los mismos que, por lo demás, deberían ser tratados según las reglas del error de tipo; pero no así cuando los errores recaigan sobre los límites del estado de necesidad, lo que son de prohibición⁽⁴⁰²⁾.

Los casos denominados “exceso” en el estado de necesidad constituyen situaciones de necesidad imperfectas y se hallan previstos en el artículo 21 del Código penal. Se distinguen en el **exceso extensivo** y en el **exceso intensivo**; el primero existe cuando el agente se encuentra en una situación de necesidad imaginaria y, para “salvarse”, perjudica un interés ajeno; el segundo, si se utiliza un medio más lesivo del que correspondía en el caso concreto. En los casos del artículo 20, se estatuye el artículo 21 del Código Penal, cuando **no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad**; el juez ante estos casos podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal. Esta disposición no se refiere, al **peligro que amenaza**; pues, la ausencia de este requisito excluye el estado de necesidad perfecto e imperfecto por ser médula y vértebra del instituto en comento.

(401) Artículo 21 del Código Penal peruano.- En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

(402) HINOSTROZA PARIACHI, César. Ob. cit., pp. 175-176.

Capítulo V

EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

(Artículo 20.5 del Código Penal)

Capítulo V

El estado de necesidad exculpante (artículo 20.5 del Código Penal)

I. EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

En el Derecho Penal, el juicio de culpabilidad o reprochabilidad del autor presupone que se haya realizado una conducta antijurídica; sin embargo, no todo comportamiento antijurídico implica la culpabilidad de su autor. A parte de la capacidad de la culpabilidad y de consciencia en la ilicitud de su acto, el autor de un injusto penal, para ser culpable, requiere obrar en normalidad de circunstancias que posibiliten su autodeterminación conforme a las normas jurídicas⁽⁴⁰³⁾.

El estado de necesidad constituye una circunstancia eximente que excluye la responsabilidad penal. Es una situación de peligro grave, actual o inminente (y no causada o al menos no dolosamente por el agente) para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante el sacrificio de un bien ajeno.

La teoría de la diferenciación explica los efectos del estado de necesidad, y sobre todo, la justificación de su aplicación. Esta teoría distingue la existencia de dos supuestos distintos: En primer lugar, el **estado de necesidad justificante**, que es el que permite salvar un bien determinado, sacrificando otro de menor valor (aplicándose el criterio de ponderación de bienes), por ejemplo, una persona, ante una inminente agresión, comete violación de domicilio con la finalidad de

(403) REVILLA LLAZA, Percy. "Estado de necesidad exculpante". En: *Código Penal comentado*. T. I. José Luis Castillo Alva (Coord.). Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 707.

salvar su integridad física. En este supuesto, la acción no solo no se considera antijurídica, sino que se estima valorada positivamente por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, tenemos al **estado de necesidad exculpante**, que es el que busca salvar un determinado bien sacrificando otro de igual o mayor valor; en este caso, la acción no se considera positiva por parte del Derecho; no obstante, tampoco se cree razonable la existencia de responsabilidad penal (en mérito al principio de no exigibilidad de un comportamiento distinto) del sujeto, con lo que la conducta está meramente disculpada (excluyendo la culpabilidad pero no la antijuricidad del hecho), pese al desvalor existente por el daño de bienes similares en importancia.

El estado de necesidad exculpante, también denominado disculpante, se encuentra regulado en el artículo 20.5 del Código Penal, de la siguiente manera:

“Está exento de responsabilidad penal: (...) 5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica”.

El estado de necesidad exculpante tiene una larga tradición que se remonta incluso al académico romano Carneades (214-129 a.C.), quien la ilustra con el ejemplo del hundimiento de un barco en el que se salvan dos personas, viéndose obligada una de ellas a dar muerte a la otra para aferrarse al único tablón que le permitiría sobrevivir. También es conocido el caso Mignorette, sucedido en Inglaterra (1884), en el que dos náufragos salvaron su vida dando muerte a un tercero, del que consumieron su carne.

1. Definición

Actúa en estado de necesidad exculpante quien, para alejar el peligro actual que amenaza su vida, integridad física o libertad (o la de una persona con la que tiene estrecha vinculación) y evitar su inminente menoscabo, se ve precisado (como último recurso) a efectuar una

conducta antijurídica menoscabando un bien jurídico principal perteneciente a un tercero⁽⁴⁰⁴⁾; por ejemplo, en una discoteca en llamas, los ocupantes, al tratar de huir apresuradamente para salvar su vida, se atropellan entre sí y algunos mueren pisoteados por los demás.

El ordenamiento jurídico no exige un deber de tolerar la materialización del peligro antes descrito, por lo que la realización del hecho antijurídico para alejar el peligro no podrá dar lugar a un juicio de reproche con el que sustentar la culpabilidad.

Según Villavicencio, esta forma de estado de necesidad se presenta cuando existe un conflicto entre bienes jurídicos equivalentes o cuando se afecta uno de mayor valor. El sujeto se encuentra en un estado de alteración motivacional que hace inexigible una conducta distinta a la realizada que lesiona el bien jurídico. Si bien el Derecho Penal sanciona este injusto, no considera al sujeto culpable. Dicho autor enseña también que no se puede justificar esta conducta en base al principio de ponderación de bienes, porque el Derecho protege por igual la vida de todas las personas; por esto no se acepta que sea una causa de justificación, en todo caso de lo que se trata es de apreciar si el sacrificio de uno de ellos, para salvar el otro, era la única vía adecuada “dentro de los límites de exigibilidad normales de la vida ordinaria”⁽⁴⁰⁵⁾. Bramont-Arias Torres, señala que el estado de necesidad exculpante surge, cuando una persona ante una situación de peligro actual para su vida, la integridad corporal o la libertad, comete un hecho antijurídico para evitar el peligro que existe para él o para otra persona próxima al mismo. Se basa en la aminoración de lo injusto de la acción, por la evitación del menoscabo corporal que amenaza un bien jurídico, y en la doble disminución del contenido de culpabilidad del hecho, el autor actúa con voluntad de salvación y bajo la presión de una situación motivacional extraordinaria⁽⁴⁰⁶⁾.

Una parte de la doctrina considera que el estado de necesidad exculpante está limitada a la coacción, esto es, que la amenaza provenga de una conducta humana. Otro sector de la ciencia penal sostiene que no habría por qué limitarlo a la conducta humana, puesto que se

(404) REVILLA LLAZA, Percy. Ob. cit., p. 708.

(405) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 639.

(406) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 143.

podría tratar de hechos de la fuerza de la naturaleza⁽⁴⁰⁷⁾. Considero que en esta última posición estaríamos ante un caso de fuerza física irresistible (ausencia de acción) y no de un estado de necesidad exculpante.

2. Naturaleza jurídica

El estado de necesidad exculpante es una causa de inculpabilidad. No constituye una causa de justificación, por el contrario, es una circunstancia que expresamente presupone que el autor haya realizado una conducta antijurídica, que sin embargo, puede quedar exculpada como resultado de su apreciación a nivel de culpabilidad o reprochabilidad⁽⁴⁰⁸⁾. Si bien la conducta está sancionada por el Derecho Penal, se considera que el sujeto que la realiza es inculpable⁽⁴⁰⁹⁾; pese a que su comportamiento disculpado sea disvalioso e ilícito.

La conducta es inculpable porque el fin legítimo de salvación disminuye el injusto en el momento de realizar el enjuiciamiento del desvalor de la acción⁽⁴¹⁰⁾. El injusto es menor porque siempre se salva un bien jurídico.

3. Fundamento

El fundamento del estado de necesidad excluyente de la culpabilidad ha sido muy discutido, configurándose diferentes posiciones en la doctrina: la presión psíquica sufrida por el agente (concepción psicológica); la ausencia de una actitud hostil al Derecho (concepción normativa); la ausencia de prohibición de la acción, pues el ordenamiento jurídico debe abstenerse de todo juicio de valor desaprobatorio (teoría de la unidad); la prepotente presión sobre los motivos; y, finalmente, la notable disminución del contenido de culpabilidad del hecho.

Para Velásquez Velásquez, la razón de ser de esta causal de inculpabilidad es la no exigibilidad de un comportamiento distinto que es el fundamento genérico⁽⁴¹¹⁾. Sin embargo, al considerar que el que actúa en situación de necesidad pudo haber actuado de otra forma, esto es, asumiendo para sí o para las personas con la que esté estrechamente

(407) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal comentado*. Ob. cit., p. 120.

(408) Eser, Albin y Burhardt citados por REVILLA LLAZA, Percy. Ob. cit., p. 708.

(409) Véase VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal comentado*. Ob. cit., p. 120.

(410) Cfr. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán. Parte general*. Trad. de Juan Bustos y Sergio Yáñez de la 11ª edición alemana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 251.

(411) Véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 406.

vinculado un deterioro en bienes jurídicos esenciales, la razón de la exculpación no podría encontrarse en que el agente no tuvo otra alternativa de actuación.

Otra posición defiende que la inculpabilidad encuentra fundamento en la concurrencia de un menoscabo anormal de la libre determinación de la voluntad del autor, originado en un contexto caracterizado por circunstancias especiales. Asimismo, se verificaría en el estado de necesidad disculpante, la doble disminución del injusto y de la culpabilidad por el hecho, ya que: 1) la legitimidad del fin perseguido incide sobre el disvalor de acción, pues el autor ha obrado para conjurar un peligro; 2) desde que se verifica un bien salvado, ello influye sobre el disvalor del resultado; 3) el contenido de culpabilidad por el hecho es menor, pues aunque la situación extraordinaria no excluye la autodeterminación conforme a la norma, la dificulta esencialmente; y, 4) tampoco la acción refleja una censurable actitud del autor ante el orden jurídico, pues no es asimilable a la concurrencia de circunstancias normales. Consecuentemente, pese a que el injusto y la culpabilidad no resultan excluidos sino disminuidos, debe renunciarse al reproche de esta última⁽⁴¹²⁾.

Se critica que la exculpación pueda encontrar fundamento en el injusto reducido y el conflicto anímico, pues desde la perspectiva de un concepto funcional, teniendo en cuenta el fin de la pena, se sostiene que para definir la motivación del autor como reacción apropiada a la situación, el autor no debe ser responsable de ella, lo que requiere que sea posible solucionar el conflicto como fortuito o achacarlo a terceros. Ello explica la afirmación de la culpabilidad en los casos de ocasionamiento y en las relaciones jurídicas especiales, supuestos que no admiten el desplazamiento del conflicto ni su solución como fruto de la casualidad⁽⁴¹³⁾.

Tampoco la posición que señala 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 resulta del todo satisfactoria, pues deja sin piso diversos

(412) La expresada en el texto coincide con un punto de vista también muy extendido en el Derecho alemán, como puede verse en JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. cit., p. 433.

(413) Cfr. JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación*. Ob. cit., p. 690.

supuestos como la tentativa fallida de salvación. En opinión del profesor García Cavero, el efecto exculpatorio del que actúa amparado en un estado de necesidad exculpante no se fundamenta en un déficit motivacional, 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 otro 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⁽⁴¹⁴⁾.

Se ha creído conveniente también, 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. Dado que no se trata de un contexto normal de actuación, no se requiere que la norma penal despliegue sus efectos motivatorios. Por otro lado, en la doctrina penal se defiende también 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 resultaría imputable culpablemente a quien realizó dicho hecho, sino a la fatalidad⁽⁴¹⁵⁾.

4. Requisitos

De acuerdo a lo señalado por Hurtado Pozo, el comportamiento comprendido por el estado de necesidad exculpante está determinado por tres factores⁽⁴¹⁶⁾: primero, debe constituir un “hecho antijurídico”,

(414) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 658.

(415) *Ibidem*, pp. 657-658.

(416) Véase HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Ob. cit., p. 676.

es decir típico, y no amparado por una causa de justificación; segundo, debe ser el último medio para salvar el bien jurídico y de manera que cause el menor perjuicio a otro; y tercero, debe estar destinado a proteger el bien en peligro. Respecto a esto último, el agente no solo debe haber conocido la situación de peligro en la que se encuentre el bien jurídico sino que este conocimiento ha de haber sido el motivo que lo impulse a actuar.

A continuación señalaremos los requisitos que debe reunir el estado de necesidad exculpante para constituirse en una causa de inculpabilidad, desde nuestro punto de vista.

4.1. Colisión de intereses de similar jerarquía: La vida, la integridad corporal y la libertad

No puede considerarse justificado el comportamiento de una persona que se encuentra en estado de necesidad, cuando para preservar un bien jurídico en peligro de ser destruido o disminuido realizó un comportamiento típico que lesionó o afectó otro bien jurídico de jerarquía similar, porque con arreglo al Derecho vigente, la exclusión de la antijuricidad requiere que el autor causare un mal por evitar otro mayor inminente (estado de necesidad justificante). Consecuentemente, no excluye la antijuricidad el estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, debiendo ser considerado como causa de inculpabilidad por aplicación de la regla que consagra la impunidad de quien obró violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente⁽⁴¹⁷⁾.

Los bienes jurídicos que se encuentran comprendidos en el estado de necesidad exculpante son la vida, la integridad corporal y la libertad. Pueden tratarse de bienes del mismo sujeto o de las personas con quien este tiene estrecha vinculación. A diferencia del estado de necesidad justificante, esta eximente solo se refiere a bienes jurídicos específicos.

El bien jurídico vida debe ser comprendido en el sentido de la realizada; es decir, la que corresponde a una persona, no podría tratarse de una vida embrionaria: primero, porque ambas etapas del proceso vital son valoradas y protegidas penalmente de manera diferente;

(417) RIGHI, Esteban. Ob. cit., p. 343.

segundo: porque el mismo texto legal hace referencia a que el titular sea una “persona” y, según el Derecho Penal, no lo sería el embrión o feto.

La integridad corporal comprende tanto la constitución física del cuerpo, como la salud física y mental. La doctrina concuerda en requerir que el peligro no debe ser insignificante, la amenaza a la integridad corporal debe ser de cierta entidad, por lo que no bastará, por ejemplo, con la amenaza de simples golpes⁽⁴¹⁸⁾.

En cuanto a la libertad, hay que interpretarla como la de movimiento y no la libertad general de actuar voluntariamente. Las privaciones de libertad mínimas, es decir, los encierros por poco tiempo y no peligrosos, no son abarcados. Tampoco fundamenta un estado de necesidad una privación de libertad efectuada jurídicamente por la autoridad (como es el caso de la prisión preventiva, la ejecución de una pena privativa de libertad, etc.); es distinto el caso de medidas estatales y violentas contrarias a un Estado de Derecho⁽⁴¹⁹⁾.

Respecto a los bienes jurídicos integridad corporal y libertad, tal como hemos indicado líneas arriba, las amenazas que representan la situación de peligro debe ser de cierta magnitud (por ejemplo, no basta el peligro de sufrir un simple arañazo o una brevísima privación de libertad); sin embargo, esto no obsta para que en el caso de la libertad deban considerarse circunstancias como la de la autodeterminación sexual respecto a la violación (que supone un riesgo para la vida e integridad corporal)⁽⁴²⁰⁾. La afectación a la libertad que admite un estado de necesidad exculpante debe limitarse, entonces, a sus expresiones más importantes como la libertad de movimiento o la libertad sexual⁽⁴²¹⁾.

4.2. El peligro debe ser real, actual y grave

La situación de necesidad puede conceptuarse como la presencia de un peligro real, actual y grave de producción de un mal propio o ajeno susceptible de ser evitado mediante el ejercicio de acciones de salvaguarda idóneas *ex ante* que implican la lesión de un bien jurídico

(418) No constituyen ningún peligro para el cuerpo los “peligros de cualquiera”, a los cuales está expuesta de la misma manera toda la población (o la mayoría de ella).

(419) Véase ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. de Manuel Abanto Vásquez. Grijley, Lima, 2007, pp. 342-343.

(420) Véase HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 675.

(421) Véase GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 659.

ajeno, acciones en tal medida necesarias por cuanto no existen medios alternativos menos lesivos. Si no concurre este elemento, no puede hablarse de estado de necesidad y no cabrá apreciar ni siquiera la eximente incompleta⁽⁴²²⁾.

Por peligro actual se entiende, una situación que según la experiencia humana producirá probablemente un daño si no se actúa de inmediato. Se trata de una alta probabilidad de afectación al bien jurídico; de un peligro que no será eludible de otro modo, presentándose la reacción como último medio eficaz del que dispone el amenazado. Si bien la realización del peligro podría tardar, tendría que intervenir ya en el momento actual si no se quiere que sea demasiado tarde para una defensa⁽⁴²³⁾. No interesa el origen del peligro.

El estado de necesidad parte de una situación de conflicto: la situación de necesidad. Supone una situación de peligro para uno o varios intereses que solo puede evitarse lesionando otro u otros intereses. Cabe incluir en el estado de necesidad exculpante a los peligros duraderos, que son estados de peligro amenazante que se pueden transformar en cualquier momento en un daño, sin que pueda decirse exactamente cuando ocurrirá esto. Tales peligros duraderos pueden ser un peligro amenazante que proviene de cosas como la casa en estado ruinoso, la cual puede derrumbarse en cualquier momento o incluso recién meses después; el tirano de la familia, quien de momento está tranquilo, pero en cualquier momento puede pasar a cometer nuevos maltratos; el coaccionante que amenaza al testigo con un peligro para su vida y cuerpo en caso de que declare de conformidad con la verdad, pero de quien no se sabe exactamente cuando hará efectiva la amenaza; o el intruso que invade y siempre regresa al domicilio ajeno, pero cuya aparición nocturna no puede ser determinada con seguridad.

En resumen, puede decirse que la situación de necesidad exige la presencia de un peligro real, actual y grave de producción de un mal propio o ajeno susceptible de ser evitado mediante el ejercicio de acciones de salvaguarda idóneas *ex ante* que implican la lesión de un bien

(422) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita / MARTÍN LORENZO, María / VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. *Derecho Penal. Introducción, teoría jurídica del delito. Materiales para su docencia y aprendizaje*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012, p. 300.

(423) Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 335-336.

jurídico de otra persona, acciones en tal medida necesarias por cuanto no existen medios alternativos menos lesivos⁽⁴²⁴⁾.

4.3. Acción necesaria: Única posibilidad de salvación y elección de la vía de salvación menos lesiva

Se exige que la acción sea necesaria, esto es, que la acción con la que se intenta evitar la lesión de un bien jurídico en peligro sea idónea y constituya el medio menos lesivo. Esta exigencia de subsidiariedad supone que, si existen otros medios menos perjudiciales para salvaguardar el bien jurídico en peligro, no puede optarse por lesionar un bien jurídico o infringir un deber⁽⁴²⁵⁾.

Una exclusión de responsabilidad no entra en consideración cuando el peligro era evitable de otra manera. Esto ocurre cuando existía una posibilidad de eliminar el peligro conforme a la ley; por ejemplo, quien, mediante una queja o apelando ante el encargado del servicio, puede escapar de un peligro no permitido para su integridad corporal en el ejército, pero en vez de ello, comete una deserción.

La gravedad del resultado de la acción de salvamento respecto del interés jurídicamente protegido, no debe estar en una relación desproporcionada frente a la magnitud del peligro evitado. Si solo se puede salvar el bien jurídico en peligro afectando intereses de terceros, se debe recurrir al menos perjudicial de los medios que se tiene a disposición. Poco importa, cual sea el origen de la situación de riesgo. Quien se salva a sí mismo de un peligro para su vida mediante la muerte de un tercero, sigue siendo punible cuando hubiera sido suficiente la simple lesión del otro.

La acción tiene la finalidad de apartar el peligro y debe perseguir subjetivamente la salvación⁽⁴²⁶⁾. Hemos indicado que no debe existir 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 vería excluida.

(424) El estado de necesidad parte de una situación de conflicto: la situación de necesidad. Supone una situación de peligro para uno o varios intereses que solo puede evitarse lesionando otro u otros intereses.

(425) Véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita / MARTÍN LORENZO, María / VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. Ob. cit., p. 293.

(426) WELZEL, Hans. Ob. cit., p. 251.

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⁽⁴²⁷⁾. Ejemplos, Si alguien puede, solicitando protección judicial, escapar a las amenazas de aquel que lo quiere obligar a declarar falsamente, su responsabilidad no se encuentra excluida cuando declara falsamente de todas maneras; tampoco el homicidio de un tirano de la familia, cuando los maltratos esperados hubieran podido ser evitados abandonando la casa o solicitando ayuda policial (por cierto que no deben ser admitidas alegremente las posibilidades alternativas de evitación). Así, raramente es posible una protección efectiva fuera del Tribunal del testigo amenazado, porque no puede ser vigilado ininterrumpidamente; el llamado a la Policía contra el padre de familia abusivo frecuentemente ha demostrado ser inefectivo y el abandono de una casa a menudo no es deseable por motivos familiares⁽⁴²⁸⁾.

En resumen, la acción de salvación ante un peligro para la vida, la integridad corporal o la libertad solo resulta exculpada si lo injusto del resultado del hecho resulta disminuido en forma esencial por la evitación del menoscabo de los bienes que amenazaba. La idea de necesidad se apoya en que no hay otro modo de superar el peligro actual amenazante. La colisión de los bienes jurídicos debe ser real y el peligro debe ser inminente. El peligro no debe ser evitable de otro modo y, la acción tomada debe ser el último recurso para salir de esa situación; la cual, objetivamente, era indispensable y apta para evitar el peligro.

No habrá problemas para aceptar un estado de necesidad exculpante en el caso de que una persona preserve 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⁽⁴²⁹⁾.

(427) Véase GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 660.

(428) Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 336.

(429) GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 660.

4.4. 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 a él mismo o a una persona con quien tiene una estrecha vinculación. Por estrecha vinculación deben entenderse, en primer lugar, los familiares cercanos. 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⁽⁴³⁰⁾.

La fórmula general “persona con quien tiene estrecha vinculación”, debe ser interpretado de manera amplia, comprendiendo toda relación que vincule de manera especial al agente y la persona en peligro, este vínculo puede tener cualquier origen (familiar, amoroso, amistoso, legal, convencional, etc.) y su existencia debe ser comprobada en el caso concreto. De modo que, teniéndose en cuenta las circunstancias personales y materiales, se llegue al convencimiento de que es comprensible que el agente haya actuado de la manera como lo hizo⁽⁴³¹⁾.

5. Casos en los que se excluye el estado de necesidad exculpante

No podrá alegarse un estado de necesidad exculpante si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias. Asimismo, si el peligro que amenaza los bienes jurídicos ha sido causado intencionalmente por el que realiza el hecho antijurídico dirigido a alejarlo. Un deber de tolerancia surge, si existe una particular relación jurídica que obliga a aceptar o soportar el peligro, o si el afectado ha causado previamente el peligro. 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⁽⁴³²⁾.

5.1. Deberes especiales de tolerancia

No procede el estado de necesidad exculpante si al sujeto se le pudo exigir que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias, particularmente si él mismo causó el peligro o estuvo obligado por

(430) Ídem.

(431) Véase HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 675.

(432) GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., pp. 656-657.

una especial relación jurídica. Este último caso es, por ejemplo, el de los bomberos. Sin embargo, Roxin cuestiona cual es el límite máximo de peligro que debe soportar el que se encuentra en una relación jurídica especial, porque ello podría significar hasta la pérdida de la vida⁽⁴³³⁾.

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). Otras situaciones en las que se deben soportar los peligros serían, por ejemplo, las posiciones de garantía y la desproporción del daño causado (por ejemplo, matar para preservar la integridad física)⁽⁴³⁴⁾. Resulta inaceptable que la exigencia llegue al extremo del sacrificio de la vida o integridad corporal. No es objetivo del Derecho Penal imponer comportamientos heroicos.

El supuesto prototípico de obligación de tolerar el peligro corresponde a los deberes jurídicos –no necesariamente públicos– de protección frente a la generalidad, vinculados a una profesión o cargo. Así, además de los bomberos, soldados y policías o miembros, en general, de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, estarían obligados los médicos y enfermeros de hospital, pero también los que ejerzan su profesión privadamente, la tripulación de un barco, los socorristas, e incluso, los miembros de organizaciones privadas con funciones de tutela de la comunidad como la Cruz Roja. Esa obligación tiene siempre como límite el marco de los deberes de su competencia profesional⁽⁴³⁵⁾; por ejemplo, el juez tiene, frente a la generalidad, un deber más elevado de portar peligros, aun cuando este entre en contacto con una cosa determinada recién a través de la pendencia jurídica; luego, cuando prevarica por miedo a las amenazas de una de las partes, está sometido al marco penal. Otro ejemplo, el salvavidas de la piscina tiene una relación jurídica especial, pues aun cuando los usuarios tengan que pagar entrada para entrar dentro de su vigilancia, él está obligado frente al anónimo “cualquiera”, aun no haya realizado el pago correspondiente.

También cuentan plenamente entre las relaciones jurídicas especiales los deberes legales de tolerancia, como el deber de soportar

(433) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal comentado*. Ob. cit., p. 121.

(434) Véase GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 661.

(435) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita / MARTÍN LORENZO, María / VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. Ob. cit., p. 297.

las intervenciones corporales o a soportar privaciones de la libertad. Los derechos coercitivos del Estado no fundamentan una carga desproporcionada.

El ejercicio de derechos especiales convierte al sujeto en obligado a soportar el riesgo, por lo que, según Jakobs: (i) no puede invocar estado de necesidad quien por su especial situación jurídica tiene el deber de soportar el riesgo; (ii) la exigencia surge de aplicar por analogía la regla que excluye el estado de necesidad justificante, cuando la situación de peligro no es extraña al autor; (iii) la obligación de soportar el riesgo puede derivar de un deber institucional (por ejemplo, fuerzas armadas, de seguridad, bomberos) o de responsabilidad por la organización (por ejemplo, guías de montaña, médicos, bañeros o tripulantes de buques); (iv) solo es exigible ese deber en el marco de lo que se puede llevar a cabo sin sacrificar bienes existenciales⁽⁴³⁶⁾.

Es reconocido que el elevado deber de soportar peligros solo rige para peligros específicos de la profesión, entonces, un médico víctima de un naufragio no tiene, por ejemplo, que dar preferencia a otros pasajeros durante el rescate. Por cierto que, en caso de peligros específicos de la profesión, tampoco podrá exigirse que el obligado a la protección acepte la muerte segura o probabilísima; el Derecho promueve la tolerancia de peligros, pero no el autosacrificio consciente de la vida⁽⁴³⁷⁾. Lo decisivo es si al autor “se le pudo exigir soportar el peligro”. Tampoco se puede exigir al soldado, policía y bombero el sacrificio seguro de su propia vida.

5.2. El peligro causado por uno mismo

La causación del peligro determina responsabilidad por el comportamiento precedente⁽⁴³⁸⁾, porque al igual que en el estado de necesidad justificante, se requiere que el autor haya sido extraño a la creación de la situación de peligro, lo que no puede ser apreciado en términos de estricta causalidad material o física, pues la mera relación del autor con la creación de la situación de peligro, no veda la posibilidad de invocar la necesidad. En consecuencia: (i) no puede ampararse en la situación de necesidad quien intencionalmente causó la situación de

(436) Jakobs citado por RIGHI, Esteban. Ob. cit., p. 346.

(437) Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 350-351.

(438) Cfr. JAKOBS, Gunther. Ob. cit., p. 695.

peligro, sea que haya obrado con dolo directo o eventual; (ii) tampoco puede invocarla quien es autor de una causación imprudente de la situación de peligro; y (iii) sin embargo, cuando se trata de auxilio a terceros, la inculpabilidad no encuentra impedimento en el hecho de que el beneficiario haya creado culposamente la situación de peligro⁽⁴³⁹⁾.

En el caso inverso de que sea el rescatado, y no el autor en estado de necesidad, quien ha causado el peligro (la mujer se pone “por su culpa” en una situación de necesidad y su marido la rescata lesionando a un tercero) se tendrá igualmente que admitir por regla general una exclusión de responsabilidad.

6. Elementos subjetivos. El error sobre la concurrencia de un estado de necesidad exculpante

Se podría plantear la cuestión de si es preciso un especial elemento subjetivo en el estado de necesidad. Es decir, si para estar amparado en un estado de necesidad, basta un conocimiento de que se dan las circunstancias de esta eximente o, por el contrario, ha de actuarse con un especial ánimo de salvaguardar el bien jurídico. El texto legal exige que el autor haya actuado “para evitar el peligro (...)”. Tiene que haber sido motivado, entonces, por una voluntad de rescate, de manera que todavía no exculpa el simple conocimiento del peligro existente. El sujeto debe haber actuado impulsado por el estado de necesidad, su orientación final era lograr evitar el peligro para sí o para otro. No se precisa que el motivo del rescate tenga su origen en impulsos nobles, así como tampoco que constituya el objetivo del autor. Es igualmente impune quien salva no por su cariño, sino porque no quiere aparentar ser un cobarde o porque espera que el rescatado lo nombre su heredero.

Villavicencio, para los casos de desconocimiento o falsa suposición de la situación de necesidad (el caso del sujeto que ignora la situación objetiva y actúa), considera que existe culpabilidad porque el ámbito de autodeterminación permanece intacto, pues la necesidad no influyó en su motivación. Diferente es la situación del sujeto que supone falsamente que se encuentra ante una situación de necesidad existente;

(439) RIGHI, Esteban. Ob. cit., pp. 345-346.

el mencionado autor considera que se trataría de un error de prohibición (artículo 14 del Código Penal)⁽⁴⁴⁰⁾.

Las reglas relativas al error de prohibición, es decir, las que derivan de equivocaciones sobre la concurrencia de situaciones o normas justificantes, resultan de aplicación a los supuestos en que el autor padece un error sobre la concurrencia de un estado de necesidad disculpante. La opinión dominante admite entonces un estado de necesidad putativo referido a circunstancias que exculparían el hecho⁽⁴⁴¹⁾, al que algunos definen como la suposición equivocada de la inexigibilidad del comportamiento conforme a derecho⁽⁴⁴²⁾, otros lo presentan como un error que recae sobre los presupuestos objetivos de una causa de exculpación⁽⁴⁴³⁾, o lo fundamentan en la concurrencia de especiales errores exculpantes⁽⁴⁴⁴⁾.

7. Efectos

El estado de necesidad exculpante excluye la culpabilidad del que actuó para alejar la situación de peligro amenazante, por ende, será eximido de responsabilidad penal. 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 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 otro lado, la antijuricidad 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, constituyen 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⁽⁴⁴⁵⁾.

(440) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal comentado*. Ob. cit., p. 121.

(441) Cfr. JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. cit., p. 442.

(442) Cfr. MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz. Ob. cit., pp. 680 y ss.

(443) Así, ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, p. 707.

(444) Bacigalupo citado por RIGHI, Esteban. Ob. cit., p. 346.

(445) Véase GARCÍA CÁVERO, Percy. Ob. cit., pp. 661-662.

Capítulo VI

LA FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE (Artículo 20.6 del Código Penal)

Capítulo VI

La fuerza física irresistible

(artículo 20.6 del Código Penal)

I. FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE

Se exime de responsabilidad penal al que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza, de acuerdo con el inciso 6 del artículo 20 del Código Penal. Esta fuerza debe tener una entidad tal que haga al sujeto incapaz de dirigir sus movimientos, que lo haga obrar mecánicamente.

El fundamento de la fuerza irresistible, como eximente de responsabilidad penal, radica en la falta de voluntad o de conciencia en el accionar, a la ausencia de una conducta final⁽⁴⁴⁶⁾. Cuando el hecho punible se realiza por constreñimiento físico, el autor que viola la norma jurídica puede saber que comete un acto contrario a la ley, pero el hecho que se ha generado no sería una manifestación de su voluntad, sino una causa puramente física: *non agit, sed agitur*.

La fuerza física irresistible se manifiesta tanto en los delitos comisivos –un ejemplo de tipicidad activa particularmente interesante es el del ebrio que toma el volante poniendo sus manos con fuerza sobre las del conductor desviando el vehículo contra un transeúnte⁽⁴⁴⁷⁾–, como en los omisivos, cuando se impide al afectado, sea por medios naturales, mecánicos o por obra del hombre, la evitación del resultado, v.gr.

(446) En ese sentido, CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte general*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 547 y s.

(447) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. T. III. Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 138.

cuando X encierra a Y en una habitación para que no socorra a su hijo Z, que se está ahogando. Mientras la fuerza irresistible en la conducta positiva, que supone un despliegue de energía, elimina la voluntad, en las omisiones anula la capacidad de realizar acciones de salvamento, lo cual no obsta para que el afectado pueda desarrollar otros comportamientos como el gritar o pedir auxilio, que son acciones irrelevantes respecto a la conducta esperada, pero que pueden acreditar que se ha cumplido con el deber que impone la particular y especial posición de garantía⁽⁴⁴⁸⁾. En estos casos, quien acciona es el que usa la fuerza; el comportamiento de la persona forzada carece de trascendencia, ya que en el hecho se le instrumentaliza. Como señala Maurach, este último sería “el brazo prolongado del sujeto activo de la fuerza”⁽⁴⁴⁹⁾.

La fuerza física irresistible es completamente superflua y de nula relevancia política criminal, pues es un estímulo externo, extraño al agente, que le genera un movimiento involuntario.

1. Definición

La fuerza física irresistible es llamada también *vis absoluta* o *vis ablativa*, elimina no solo la formación de la voluntad, sino la voluntad misma como sustrato psicológico y material de la conducta⁽⁴⁵⁰⁾. Aquí no se dobla o reduce la libertad, sino que se la deroga. El hombre opera como cualquier instrumento de la naturaleza, sin diferenciarse de otra fuerza causal o mecánica. Por ello, se exige, con razón, un constreñimiento material y la exclusión de la voluntad⁽⁴⁵¹⁾.

Como ejemplos de fuerza física irresistible podemos citar los siguientes: una persona que coge la mano a otra para que llene o suscriba un documento; el cirujano que se encuentra con el bisturí en la mano pronto a operar y recibe un empujón de un tercero para que corte a una mujer encinta y le provoque un aborto, o a un niño de meses de nacido para que le cause lesiones o la muerte. En el delito de daños,

(448) CASTILLO ALVA, José Luis. “Fuerza física irresistible”. En: *Código Penal comentado*. T. I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 738.

(449) MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, T. II. Trad. de Juan Córdoba Roda, Ariel, Buenos Aires, 1962, p. 282.

(450) Cfr. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte general*. T. II. 5ª edición. Tecnos, Madrid, 1996, p. 66.

(451) CASTILLO ALVA, José Luis. “Fuerza física irresistible”. En: *Código Penal comentado*. T. I. Ob. cit., p. 735.

hacer derribar mediante un empujón piezas de porcelana valiosas. Se puede plantear también esta eximente en los casos de fuerza física indirecta, como cuando alguien avería los frenos del vehículo de una persona y esta atropella a otra causándole lesiones o la muerte. Según un sector doctrinal importante, cabe estimar aquí un caso fortuito⁽⁴⁵²⁾, mientras que otro sector ve, un supuesto de fuerza física irresistible⁽⁴⁵³⁾.

Esta eximente implica una fuerza material o física ejercida sobre el sujeto (se excluye, por tanto, la fuerza moral o psíquica), de carácter exógeno (se descarta una emoción violenta del sujeto o un impulso emotivo interno irreprimible), ejercida por un tercero o la naturaleza, que sea irresistible (que no pueda contrarrestarse o vencerse), de modo tal que el sujeto quede convertido en un mero instrumento u otro objeto de la naturaleza⁽⁴⁵⁴⁾. La fuerza ha de ser absoluta, de tal modo que el sujeto se encuentre anulado en su capacidad de reacción.

2. Naturaleza jurídica

La fuerza física irresistible es una causa excluyente de la acción. Es el único de los supuestos de **ausencia de acción**⁽⁴⁵⁵⁾ que se encuentra regulado expresamente en el Código sustantivo como una circunstancia eximente de responsabilidad penal. Se caracteriza por la violencia física o material de origen externo ejercida sobre el agente que anula su voluntad y lo transforma en mero instrumento de realización del delito.

(452) Así LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte general I*. Universitas, Madrid, 1996, p. 278.

(453) RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español*. 17ª edición, Dykinson, Madrid, 1994, p. 501; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 302; GÓMEZ BENITES, Manuel. *Teoría jurídica del delito*. Civitas, Madrid, 1984, p. 111.

(454) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 301.

(455) Los otros son los **movimientos reflejos** (que son propiamente hechos humanos que, al surgir fuera de nuestra voluntad no pueden ser considerados como acciones. Son aquellos que no pasan por los centros superiores cerebrales, no apreciándose por lo tanto voluntariedad; tenemos los casos de los movimientos instintivos de defensa o paralizaciones momentáneas por impresión física o psíquica; por ejemplo, quien trasladando una olla de agua hirviendo, producto del vapor del agua caliente retira instintivamente la mano, dejando caer la olla sobre otra persona, ocasionándole lesiones por quemaduras; o el caso de un sujeto que efectúa un movimiento brusco al tocar una conducción eléctrica, producto de lo cual hiere a otra persona) y los **estados de inconciencia** (en este supuesto, se presenta una total ausencia de las funciones mentales superiores del hombre. La falta de conciencia debe ser total, el accionar de la persona debe estar totalmente desligado del mundo, por lo que no puede serle imputado el acto. Hablamos de momentos en los que el sujeto que realiza la acción no es plenamente consciente de sus actos; para ser admitidos como excluyentes de la acción requiere de análisis y estudios cuidadosos. Ejemplo: A bajo efecto de la ebriedad alcohólica absoluta, mata a B. A no es responsable por la muerte de B, puesto que no tenía control sobre sus actos).

La fuerza irresistible anula el control de los movimientos por la voluntad, por lo que se considera que no hay comportamiento⁽⁴⁵⁶⁾, la persona actúa sin capacidad de acción. Esta fuerza debe ser absoluta, es decir, el sujeto no debe tener la posibilidad de actuar de otra forma⁽⁴⁵⁷⁾; por ejemplo, se produce un terremoto y las personas que viven en un edificio pugnan por salir, al llegar a las escaleras, una resbala y cae sobre otra produciéndole lesiones. En este caso, el sujeto que resbaló actuó por fuerza física irresistible –el temblor–, por lo que no hay acción. Un caso diferente se da si fue una persona la que produjo la fuerza física irresistible, pues esta sí responde penalmente, por ejemplo, si A empuja a B para que impulse a C que se encuentra al borde de un barranco y, efectivamente C cae y muere, A responde por la muerte de C, mientras que B solo fue víctima de una fuerza física irresistible –empujón– producida por A⁽⁴⁵⁸⁾.

El suceso realizado bajo la influencia de una fuerza física irresistible, no puede ser considerado como una acción. El violentado es un instrumento ciego de quien ejerce la violencia. El resultado causado no es producto de su actividad. En realidad, la acción no le pertenece. Por ejemplo, si Pedro hace bruscamente que Juana con su cuerpo rompa una vitrina, quien produce el daño al patrimonio ajeno es Pedro, y lo mismo da que se sirva del cuerpo de Juana o de una piedra. Otro ejemplo, se lleva violentamente la mano de otro a la escopeta que ha de ser disparada. En tales casos solo se considera como autor al que ejerció la fuerza. Por lo mismo, la simple coacción (*vis compulsiva*) no es suficiente, pues el coaccionado –a diferencia del sometido a una fuerza física irresistible– actúa con voluntad, aun cuando esta padezca de una deformación que la afecta de modo sustancial. Obra coaccionado, por ejemplo, quien hace o se abstiene de hacer algo por “miedo insuperable de un mal igual o mayor” (artículo 20.7 del Código Penal)⁽⁴⁵⁹⁾.

(456) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita / MARTÍN LORENZO, María / VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. Ob. cit., p. 89.

(457) Véase Velásquez: “(...) la fuerza física tiene que ser **irresistible**, esto es, tiene que tratarse de una *vis* que doblega y arrastra la voluntad del individuo, el cual es llevado por ella de modo que no pueda oponerse, en otras palabras la persona no obra, es obrada: *non agit sed agitur*”. En: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 317.

(458) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., pp. 159 y s.

(459) Véase HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Ob. cit., p. 399.

La fuerza física irresistible no anula la antinormatividad por ser una causa de justificación ni tampoco constituye una hipótesis de inculpabilidad, esta se estatuye como una modalidad de ausencia de acción irrelevante para el Derecho Penal, por lo que se muestra inoficioso valorar esta modalidad, tanto en la antijuricidad como en la culpabilidad.

3. Supuestos de fuerza física irresistible

La fuerza física irresistible puede provenir de una conducta humana o de una fuerza de la naturaleza (viento, inundación, fuego, etc.) y debe privar al ser humano de la posibilidad de conducirse, de dirigir sus movimientos. Si no llegan a tener esta entidad, podrán ser –siempre que reúnan los requisitos necesarios– supuestos de coacción o de estado de necesidad justificante o exculpante. A continuación procederemos a señalar las características principales de los supuestos de fuerza irresistible⁽⁴⁶⁰⁾.

3.1. Fuerza física irresistible proveniente de una conducta humana

Es una fuerza física irresistible proveniente de la violencia de un tercero. Como ejemplos de fuerza física de origen humano, podemos citar los siguientes: el policía maniatado para impedir el cumplimiento de su deber; quien es empujado desde una altura sobre una persona a quien se produce lesiones corporales; el que le quita el volante al conductor por la fuerza y causa una muerte, etc. Existe una fuerza irresistible que no elimina la conducta, que es la del que se coloca voluntariamente bajo el poder físico de otro. La fuerza física irresistible debe provenir del exterior.

3.2. Fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza

Nos referimos a la fuerza irresistible de origen natural, es decir, las fuerzas producidas por la corriente del agua, del viento, de un aluvión, de la caída de un árbol, etc., por ejemplo, el fuerte oleaje que arroja a una persona sobre otra, quedando esta lesionada a consecuencia del impacto⁽⁴⁶¹⁾. Es penalmente responsable el sujeto que se

(460) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. T. III. Ob. cit., pp. 138 y s.

(461) Véase CASTILLO ALVA, José Luis. “Fuerza física irresistible”. En: *Código Penal comentado*. T. I. Ob. cit., p. 736.

coloca voluntariamente al alcance de los efectos de una fuerza irresistible proveniente de la naturaleza o de la fuerza de un tercero (*actio liberae in causa*).

4. Características de la fuerza física irresistible

La fuerza material –física– irresistible debe ser externa al sujeto, debe corresponder a un tercero o a una fuerza natural, y debe ser de tal intensidad que no pueda ser resistida por aquel sobre quien recae; en el hecho lo convierte en un mero instrumento, como sucede con el que recibe un violentísimo empujón que lo hace caer sobre un niño a quien lesiona. En esa situación no ha mediado de parte del sujeto voluntad para efectuar el movimiento, ni menos la finalidad de golpear al niño, de manera que no hubo acción de lesionar. Las características principales de la fuerza física irresistible son las siguientes⁽⁴⁶²⁾.

4.1. Desde el punto de vista cualitativo, ha de tratarse de una fuerza física y no cabe la intimidación (*vis moralis*)

Durante largo tiempo se han confundido las hipótesis de fuerza física irresistible (por ejemplo, el individuo que es empujado contra un escaparate lleno de porcelanas y cristales, el que recibe un empujón y cae sobre una persona lesionándola; y los más alambicados, como el que le lleva el brazo con el puñal para herir a un tercero, etc.), con los de coacción y estado de necesidad. Sin embargo, en estas últimas, el individuo es dueño de sus movimientos, existe acción, aunque esta no es libremente decidida por él. Por ello, tal coacción y el estado de necesidad son problemas de justificación o de inculpabilidad, en tanto que la fuerza física irresistible es un problema de acción o conducta⁽⁴⁶³⁾.

Cuando se obra compelido por una fuerza física irresistible, el violentado es un mero instrumento de otro. No hay de su parte manifestación de voluntad, ni por tanto acción, sin perjuicio de que la haya de parte de quien ejerce la violencia, que es quien tiene el dominio del hecho. En la violencia moral (coacción), la voluntad del individuo está presente, pero no es libre en su elección; carece de la posibilidad de dirigir libremente sus acciones. Quien tiene el cañón de una

(462) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita / MARTÍN LORENZO, María / VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. Ob. cit., p. 89.

(463) Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. T. III. Ob. cit., pp. 136 y s.

pistola en la nuca para obligarlo a sustraer los valores de una caja de hierro cuya combinación conoce y el coaccionante ignora, puede aun elegir entre dar las vueltas correspondientes al mecanismo o negarse a hacerlo; pero es evidente que no lo hace libremente, ni sin riesgo. El violentado no puede hacer otra cosa, el coacto todavía puede, aunque el Derecho no le puede exigir que lo haga⁽⁴⁶⁴⁾. La acción no se halla excluida debido a que no anula totalmente la voluntad. En este tipo de fuerza se actúa bajo amenazas, incidiendo en el proceso motivador de la toma de decisión del agente⁽⁴⁶⁵⁾, por eso no se afecta a la acción, sino, más bien, a la antijuricidad (legítima defensa, estado de necesidad) o a la culpabilidad (miedo insuperable)⁽⁴⁶⁶⁾, por ejemplo, el administrador de una agencia bancaria que se apodera de una cantidad de dinero para pagar un rescate⁽⁴⁶⁷⁾.

La *vis compulsiva*, llamada también violencia moral, es de naturaleza eminentemente psicológica, y actúa sobre las motivaciones y el proceso de formación de la voluntad. La violencia moral o coacción, por más intensa que sea, no elimina el carácter voluntario de la conducta, aunque según su grado puede terminar constituyendo una causa de exclusión de la culpabilidad (v.gr. estado de necesidad exculpante, miedo insuperable)⁽⁴⁶⁸⁾. Como sostuvo Carrara, “toma parte el hombre interno y el hombre externo”: en el “ánimo del hombre violentado” por “el anuncio de un mal grave e inminente” o por el “ímpetu de las pasiones”, se produciría una “anulación del libre arbitrio”⁽⁴⁶⁹⁾. Politoff, Matus y Ramírez convienen en que se trata de un estímulo “de origen externo o interno”, que haya producido en el sujeto, por su gravedad e intensidad, una alteración psíquica que conduzca a una profunda alteración de su capacidad de autodeterminación. La presión psíquica no anula enteramente la libertad del hechor, quien podría omitir la

(464) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 361.

(465) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte general I*. Universitas, Madrid, 1999, p. 278.

(466) Ídem; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 219.

(467) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Ob. cit., p. 274.

(468) CASTILLO ALVA, José Luis. “Fuerza física irresistible”. En: *Código Penal comentado*. T. I. Ob. cit., p. 735.

(469) Citado por POLITOFF L., Sergio / MATUS A., Jean Pierre / RAMÍREZ G., María Cecilia. Ob. cit., p. 342.

conducta ilícita, afrontando las consecuencias, pero ello le es inexigible, ya que su capacidad de decisión libre está reducida a un mínimo⁽⁴⁷⁰⁾.

En síntesis, la diferencia entre la *vis compulsiva* y la *vis absoluta* es que en la primera el movimiento responde a una manifestación de voluntad del individuo, que lo dirige con sentido a pesar de que obra bajo amenaza; en cambio, en la *vis absoluta* el movimiento responde a la voluntad de quien ejerce la fuerza. El sujeto violentado no domina la acción; es utilizado como “cosa”⁽⁴⁷¹⁾; por ejemplo, el carnicero que está cortando un pedazo de la res sobre la mesa, del otro lado de la cual está la clientela y recibe un golpe en el codo que impulsa el brazo y con él el cuchillo, de modo que va a penetrar en el vientre de un parroquiano. En los delitos de omisión, los supuestos son más fáciles de determinar, como es el caso del individuo a quien se lo sujeta por la fuerza para que no realice la acción, y aun aquel a quien se le ata⁽⁴⁷²⁾.

Como vemos, la fuerza física exterior irresistible (*vis absoluta*) es esencialmente distinta a la coacción (*vis compulsiva*) y es por ello que producen efectos diversos. En los casos de fuerza física irresistible, como hay una total ausencia de voluntad, al autor le es imposible evitar el comportamiento. No se puede afirmar en cambio que quien obra coaccionado lo haga sin voluntad, pues en realidad quiere producir el resultado. Como su voluntad existe, aunque viciada, no puede predicarse inevitabilidad, con lo que no se trata de un caso de exclusión de la acción, debiendo considerarse el vicio en otro estrato de la teoría del delito. Así, por ejemplo, carece de voluntad quien causa un aborto al ser empujado sobre el cuerpo de la embarazada, por lo que se debe predicar una exclusión de una acción que fue inevitable. Es diferente el caso de quien causa un aborto como consecuencia de una amenaza, ya que su impunidad no deriva de la inexistencia de acción. Se trata de un sujeto que obró voluntariamente, por lo que la circunstancia de que haya obrado sin libertad debe ser considerada en el ámbito de la culpabilidad⁽⁴⁷³⁾.

Se excluyen de la fuerza física irresistible los supuestos de violencia moral o de coacción que, como ya hemos indicado, se caracterizan

(470) Ídem.

(471) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., pp. 227-228.

(472) Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit., pp. 219 y s.

(473) Véase RIGHI, Esteban. Ob. cit., pp. 146 y s.

no por anular la voluntad del sujeto, sino por reducir el ámbito de su libertad. El sujeto intimidado que cede a la amenaza actúa voluntariamente, por más que no libremente.

El que llevado por un insuperable afán de salvación de sí mismo o de parientes cercanos, fuera del caso de legítima defensa, comete un hecho para evitar un peligro mortal que amenaza actualmente, puede hallarse moralmente forzado a tal hecho de tal manera que en realidad lo comete como consecuencia de una “*vis compulsiva* moral”, esto es, cuando el individuo realiza un determinado acto u omite llevarlo a cabo, debido a las amenazas de un mal, al sufrimiento espiritual, etc. No está claro si pueden aceptarse como casos de fuerza irresistible los supuestos de actuar bajo los efectos de los narcóticos o el hipnotismo. Aquí, no puede plantearse fuerza moral dado que no se afecta al proceso de motivación del sujeto, sino como dice Mir Puig, se sustituye y pasa por encima de ella⁽⁴⁷⁴⁾.

4.2. Debe tener un origen externo (ajeno al sujeto), sea por una persona o un fenómeno natural

El origen de la fuerza debe ser externo y ajeno al sujeto y puede provenir de un tercero o de la naturaleza. El precepto contenido en el artículo 20.6 del Código Penal no hace referencia a la fuerza física proveniente de un objeto (v. gr. una máquina descompuesta empuja o fuerza un determinado movimiento dañino por parte del sujeto)⁽⁴⁷⁵⁾.

La medida de la fuerza física irresistible ha de contemplarse desde una perspectiva *ex ante* teniendo en cuenta la posibilidad de actuación de un hombre medio en las mismas circunstancias y condiciones que el autor.

Se discute acerca de la índole de los impulsos admisibles como fundamento de la eximente. Hay quienes piensan que solo las pasiones asténicas pueden ser tomadas en cuenta para la exculpación, mientras otros no excluyen el impulso vindicativo y la ira. Sin embargo, no hay ausencia de conducta en los casos en los que el sujeto actúa impulsado por emociones internas, como es el caso de la ira. Si la fuerza procede de una persona, esta responderá como autor del hecho.

(474) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición. Ob. cit., p. 188.

(475) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 301.

4.3. Desde el punto de vista cuantitativo, la fuerza ha de ser irresistible (*vis absoluta*)

El fundamento de este supuesto es que se trata de movimientos corporales del autor que no están orientados por la voluntad, ya que son la consecuencia de fuerzas externas inevitables, que determinan al agente a obrar en forma mecánica, sea por la acción de otros individuos (por ejemplo, una avalancha), o por una fuerza natural (como una corriente de agua)⁽⁴⁷⁶⁾.

El adjetivo irresistible supone un alto grado de inexigibilidad y su interpretación en tal sentido garantiza que la disculpa no se amplíe en forma inmoderada⁽⁴⁷⁷⁾. Cuando el sujeto emplea toda su energía para doblegar la fuerza física que pesa sobre él, pero aun así no le alcanza, se estaría frente a una hipótesis genuina de fuerza física irresistible. Idéntico caso es el de quien, no pudiendo sobreponerse, termina cediendo completamente a la fuerza. Sin embargo, resulta problemático el supuesto en el que el sujeto, pudiendo oponerse eficazmente a una fuerza, no hace nada por resistir o sencillamente permanece inactivo. Cada supuesto se tiene que resolver según las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta la importancia del bien jurídico, la entidad de la fuerza, la naturaleza e importancia de los deberes infringidos, las capacidades individuales del agente, entre otros factores⁽⁴⁷⁸⁾.

Podemos concluir que no puede admitirse una fuerza física que únicamente amedrente al sujeto y le obligue a actuar ante el temor de que la violencia continúe. En este caso, hay voluntariedad, aunque esa fuerza resistible puede tener eficacia eximente o atenuadora de la responsabilidad, pero por motivos diversos a la presencia de un comportamiento humano voluntario. Habitualmente, en los supuestos en los que puede apreciarse fuerza irresistible nos encontramos con situaciones de inmovilidad del sujeto activo.

(476) RIGHI, Esteban. Ob. cit., p. 146.

(477) POLITOFF L., Sergio / MATUS A., Jean Pierre / RAMÍREZ G., María Cecilia. Ob. cit., p. 343.

(478) CASTILLO ALVA, José Luis. "Fuerza física irresistible". En: *Código Penal comentado*. T. I. Ob. cit., p. 737.

5. Críticas a la formulación de la fuerza física irresistible como eximente de responsabilidad en el Código Penal

La ausencia de todo contenido subjetivo (anímico o espiritual) en el autor o la falta de voluntad o conciencia que dirija el proceso causal originan las denominadas “causas de ausencia de acción”, dentro de las cuales, cabe incluir a la fuerza física irresistible.

En los casos de fuerza irresistible el fundamento de la exculpación es que no puede formularse un reproche a la persona que carecía de voluntad, de libertad de elección. Se citan como excluyentes de la acción, por ejemplo, una inundación, que impide al agente prestar ayuda a una persona en peligro; accidentes del tránsito causados por una escarcha imprevisible, ráfagas de viento, una enfermedad repentina, etc.

Un acto automático interiorizado mediante el aprendizaje y el constante ejercicio constituye una acción a pesar de que se ha efectuado sin ninguna o casi ninguna reflexión. El efecto penal se presenta, pues, cuando se trata de una reacción interiorizada o cuando esta es inadecuada. Este tipo de actos es común a diversas actividades, por ejemplo, en la utilización de aparatos o vehículos (en el caso de la conducción de automóviles, la reacción brusca ante un obstáculo inesperado)⁽⁴⁷⁹⁾.

La formulación de la eximente de fuerza física irresistible contenida en el inciso 6 del artículo 20 del Código Penal, devendría en innecesaria, pues, basta interpretar correctamente el artículo 11 del mismo cuerpo de leyes, que señala lo siguiente: “Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”. La fuerza física irresistible exime de responsabilidad al excluir la posibilidad de acción y omisión⁽⁴⁸⁰⁾. Además, se dotaría de uniformidad a la sistemática del Código Penal de no regular ninguna causal de ausencia de acción.

De lo mencionado, podemos concluir que se excluye la responsabilidad penal no solo en casos en que se obra por fuerza física irresistible sino de cualquier otra causal de ausencia de acción (movimientos reflejos, estados de inconciencia).

(479) Roxin citado por HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Ob. cit., p. 399.

(480) En el Código Penal español ha desaparecido la fuerza física irresistible del catálogo de eximentes. Véase al respecto MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición. Ob. cit., p. 186; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Universitas, Madrid, 1996, p. 276.

Para culminar, se puede indicar que el inciso 6 del artículo 20 del Código Penal está imprecisamente redactado. Si constituye una causal de ausencia de acción (doctrina nacional unánime), entonces no debe declarar exento de pena al que “obra” por una fuerza física irresistible. Pues quien ya obra, en cualquier caso, actúa, realiza un comportamiento, y no puede estar incurso en causal de ausencia de acción alguna⁽⁴⁸¹⁾.

(481) CASTILLO ALVA, José Luis. “Fuerza física irresistible”. En: *Código Penal comentado*. T. I. Ob. cit., p. 733.

Capítulo VII

EL MIEDO INSUPERABLE (Artículo 20.7 del Código Penal)

Capítulo VII

El miedo insuperable

(artículo 20.7 del Código Penal)

I. EL MIEDO INSUPERABLE

El inciso 7 del artículo 20 del Código Penal peruano libera de responsabilidad a la persona que obra compelida por miedo insuperable de un mal igual o mayor. El miedo se entiende como un estado emocional producido por el temor fundado de un mal efectivo, grave e inminente, que sobrecoge el espíritu, nubla la inteligencia y domina la voluntad, determinando al agente la realización de un acto que sin esa perturbación psíquica sería delictivo⁽⁴⁸²⁾.

Si bien el miedo es un estado emocional intenso, no debe alcanzar el grado de privar al sujeto de sus facultades psíquicas, pues de así ocurrir, nos encontraríamos en una situación de privación total de razón temporal⁽⁴⁸³⁾. En efecto, no debería entenderse como terror, pues tal privación de facultades en el autor podría originar un caso de inimputabilidad que anule enteramente la voluntad del agente. Por supuesto, hay un efecto psíquico ya en el temor, pero este no necesita quitar al sujeto toda posibilidad de optar por una u otra reacción frente a la amenaza de un mal o ante una situación de peligro. Si tal fuera la intensidad exigida por la disposición señalada líneas arriba, sería esta innecesaria, bastando la exención por trastorno mental transitorio⁽⁴⁸⁴⁾.

(482) Véase POLITOFF L., Sergio / MATUS A., Jean Pierre / RAMÍREZ G., María Cecilia. Ob. cit., pp. 346-347.

(483) Véase GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 243.

(484) POLITOFF L., Sergio / MATUS A., Jean Pierre / RAMÍREZ G., María Cecilia. Ob. cit., p. 347.

El miedo al que nos referimos, aun afectando psíquicamente al autor, “le deja una opción o posibilidad de actuación”⁽⁴⁸⁵⁾.

1. Definición

El miedo es la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario. Es el recelo o aprensión que uno tiene que le suceda una cosa contraria a lo que desea. Es un estado psicológico personalísimo que obedece a estímulos o causas no patológicas. El miedo tiene que ser insuperable, es decir, superior a la exigencia media de soportar males y peligros; esta eximente se constituye cuando no puede ser posible exigir al sujeto que se comporte de otra manera, por ejemplo, los comuneros que brindan alimentos a unos delinquentes terroristas por temor a que los maten no podrían ser sancionados penalmente.

Bustos Ramírez señala que “en las situaciones de miedo insuperable, el sujeto se encuentra sometido a la presión que le produce el miedo por la amenaza de un mal. Se trata de determinar en esa situación concreta, en un juicio valorativo *ex ante* colocándose en la situación de la persona concreta, si el Estado le podía exigir un actuar contrario a sus propios intereses en la resolución del conflicto”⁽⁴⁸⁶⁾. El miedo estimula, empuja al autor a tomar una decisión que no hubiera adoptado de no haber estado sometido a la presión circunstancial. En consecuencia, el agente debe representarse tanto el daño, como el peligro que este implica para uno de sus bienes jurídicos. Puede tratarse de cualquier bien, aunque sería más fácil admitirlo cuando se trate de bienes personales de gran valor (por ejemplo, la vida o la integridad corporal en comparación al patrimonio). Dada la índole de la eximente, fundada sobre todo en la no exigibilidad, el mal no requiere ser siempre real. Es decir, que la persona concernida puede actuar atemorizada por un mal irreal, imaginado por ella misma. Poco importa, así mismo, que sea originado por el comportamiento de un tercero o por fenómenos de la naturaleza; por ejemplo, la persona que causa daños a la propiedad ajena para poder escapar de la muerte que teme que le puede causar un incendio, el mismo que ha supuesto al percibir

(485) MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 406.

(486) BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 380.

el humo intenso proveniente del piso inferior y causado por niños jugando a quemar papeles⁽⁴⁸⁷⁾.

Es importante señalar que el miedo provocado por un acto lícito (como es el caso de la interpelación por parte de la policía o la pesquisa policial, por ejemplo) no puede dar lugar a la eximente.

2. Naturaleza jurídica

Si bien la tendencia mayoritaria considera al miedo insuperable como una causal de **no exigibilidad de otra conducta**⁽⁴⁸⁸⁾ (causa de exculpación), existen otros autores que afirman que es una causa de justificación o una causa de inimputabilidad. Villavicencio Terreros⁽⁴⁸⁹⁾ considera a la primera de las opciones como la más adecuada, reconociendo que hay posiciones que sostienen que se puede apreciar una base de una situación de necesidad, lo que haría superflua una regulación expresa de esta figura.

La consideración del miedo insuperable como una causa de justificación se da desde un criterio preventivo-general estricto. Gómez Benítez sostiene que solo las personas no motivables por el Derecho Penal actúan sin culpabilidad⁽⁴⁹⁰⁾, esto no sucedería en las situaciones de miedo insuperable, al menos si no se las considera como situaciones de trastorno mental transitorio. En estos casos el sujeto es motivable y el Derecho podría, por tanto, intentar inhibir a las personas a actuar típicamente. Podría pero no quiere hacerlo, porque está asumido socialmente que los hechos realizados en tal estado no deben ser punibles en general⁽⁴⁹¹⁾.

Se trataría de una eximente de la responsabilidad criminal que, conforme al tenor literal del Código Penal, solo requiere la actuación bajo el impulso de un miedo insuperable. Ese dato conduce, en un primer vistazo, a ver el miedo insuperable como un supuesto de inimputabilidad, en concreto, como un trastorno mental transitorio, donde el sujeto está perturbado psíquicamente. Sin embargo, esa comprensión

(487) Véase HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 682.

(488) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas*. T. I. Ob. cit., p. 1174; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 406.

(489) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 641.

(490) GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Ob. cit., pp. 437-438.

(491) PAREDES VARGAS, César. "Miedo insuperable". En: *Código Penal comentado*. T. I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 749.

dejaría vacía de contenido a esta eximente, por lo que tanto la jurisprudencia como la doctrina optan por conferirle otro ámbito de aplicación vinculado a la idea de inexigibilidad y de anormalidad en la motivación por la norma debida a las circunstancias en que se realiza la conducta⁽⁴⁹²⁾.

Para que pueda admitirse la inexigibilidad de otra conducta, es preciso una aprensión ante un grave peligro o amenaza, que corresponda por su intensidad al sentido del adjetivo insuperable. El baremo para determinar la insuperabilidad del miedo no ha de ser otro, al igual que en la fuerza irresistible, que el fundamento mismo de la exculpación: la inexigibilidad para el que padece el miedo, en el caso concreto y en sus circunstancias concretas. Sin embargo, no hay duda que al que ha elegido una función o actividad que coloca al sujeto en constante relación con el peligro, como es el caso del militar de profesión o el del policía, se le imponen mayores exigencias, en razón de su vocación y entrenamiento especial, para acoger la causal de inexigibilidad por miedo. En tal sentido es razonable la referencia al hombre medio.

El papel de la eximente de miedo insuperable es, en gran medida, el de una eximente supletoria, con una función de recogida. Así ocurre en la práctica, donde se emplea como cláusula residual para acomodar supuestos próximos a otras eximentes, si bien finalmente no encajan en sus márgenes, como, por ejemplo, supuestos de exceso intensivo en la legítima defensa o de solución de un conflicto de intereses sin acomodarse a los requisitos de subsidiariedad y ponderación de males propios del estado de necesidad⁽⁴⁹³⁾.

3. Fundamento

Varona Gómez sostiene que el fundamento de una eximente puede definirse como la razón por la cual el ordenamiento jurídico-penal reconoce o debe reconocer una determinada causa de exención de la responsabilidad criminal en un hecho en principio delictivo⁽⁴⁹⁴⁾. De esta forma, la cuestión del fundamento remite a una pregunta sobre

(492) Véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita / MARTÍN LORENZO, María / VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. Ob. cit., p. 330.

(493) *Ibidem*, p. 331.

(494) Véase VARONA GÓMEZ, Daniel. *El miedo insuperable: Una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*. Comares, Granada, 2000, p. 7.

la razón o razones que justifican el reconocimiento legal de una determinada eximente, en este caso, el miedo insuperable.

La situación característica del miedo insuperable sería encontrarse ante un conflicto que afecta intereses particularmente cercanos al autor, por lo que este lo resuelve de manera parcial, esto es, dando mayor valor a los bienes por los que se siente ligado. Tal resolución parcial es aceptada por el ordenamiento penal porque es reflejo de unos valores (autointerés, familia, amistad, etc.) que en un sistema liberal no se puede desconocer, pues forma parte de lo que somos y de cómo somos⁽⁴⁹⁵⁾.

El fundamento de la eximente del miedo insuperable sería, pues, la preferencia legítima por los propios intereses. La acción llevada a cabo por miedo insuperable queda exenta de pena, no porque sea inevitable (física o psicológicamente) que una persona prefiera sus intereses y los de sus seres queridos sobre los demás, sino porque por lo menos en algunas ocasiones tal preferencia no es digna de castigo⁽⁴⁹⁶⁾. El miedo insuperable no se castiga porque faltaría la responsabilidad penal, que presupone la situación motivacional en la cual le sea exigible al hombre normal evitar el injusto.

4. Requisitos

A pesar del lacónico tenor literal de la eximente del miedo insuperable, para la aplicación de esta se requeriría el cumplimiento de una serie de requisitos que se pueden agrupar en torno a los tres elementos: miedo, mal e insuperabilidad. En efecto, se podría exigir⁽⁴⁹⁷⁾:

- a) La presencia de un temor o miedo.
- b) Que el miedo esté inspirado en la amenaza de un mal real, inminente, serio y grave.
- c) Que el miedo sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas.
- d) Que el miedo sea el único móvil de la acción.

(495) PAREDES VARGAS, César. Ob. cit., p. 747.

(496) Ídem.

(497) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita / MARTÍN LORENZO, María / VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. Ob. cit., pp. 330-331.

En la Ejecutoria del 17 de junio de 1998, Expediente N° 1866-98 Sicuani-Cusco, la Corte Suprema señala como requisitos del miedo insuperable a los siguientes:

- a) Que, el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece.
- b) Debe ser insuperable, es decir, difícil de resistir en la medida del hombre medio.
- c) Debe tratarse de un mal igual o mayor, esto es, que no basta que el estímulo que causa miedo insuperable sea real, sino que a la vez ofrezca una amenaza igual o mayor al que el autor ocasiona bajo el amparo del miedo.

4.1. La existencia del miedo

El miedo es un estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal. No ha de interpretarse en términos exclusivamente psicológicos de terror o pánico incapacitador, sino de estado emocional de temor por un hecho desagradable que provoca la reacción del sujeto.

El Código Penal no hace distinción respecto del origen que puede tener el miedo que sufre una persona; su fuente pueden ser la actividad humana, fenómenos naturales o las meras circunstancias. La conducta de personas agresivas o peligrosas puede provocar miedo, como también una tormenta intensa en la montaña, un temporal en el mar o el ataque de un animal feroz. La naturaleza del miedo no ofrece relevancia, siempre que alcance la intensidad adecuada⁽⁴⁹⁸⁾.

El miedo acaba derivando de una presunción, al constituir la proyección subjetiva de la situación conflictiva que sufre la persona amenazada por el mal, lo importante pasa a ser la verificación de dicha situación conflictiva, es decir, la amenaza o peligro de un mal, ante el cual la persona reacciona evitándolo, pues cuando ello sea así se va a presumir que su actuación concreta viene motivada por el miedo a dicho mal. Esta presunción es una consecuencia lógica de la fundamentación normativa de la eximente, ya que con ello se desplaza el núcleo de la exención de pena del miedo a las exigencias normativas condensadas en su

(498) GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 243.

insuperabilidad⁽⁴⁹⁹⁾. Sin embargo, esta sería una presunción *juris tantum* que podría refutarse cuando haya indicios concluyentes que demuestren que la actuación de la persona no fue determinada por el miedo al mal amenazante. Los supuestos en los que podría negarse la presencia del miedo y, por lo tanto, la aplicación de la eximente, no tienen que ver, con la existencia de una actitud reflexiva por parte de la persona amenazada, o con el transcurso de un dilatado espacio de tiempo entre la amenaza y la reacción defensiva, sino más bien, con la constatación de ciertos móviles incompatibles con el miedo⁽⁵⁰⁰⁾.

Si se tiene en cuenta que el fundamento de la eximente es que la persona actúa de forma razonable para evitar un mal que le amenaza, entonces requisito *sine qua non* de la eximente es que se obre para evitar el peligro y no por otros motivos (ánimo de lucro, venganza, etc.).

4.2. El miedo ha de ser insuperable

El miedo es insuperable cuando el agente no puede sobreponerse a su presión motivadora y, por lo tanto, no puede dejar de ejecutar bajo su influencia el comportamiento ilícito. Se percibe con claridad que la exculpación no se funda en la perturbación psíquica del agente, sino en el elemento normativo de que no se le puede exigir subjetivamente una conducta conforme al ordenamiento jurídico. El miedo al ser insuperable, no debe dejar otra posibilidad al sujeto en el momento de actuar, pues es superior a la exigencia media de soportar males y peligros.

La insuperabilidad del miedo ha de considerarse entonces en términos normativos. Como se ha señalado, debe alcanzar intensidad, pero no inhibir la voluntad del que lo sufre. Por miedo insuperable debe entenderse aquel que permite no exigirle al que lo sufre un comportamiento diverso; un miedo que lo presione psicológicamente, de modo que una persona normal no pueda vencerlo en las condiciones que enfrentó el afectado. El carácter subjetivo de la exculpante es inevitable dada la naturaleza del miedo, que es un estado anímico y puede corresponder tanto a una realidad material como a la simple imaginación del sujeto, hipótesis esta última donde se podría dar un caso

(499) PAREDES VARGAS, César. Ob. cit., p. 754.

(500) Ídem.

de error, al que corresponde dar el tratamiento de tal. La mensuración de la intensidad del miedo debe hacerse con criterio objetivo, apreciando la conducta del sujeto a través del comportamiento del hombre medio, lo que permite excluir de la inexigibilidad al individuo timorato o aprensivo en exceso. La gravedad del mal debe apreciarse con criterio objetivo, pero con los ojos del sujeto que sufre el estado emotivo, pues si bien la vida para cualquier persona vale más que la integridad física, el perder una pierna puede provocar tal miedo que para evitarlo se llegue a matar. La insuperabilidad del miedo conlleva su actualidad. La inexigibilidad de otro comportamiento queda limitada a las alternativas que enfrenta aquel que en el momento de actuar sufre el estado emotivo; la actualidad se refiere al instante en que el sujeto realiza el acto típico⁽⁵⁰¹⁾.

Morales Prats⁽⁵⁰²⁾ enseña que, ya en los dominios coherentes con el sentido normativo de la eximente, los de la inexigibilidad subjetiva de la conducta, cabría articular el juicio de insuperabilidad del miedo a través de entendimientos diversos del criterio normativo generalizador o de estandarización. De un lado, la ponderación de la exigibilidad subjetiva de conducta adecuada a la norma podría adoptar como criterio de modulación valorativa la referencia al “hombre medio”, conceptuando esta convención normativa de la estandarización en abstracto, así, la insuperabilidad del miedo se mediría conforme a como hubiera reaccionado el hombre medio abstracto frente al mal generador del temor.

Al criterio del hombre medio en la posición del autor se le ha criticado por ser demasiado vago e impreciso para poder concretar la referencia a la insuperabilidad del miedo, pues se desconoce cual es el modelo de “hombre medio” del que debe partirse, y que significa exactamente la frase “en la posición de autor”. Lo cierto es que este parámetro ha producido en la práctica el nocivo efecto de encubrir la discusión sobre las exigencias normativas que deben requerirse para aplicar la eximente de miedo insuperable⁽⁵⁰³⁾.

(501) GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 244.

(502) MORALES PRATS, Fermín. *Comentarios al nuevo Código Penal*. Arazandi, Pamplona, 1996, p. 183.

(503) Véase PAREDES VARGAS, César. Ob. cit., p. 755.

El juicio normativo sobre la insuperabilidad del miedo puede ser, pues, compatible con un examen de las características individuales y personales de la persona que alega la eximente. Lo decisivo a la hora de aplicar esta eximente no es lo que una persona razonable (o media) haga en lugar del autor, sino más bien, que es lo que puede razonablemente esperarse que determinada persona, teniendo en cuenta sus características individuales, haga en una situación de miedo debido a la amenaza de un mal. Ello no impide, que en el examen sobre la razonabilidad individual de la conducta se emplee una serie de parámetros normativos, pues razonabilidad individual no equivale, ciertamente, a mera alegación o creencia subjetiva⁽⁵⁰⁴⁾.

El mal amenazante y la acción salvadora frente a ese mal, constituirían requisitos normativos que pueden servir de base al juicio normativo de la insuperabilidad del miedo. El **mal amenazante** exige la concurrencia de los siguientes requisitos⁽⁵⁰⁵⁾:

- a) La necesidad de actuar inminentemente para poder defenderse con eficacia;
- b) Creencia de la realidad y seriedad del mal amenazante –no es necesario que el mal sea ilícito en todo caso–;
- c) El mal no ha de haber sido provocado responsablemente por la persona que actúa para evitarlo;
- d) Una cierta entidad de mal –independientemente de los bienes jurídicos en juego–, y;
- e) El sujeto pasivo del mal ha de ser el propio autor o la persona vinculada afectivamente con el autor.

a) La necesidad de actuar inminentemente ante la amenaza de un mal

Aquí ha de partirse de que la eximente del miedo insuperable no puede amparar aquellas acciones que se dirijan contra peligros pasados, que no tengan una posibilidad de reproducción en el futuro. Con ello, la exigencia de la inminencia hace referencia a la necesidad de un peligro ante el que actúa

(504) *Ibidem*, p. 757.

(505) *Ibidem*, pp. 757-761.

defensivamente. Sin embargo, el peligro no es necesario que sea inminente en el sentido de inmediata causación si no se actúa, sino que la eximente de miedo insuperable puede aplicarse también en los casos de “peligro futuro o duradero”, en los que no quepa esperar en el transcurso del tiempo una mejora de las posibilidades de defensa o evitación del peligro.

La acción ha de ser en defensa de un bien jurídico y no para vengar una ofensa anterior. La defensa lo puede ser tanto cuando el peligro sea de causación inmediata sino se evita, como si se trata de daños futuros cuando el peligro es duradero y el daño puede producirse en cualquier momento.

b) Creencia de la realidad y seriedad del mal

Esta eximente se funda en la inexigibilidad al sujeto de otra conducta en una situación concreta. En estas condiciones, exigir que el sujeto se cerciore de la realidad del mal hará inviable la eximente, pues ello solo es posible con completa seguridad una vez que el peligro se haya concretado en la lesión del bien jurídico. Por eso, esta no puede ser una exigencia de la eximente. Para aplicar el miedo insuperable basta con la creencia seria y fundada en la realidad del mal amenazante. Ello no impide establecer que el sujeto con un mayor cuidado pudo haber superado la creencia errónea.

c) No causación responsable del peligro

El principio de responsabilidad por los actos propios excluye de quedar amparadas por el miedo insuperable aquellas conductas de defensa que provienen de males amenazantes causados por el propio sujeto. Sin embargo, para citar que esta exigencia acabe convertida en un ilegítimo *versari re illicita*, deberá requerirse toda una serie de condiciones para su aplicación. En primer lugar, no puede bastar la mera causación naturalística del peligro para la denegación de la eximente (ejemplo, denuncia a un delincuente que luego amenaza); en segundo lugar, es necesario que el concreto peligro final representado por la situación de miedo insuperable (y no así un peligro genérico) sea previsible en el momento de realizar la acción precedente que lo origina; en tercer lugar, a la hora de evaluar la actuación

precedente deben tenerse en cuenta los motivos que llevan a la persona a colocarse en una situación de peligro.

Los supuestos más complicados son aquellos en los que la actuación precedente solo puede considerarse imprudente respecto a la situación final del peligro para los bienes jurídicos. En estos casos, Paredes Vargas⁽⁵⁰⁶⁾ considera que lo más correcto sería la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable (artículo 21 del Código Penal).

d) Una cierta entidad del mal

Este requisito tiene que ver con la gravedad, esto es, con el problema relativo a si la eximente de miedo insuperable es aplicable en aquellos supuestos en los que el mal amenazante alcance una determinada entidad o gravedad, que quedaría definida *a priori* por medio de un catálogo cerrado de bienes jurídicos que deberían estar en peligro, por ejemplo, la vida o la integridad física. Paredes Vargas⁽⁵⁰⁷⁾, considera que la limitación *a priori* de la eximente en función de los bienes jurídicos en peligro no se aviene ni con el fundamento ni con la realidad práctica de la eximente, pues, por un lado, el principio de razonabilidad o exigibilidad requieren de un examen individual de las circunstancias del caso, sin que parezca posible tasar de antemano, mediante un catálogo cerrado de bienes jurídicos, el umbral de peligro por debajo del cual la actuación de la persona deba ser considerarse ya, en todo caso, irrazonable.

e) Sujeto pasivo del mal amenazante

La eximente de miedo insuperable se fundamenta, en la preferencia legítima por los propios intereses. Por tanto, forma parte de la propia eximente el requisito consistente en que debe existir una relación especial entre los bienes jurídicos en peligro y el autor de la acción salvadora. Tal vínculo existe, ciertamente, cuando dichos bienes son precisamente los del propio autor; pero también cuando aquellos pertenecen a una persona con la que el autor está ligado por ciertos vínculos de afecto

(506) *Ibidem*, p. 760.

(507) *Ídem*.

que pueden fundamentar la resolución parcial del conflicto. El ejemplo más claro es el caso de los familiares, pero no puede descartarse que más allá de este círculo de personas, determinadas relaciones afectivas den lugar a la aplicación de la eximente en comentario.

En relación con los **requisitos de la acción salvadora o defensiva** llevada a cabo, Paredes Vargas⁽⁵⁰⁸⁾ propone a los siguientes:

- a) **Necesidad de defensa** (forma parte del fundamento de la eximente el hecho de que no exista una posibilidad razonable de solucionar el conflicto sin recurrir a la lesión de bienes jurídicos).
- b) **Proporcionalidad** (requiere cierta adecuación entre los bienes jurídicos en conflicto), y;
- c) **Que no exista obligación de tolerar el peligro** (hay individuos que por su cargo o la función que realizan están obligados a dominar determinados tipos de miedo. El preso no puede invocar el miedo al encierro para agredir a su carcelero; el bombero tiene que dominar el temor que en un momento le pueda provocar el fuego, pues sus funciones o estados le imponen el gravamen de tener que sufrirlo y vencerlo⁽⁵⁰⁹⁾, por ejemplo).

La especial obligación de tolerar el peligro tiene algunos requisitos subjetivos (compromiso voluntario y tutela de una colectividad indeterminada de personas), y objetivos (solo alcanza a aquellos riesgos específicos y propios de la función de tutela de que se trate, y no puede llegar hasta el punto de imponer un deber de sacrificio –inmolación– de la persona).

4.3. Ponderación de males (mal igual o mayor)

El mal a que se refiere la ley es sinónimo de peligro o amenaza inminente de un perjuicio en perspectiva, sin necesidad de que el mismo llegue a actualizarse hasta constituir una agresión o acometimiento. El mal debe ser ponderado de acuerdo a la percepción que el agente

(508) *Ibidem*, pp. 761-762.

(509) GARRIDO MONTT, Mario. *Ob. cit.*, p. 244.

tenga del perjuicio que lo amenaza. Lo que habrá que evaluarse no es la proporcionalidad objetiva de los males sino una situación emocional insuperable para el sujeto de un mal igual o mayor.

El mal de que se trata ha de estar relacionado con la amenaza o identificado con ella, sin que sea preciso que sea mayor, sino que basta que sea igual al causado por quien sufre el impacto del miedo, esto implica una aptitud o capacidad valorativa en el sujeto para poder comparar, aunque sea de manera elemental, fugaz e instintiva la identidad de ambos males, lo que proporciona el necesario soporte objetivo a la eximente, no obstante su peculiar trasfondo psíquico, que aun siendo el predominante, no anula su objetividad.

Da lo mismo que el mal sea real o no para los efectos de una motivación (no se discute el problema del error de los conocimientos, sino de las motivaciones, de un estado emocional)⁽⁵¹⁰⁾. No se aceptará la eximente si el medio ha sido provocado por un acto lícito, como por ejemplo, una detención policial.

5. El error en el miedo insuperable

Dado que el miedo se caracteriza por una alteración del ánimo, es dicha alteración lo que fundamenta la exculpación y, por tanto, parece a primera vista irrelevante que sus causas deriven de hechos reales o de un error del sujeto (como el de quien aterrado por una imaginaria avalancha atropella a un esquiador que le impide el paso).

Nuestra ley se limita a eximir de responsabilidad por la existencia de miedo insuperable. El miedo frente a un incendio real o imaginario es el mismo; si el sujeto está convencido de su existencia y si aplasta a otras personas tratando de huir, su error no hace el miedo menos intenso. El que, convencido de que enfrenta un peligro mortal porque se cree mordido por un insecto o por un animal infectado, fuerza con su arma a un médico a que le suministre un antídoto, no tiene un miedo menos acuciante que el que enfrenta un riesgo real⁽⁵¹¹⁾.

(510) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal español*. 3ª edición, Ariel, Barcelona, 1989, p. 354.

(511) Véase POLITOFF L., Sergio / MATUS A., Jean Pierre / RAMÍREZ G., María Cecilia. Ob. cit., pp. 348-349.

6. Atenuación de la culpabilidad: El miedo no alcanza el grado de insuperable

La culpabilidad es por naturaleza graduable, de modo que las causas que la excluyen en principio también lo son. La fuerza y el miedo son susceptibles de valoración en cuanto a su intensidad; el que no logren el grado requerido para hacer inexigible otra conducta, no es óbice para que puedan atenuar el reproche.

Para el caso en que la intensidad del miedo no alcanza el grado requerido como para considerarlo insuperable, se admite la atenuación inherente a las eximentes incompletas.

Para aplicar la eximente incompleta basta la presencia de un temor inspirado en un hecho real, efectivo y acreditado, cuya intensidad corresponde a una disminución notable de la capacidad electiva, pudiendo faltar la insuperabilidad –equiparada a la imposibilidad de una conducta distinta–⁽⁵¹²⁾.

(512) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita / MARTÍN LORENZO, María / VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita. Ob. cit., p. 331.

Capítulo VIII

OBRAR POR DISPOSICIÓN DE LA LEY, EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EN EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

(Artículo 20.8 del Código Penal)

Capítulo VIII

Obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber y en ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20.8 del Código Penal)

I. OBRAR POR DISPOSICIÓN DE LA LEY

El inciso 8 del artículo 20 del Código Penal⁽⁵¹³⁾ regula el obrar por disposición de la ley como una eximente de responsabilidad penal. El término ley se refiere a una norma jurídica escrita, emitida por el Estado; sin embargo, en un sentido técnico o riguroso no es correcto mantener dicha definición. En realidad, y en sentido formal, solo puede entenderse por ley las normas que con ese rango emita el Parlamento de acuerdo al procedimiento legislativo descrito en la Constitución Política (artículos 107 al 109)⁽⁵¹⁴⁾. Pese a ello, en un sentido amplio o

(513) Artículo 20 del Código Penal.- Está exento de responsabilidad penal: (...) 8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (...).

(514) Artículo 107 de la Constitución Política del Estado.- El Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de las leyes.

También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos locales y los colegios profesionales. Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley. Artículo 108 de la Constitución Política del Estado.- La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda.

Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a este en el mencionado término de quince días.

Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

Artículo 109 de la Constitución Política del Estado.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

material, se acepta como ley a toda norma que según la Carta Magna tenga la jerarquía de una ley formal. En nuestro ordenamiento jurídico tienen rango de ley los tratados internacionales, las resoluciones legislativas, los decretos legislativos, los decretos de urgencia en materia económica o financiera y las ordenanzas municipales. A los decretos ley, a pesar de no estar regulados en nuestra Constitución Política, también se les reconoce, por una larga tradición, el rango de ley⁽⁵¹⁵⁾.

El obrar por disposición de la ley supone el cumplimiento de un deber que la ley ordena, como por ejemplo, el deber de testificar en un proceso cualquiera sea la materia. Dicha eximente se deduce del principio constitucional de reserva (consagrado en el artículo 2, numeral 24, inciso a. de la Constitución Política, que prescribe que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”), así como del principio de legalidad, regulado en la Carta Magna en el artículo 2 inciso 24, literal d, cuando se refiere a la libertad y a la seguridad personales, en los siguientes términos: “Nadie será procesado, ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”; este último principio también está normado en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, el mismo que prescribe que “nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.

El principio de legalidad representa la garantía penal más importante en el desarrollo del Derecho Penal contemporáneo al permitir que todo ciudadano conozca con la debida anticipación y precisión qué conductas están prohibidas y se encuentran amenazadas con la imposición de una sanción y qué comportamientos son lícitos. Por la ley, y la función de garantía que esta desempeña, el ciudadano puede saber con exactitud las fronteras entre lo lícito y lo ilícito orientándose correctamente en la vida social y en sus relaciones con terceros a través de la adecuada formación de su voluntad⁽⁵¹⁶⁾. Este principio representa la más valiosa garantía a los derechos y libertades del ciudadano y en el que se sintetizan los demás principios informadores del Derecho Penal como el

(515) CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios del Derecho Penal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 50.

(516) *Ibidem*, p. 21.

principio de intervención mínima, el principio de proporcionalidad, el principio de humanidad de las penas, entre otros. Cualquier cambio o vicisitud que afecte al Derecho Penal empieza con la modificación de la ley penal, pues esta es su única puerta de ingreso. La transformación de la política criminal en el Derecho Penal supone, por lo general, el empleo de una ley penal⁽⁵¹⁷⁾.

Un sector importante de la doctrina considera que la no responsabilidad penal de la persona que cumple con un deber establecido en el ordenamiento jurídico, constituye un principio que no requiere reconocimiento expreso en el Derecho positivo; sin embargo, la regulación expresa del obrar por disposición de la ley en el Código Penal permite contar con una herramienta dogmático-jurídica valiosa para enfrentar los problemas de abuso en el ejercicio de la acción pública y del deficiente sistema de control del mismo, teniendo en consideración que un criterio sano de política criminal exige que la incorporación de herramientas dogmático-jurídicas en los ordenamientos legales se haga en función de la necesidad de regulación penal de la realidad social y de la forma como aplican la ley los operadores del derecho.

Respecto a lo anteriormente señalado, Nakasaki Servigón⁽⁵¹⁸⁾ nos recomienda recordar la grave crisis institucional que sufre nuestro país en la actualidad, problemas tan serios como el no comprender que el funcionario público no tiene poderes sino potestades, es decir, poderes para cumplir deberes; o la crisis de valores que obviamente alcanza a las personas que ingresan a la función pública, no principalmente por méritos, lo que produce que permanentemente en el país se cometan actos arbitrarios que no alcanzan a ser neutralizados por los procesos penales por delitos contra los deberes de función, por las acciones de garantía constitucional como el hábeas corpus y la acción de amparo, ni por los procesos de responsabilidad administrativa o civil.

Por ese motivo es urgente reforzar el ordenamiento jurídico con mecanismos que ayuden a la vigencia del principio de legalidad y específicamente de la regla de la sujeción del funcionario público a la ley. Es en esta realidad de crisis que se vive, en la que se debe decidir

(517) *Ibidem*, p. 63.

(518) NAKASAKI SERVIGÓN, César. "Obrar por disposición de la ley". En: *Código Penal comentado*. T. I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 773.

si el obrar en cumplimiento de la ley debe estar o no en el Código Penal como un caso expreso de la faz negativa del delito.

1. Definición

Cuando la ley ordena realizar un acto crea un deber; si la persona cumple el mismo, pese a realizar un acto típico, es decir, una acción lesiva para un bien jurídico, esta no puede ser objeto de reproche penal porque se trataría de una conducta lícita⁽⁵¹⁹⁾. El obrar por disposición de la ley o por mandato de la ley, consiste en la acción lesiva de bienes jurídicos fundamentales que realiza la persona de manera justificada al actuar en cumplimiento de un deber establecido en la ley.

La fórmula “disposición de la ley” es bastante amplia, puede ser comprendida en el sentido de que establece cuales son los actos ordenados y cuales son los permitidos; es decir, que estatuye deberes y derechos. Por esta razón es pertinente considerar que dentro de la eximente en comentario se pueden distinguir dos situaciones⁽⁵²⁰⁾:

- a) **El cumplimiento de deberes de función:** nos encontramos ante casos de obligaciones específicas de actuar, conforme a la función o profesión del individuo, funcionarios, policías, médicos, etc.

Cuando se habla de cumplimiento de deber, se hace mención también al de un oficio o cargo. Todo oficio debe ser autorizado o tolerado por la ley, es decir, no debe estar prohibido, ya que la regla es la libertad de trabajo; en efecto, según el artículo 2 inciso 15 de la Constitución, toda persona tiene derecho “a trabajar libremente, con sujeción de la ley”. En cuanto al hecho de asumir y ejercer un cargo, supone necesariamente una base legal; así, por ejemplo, el artículo 40 de la Carta Fundamental dispone que “la ley regula el ingreso de la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos”⁽⁵²¹⁾; esta última disposición constitucional también es el fundamento de la referencia al obrar por orden

(519) Véase HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Sesator, Lima, 1978, p. 248.

(520) HINOSTROZA PARIACHI, César. Ob. cit., p. 176.

(521) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Ob. cit., pp. 571-572.

obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones (obediencia debida).

- b) **El ejercicio legítimo de un derecho:** importa la realización de un acto no prohibido (buscar disposiciones permisivas); como por ejemplo, el derecho de huelga (artículo 28 de la Constitución) respecto del delito de usurpación.

Al ejercer un derecho, se debe cumplir con un deber, el realizar un acto en el ejercicio de un cargo o de una profesión no son factores suficientes para justificar un acto típico; esto depende de las circunstancias en las que se ejecuta el hecho concreto, las cuales están determinadas por las disposiciones legales que las regulan. Por eso, los incisos 8 y 9 del artículo 20⁽⁵²²⁾ pueden ser considerados como tipos abiertos o normas de reenvío; porque su aplicación solo es posible en la medida en que sean complementadas por otras normas, que deben ser buscadas en todo el ordenamiento jurídico⁽⁵²³⁾.

2. Naturaleza jurídica

En el Derecho Penal peruano, la posición mayoritaria considera al obrar por disposición de la ley como una causa de justificación⁽⁵²⁴⁾, mientras que un sector minoritario la considera una causa de atipicidad⁽⁵²⁵⁾.

Las causas de justificación se asientan en el ordenamiento jurídico (leyes nacionales e internacionales, asimiladas estas como leyes ordinarias conforme a lo previsto en la Constitución) así como en el derecho consuetudinario; sin embargo, el obrar por disposición de la

(522) Artículo 20 del Código Penal.- *Está exento de responsabilidad penal: (...) 9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones (...).*

(523) *Ibídem*, pp. 572-573.

(524) *Ibídem*, pp. 571-573; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. Ob. cit., p. 420; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal peruano. Teoría general de la imputación del delito*. Rodhas, Lima, 2004, p. 269; BRAMONT ARIAS, Luis / BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Código Penal anotado*. 4ª edición, revisado y concordado por María del Carmen García Cantizano, San Marcos, Lima, 2001, pp. 193-194; VILLA STEIN, Javier. Ob. cit., p. 332; NAKASAKI SERVIGÓN, César. Ob. cit., p. 774, quien entiende que la técnica legislativa más adecuada sería la de regular la causa de justificación como el obrar en cumplimiento de un deber jurídico. “La diferencia que mantiene el legislador de 1991 entre obrar por disposición de la ley y el cumplimiento de un deber, responde fundamentalmente a una tradición legislativa que se construyó a partir de una visión unidimensional del Derecho o una visión positivista, largamente superada en la teoría general y en la filosofía del Derecho, sobre las que actualmente se elabora el Derecho Penal” (*ibídem*, p. 778).

(525) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., pp. 220-221.

ley es diferente a estas (que se generan a partir de un precepto permisivo), en tanto que en el cumplimiento de un deber jurídico hay solo una norma preceptiva (una orden)⁽⁵²⁶⁾; también es diferente el obrar por disposición de la ley a la **obediencia jerárquica** pues el deber no surge de la subordinación con el superior, sino en relación al orden jurídico. Villavicencio Terreros⁽⁵²⁷⁾ considera que se trata de **supuestos de ausencia de imputación objetiva**, que no se encuentran dentro del ámbito de protección de la norma, y generan en la práctica ciertas dificultades interpretativas que casi siempre remiten a otras ramas del ordenamiento jurídico. Para su configuración, se debe tener en cuenta, en primer lugar, la **existencia de un deber jurídico** proveniente de la imposición de la ley, por ende, quedan excluidas las fuentes de carácter moral.

El obrar por disposición de la ley debe ser considerado como causa de atipicidad, pues el actuar bajo el amparo de la ley implica que el actuar es jurídicamente correcto, adecuado y obligatorio, motivo por el cual el comportamiento nunca podrá ser típico, mucho menos antijurídico. El obrar por disposición de la ley se traduce en la práctica en órdenes de actos legítimos de la autoridad y en actos que la ley faculta ejecutar; en esencia se puede decir que la ley ordena, esto se presenta generalmente en el actuar de los funcionarios públicos.

Toda ley que ordena o permite la lesión o la amenaza de un bien jurídico ordinariamente protegido por el derecho, excluye, por sí misma, el carácter delictuoso del acto que en su nombre se realizó; razón por la cual nos encontraríamos ante un acto atípico.

3. Fundamentación

Para que el obrar por disposición de la ley sea considerada una causa de atipicidad, las acciones que se ejercitan en ese contexto han de hallarse atribuidas a la condición, cargo o autoridad por una norma de derecho. De tal suerte, actúa el derecho por lo que suponer antijurídicas tales acciones sería negar el derecho mismo⁽⁵²⁸⁾. La legitimidad

(526) Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. 5ª edición, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 464.

(527) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 339.

(528) Ver FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y parte general*. Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 271.

de estas acciones resulta del principio fundamental de la no contrariedad del orden jurídico. Tres principios constituyen el fundamento del obrar por mandato de la ley⁽⁵²⁹⁾:

3.1. Principio de prevalecimiento del orden legal

Justifica el obrar por cumplimiento de la ley, pues la necesidad de observancia de los mandatos legales es condición indispensable para que el Estado pueda existir y cumplir con sus funciones, entre las cuales se encuentra la función de garantía o protección de los bienes jurídicos fundamentales de la persona, la sociedad y el Estado.

Toda ley en la medida que esté determinada permite una mejor orientación al ciudadano en sus relaciones y contactos sociales en virtud a que precisa y delimita convenientemente el ámbito de lo punible y lo lícito⁽⁵³⁰⁾. La ley desempeña una tarea social y pedagógica decisiva en la medida que informa y educa a la población de un Estado sobre los comportamientos que se tienen por disvaliosos y que, por tanto, deben evitarse. La ley penal no solo es obligatoria, sino que debe condensar lo que en un país se tiene por lo más dañoso y grave desde una perspectiva ético-social⁽⁵³¹⁾. Su fundamento es tutelar la libertad de la persona, librándola de las intervenciones arbitrarias, ya sea de terceros, que desencadenan en mecanismos de venganza, o del propio Estado, en especial del poder absoluto de los jueces.

La ley permite, dado su carácter general, que los mandatos normativos se dirijan a todos los ciudadanos sin discriminación alguna que separe a unos de otros; se evita así una persecución por razón de sexo, raza o religión.

3.2. Principio de ponderación de deberes

Justifica el obrar en cumplimiento de la ley, pues ante conflicto o colisión de deberes, el ordenamiento jurídico permite que, en consideración al objeto de los mandatos, el cumplimiento de unos tenga como costo socialmente aceptado o tolerado el incumplimiento de otros; como por ejemplo, el médico de emergencia en un centro hospitalario

(529) NAKASAKI SERVICIÓN, César. Ob. cit., pp. 775-776.

(530) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992, p. 252.

(531) CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios del Derecho Penal*. Ob. cit., pp. 42-43.

que recibe a tres heridos graves que requieren intervenciones quirúrgicas de urgencia y, necesariamente tiene que elegir a uno solo para la intervención, tiempo en el que los otros pueden morir; se precisa que en este caso, el médico con la sola intervención está cumpliendo con su deber, por ende, su conducta resultaría atípica⁽⁵³²⁾.

Existe conflicto de deberes cuando, encontrándose alguien obligado por un deber jurídico, solo puede cumplir con él a costa de otro que le obliga igualmente, por lo que la infracción del deber contra el que atenta se muestra como una acción u omisión conminada con pena; sin embargo, dicho comportamiento sería atípico en mérito a que el infractor de la ley obra por disposición de la misma.

3.3. Principio de congruencia del ordenamiento jurídico

Este principio exige que el cumplimiento de conductas dispuestas por la ley no genere responsabilidad penal a quienes cumplen el deber de actuar. El principio de congruencia normativa no admite que por un lado el orden jurídico exija la realización de una acción, y por el otro haga responsable penalmente a la persona que cumple con el deber de actuar⁽⁵³³⁾.

El principio de la unidad del ordenamiento jurídico presupone admitir que para la totalidad de dicho ordenamiento, la conducta es lícita o ilícita. No sería lógico pretender que el hecho no sea antijurídico para otras ramas del Derecho (distintas del Derecho Penal) y sí lo sea para el Derecho Penal, o viceversa, que lo sea para este y no lo sea para las otras. El legislador, como ha dicho Zaffaroni⁽⁵³⁴⁾, “no puede dar lugar al escándalo jurídico, esto es, afirmar y negar algo al mismo tiempo. En este sentido, cuando se considera una conducta como lícita en un ámbito del derecho no puede considerársela ilícita en otro”.

4. Características

De lo anteriormente señalado, podemos concluir que las características del obrar por disposición de la ley son las siguientes:

(532) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 338.

(533) Ídem.

(534) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Temis - Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 595.

4.1. Realización de una conducta dañosa de bienes jurídicos

El autor del obrar por mandato de ley puede ser cualquier persona, especialmente los que tienen capacidad de ejercicio o capacidad penal, deben cumplir con las conductas establecidas en el ordenamiento legal. Es necesario considerar que las conductas de los ciudadanos, más que regirse por deberes legales de actuar específicos, se regulan por la libertad personal consagrada en el artículo 2 inciso 24 parágrafo a. de la Constitución Política (principio constitucional de reserva), el obrar por disposición de la ley tendrá su mayor ratio de acción en el caso de los funcionarios públicos, cuya conducta está regulada por el principio de legalidad en su expresión de sujeción a la ley en el ejercicio de la función pública⁽⁵³⁵⁾.

La acción que se realiza en cumplimiento de la ley puede constituir una conducta descrita como delito en un tipo penal; por ejemplo, las heridas que dolosamente generan los policías a los manifestantes para frenar la violencia empleada en la protesta callejera encuadrarían en el tipo penal de lesiones, o la destrucción de bienes que provoca el juez civil en la ejecución de un desalojo encuadraría en el tipo penal de daños. También existen situaciones consideradas por la propia ley como no punibles o atípicas como es el caso del aborto terapéutico regulado por el artículo 119 del Código Penal⁽⁵³⁶⁾, en el que se afecta el bien jurídico vida humana dependiente, pues entra en conflicto una vida humana en formación (esperanza de vida) respecto de la vida o integridad física de la madre.

Para que opere el obrar en cumplimiento de la ley es necesario ubicar en la misma un mandato de lesionar bienes jurídicos fundamentales como costo social asumido o tolerado a efectos de lograr alguno de los fines establecidos en la Constitución o en la ley infraconstitucional; por ejemplo, el artículo 159 inciso 5 de la Carta Magna establece al Ministerio Público el deber legal de lesionar el honor de una persona al ejercer la acción penal; o el artículo 135 del Código Procesal

(535) Véase NAKASAKI SERVICIÓN, César. Ob. cit., p. 777.

(536) Artículo 119 del Código Penal.- 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.

Penal le impone al juez penal el deber de privar de libertad ambulatoria al procesado⁽⁵³⁷⁾.

Tratándose de casos en los que el ordenamiento jurídico, con carácter excepcional y bajo estrictos requisitos de necesidad autoriza la destrucción de bienes jurídicos, la inclusión expresa del obrar por disposición de la ley en el texto punitivo obedece a la necesidad de que su admisión –como eximente de pena– haya de tomar lugar, bajo la concurrencia de una serie de presupuestos⁽⁵³⁸⁾.

4.2. Existencia de un deber de fuente legal

El deber de fuente legal debe ser estricto, es decir, el sujeto que está obligado al cumplimiento de un deber jurídico no debe rebasar los límites que la ley señala. El cumplimiento de dicho deber debe ajustarse a lo que la norma jurídica le imponga, pues de lo contrario incurriría en abuso por acto arbitrario⁽⁵³⁹⁾. Este supuesto exige necesariamente la existencia de un deber consagrado en la ley, es decir, tiene que ser jurídico, de ninguna manera moral, y que el agente cumpla una serie de exigencias, tanto en el aspecto objetivo como subjetivo. La razón de ser de este elemento objetivo admite como fuente del deber de actuar a toda norma jurídica que pueda encuadrar en la categoría de ley.

La existencia de un deber de fuente legal es el aspecto más complejo del obrar por disposición de la ley, pues el efecto eximente de la conducta dañosa de bienes jurídicos fundamentales, esto es, de la realización de una acción típica, depende de que se realice dentro del ámbito de cumplimiento establecido por el deber legal de actuar. La ubicación de la conducta típica dentro del ámbito de cumplimiento del deber legal de actuar exige la realización de la siguiente operación⁽⁵⁴⁰⁾:

- La ubicación dentro del ordenamiento legal de un deber específico de lesionar el bien jurídico vulnerado.
- La verificación de la forma establecida en la ley para el cumplimiento del deber de lesionar el bien jurídico vulnerado.

(537) NAKASAKI SERVICIÓN, César. Ob. cit., p. 780.

(538) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial*. T. I, Idemsa, Lima, 2008, p. 206.

(539) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 339.

(540) NAKASAKI SERVICIÓN, César. Ob. cit., p. 779.

- La verificación negativa de la no realización de un acto arbitrario.

De no verificarse uno de los tres momentos de la operación de encuadramiento de la acción típica dentro del ámbito del cumplimiento del deber legal de actuar, no se producirá el efecto eximente.

Es importante señalar que la verificación de la forma establecida en la ley para el cumplimiento del deber de lesionar el bien jurídico vulnerado genera dificultad, pues conforme se aprecia en el ordenamiento jurídico, las formas de cumplimiento de los deberes de actuar no se encuentran, por regla general, adecuadamente previstas en el ordenamiento jurídico; por ejemplo, la forma que la policía debe observar para utilizar legítimamente la violencia con la finalidad de restablecer el orden público, no se encuentra suficientemente regulada por el Derecho positivo; o la forma que los agentes de inteligencia tienen que seguir para conseguir información a procesar para que el Presidente tome decisiones de gobierno acertadas⁽⁵⁴¹⁾.

4.3. Conocimiento de que la conducta dañosa realizada es objeto de un deber legal de actuar

El tipo permisivo de obrar por disposición de la ley presenta como elemento subjetivo el conocimiento de la situación eximente, esto es, de la realización de una conducta dañosa de bienes jurídicos que es objeto de un deber legal de actuar. En caso de no existir este conocimiento y el sujeto realiza la acción queriendo producir un resultado dañoso, se imputará que tiene auténtico dolo y aunque objetivamente su conducta responda a una situación eximente, se considerará que ha cometido tentativa inidónea⁽⁵⁴²⁾, que se da cuando la ejecución delictiva dirigida por el autor no llega a consumarse por razones fácticas o jurídicas; los *límites* de esta tentativa son precisados por el artículo 17 del Código Penal⁽⁵⁴³⁾ y se presenta cuando la consumación del delito

(541) *Ibíd.*, p. 780.

(542) Véase DIEZ RIPOLLÉS, José. "Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal". En: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel y MIR PUIG, Santiago (coord.). *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*. Arazandi, Navarra, 1995, p. 39.

(543) Artículo 17 del Código Penal.- No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto.

resulta imposible debido a “la ineficacia del medio empleado o la absoluta impropiedad del objeto”⁽⁵⁴⁴⁾.

4.4. La no realización de un acto arbitrario

El concepto de acto arbitrario no puede ser establecido por el Derecho Penal dado su carácter fragmentario y secundario (en orden de intervención, no de importancia), por lo que se debe recurrir a ámbitos jurídicos extrapenales.

El acto arbitrario es el que un funcionario público realiza abusando de su potestad, es decir, del poder que se le asigna para cumplir los deberes de función. El funcionario público comete un acto arbitrario, o porque el acto constituye una violación de la ley o porque sin llegar a transgredirla constituye un abuso de sus funciones discrecionales. Pueden darse tres formas de acto arbitrario⁽⁵⁴⁵⁾:

- Violación de la ley o inobservancia de la norma.
- Incompetencia relativa, es decir, exceso en los límites de la competencia.
- Abuso de poderes discrecionales.

Como ya se señaló, el ámbito de funcionamiento del obrar en el cumplimiento de la ley se dará principalmente por los funcionarios públicos, por lo que estos resultan ser, por regla general, los agentes de los actos arbitrarios; sin embargo, es admisible que los particulares también los cometan, cuando tienen que cumplir un deber específico de lesionar bienes jurídicos, como por ejemplo, el deber de denunciar los delitos que se conocen en el ejercicio de la profesión⁽⁵⁴⁶⁾ o los sujetos que con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hacen justicia arbitrariamente por sí mismos⁽⁵⁴⁷⁾ (en menoscabo del normal funcionamiento de la función jurisdiccional), pues todo ajusticiamiento de propia mano subroga ilegítimamente al Poder Judicial, sustituyéndolo en su exclusiva potestad de administrar justicia, reconocida constitucionalmente en el artículo 138 y en el inciso primero del artículo 139.

(544) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., pp. 449-450.

(545) NAKASAKI SERVICIÓN, César. Ob. cit., p. 781.

(546) Ídem.

(547) Sancionado por el artículo 417 del Código Penal.

5. La autorización o permiso de la autoridad

Algunos tipos penales no expresan completamente los elementos de un supuesto de hecho, sino que se remiten a normas extrapenales para completar su determinación (como es el caso de las denominadas leyes penales en blanco)⁽⁵⁴⁸⁾, en gran parte de ellos se requiere, por ejemplo, realizar una determinada conducta sin el permiso o autorización de alguna autoridad (por ejemplo, el artículo 226 del Código Penal, depredación y exploración ilegal de yacimientos arqueológicos)⁽⁵⁴⁹⁾ o actuar infringiendo ciertas normas extrapenales (por ejemplo, artículo 304 del Código Penal, contaminación del medio ambiente)⁽⁵⁵⁰⁾ o, en referencia a ello, obrar ilegalmente o ilegítimamente (artículo 279 del Código Penal, fabricación, suministro o tenencia de materiales y residuos peligrosos; y artículo 279-G, fabricación, comercialización, uso o porte de armas)⁽⁵⁵¹⁾. En tales casos se plantea la cuestión de si

(548) Son aquellas leyes que abarcan solo una sanción penal, y su contenido prohibitivo se remite a leyes o reglamentos administrativos que han sido promulgados de manera autónoma en otro tiempo y lugar. Estas leyes de remisión complementan al tipo. Ejm. artículo 246 del Código Penal (intermediación financiera), respecto de la Ley General de Instituciones Bancarias y Financieras. Se subdividen en:

a) Propias: Cuando la norma de remisión es de rango inferior, como los reglamentos.

b) Impropias: Cuando la norma de complemento es de igual o mayor jerarquía.

(549) Artículo 226 del Código Penal.- El que se asienta, depreda o el que, sin autorización, explora, excava o remueve monumentos arqueológicos prehispánicos, sin importar la relación de derecho real que ostente sobre el terreno donde aquél se ubique, siempre que conozca el carácter de patrimonio cultural del bien, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días-multa.

(550) Artículo 304 del Código Penal.- El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

(551) Artículo 279 del Código Penal.- El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, ensambla, modifica, almacena, suministra, comercializa, ofrece o tiene en su poder bombas, artefactos o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años, e inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36 del Código Penal.

Será sancionado con la misma pena el que presta o alquila, los bienes a los que se hacen referencia en el primer párrafo.

El que trafica con bombas, artefactos o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años, e inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36 del Código Penal.

El que, sin estar debidamente autorizado, transforma o transporta materiales y residuos peligrosos sólidos, líquidos, gaseosos u otros, que ponga en peligro la vida, salud, patrimonio público o privado y el medio ambiente, será sancionado con la misma pena que el párrafo anterior.

quien realiza la conducta contando con el permiso o autorización de la autoridad u observando las normas extrapenales ha de quedar impune en virtud al ejercicio legítimo de un derecho, o si la conducta es ya antes atípica (autorización excluyente del tipo)⁽⁵⁵²⁾. Jescheck y Weigend⁽⁵⁵³⁾ señalan que la respuesta a esta cuestión depende de que finalidad posee el requisito de la autorización en relación con el correspondiente mandato o prohibición; si se trata de un comportamiento peligroso o no deseado que solo excepcionalmente puede ser permitido, entonces la aprobación oficial es una causa de justificación; por el contrario, si el requisito sirve solo para una mejor supervisión de una actividad en sí misma deseada o, por lo menos, socialmente convencional, entonces actúa típicamente quien carece de la necesaria autorización.

Resolver que supuestos concretos quedan exentos de responsabilidad penal conforme a la eximente del obrar por disposición de la ley, depende de los siguientes criterios⁽⁵⁵⁴⁾: 1° la autorización de la autoridad es un caso especial del consentimiento en general (eximente prevista en el inciso 10 del artículo 20 del Código Penal) y sigue, por tanto, sus reglas; 2° habrá una autorización excluyente del tipo cuando es presupuesto del mismo la actuación en contra de la Administración, y el requisito del permiso sirve para controlar un comportamiento socialmente adecuado o aceptado; 3° habrá una autorización justificante (excluyente de antijuricidad) en los casos en que un comportamiento

Artículo 279-G del Código Penal.- El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, ensambla, modifica, almacena, suministra, comercializa, trafica, usa, porta o tiene en su poder, armas de fuego de cualquier tipo, municiones, accesorios o materiales destinados para su fabricación o modificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36 del Código Penal.

Será sancionado con la misma pena el que presta, alquila o facilita, siempre que se evidencie la posibilidad de su uso para fines ilícitos, las armas o bienes a los que se hacen referencia en el primer párrafo. La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando las armas o bienes, dados en préstamo o alquiler, sean de propiedad del Estado.

En cualquier supuesto, si el agente es miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú o Instituto Nacional Penitenciario la pena será no menor de diez ni mayor de quince años.

El que trafica armas de fuego artesanales o materiales destinados para su fabricación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

Para todos los supuestos se impondrá la inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal, y adicionalmente el inciso 8) si es miembro de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional del Perú y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

(552) Véase REVILLA LLAZA, Percy Enrique. "Obrar en ejercicio legítimo de un derecho". En: *Código Penal comentado*. T. I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 799.

(553) JESCHECK, Hans Heinrich / WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 395.

(554) Véase REVILLA LLAZA, Percy Enrique. Ob. cit., p. 799.

en sí mismo no deseado o desaprobado en términos generales se permite excepcionalmente en atención a intereses más importantes; 4° la autorización de la autoridad se corresponde, por lo general, con el consentimiento excluyente del tipo, que, en definitiva, hace decaer la aplicación de la eximente en estudio.

II. OBRAR EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

Quien comete un acto arreglado a un tipo delictivo, **obra en cumplimiento de un deber** si lo hace obedeciendo una obligación legal, como por ejemplo, el acto del testigo de declarar con la verdad, que puede justificar la deshonra y descrédito de otra persona; la obligación de no revelar el secreto profesional, que justifica la abstención de prestar declaración (artículo 165 del Código Penal)⁽⁵⁵⁵⁾. También podemos señalar actos referidos al cumplimiento de un **deber** resultante de funciones públicas (actos de servicio), como es el caso del sostenimiento de la acción penal pública por parte del Ministerio Público, ella siempre podría considerarse **calumniosa** (se trata de imputar delitos), particularmente cuando el acusado resulta absuelto; o cuando los agentes de la autoridad emplean medios coercitivos, como es el caso de la detención de un delincuente en caso de flagrancia por un agente de la policía.

El obrar en cumplimiento de un deber es un acto aparentemente delictuoso que se impone por la ley al sujeto, es frecuente verificar en esta eximente un conflicto entre dos obligaciones legales: frente a la ley prohibitiva general que representa el tipo delictivo prevalece la ley autoritativa especial, de igual o superior jerarquía constitucional que aquella. Solo justifica el cumplimiento del deber impuesto por una norma sancionada por un órgano competente, si ha sido dictada legalmente y media una ejecución correcta del deber, sin excesos, en el caso concreto⁽⁵⁵⁶⁾. El cumplimiento del **deber** supone criterios de **adecuación y proporcionalidad**, de modo que el empleo innecesario de violencia (por ejemplo, frente a un delincuente que no opone resistencia)

(555) Artículo 165 del Código Penal.- El que teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multa.

(556) Véase NÚÑEZ, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix Gonzáles, Marcos Lerner - Editora Córdoba, Córdoba, 1999, p. 166.

no estaría amparado por la eximente: se ampara el ejercicio del derecho, no su abuso.

Aunque en principio esta circunstancia es aplicable a cualquier persona, su radio de acción alcanza con mayor frecuencia, como nos podemos percatar, a los funcionarios o servidores públicos y, esencialmente, a aquellos que están legalmente autorizados a ejercer la violencia sobre los particulares, es decir, las fuerzas de seguridad encargadas de mantener el orden interno y defender nuestras fronteras⁽⁵⁵⁷⁾.

1. Definición

La eximente del obrar en ejercicio de un deber, prevista en el inciso 8 del artículo 20 del Código Penal, consiste en declarar ajustada a derecho la realización de una conducta típica llevada a cabo por el agente en cumplimiento de lo dispuesto por el mismo ordenamiento jurídico; de ese modo, si dicho ordenamiento, en cualquiera de sus sectores, establece un deber de actuar u omitir respecto a un sujeto o grupo de sujetos, incluso lesionando con ello bienes jurídicos penalmente protegidos, es claro que debe primar el cumplimiento de ese deber sobre la evitación de daños a dichos bienes⁽⁵⁵⁸⁾. Este supuesto justificante exige necesariamente la existencia de un deber consagrado en la ley, es decir, tiene que ser jurídico, de ninguna manera moral, y que el agente cumpla una serie de exigencias, tanto en el aspecto objetivo como subjetivo, como lo estudiaremos más adelante.

En el caso de los bienes jurídicos que resultan lesionados o puestos en peligro cuando se cumple un deber, resulta indiscutible que estos no pueden dar lugar a la antijuricidad pues el agente adecua su comportamiento en el sentido ordenado por la norma.

Para determinar los casos en que una persona actúa en cumplimiento de un deber, es necesario remitirnos a la norma jurídica rectora de dicho acto, así, al actuar un policía, un médico, un militar, un servidor público u otro sujeto, es necesario revisar la legislación jurídica que los rige a fin de establecer si su comportamiento se

(557) SALINAS SICCHA, Ramiro. "Obrar en cumplimiento de un deber". En: *Código Penal comentado*. T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 784.

(558) *Ibíd*em, p. 783.

adecua o no a Derecho. El contenido de una disposición administrativa no puede justificar abusos de poder, arbitrariedades u otros actos similares; sin embargo, actos de tales características se presentan con cierta frecuencia, pues la ley administrativa en ocasiones deja grandes lagunas o amplios espacios de discrecionalidad para la autoridad, los cuales abren la puerta a la arbitrariedad, por ejemplo, el uso de la violencia por parte de los miembros de la policía, la cual, en infinidad de ocasiones provoca lesiones e incluso la muerte del que la padece. Lo grave y delicado de hechos de tales características lleva a la doctrina y a la jurisprudencia a señalar límites, con la idea de evitar todo exceso o desviación de poder. Dichos límites derivan de la necesidad del uso de la violencia y su adecuación proporcional al hecho⁽⁵⁵⁹⁾.

2. Naturaleza jurídica

En la ciencia penal peruana es mayoritaria la opinión de que el obrar en ejercicio de un deber es una causa de justificación⁽⁵⁶⁰⁾; sin embargo, Velásquez Velásquez⁽⁵⁶¹⁾ sostiene que la naturaleza jurídica del obrar en cumplimiento de un deber es mixta: puede operar como causal de atipicidad o de justificación. Esta última posición no tiene mayor consistencia, pues si se llega a determinar que la conducta analizada es atípica sería irrelevante penalmente y, por lo tanto, no sería posible o, mejor, sería ocioso evaluar si está amparada por alguna causa de justificación.

Villavicencio Terreros⁽⁵⁶²⁾ considera que el obrar en cumplimiento de un deber es un supuesto de ausencia de imputación objetiva (atipicidad) pues, “cuando haya una obligación específica de actuar para el sujeto, no se trata ya de un permiso, sino que cometería delito si no actuara”; en estos casos se presentaría una grave contradicción: no actuar sería tan típico como actuar. El resultado que genera una conducta amparada por el cumplimiento de deberes no se encuentra dentro

(559) PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 151.

(560) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. T. I. Ob. cit. p. 573; BRAMONT ARIAS, Luis / BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Ob. cit. *Código Penal anotado*. 4ª edición, revisado y concordado por María del Carmen García Cantizano, San Marcos, Lima, 2001, pp. 194 y ss., VILLA STEIN, Javier. Ob. cit., p. 333; SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 785.

(561) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 347.

(562) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., pp. 335-336.

del ámbito de protección de la norma, por ejemplo, el policía tiene la obligación de detener, en consecuencia, la limitación a la libertad que realiza, queda fuera de la esfera de protección de la norma en el tipo penal de secuestro.

El obrar en cumplimiento de un deber debe ser considerado como una causa de atipicidad, pues el actuar en este tipo de circunstancia (ordenada por la ley) implica el realizar un acto jurídicamente correcto, adecuado y obligatorio, motivo por el cual el comportamiento nunca podrá ser típico, mucho menos antijurídico.

3. Fundamento jurídico

El fundamento de la eximente del obrar en cumplimiento de un deber radica en el principio del interés preponderante, lo cual se explica porque el ordenamiento jurídico impone en ciertos casos y a determinadas personas, el deber de realizar conductas tipificadas en la ley que afectan bienes jurídicamente protegidos; pero al mismo tiempo, esa normativa manda a tales personas realizar conductas que atentan contra bienes jurídicos, por un lado, y por el otro, las castiga si las realizan; de allí que deba preponderar uno de los mandatos, resolviéndose tal contradicción a favor de la licitud del comportamiento⁽⁵⁶³⁾.

No obstante, el principio del interés preponderante no es suficiente, pues no sirve para resolver casos en que el conflicto de deberes jurídicos sean iguales y no toma en cuenta hipótesis en las cuales, pese a cumplirse con todas las exigencias legales, la justificante no puede admitirse por suponer la utilización de seres humanos como meros instrumentos o atentándose gravemente su dignidad, de donde se infiere que es preciso llevar a cabo una interpretación restrictiva de la eximente con base en el respeto a la dignidad de la persona humana⁽⁵⁶⁴⁾.

Respecto al conflicto de deberes iguales, basta con que el agente dé cumplimiento a uno de ellos para que su conducta sea lícita: el médico, por ejemplo, que solo salva a uno de los tres heridos graves por no disponer del instrumental necesario ni dotación suficiente. Aquí, se precisa que el médico con la sola intervención de uno de

(563) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 348.

(564) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 785.

los heridos, omitiendo intervenir al resto, está cumpliendo con su deber, por ende, su conducta aparece justificada frente al resto de heridos que por su omisión dejaron de existir. Cuestión diferente se produce cuando el médico obliga por cualquier medio al paciente que es testigo de Jehová a realizarse una transfusión de sangre contra su creencia. Aquí, si bien se ha realizado una acción en cumplimiento de un deber jurídico superior o igual al omitir la acción prohibida, no opera la eximente, pues tal actuación contraviene la norma constitucional que ampara la libertad de conciencia (consagrado en el artículo 2 inciso 3 de la Constitución)⁽⁵⁶⁵⁾; además, actuar de ese modo constituiría una afectación a la dignidad de la persona (consagrado en el artículo 1 de la Constitución)⁽⁵⁶⁶⁾⁽⁵⁶⁷⁾, en este caso, del paciente.

4. Requisitos

Los requisitos de la eximente del obrar en ejercicio de un deber son los siguientes⁽⁵⁶⁸⁾: Existencia de un deber legal, el deber cumplido debe tener mayor rango o igual al infringido (aparente colisión de deberes), necesidad de ejecutar la conducta típica, actuar con la finalidad de cumplir un deber jurídico.

4.1. Existencia de un deber legal

Previo a la realización del comportamiento típico, debe existir necesariamente un deber impuesto en la ley. La eximente, exige que el cumplimiento de un deber se realice dentro de los límites legales y conforme a Derecho, nos referimos al cumplimiento de un deber jurídico. El que realiza una conducta jurídicamente obligatoria no puede quedar sometido a responsabilidad criminal alguna, por la sencilla y obvia razón de que su actuar no puede ser calificado de antijurídico. En este sentido Berdugo⁽⁵⁶⁹⁾ señala que si el ordenamiento jurídico (en cualquiera de sus sectores) establece un deber de actuar u omi-

(565) Artículo 2 de la Constitución Política del Estado.- Toda persona tiene derecho: (...) 3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

(566) Artículo 1 de la Constitución Política del Estado.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

(567) *Ibíd.*, pp. 785-786.

(568) *Ibíd.*, pp. 786-788.

(569) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Ob. cit.*, p. 236.

tir respecto a un sujeto o grupo de sujetos, incluso lesionando con ello bienes jurídicos penalmente protegidos, es claro que debe primar el cumplimiento de ese deber sobre la evitación de daños a dichos bienes; por lo expuesto, nos encontraríamos frente a una causa de atipicidad, como ya se ha indicado con anterioridad al explicar la naturaleza jurídica de la institución jurídica en comentario.

Cuando la ley se refiere al ejercicio de un deber lo hace en el sentido de las facultades otorgadas por el Derecho; los deberes y la autoridad morales, sociales o privadas no son ley, sino cuando han sido captados expresamente por el Derecho⁽⁵⁷⁰⁾. Al requerir que el deber nazca del Derecho, no nos referimos a la ley propiamente dicha, sino también a los decretos, ordenanzas, reglamentos; es decir, a toda norma dictada por el poder público dentro del límite de sus facultades. Sin embargo, no basta que la ley imponga un deber para que la ejecución del hecho penalmente típico quede justificada, sino que es preciso que la ley que lo impone tenga, en el orden institucional positivo, fuerza revocatoria respecto de la que castiga el acto.

4.2. El deber cumplido debe tener mayor rango o igual al infringido (aparente colisión de deberes)

Se habla de colisión de deberes cuando dos (o más) coinciden de tal manera en una situación concreta que no es posible cumplir uno de ellos sin lesión del otro o de los otros; por ejemplo, el médico de la emergencia de un centro hospitalario que recibe a tres heridos graves que requieren intervenciones quirúrgicas de urgencia y, necesariamente tiene que elegir a uno solo para la intervención, tiempo en el que los otros pueden morir. Se precisa que en este caso, el médico con la sola intervención está cumpliendo con su deber, por ende, su conducta resultaría atípica⁽⁵⁷¹⁾.

El deber jurídico al que se ha dado cumplimiento debe ser de mayor o igual jerarquía que al que se ha dejado de lado⁽⁵⁷²⁾. El uso de la

(570) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. T. IV. Losada, Buenos Aires, 1984, p. 1404.

(571) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 338.

(572) El fundamento material de la antijuricidad, vale decir, la preponderancia del bien de mayor valor, se manifiesta en ciertos casos en los cuales la ley autoriza al autor a obrar en resguardo del bien más valioso. La impunidad del aborto eugenésico del inciso dos del artículo 86 del Código Penal, es uno de esos casos.

violencia por parte de la autoridad en el momento de cumplir con su deber de función o profesión, supone un principio básico que corresponde a la menor lesividad posible, clara exigencia de ponderación, proporción o adecuación a las circunstancias del caso. Operaría la eximente cuando un efectivo policial dispara y mata al delincuente que estaba a punto de disparar en contra de su víctima; en cambio, no operaría cuando el efectivo policial dispara y mata al delincuente que huye de la escena del crimen por el simple hecho de evitar su fuga⁽⁵⁷³⁾.

Hay que distinguir tres grupos de casos de colisión de deberes: **a) Un deber de acción puede entrar en conflicto con un deber de omisión**; esta es la hipótesis en la que, por ejemplo, un médico rompe su secreto profesional al que está obligado frente a uno de sus pacientes (deber de omisión), para prevenir a otro de sus pacientes de un riesgo de contagio (deber de acción); **b) Colisión de dos deberes de acción de forma que solo uno de ellos pueda ser cumplido**; esta situación acaece, verbigracia, cuando habiendo sido internados al mismo tiempo dos heridos graves en el hospital, el médico tan solo conecta uno de ellos a la única máquina de respiración y circulación asistida existente, debiendo dejar morir al otro; y finalmente, **c) Colisión de varios deberes de omisión que al autor no le quede ninguna posibilidad de acción permitida**; esto rige, por ejemplo, para el “conductor suicida” que circula erróneamente en dirección opuesta por la autopista, puesto que no puede pararse, ni seguir conduciendo, ni tampoco dar marcha atrás⁽⁵⁷⁴⁾.

En el tratamiento del conflicto de deberes hay que distinguir entre los casos en los que jurídicamente puede ser llevada a cabo una graduación del rango de los intereses concurrentes, y aquellos otros en los que una diferenciación de esta naturaleza no es posible. La ponderación de los deberes se efectúa aquí de acuerdo con los principios del estado de necesidad justificante con lo que, naturalmente, hay que tener en cuenta que ante la necesidad de infringir uno de los dos deberes goza de preferencia aquel que mínimamente aventaje al otro. Aquí no solo resulta decisiva la relación proporcional de los bienes jurídicos a los que se refieren los deberes respectivos, sino que más bien lo que resulta ser concluyente es si en atención al conjunto de los deberes implicados, a la finalidad última perseguida por el autor y bajo la

(573) SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 787.

(574) JESCHECK, Hans Heinrich / WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 392.

observancia de los valores reconocidos por la colectividad, uno de los deberes se presenta como inferior al otro. La infracción operada de este modo está cubierta por el conflicto de deberes de naturaleza justificante. Lo más sencillo de determinar es la proporción valorativa de los deberes cuando es inequívoca la diferencia de rango de los bienes jurídicos a los que aquellos van referidos. Por regla general, hay que cumplir el deber relacionado con el bien superior a costa del menor, pero la relación también puede invertirse en atención a las circunstancias adicionales a considerar⁽⁵⁷⁵⁾, como por ejemplo, el depositario no puede devolver el instrumento al propietario si sabe que este será utilizado para un aborto, el soldado no debe abandonar el campo de batalla para auxiliar a una víctima (conflicto entre dos deberes de acción).

Si, en atención al valor de los bienes jurídicos implicados y todas las circunstancias restantes, los deberes en conflicto son equivalentes, entonces hay que seguir un criterio diferenciador en relación con los tres grupos de casos aludidos con anterioridad. Si concurre un deber de acción con un deber de omisión, en la mayoría de ocasiones se admite la preferencia de este último y, de acuerdo con ello, está justificada la infracción por omisión del deber de acción que le obliga de modo simultáneo. Pero, en todo caso, esto no puede ser válido para los supuestos en los que la omisión del autor conduce a la muerte de una persona, a la que aquél tendría que haber podido y debido rescatar, porque la vida humana es el bien de mayor valor que merece la preferencia en la ponderación; por ejemplo, en un pequeño hospital hay un único aparato de respiración asistida, si el paciente A respira con dicho dispositivo y el paciente B cae de repente en una situación de asfixia peligrosa para su vida, el médico que los trata no puede ni matar al paciente A mediante la retirada del aparato ni desatender su deber de auxilio frente a B privándole del artefacto en cuestión⁽⁵⁷⁶⁾. Es preciso indicar que pese a lo indicado, en el Derecho Penal los deberes de acción y de omisión deberían considerarse de igual rango.

En el caso en el que se enfrentan dos deberes de acción equivalentes, el autor también obra antijurídicamente en atención al deber incumplido. No obstante, mayoritariamente se acepta que en una situación de esta naturaleza, en cierto modo, el ordenamiento jurídico

(575) *Ibidem*, pp. 392-393.

(576) *Ibidem*, pp. 393-394.

“deja libertad” al autor, de forma que en todo caso estaría justificado sea cual sea el deber que observe. Incluso, para otra tesis el hecho cae aquí en un “ámbito extrajurídico”; por ejemplo, en un incendio en el que, encontrándose en peligro de muerte dos niños, el padre solo puede rescatar a uno de ellos falleciendo, por tanto, el segundo.

En contra de la tesis dominante, la irresoluble contradicción de deberes equivalentes no puede conducir a que, en todo caso, el actor actúe conforme a Derecho, tome la decisión que tome, pues para el ordenamiento jurídico el cumplimiento de un deber es tan importante como el otro. El conflicto de intereses equivalentes puede ser una causa de extinción de la culpabilidad⁽⁵⁷⁷⁾.

4.3. Necesidad de ejecutar la conducta típica

El agente en el caso concreto, no tiene otra alternativa a la de ejecutar un comportamiento típico en el caso concreto en cumplimiento de su deber. Si llega a determinarse que el agente tuvo la posibilidad de cumplir con su deber de forma diferente a la de ocasionar la conducta típica, la eximente no opera⁽⁵⁷⁸⁾.

Se requiere la necesidad racional de la violencia para restablecer el orden jurídico perturbado, no estando justificada, por innecesaria, si es suficiente restablecerlo con cualquier otra medida no violenta. La violencia, además de necesaria, ha de ser proporcional a la entidad del hecho que la motivó, evitando cualquier exceso, por más que aparentemente pueda estar autorizada por cualquier tipo de reglamentación administrativa⁽⁵⁷⁹⁾.

En el caso de la racionalidad del medio empleado alude a dos situaciones, la primera derivada de **la condición especial en la que se encuentra el sujeto activo**, y la segunda se desdobra de **los medios que emplea para cumplir el deber**, los cuales deben compararse cualitativa y cuantitativamente a fin de establecer si existe proporcionalidad del deber jurídico que se trataba de cumplir y, en su caso, del bien jurídico que se dañó o puso en peligro. La lesión o puesta en peligro no debe realizarse con el simple objetivo de perjudicar a otro, esto alude

(577) *Ibíd.*, p. 394.

(578) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. cit.*, p. 787.

(579) MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Ob. cit.*, p. 385.

precisamente a los límites de actuación de los servidores públicos, o sea que la actividad realizada derive de las facultades encomendadas, es decir, se trata de evitar el comportamiento arbitrario de los servidores públicos, en especial de los policías, lo cual nos remite al problema de la racionalidad de los medios empleados, caso para el cual resulta válido lo dispuesto por el Código Penal en materia de la legítima defensa⁽⁵⁸⁰⁾.

4.4. Actuar con la finalidad de cumplir un deber jurídico

El presente requisito es de carácter subjetivo. El agente debe conocer que actúa en cumplimiento de un deber impuesto por la ley. Si llega a determinarse que actuó movido o guiado por otros fines, la eximente no aparece, por ejemplo, no es posible la eximente cuando el agente penetra en un domicilio y detiene al delincuente en flagrante delito debido a que el agraviado le ha ofrecido pagarle. Por el contrario, cuando el particular retiene a su vecino poniéndolo a disposición de la autoridad después de haberle sorprendido en flagrante delito contra su patrimonio, actúa en ejercicio de la figura jurídica en comentario⁽⁵⁸¹⁾; así, al momento de hacerlo haya sentido odio, ánimo de venganza o satisfaga viejos rencores.

Según el artículo 163 del Código Procesal Penal de 2004, el testigo debe decir la verdad y, según el artículo 409 del Código Penal, será reprimido si comete falso testimonio. Así, el ordenamiento jurídico impone a toda persona llamada a testificar en un proceso penal la obligación de no faltar a la verdad. Por lo tanto, no puede pretender, al mismo tiempo, sancionarla por difamación (artículo 132 del Código Penal) si ella le imputa al procesado un comportamiento delictuoso⁽⁵⁸²⁾. El buen funcionamiento de la administración de justicia es, pues, interés preponderante frente al interés individual del procesado por delitos contra el honor. El ejercicio del cumplimiento del deber está restringido tanto por su finalidad, como por la necesidad de realizar el acto típico; en el caso del testigo, éste no tiene por qué manifestar

(580) Véase PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Ob. cit., p. 152.

(581) Véase SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 787.

(582) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. T. I. Ob. cit., p. 573.

alegaciones contrarias al honor del procesado que sean innecesarias para establecer su responsabilidad⁽⁵⁸³⁾.

5. El ejercicio del deber en la medicina

A veces el ejercicio de determinadas profesiones obliga al cumplimiento de deberes o a la realización de actos que no estarían justificados fuera del ámbito profesional; por ejemplo, el ejercicio de la abogacía obliga al abogado a guardar los secretos de su cliente (cuya revelación puede estar justificada por el estado de necesidad) y a utilizar en defensa de su cliente determinadas manifestaciones injuriosas sobre la vida de los particulares⁽⁵⁸⁴⁾. Deben ser incluidas las lesiones y muerte causadas por los profesionales del arte de curar en el ejercicio de su profesión, aun cuando, como veremos, puede importar algunas veces cumplimiento de la ley y, en general, la justificante debe ser completada con el consentimiento del interesado.

El problema de la justificación de los hechos penalmente típicos en *razón* de la actividad curativa del autor, se refiere a los casos en los cuales, con el propósito de beneficiar su salud o su aspecto, una persona es intervenida quirúrgicamente con malos resultados, mortales o no, por un profesional con título o autorización para ejercer el arte de curar. Entre nosotros, no mediando un estado de necesidad, la justificación de la actividad curativa se ha encontrado, sea en el legítimo ejercicio de un derecho, complementado por el consentimiento del interesado, sea en el cumplimiento de un deber y legítimo ejercicio de un derecho, o en el ejercicio de un cargo. La actividad curativa autorizada implicaría el ejercicio de un derecho, en cuanto que el profesional tiene la facultad de ejercerla. Significaría el cumplimiento de un deber en ciertas circunstancias en las cuales el profesional está legalmente obligado a actuar. Pero no son esas características las que dotan de capacidad justificadora a la actividad curativa, sino el hecho de estar **autorizada** por la obligación del Estado a responder por la salud pública. Cuando no concurre un estado de necesidad –que justifica incluso la intervención curativa del no profesional– o no se trata de un caso de tratamiento obligatorio, la actividad curativa autorizada solo justifica si se realiza con el consentimiento expreso o presunto (que se

(583) Ídem.

(584) MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 387.

da en caso el paciente se encuentre en estado inconsciente) del interesado o de su representante legal⁽⁵⁸⁵⁾.

Los actos de quien ejerce alguna rama del arte de curar, deben tener por objeto el mejoramiento de la salud del que consiente o de un tercero; esa finalidad es esencial a la licitud del hecho, con independencia de que el fin perseguido se logre o no⁽⁵⁸⁶⁾. De otro modo, el consentimiento no sería válido, puesto que no estarían en juego bienes jurídicos disponibles (como es el caso de la vida, por ejemplo); asimismo, el que actúa tampoco estaría ejerciendo su derecho legítimo, por razón del fin distinto, lo que transformaría el acto quirúrgico en una lesión de las previstas en el Código Penal.

El médico tiene el deber de actuar y puede exigírsele, por tanto, que lo haga en caso de epidemia, desastres u otras emergencias, a requerimiento de las autoridades sanitarias, lo mismo que cuando la gravedad del estado de los enfermos imponga su asistencia, hasta tanto, en caso de decidir la no prosecución de la asistencia, sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente⁽⁵⁸⁷⁾. Asimismo, el médico puede imponer su actuación, sin necesidad del consentimiento del interesado, en los casos de tratamiento obligatorio.

Debe entenderse por tratamiento médico quirúrgico toda intervención en el organismo humano con fines de asegurar o restaurar la salud física o psíquica de la persona o mejorar su aspecto estético con el empleo de medios adecuados.

Las principales teorías que fundamentan la impunidad de aquellos actos cuya apariencia exterior es una lesión corporal, o al menos una intervención en el organismo ajeno, ejecutados por médicos o personas que no pertenecen a la carrera médica, con propósitos curativos o con fines de diagnósticos o de embellecimiento pueden reducirse en los siguientes grupos⁽⁵⁸⁸⁾:

- a) **Exclusión del concepto de atentado corporal.** Doctrina formulada por Carlos Stooss, para quien la voluntad de curar excluye

(585) NÚÑEZ, Ricardo C. Ob. cit., p. 172.

(586) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 277.

(587) *Ibidem*, p. 279.

(588) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito. Principios de Derecho Penal*. 12ª edición, Sudamericana, Buenos Aires, 1981, pp. 315-316.

la intención de producir lesiones corporales, porque el tratamiento curativo es, objetivamente, cosa bien distinta del daño a la salud y de las lesiones y malos tratos.

- b) **Derecho profesional del médico.** El fin de cumplir un deber profesional, que excluye toda idea de dolo, el mismo Carrara parece sostener este criterio.
- c) **Consentimiento del paciente.**
- d) **Derecho consuetudinario.** Algún autor –como R. Schmidt– alega como justificante del tratamiento médico-quirúrgico, no el derecho profesional de los médicos, sino un derecho consuetudinario consistente en curar, en aliviar dolores, etc., que en su más amplio sentido, aun refiriéndose a los profesionales de la medicina, llama Schmidt auxilio (*Hilfe*).
- e) **Cuasi contrato de gestión de negocios ajenos,** que sustentan Rosenberg y Zitelmann, pero este criterio, totalmente inaceptable, está ausente de partidarios.
- f) **Teoría objetivo-subjetiva.** Desarrollada por Filippo Crispigni, consistente en la falta de figura delictiva y acción ejecutada en cumplimiento de un fin reconocido por el Estado.
- g) **Fin reconocido por el Estado.** Franz Von Liszt, que sustenta esta doctrina, dice que “resulta de las instituciones del Estado (tanto de las educativas como de las sanitarias) que este reconoce como fin justificado –y lo fomenta– la conservación y el restablecimiento de la salud”. El tratamiento médico-quirúrgico, como acto que persigue un objetivo salutífero, se justifica por ser un medio apropiado para la consecución de un fin públicamente reconocido.

6. El ejercicio del deber en la práctica de deportes

La **actividad deportiva** autorizada y consentida por la víctima, practicada con arreglo a las leyes que le son propias, constituye, igualmente, una eximente de responsabilidad penal respecto de las lesiones y muertes causadas en su ejercicio⁽⁵⁸⁹⁾. Para explicar la impunidad

(589) Véase NÚÑEZ, Ricardo C. Ob. cit., p. 172.

de estos hechos se ha echado mano a diversos argumentos: se señala la distinta objetividad de la agresión; se da carácter justificante al consentimiento del interesado; se habla de un derecho consuetudinario y hasta de la falta de culpabilidad y del desuso del precepto penal⁽⁵⁹⁰⁾.

Es común, que aparezca en el ejercicio del deber en la práctica de deportes, la necesidad de completar la justificante con el consentimiento del interesado. No puede obligarse a alguien a participar en una pelea de box, por ejemplo, porque no estaríamos entonces ante una justa deportiva, sino ante un hecho por el que se desvirtúa el fin reconocido por el Estado. Estaríamos, pues, ante una situación que desbordaría la justificante y tendría las mismas consecuencias de cualquier otro acto antijurídico⁽⁵⁹¹⁾.

Sin embargo, respecto al ejercicio del deber en la práctica de los deportes existe una limitación, la misma que está dada por el cumplimiento de los reglamentos, porque con ellos se legitima el ejercicio de un derecho, cualquiera sea el resultado. La razón está otorgada por el hecho de que con ellos –con los reglamentos– se tienden a disminuir los riesgos y a facilitar la previsión, a la par que a impedir actos dolosos y aun culposos.

7. El ejercicio de potestad delegada (el obrar *pro magistratu*)

El derecho de detener concedido a particulares existe –de modo diferente que el de los funcionarios– no ya por la mera sospecha de un delito, sino solo cuando el sujeto a detener ha realizado un acto ilícito (objetivamente *ex post*): el riesgo de error no lo debe soportar el sujeto a detener, porque este no puede confiar en que un particular sin formación juzgue siempre la situación bajo una amplia ponderación de todas las circunstancias, sobre todo teniendo en cuenta que el particular no está sujeto a responsabilidad disciplinaria. A favor de esta atribución del riesgo habla también el hecho de que al particular –en contraste con el policía– no le afecta deber alguno de perseguir el delito⁽⁵⁹²⁾.

Está permitida la detención provisional⁽⁵⁹³⁾ por parte de aquel que ha encontrado al autor *in fraganti*, o por parte de un perseguidor

(590) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. T. IV. Ob. cit., p. 1469.

(591) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 279.

(592) JAKOBS, Gunther. Ob. cit., p. 554.

(593) El Estado de Derecho prohíbe el empleo de la violencia privada para la imposición de pretensiones de naturaleza jurídico-civil. Cuando, sin embargo, no puede conseguirse a tiempo una ayuda oficial o esta

o de quien lo auxilie para evitar la huida que cabe esperar. Solo está justificado el propio acto de detención (la detención y la coacción, incluida la lesión simple ocasionada al asir enérgicamente), pero no el derribar a golpes para dejar al autor en un estado de incapacidad para escapar, ni tampoco disparar al fugitivo, etc. La ley quiere mantener controlable la medida de ejercicio de la violencia delegada. Si aquel a quien se detiene conforme a derecho se lesiona en su intento de escapar, el que lo detuvo no es responsable por ello. Están permitidas medidas de menor entidad que la detención, por ejemplo, la amenaza de disparar o arrebatarse la llave de un vehículo a un conductor embriagado o sustraer pruebas o llevarse el documento de identidad –que se puede obtener sin registrar– o causar daños al vehículo dispuesto para huir⁽⁵⁹⁴⁾.

Toda persona (y no solo el ofendido) tiene el derecho a detener preventivamente o a perseguir al autor de un hecho flagrante, cuando se sospeche que va a emprender la huida o si su identidad no puede ser comprobada de forma inmediata. La finalidad del derecho a la detención es posibilitar su persecución penal; de este modo, el Estado transfiere al ciudadano una función pública. El sospechoso debe serlo de un hecho flagrante en el que la ejecución actual o recién finalizada de la acción se presenta para el espectador como un hecho punible. La persecución de un hecho flagrante existe cuando inmediatamente tras la percepción del hecho se ha dado comienzo a las medidas de persecución, de tal forma que no puede existir ninguna duda acerca de la identidad de la persona⁽⁵⁹⁵⁾.

ha sido denegada injustamente y existe el peligro de que sin una intervención inmediata se frustré la realización de la pretensión o esta se dificulte gravemente, entonces está permitida la autotutela dentro de unos márgenes limitados. Como medios para alcanzar esta están permitidos la sustracción, daño o destrucción de cosas pertenecientes al deudor, la detención de la persona obligada si se sospecha de su huida y la neutralización de la resistencia de aquel a llevar a cabo una acción que está obligado a realizar. Pero también aquí rige el mandato entre la proporcionalidad de la intervención, el peligro y la pretensión a imponer, el derecho a la autotutela no concurre, sin embargo, cuando está dirigido al aseguramiento de pruebas o a la satisfacción definitiva del acreedor. A diferencia de la legítima defensa, la autotutela no presupone ningún ataque actual. Ejemplo, quien se encuentra con su deudor a punto de subir a un avión intentando con ello desaparecer en el extranjero de forma permanente, puede proceder a su detención; no obstante, una puesta en peligro de su vida no resulta justificada. Un cliente que, poniendo reparos a la comida, pretende abandonar el local sin pagar, puede ser retenido con violencia por la camarera con la finalidad de comprobar sus datos personales para la aclaración de la situación jurídica.

(594) Véase *ibídem*, p. 155.

(595) Véase JESCHECK, Hans Heinrich / WEIGEND, Thomas. *Ob. cit.*, p. 427.

III. OBRAR EN EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO

El obrar en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo se encuentra regulado en el inciso 8 del artículo 20 del Código Penal⁽⁵⁹⁶⁾; consiste en la expresa autorización que se le otorga a un sujeto para que realice una determinada conducta, no obstante que con esta se lesione o ponga en peligro un determinado bien jurídico, en tal circunstancia el sujeto ejerce un derecho reconocido en la propia ley, y si al obrar realiza una conducta típica, esta resulta plenamente justificada. La justificante en comentario reside en el ejercicio legítimo de **derechos** y **deberes** inherentes al oficio o profesión.

El ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo adquiere su contenido con las acciones que la ley no manda ni prohíbe, y que caen dentro de lo autorizado. La justificante se basa en la Constitución, según la cual nadie será obligado de hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe⁽⁵⁹⁷⁾. La amplitud de esta disposición desborda los márgenes de la causal que se apoya en el cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio. Mientras en estos últimos supuestos se cumple la ley, en el ejercicio de un derecho se actúa en el ámbito de libertad, dentro de lo autorizado por el orden jurídico. Quien cumple la ley puede imponer a otro su derecho o exigirle su deber, cosa que no ocurrirá siempre en el ejercicio de un derecho, pues el límite de los derechos propios está fijado por los derechos de los demás⁽⁵⁹⁸⁾.

Entre lo que la ley obliga a hacer y lo que prohíbe hacer, hay una zona que se llena con numerosos actos que el individuo puede realizar, sin que le puedan ser impuestos ni prohibidos y sin que él pueda exigirlo, ni prohibirlo, a los demás.

La doctrina señala diversas hipótesis en que podría invocarse tal causa de justificación, como por ejemplo, la actividad del abogado que, en sus alegatos o escritos, en interés de su cliente, trata de señalar hechos dañosos para la reputación de la contraparte

(596) Artículo 20 del Código Penal.- Está exento de responsabilidad penal: (...) 8. El que obra (...) en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

(597) Principio constitucional de reserva, consagrado en el artículo 2.24.a.

(598) FONTÁN BALESTRA, Carlos, Ob. cit., p. 274.

(aunque en tales casos también pudiera sostenerse la atipicidad por falta de *animus iniurandi*), pero sin duda las más relevantes tienen relación con la actividad médica⁽⁵⁹⁹⁾. Otros ejemplos pueden ser el derecho de retención del acreedor sobre los bienes del deudor (artículos 1123 y 1127.1 del Código Civil)⁽⁶⁰⁰⁾ que constituye un supuesto de justificación frente al delito de apropiación ilícita (artículo 190 del Código Penal)⁽⁶⁰¹⁾, o el derecho de huelga (artículo 55 de la Constitución) en relación al tipo de lo injusto de la usurpación (artículo 202 del Código Penal)⁽⁶⁰²⁾.

1. Naturaleza jurídica

La doctrina mayoritaria considera que la exigente de obrar en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, tiene la naturaleza de una causa de justificación, lo que supone que quien actúa en ejercicio legítimo de un derecho realiza una conducta típica pero no antijurídica, es decir, obra conforme al ordenamiento jurídico, aun cuando cumpla formalmente un tipo penal y lesione materialmente un bien jurídico protegido. Existe una incompatibilidad conceptual absoluta entre la conducta conforme a Derecho y el delito; entre ambos no hay conflicto posible, pues donde acaba uno empieza el otro.

(599) POLITOFF L., Sergio / MATUS A., Jean Pierre / RAMÍREZ G., María Cecilia. Ob. cit., p. 237.

(600) Artículo 1123 del Código Civil.- Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de un deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene.

Artículo 1127 del Código Civil.- El derecho de retención se ejercita: 1. Extrajudicialmente, rehusando la entrega del bien hasta que no se cumpla la obligación por la cual se invoca (...).

(601) Artículo 190 del Código Penal.- El que en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. (...)

(602) Artículo 202 del Código Penal.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años:

1. El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.
2. El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.
3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble.
4. El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse.

La violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes.

Lo que es lícito para un sector extrapenal del Derecho no puede ser ilícito para el Derecho Penal, en virtud de la unidad sistemática del ordenamiento jurídico (derivada de un concepto unitario de antijuricidad y del principio de no contradicción interna) y al carácter de última ratio del Derecho Penal. Es de la plenitud de estos principios de donde se deriva la regla de que el ejercicio legítimo de un derecho no puede dar lugar a ilícito penal alguno. Sería una contradicción axiológica insoportable, y contradiría además la subsidiaridad del Derecho Penal como recurso extremo de la política social, que una conducta autorizada en cualquier campo del Derecho, no obstante, fuera castigada penalmente⁽⁶⁰³⁾.

El obrar en ejercicio de un derecho, oficio o cargo es una causa de justificación, dado que nos encontramos frente a situaciones que son permitidas por el ordenamiento jurídico; el carácter permisivo las incluye en la esfera de las causas de justificación. El ejercicio legítimo de un derecho constitucional opera así como una causa de exclusión de antijuricidad. Sin embargo, no proviene de la eximente de responsabilidad penal en estudio, sino ya del reconocimiento de la propia norma fundamental, que produce tal efecto, sin necesidad de un precepto como el del inciso 8 del artículo 20 del Código Penal. Las causas de justificación provienen de todo el ordenamiento jurídico; y en su parte dogmática, la Constitución es una fuente de causas supralegales de justificación penal⁽⁶⁰⁴⁾.

2. El obrar en ejercicio legítimo de un derecho

El ejercicio regular de un derecho propio no puede constituir en ilícito ningún acto⁽⁶⁰⁵⁾. Cuando existe un conflicto entre dos derechos: el que es ejercido y el que es limitado por ese ejercicio, el que prima es el más importante y, en caso de igualdad, cualquiera de ellos. Según la Constitución, se deben salvaguardar en primer lugar los derechos que conciernan directamente a la dignidad de la persona⁽⁶⁰⁶⁾. Asimismo, hay que tener en cuenta los principios generales relativos a la

(603) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 570.

(604) Véase REVILLA LLAZA, Percy Enrique. "Obrar en ejercicio legítimo de un derecho". En: *Código Penal comentado*. T. I. Título preliminar - Parte general. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 798.

(605) NÚÑEZ, Ricardo C. Ob. cit., p. 166.

(606) De acuerdo al artículo 1 de la Constitución Política del Estado.

primacía de las leyes superiores, posteriores y especiales sobre las inferiores, anteriores y generales⁽⁶⁰⁷⁾.

Los requisitos que la doctrina identifica para el ejercicio legítimo de un derecho son: **a) la existencia de un derecho de parte de quien actúa**, que implica la existencia de una facultad de obrar o poder de voluntad establecido por el derecho objetivo para satisfacer un legítimo interés. No podría acogerse al ejercicio de un derecho, el propietario que incendia su casa con el pretexto de ejercitar la facultad de “disposición” que integra su derecho de dominio; y **b) el reconocimiento de dicho derecho por parte de una norma jurídica positiva**, es decir, que el derecho se ejercite legítimamente (en las circunstancias y de la manera que la ley señala). Cury Urzúa⁽⁶⁰⁸⁾ señala que es requisito fundamental de esta causa de justificación la existencia de un derecho, no es necesario que la facultad aparezca expresamente establecida en la ley; la existencia de un derecho puede también deducirse mediante una interpretación analógica.

No cualquier ejercicio de un derecho justifica el acto típico realizado, sino que es indispensable que dicho comportamiento sea realizado dentro del marco establecido por la norma; es decir, sin incurrir en un abuso del derecho. En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico no reconoce a los particulares un derecho ilimitado a hacerse justicia por ellos mismos. Es fundamental sobre todo determinar si el titular del derecho puede ejercerlo directamente o si se requiere la intervención de una autoridad competente⁽⁶⁰⁹⁾. La exigencia de que el ejercicio del **derecho** sea **legítimo** significa la exclusión del ámbito de la justificante del **exceso** y del **abuso** en dicho ejercicio (ejercicio arbitrario del propio derecho)⁽⁶¹⁰⁾. El acreedor no puede ejercer violencia o amenaza contra el deudor moroso para recuperar la suma que le ha prestado, el orden jurídico le ofrece las vías legales necesarias para hacer respetar su derecho. Incurrir en delito, fuera de los otros que hayan cometido en concurso (coacción, vías de hecho), quien “con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a

(607) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. T. I. Ob. cit., p. 575.

(608) CURY URZUA, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*, T. I. 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 375.

(609) Véase HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. T. I. Ob. cit., p. 575.

(610) POLITOFF L., Sergio / MÁTUS A., Jean Pierre / RAMÍREZ G., María Cecilia. Ob. cit., p. 237.

la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo” (artículo 417 del Código Penal). El límite del ejercicio del derecho está dado, pues, por el carácter arbitrario del comportamiento del agente; es decir, un comportamiento dictado solo por la voluntad o el capricho. Actúa de un modo arbitrario quien recurre a la violencia, intimidación, engaño o cualquier otro medio prohibido por el ordenamiento jurídico⁽⁶¹¹⁾.

2.1. Legitimidad del ejercicio del derecho

Para que la conducta quede justificada, el ejercicio del derecho debe ser legítimo, esta afirmación implica una tautología que, no obstante, es necesaria. Quien actúa en ejercicio de un derecho en la forma que la ley autoriza, no comete acción antijurídica alguna, aun cuando su comportamiento lesione o ponga en peligro otros intereses humanos que el derecho protege. El legislador quiere privar de justificación a quien se excede en el uso de sus facultades; de este modo se enfatiza la aserción de que todo derecho tiene un límite más allá del cual no existe como tal⁽⁶¹²⁾.

Ejercen legítimamente sus derechos (según el artículo 20 numeral 8 del Código Penal) los sujetos que realizan conductas no prohibidas. Sin embargo, esto se deduce también del principio constitucional de reserva (artículo 2, numeral 24, inciso a, de la Constitución Política que señala que: “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”); ejemplo, no comete el delito de violación de domicilio (artículo 230 del Código Penal) quien ingresa a su propia casa. Esta justificación es consecuencia del principio de unidad del ordenamiento jurídico, ya que lo que está legitimado en una parte del derecho no puede ser prohibido penalmente en otra⁽⁶¹³⁾.

- a) **El exceso por razón del contenido tiene lugar cuando se lesiona un derecho de otro como consecuencia de actos que van más allá de lo autorizado o de lo que la necesidad del ejercicio requiere, de acuerdo con las circunstancias del caso.**

(611) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. T. I. Ob. cit., p. 575.

(612) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 222.

(613) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 555.

Solo el ejercicio legítimo o regular del derecho propio es justificante. La ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho. Se considera tal el ejercicio que contraría los fines que la ley tuvo en mira al reconocer el derecho de que se trata o que excede los límites supuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres. Se excede en el legítimo ejercicio del poder de corrección, la madre que golpeó a su hijo con un palo y con una ojota por no lavarse las manos antes de ir a comer.

b) Se abusa del derecho en razón del objeto, cuando se ejercita con un fin distinto del que el propio orden jurídico le fija, o en relación con las normas de cultura o convivencia social.

La realización de un derecho actuando arbitraria y al margen de la autoridad, en nuestro ordenamiento jurídico, no solamente no está jurídicamente permitido, sino que además constituye delito⁽⁶¹⁴⁾. Actos de hostilidad o de rivalidad, cuya característica está dada por el fin de perjudicar a otro, generalmente por venganza, rivalidad o despecho, aun sin utilidad para el titular del derecho.

Para que una conducta quede impune no debe cumplir con el tipo penal del artículo 417 del Código Penal: el ejercicio legítimo de un derecho se interpone al ejercicio arbitrario del mismo, por ejemplo, a los casos en que el propietario de un bien mueble lo sustrae de quien lo tiene en su poder ilegítimamente le es aplicable el artículo 417 del Código Penal y no el artículo 20 inciso 8 del Código Penal⁽⁶¹⁵⁾.

El efecto más común del abuso de derecho por el fin perseguido será la adecuación del hecho a la figura legal correspondiente, y no el exceso de la justificante, porque el acto es ilícito desde sus orígenes y, por tanto, en ningún momento habrán concurrido las circunstancias de la justificante, condición indispensable para que haya exceso. La consecuencia señalada resulta evidente en los casos de autorización legal expresamente acordada con determinado fin. Así, por ejemplo, los actos realizados en el ejercicio de cualquiera de las ramas del arte de curar.

c) Se abusa, también del derecho, cuando se lo ejerce usando medios y una vía distinta de la que la ley autoriza, la manifestación

(614) Ver REVILLA LLAZA, Percy Enrique. "Obrar en ejercicio legítimo de un derecho". En: *Código Penal comentado*. T. I. Ob. cit., p. 793.

(615) Ídem.

más característica es el derecho ejercido por mano propia o las vías de hecho.

El artículo 417 del Código Penal castiga al que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo (en menoscabo del normal funcionamiento de la función jurisdiccional); con lo cual se destaca que todo ajusticiamiento de propia mano subroga ilegítimamente al Poder Judicial, sustituyéndolo en su exclusiva potestad de administrar justicia, reconocida constitucionalmente (artículos 138 y 139 inciso 1 de la Constitución)⁽⁶¹⁶⁾.

La expresión vías de hecho adquiere su significado de la idea de oposición a las vías de derecho, es decir, a las que la ley autoriza. El ejercicio del derecho se torna ilegítimo cuando su titular, en lugar de recurrir al juez, hace justicia por propia mano. Cualquier tipo de realización del propio derecho, ejercitado fuera de los cauces legales, es antijurídico.

En nuestro ordenamiento jurídico utilizar arbitrariamente las vías de hecho, al margen de las autoridades competentes, para realizar un derecho constituye una conducta ilícita, penalmente prohibida, conforme al artículo 417 del Código Penal⁽⁶¹⁷⁾. No es necesario aquí además que el agente utilice violencia, intimidación o fuerza. Basta solo el obrar de manera arbitraria y al margen de la autoridad; satisfecho tal requisito, el referido tipo penal se puede conjugar prácticamente con cualquier modalidad ejecutiva, verbigracia, el engaño o abuso de confianza para recuperar un bien litigioso.

No debe identificarse siempre el obrar al margen de la autoridad con el obrar ilegítimamente (o fuera de las vías legales), pues incluso quien ejerce un derecho al margen de la autoridad puede no obrar arbitrariamente, verbigracia, las defensas posesorias o el derecho de

(616) Artículo 138 de la Constitución Política del Estado.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes (...).

Artículo 139 de la Constitución Política del Estado.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación (...).

(617) Artículo 417 del Código Penal.- El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

retención conforme al Derecho civil (artículos 920 y 1123 y siguientes, respectivamente, del Código Civil), supuestos que evidencian que se puede hacer justicia por mano propia y al margen de la autoridad de modo no arbitrario⁽⁶¹⁸⁾.

El ámbito en que podría aplicarse el obrar en ejercicio legítimo de un derecho a los supuestos de empleo de vías de hecho resultaría bastante restringido: únicamente a supuestos de ejercicio legítimo de un derecho jurídicamente reconocido (que exista y corresponda al agente) que queden al margen del artículo 417 del Código Penal⁽⁶¹⁹⁾.

2.2. Supuestos del ejercicio de un derecho

Los casos más comunes del ejercicio de un derecho son: el derecho a corregir y el *offendicula*.

2.2.1. El derecho a corregir y la Ley N° 30403 que prohíbe el uso de algún tipo de castigo físico o trato humillante en el ámbito de la educación de los niños, niñas y adolescentes.

El derecho a corregir autorizaba al sujeto, titular de la patria potestad, a reprender moderadamente al menor (artículo 423, inciso 3 del Código Civil; artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes), la definición de **moderación** de la conducta correctiva era relativa y se condicionaba a las circunstancias culturales y sociales, pero en especial atención, a la minoría de edad⁽⁶²⁰⁾. Se refería al derecho de los ascendientes para corregir a sus descendientes, pero sujeto a los lineamientos que establece la propia ley. Así pues, los límites de la facultad de corregir o hacer corregir legítimamente por parte de quien ejerce el derecho disciplinario estaban fijados por la moderación.

La justificación correspondía a conductas realizadas para corregir de manera leve y moderada, que se realizaban con *animus corrigendi*, es decir, al castigo corporal moderado o una leve privación de libertad. La corrección de niños ajenos estaba condicionada a la delegación o consentimiento de padres o tutores, siendo dudoso el supuesto de consentimiento presunto de los padres. La corrección ejercida por los maestros era considerada un deber de profesión, sin embargo, en

(618) *Ibidem*, pp. 793-794.

(619) *Ibidem*, p. 794.

(620) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 557.

el Derecho comparado la tendencia era rechazar este derecho frente a los alumnos, prohibiéndose el castigo corporal⁽⁶²¹⁾. El castigo corporal del alumno por parte del maestro realiza el tipo de lesiones, el derecho de corrección del maestro en la escuela era reconocido como un derecho consuetudinario, siempre que existiera un motivo suficiente para ello, una finalidad educadora y un ejercicio moderado del mismo. En la doctrina se negaba de plano el derecho de corrección del profesor. Constitucionalmente tampoco poseía fundamento alguno; es más, el castigo corporal del alumno por parte del maestro estaba cubierto por la reserva legal de legítima defensa, del estado de necesidad justificante y del auxilio necesario. En caso necesario, el profesor tenía, por tanto, el derecho a defenderse del ataque de sus alumnos frente a su persona, frente a otros alumnos o frente a la propiedad pública, incluso a través de contacto corporal en el sentido de “defensa necesaria”. Tampoco materialmente se justificaba el derecho de corrección del maestro que traspase los límites de la legítima defensa, pues al presentarse la violencia humillante ante los ojos de la clase como una pena corporal no podía responder bajo ninguna circunstancia a fines pedagógicos⁽⁶²²⁾.

En la medida en que el ejercicio de este derecho podía conducir a la realización de algún tipo de delito (lesiones, coacciones, detenciones ilegales, etc.), se planteaba el problema de hasta que punto pueden estar justificadas estas acciones. Aunque se invocaba en algunos casos el Derecho consuetudinario para justificar tales actos, la verdad es que la pedagogía moderna considera perjudicial el ejercicio de la violencia como medio de corrección⁽⁶²³⁾.

Ningún tipo de delito puede quedar justificado por el derecho de corrección. Tampoco puede admitirse el ejercicio de la violencia en otros ámbitos (castrense, penitenciario, etc.) con pretextos correctivos, disciplinarios, etc., y mucho menos en los interrogatorios policiales, indagaciones para descubrir delitos, etc., que pueden incluso constituir delito de tortura⁽⁶²⁴⁾.

(621) Ídem.

(622) Ver JESCHECK, Hans Heinrich / WEIGEND, Thomas. Ob. cit., 392.

(623) MUNOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 386.

(624) Artículo 321 del Código Penal.- El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que inflige dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, a otra persona o la somete a cualquier método tendente a menoscabar su personalidad o disminuir su capacidad mental o física, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de catorce años.

El derecho a castigar de los padres frente a sus hijos menores de edad recaía en el ámbito de la relación familiar interna (jurídicamente regulada solo esquemáticamente). Las reacciones jurídicas tienen lugar solo si se abusa del derecho: el castigo se convertía en antijurídico. Había abuso cuando cabe demostrar que el castigo corporal no era necesario, es decir, que por saldo resultaba inútil e incluso perjudicial. Tal es el caso siempre que se daba un trato denigrante o cuando se ocasionaba más que lesiones sin importancia o se creaba el correspondiente peligro. El derecho de los padres era intransferible, pero su ejercicio podía ceder a terceras personas; el uso de esta cesión no llegaba a constituir abuso solo si el niño se daba cuenta de que no se le ha entregado a un arbitrio ilimitado y los padres determinaban y controlaban motivo, finalidad y alcance del castigo⁽⁶²⁵⁾.

En el ámbito familiar el derecho de corrección podía ser cedido a la niñera o a los abuelos, pero en este supuesto el correctivo corporal llevado a cabo por terceras personas cercanas conservaba su limitación a casos excepcionales. Un castigo adecuado al marco indicado solo se podía dar, por lo general, si se trataba de una actuación dirigida al fin educativo, pero no motivada por ira o sadismo.

En nuestro ordenamiento jurídico el derecho o potestad de corrección sobre los hijos estaba regulado por el Código Civil, en el artículo 423.3, dicho derecho podía extenderse también –aunque con mayores reacciones– a los tutores conforme al artículo 526 del Código Civil. La potestad de corrección podía afirmarse únicamente en personas que tienen la patria potestad (potestad paterno-filial) o la tutela (potestad tutorial-pupilar) con respecto a los menores de edad sujetos a tales instituciones jurídicas; verbigracia, los padres (naturales o adoptivos) respecto a los hijos menores, el tutor respecto al menor tutelado⁽⁶²⁶⁾.

La pena privativa de libertad es no menor de quince ni mayor de veinte años, cuando la víctima:

- a) Resulte con lesión grave.
- b) Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad.
- c) Padece de cualquier tipo de discapacidad.
- d) Se encuentra en estado de gestación.
- e) Se encuentra detenida o reclusa, y el agente abusa de su condición de autoridad para cometer el delito.

Si se produce la muerte de la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

(625) Véase JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 562.

(626) REVILLA LLAZA, Percy Enrique. “Obrar en ejercicio legítimo de un derecho”. En: *Código Penal comentado*. T. I. Ob. cit., p. 795.

Nuestro ordenamiento jurídico establecía límites expresos a la potestad de corrección educativa, permitiendo a los padres corregir solo moderadamente a sus hijos (razonable o racionalmente), sin incurrir en excesos, que no estaban amparados en la ley. Rigen aquí, por tanto, los principios de necesidad y proporcionalidad en orden a la finalidad educativa y al bien del menor (subjetivamente, era necesario además siempre el *animus corrigendi*). Así, un padre que infiere dolosamente lesiones (graves o leves) a su hijo, no podía invocar el ejercicio legítimo de un derecho de corrección para quedar justificado⁽⁶²⁷⁾.

Se puede decir que los golpes que propinaba un padre a su hijo mientras no provocaba daños a su salud o constituía maltratos denigrantes (atentatorios a la dignidad humana) podían ser consideradas conductas típicas pero no antijurídicas, pues constituían menoscabos a la integridad física (daños al cuerpo o la salud) justificados en virtud del derogado artículo 423 inciso 3 del Código Civil⁽⁶²⁸⁾.

El 30 de diciembre de 2015, se publicó la cuestionable Ley N° 30403 que prohíbe el uso de algún tipo de castigo físico o trato humillante en el ámbito de la educación de los niños, niñas y adolescentes, en el Diario Oficial *El Peruano*. Con esto, se deja en claro que no se debe utilizar ningún tipo de maltrato como método de persuasión para corregir actitudes o como estrategia de educación. Además de proscribir el maltrato, la norma señala que esta prohibición abarca a todos los ámbitos en los que transcurre la niñez y adolescencia, lo que comprende el hogar, la escuela, la comunidad, los lugares de trabajo, etc.

La Ley define claramente el uso de castigo físico como el “uso de la fuerza, en ejercicio de las potestades de crianza o educación, con la intención de causar algún grado de dolor o incomodidad corporal, con el fin de corregir, controlar o cambiar el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes, siempre que no constituya un hecho punible”. Asimismo, se indica que el castigo humillante es “cualquier trato ofensivo, denigrante, desvalorizador, estigmatizante o ridiculizador”, utilizado en ejercicio de las potestades de crianza o educación con el fin de corregir, controlar o cambiar el comportamiento de los niños,

(627) Ídem.

(628) *Ibídem*, p. 796.

niñas y adolescentes, siempre que no constituya un hecho punible en el mismo ámbito y con la finalidad de cambiar el comportamiento de los menores de edad.

Con arreglo anterior, la mencionada ley derogó normas que contemplaban como derecho y deber de los padres, corregir moderadamente a sus hijos e hijas, dispositivos que suponían una apertura al maltrato físico o corporal: el numeral 3 del artículo 423 del Código Civil y el literal d) del artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, incorporando que todos los menores, “sin exclusión alguna, tienen derecho al buen trato, que implica recibir cuidados, afecto, protección, socialización y educación no violentas, en un ambiente armonioso, solidario y afectivo”.

2.2.2. *Offendicula*

Se refiere al derecho que tienen las personas de colocar ciertas protecciones a modo de defensas que sirven a los propietarios de inmuebles para proteger su patrimonio y propiedad, como es el caso de las cercas electrificadas, los vidrios en los muros y otros aditamentos. En torno a la *offendicula* algunos autores consideran que son actos que se encuadran dentro de la legítima defensa, sin embargo, se olvidan que las actividades de protección se refieren a actos futuros. Los medios que se utilicen para defender una propiedad deben ser proporcionales al bien jurídico protegido; por ejemplo, sería rechazable pretender custodiar un huerto frutal con armas automáticas apostadas dentro de él, o los linderos de una propiedad con una cerca electrificada al alcance de todos los transeúntes.

Se ha pretendido justificar, a título de ejercicio legítimo de un derecho, el uso de defensas mecánicas predispuestas en defensa de la inviolabilidad del domicilio. Se trata de la colocación de dispositivos, generalmente conectados a un arma o a un conductor eléctrico, de modo que quien penetre en la propiedad o lo haga funcionar causando así su propia muerte o lesión.

La crítica que se hace a la inclusión de las defensas mecánicas en la justificante que nos ocupa es, que se llegaría, por la supuesta vía del ejercicio legítimo de un derecho, a dar mayor amplitud a la defensa de derechos en ausencia de su titular, que estando este presente y que

desaparecerían las exigencias de la legítima defensa, razón por la cual algunos autores la consideran inadmisibles.

Pueden ser lícitos los resultados causados por defensas mecánicas predispuestas cuando se den las circunstancias de la llamada defensa privilegiada. Tal cosa ocurrirá cuando el mecanismo está dispuesto de modo que funcione solamente de noche y contra quienes penetren con escalamiento o fractura, y siempre que la penetración en sí mismo implique un peligro para las personas⁽⁶²⁹⁾. Están amparados por el ejercicio legítimo de un derecho, y son por tanto lícitos, los daños que son la consecuencia de defensas inertes colocadas en la propiedad, tales como los trozos de vidrio incrustados sobre los muros o las lanzas que forman una reja, defensas cuya presencia es notoria⁽⁶³⁰⁾.

En este tipo de defensas inertes (*offendicula*), las lesiones se producen a consecuencia del movimiento corporal del propio ofendido.

3. El obrar en ejercicio legítimo de un cargo

Por “cargo” debe comprenderse tanto el que corresponde a un funcionario (*stricto sensu*) como a un empleado⁽⁶³¹⁾. El obrar en ejercicio legítimo de un cargo implica el ejercicio del propio poder de decisión o ejecución correspondiente a un cargo público. El juez que ordenó un desalojo con uso de la fuerza pública, aunque su acto se adecua formalmente a la instigación de un despojo, no es punible, porque se ha obrado legítimamente. También obra justificadamente, aunque cause lesiones, el guarda cárcel que hiere a un preso para impedir su fuga.

Esta justificante, constituye un caso especial de la circunstancia general del “obrar conforme a la disposición de la ley”, pues el acto correspondiente al ejercicio legítimo de un oficio o cargo debe tener siempre una base legal. Sería entonces contradictorio y absurdo reprimirlo, puesto que implicaría admitir que un mismo acto pueda ser prohibido y permitido al mismo tiempo⁽⁶³²⁾.

El ejercicio del cargo debe ser legítimo; la legitimidad supone la legalidad del título en cuya virtud el autor desempeña el cargo y la

(629) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., pp. 276-277.

(630) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. T. IV. Ob. cit., N° 1322.

(631) Véase VILLA STEIN, Javier. Ob. cit., p. 333.

(632) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., pp. 487-488.

legalidad de su ejercicio en el caso concreto. Lo primero requiere que la autoridad no haya sido usurpada; el ejercicio es legal si el autor obra en materia de su competencia y no lo hace con abuso de autoridad ni con exceso en la acción, sea en el modo o en la medida de su ejercicio.

Los requisitos especiales para el ejercicio de las facultades concretas de carácter violento están regulados en sus respectivos ámbitos. Por este motivo, aquí solo pueden ser discutidos los requisitos generales para la actuación al amparo de facultades públicas. Entre ellos se encuentran, en primer lugar, la competencia material: la acción oficial debe pertenecer por su naturaleza y circunscripción a las obligaciones del servicio del funcionario correspondiente⁽⁶³³⁾.

El funcionario debe ser competente tanto en razón de la materia como del territorio. Esto supone, claro está, que haya sido nombrado conforme a la ley, haya asumido el cargo y lo ejerza en el momento de realizar la acción típica. El usurpador de un cargo público no puede, pretender justificar sus actos alegando el ejercicio del cargo para el cual no ha sido elegido o nombrado conforme al derecho. Estas exigencias se encuentran en el artículo 381 del Código Penal⁽⁶³⁴⁾.

El hecho debe constituir un acto de servicio y ser realizado conforme a ley y de acuerdo con los mandatos constitucionales. En cuanto a la forma, debe cumplir con todos los requisitos establecidos por la norma legal pertinente. Materialmente debe respetar los criterios de proporcionalidad y necesidad.

En numerosas leyes está prevista la utilización de la coacción estatal como último recurso para el cumplimiento de los fines públicos. Un órgano estatal que realiza un tipo penal (verbigracia, homicidio doloso, lesiones corporales, privación de la libertad, coacciones, allanamiento de morada, apertura de correspondencia, daños materiales, etc.) sobre la base y dentro del marco de sus facultades públicas actúa conforme a derecho. Lo mismo sucede respecto a los particulares cuyo apoyo es requerido por parte de los funcionarios⁽⁶³⁵⁾.

En la legislación se conceden autorizaciones para la actuación oficial, permitiéndose expresamente la intervención con determinados

(633) JESCHECK, Hans Heinrich / WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 420.

(634) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. T. I. Ob. cit., p. 588.

(635) JESCHECK, Hans Heinrich / WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 419.

finés (así en las leyes sobre la aplicación de la coacción directa) o bien se prescribe un fin de la actuación que no se puede alcanzar sin intervención (por ejemplo, toma de una muestra de sangre, imposible sin lesionar, las huellas digitales, imposibles sin coacción)⁽⁶³⁶⁾.

El funcionario debe comprobar de forma debida si las condiciones materiales de su intervención existen o faltan, no siendo suficiente que haya obrado creyendo, simplemente de buena fe, que estas estaban presentes. El Estado, no tiene el privilegio de poder equivocarse, puesto que ello significaría aceptar que los funcionarios quedarán exonerados de responsabilidad en el caso del ejercicio abusivo de sus cargos. Esto no sería conforme al Estado de Derecho que debe esforzarse en garantizar los derechos fundamentales de las personas y en motivar a sus órganos para que actúen estrictamente de acuerdo a ley.

La eficacia justificativa del ejercicio de un cargo está todavía condicionada por las circunstancias particulares del caso; ejemplo, el policía que debe “capturar a los presuntos autores y partícipes” (artículo 68, inciso h, del Código Procesal Penal de 2004) sorprendidos en flagrante delito. La presunción de responsabilidad implica que el policía no pueda tener la certeza de que la persona detenida realmente haya cometido la conducta punible. El sospechoso, aunque no sea el verdadero autor, debe, pues, soportar que se le prive de libertad para que se puedan efectuar los esclarecimientos necesarios⁽⁶³⁷⁾.

Si el funcionario ha actuado con la debida diligencia y conforme a su competencia, la privación de libertad que practica no solo constituye un acto no doloso (error inevitable) sino también conforme al derecho. La persona detenida no puede reaccionar contra esa medida y, si lo hace, su acto no será justificado aun cuando se compruebe a posteriori que su detención fue indebida. Los ciudadanos tienen el derecho de oponerse sin embargo, cuando el agente actúa negligentemente o de modo malintencionado al apreciar las circunstancias que condicionan la detención según la ley⁽⁶³⁸⁾.

Las dificultades surgen cuando, si bien el actuante supone *ex ante* los presupuestos de la intervención, sin embargo, después resulta que

(636) JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 150.

(637) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. T. I. Ob. cit., p. 589.

(638) *Ibíd.*, pp. 589-590.

la intervención no era necesaria, para la justificación deben concurrir realmente los presupuestos: la competencia objetiva y espacial, las formalidades esenciales para la protección del afectado (por ejemplo, la comunicación de la orden de detención) y proporcionalidad⁽⁶³⁹⁾.

El cumplimiento de algunas prescripciones formales esenciales destinadas a la protección del afectado (verbigracia, el carácter escrito de la orden de detención judicial). Además para todas las facultades coactivas rigen tanto el principio de menor lesividad de la intervención como el de su proporcionalidad como normas fundamentales del Estado de Derecho.

Casos en los que un órgano del Estado, al cumplir sus funciones, realiza un acto que se adecua a un tipo legal. No son raras estas situaciones; basta con señalar las diversas medidas coercitivas que los operadores judiciales emplean en el marco de un proceso penal. La gravedad de este hecho ha llevado a señalar unos límites con la idea de evitar todo exceso o desviación del poder. Estos límites son, en principio, la necesidad racional de la violencia y su adecuación proporcional al hecho.

Se requiere necesidad racional de la violencia para restablecer el orden jurídico perturbado, no estando justificada, por innecesaria, si, por ejemplo, es suficiente con cualquier otro tipo de medida no violenta, la violencia, además de necesaria, ha de ser proporcionada a la entidad del hecho que la motivó, evitando cualquier exceso, por más que aparentemente pueda estar autorizada por cualquier tipo de reglamentación administrativa⁽⁶⁴⁰⁾.

En algunos casos se permiten los actos *pro magistratu*, es decir, los realizados para ayudar a la administración de justicia.

3.1. La autorización o permiso de la autoridad

En algunas disposiciones de la parte especial y con frecuencia, en el Derecho Penal especial, la punibilidad de un determinado comportamiento se hace depender de que el autor carezca de una autorización oficial. En estos casos surge la pregunta de si esta última se configura como un elemento del tipo de carácter negativo de modo que

(639) JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 150.

(640) MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 385.

la existencia de tal aprobación haga decaer el tipo mismo, o si por el contrario, se trata de una causa de justificación que excluye la antijuricidad. La respuesta a esta pregunta depende de que finalidad posee el requisito de la autorización en relación con el correspondiente mandato o prohibición. Si se trata de un comportamiento peligroso o no deseado que solo excepcionalmente puede ser permitido, entonces la aprobación oficial es una causa de justificación. Por el contrario, si el requisito sirve solamente para una mejor supervisión de una actividad en sí misma deseada o, por lo menos, socialmente convencional, entonces actúa típicamente quien carece de la necesaria autorización⁽⁶⁴¹⁾. Ejemplo, el ejercicio de una profesión.

Algunos tipos penales en nuestro Código Penal no expresan completamente los elementos de un supuesto de hecho, solo que se remiten a normas extrapenales para completar su determinación (leyes penales en blanco)⁽⁶⁴²⁾, en gran parte de ellos se requiere, por ejemplo, realizar una determinada conducta sin el permiso o autorización de alguna autoridad (verbigracia, artículo 226 del Código Penal)⁽⁶⁴³⁾ o actuar infringiendo ciertas normas extrapenales (verbigracia, artículo 304 del Código Penal)⁽⁶⁴⁴⁾ o, en referencia a ello, obrar ilegalmente o ilegítimamente (artículos 279 y 279-G del Código Penal)⁽⁶⁴⁵⁾. En tales casos se plantea la cuestión de si quien

(641) Véase JESCHECK, Hans Heinrich / WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 392.

(642) Son aquellas leyes que abarcan solo una prohibición penal, y sus circunstancias o aspectos complementarios se remiten a otra(s) ley(es). Esta(s) ley(es) de remisión complementan al tipo. Ejm., apropiación ilícita de un tesoro (artículo 192, numeral 1 del Código Penal: “sin observar las normas del Código Civil”); parricidio por emoción violenta (artículo 109 del Código Penal: “si concurre alguna de las circunstancias previstas en el art. 107”); especulación (artículo 234 del Código Penal: “productos considerados oficialmente de primera necesidad”).

(643) Artículo 226 del Código Penal.- El que se asienta, depreda o el que, sin autorización, explora, excava o remueve monumentos arqueológicos prehispánicos, sin importar la relación de derecho real que ostente sobre el terreno donde aquel se ubique, siempre que conozca el carácter de patrimonio cultural del bien, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días-multa.

(644) Artículo 304 del Código Penal.- El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

(645) Artículo 279 del Código Penal.- El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, ensambla, modifica, almacena, suministra, comercializa, ofrece o tiene en su poder bombas, artefactos o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido

realiza la conducta contado con el permiso o autorización de la autoridad u observando las normas extrapenales ha de quedar impune en virtud de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (autorización justificante), o si la conducta es ya antes atípica (autorización excluyente del tipo). Resolver qué supuestos concretos quedan exentos de responsabilidad penal conforme a la eximente en estudio, depende de los siguientes criterios: 1° la autorización de la autoridad es un caso especial del consentimiento en general (eximente prevista en el inciso 10 del artículo 20 del Código Penal) y sigue, por tanto, sus reglas; 2° habrá una autorización excluyente del tipo cuando es presupuesto del mismo la actuación en contra de la Administración, y el requisito del permiso sirve para controlar un comportamiento socialmente adecuado o aceptado; 3° habrá una autorización justificante (excluyente de antijuricidad) en los casos en que un comportamiento en sí mismo no deseado o desaprobado en términos generales se permite excepcionalmente en atención a intereses más importantes; 4° la autorización de la autoridad se corresponde, por lo general, con el

con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años, e inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36 del Código Penal.

Será sancionado con la misma pena el que presta o alquila, los bienes a los que se hacen referencia en el primer párrafo.

El que trafica con bombas, artefactos o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años, e inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36 del Código Penal.

El que, sin estar debidamente autorizado, transforma o transporta materiales y residuos peligrosos sólidos, líquidos, gaseosos u otros, que ponga en peligro la vida, salud, patrimonio público o privado y el medio ambiente, será sancionado con la misma pena que el párrafo anterior.

Artículo 279-G del Código Penal.- El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, ensambla, modifica, almacena, suministra, comercializa, trafica, usa, porta o tiene en su poder, armas de fuego de cualquier tipo, municiones, accesorios o materiales destinados para su fabricación o modificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36 del Código Penal.

Será sancionado con la misma pena el que presta, alquila o facilita, siempre que se evidencie la posibilidad de su uso para fines ilícitos, las armas o bienes a los que se hacen referencia en el primer párrafo. La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando las armas o bienes, dados en préstamo o alquiler, sean de propiedad del Estado.

En cualquier supuesto, si el agente es miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú o Instituto Nacional Penitenciario la pena será no menor de diez ni mayor de quince años.

El que trafica armas de fuego artesanales o materiales destinados para su fabricación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

Para todos los supuestos se impondrá la inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal, y adicionalmente el inciso 8) si es miembro de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional del Perú y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

consentimiento excluyente del tipo, que, en definitiva, hace decaer la aplicación de la eximente en estudio⁽⁶⁴⁶⁾.

4. El obrar en ejercicio legítimo de un oficio

Por “oficio” debe comprenderse toda actividad económica además de las que requieren para su ejercicio una licencia⁽⁶⁴⁷⁾. El ejercicio de un oficio supone, pues, que quien lo desempeñe, obre dentro del marco legal, general o especial, pertinente. El comerciante ambulante (informal), además de respetar las pautas municipales, debe actuar dentro de los límites establecidos por las normas que regulan la comercialización del producto-objeto de su actividad. El ejercicio de su oficio no le faculta, por ejemplo, a explotar el trabajo de menores ni a poner en peligro la seguridad de la circulación pública de vehículos y peatones⁽⁶⁴⁸⁾. En el caso de los profesionales, el título profesional que los habilita para ejercer su oficio o profesión no constituye una patente de corso para justificar cualquiera de los actos que cometan como tales.

Todo oficio debe ser autorizado o tolerado por la ley, es decir, no prohibido, ya que la regla es la libertad de trabajo. En efecto, según el artículo 2 inciso 15 de la Constitución, toda persona tiene derecho “a trabajar libremente, con sujeción de la ley”. En cuanto al hecho de asumir y ejercer un cargo, supone necesariamente una base legal. Así, por ejemplo, el artículo 40 de la Carta Fundamental dispone que “la ley regula el ingreso de la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos”⁽⁶⁴⁹⁾. Esta última disposición constitucional también es el fundamento de la referencia al obrar por “orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones”.

En el desarrollo normal de la vida, ciertas profesiones pueden conllevar la realización de conductas lesivas para los bienes jurídicos, por ejemplo, cuando un abogado se expresa duramente en el juicio contra el acusado, pudiendo constituirse un delito de injuria. Pero, debemos encontrarnos frente a un ejercicio legítimo, es decir, amparado por el

(646) Véase REVILLA LLAZA, Percy Enrique. Ob. cit., p. 799.

(647) Véase VILLA STEIN, Javier. Ob. cit., p. 333.

(648) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. T. I. Ob. cit., p. 591.

(649) *Ibíd*em, pp. 571-572.

ordenamiento jurídico. Lo mismo puede suceder en el caso de los periodistas y los médicos.

4.1. Ejercicio de la actividad médica

Un tratamiento particular se destina por la doctrina al **ejercicio de la actividad médica**. Si bien la intervención médica, en principio, no constituye una actividad típica **justificada**, sino una conducta **atípica**, supuesto que se cuenta con el consentimiento (aun tácito) del paciente y que los actos terapéuticos se hayan realizado de acuerdo con las reglas del arte médico (*lex artis*), hay no pocas situaciones en que los límites de lo admitido por el Derecho no están suficientemente definidos y reclaman una actividad creativa de la doctrina y la jurisprudencia. Aunque algunas intervenciones médicas en interés de la salud ajena, como el caso de los trasplantes, en que el **consentimiento** del paciente cumple un papel central, no parecen ya suscitar polémicas (en casos en que aparece evidente que la pérdida de un órgano, consentido por una persona, está destinado a salvar la vida de otra); todavía suelen presentar dificultades la determinación de los requisitos que deben concurrir para que puedan considerarse justificadas las lesiones causadas con fines de **experimentación**: a) insignificancia de la lesión; b) importancia y seriedad de la experimentación; c) conformidad en el plano sociocultural de las metas y procedimientos de esa experimentación; d) acatamiento a las normas de la *lex artis* médica, tanto desde el punto de vista de la técnica como de la ética; y, e) el **consentimiento** expreso del afectado. Similares consideraciones podrían valer para la justificación de las operaciones de carácter **estético**. Todavía mayores complicaciones se enfrentan al abordar la situación de los llamados **enfermos terminales** o **irrecuperables**. Por una parte, está el problema de la escasez relativa de los aparatos médicos que procuran la sobrevivencia de estos pacientes (respiradores artificiales, máquinas dializadoras, etc.), y de la necesaria decisión acerca del uso que de ellos se hará y, en particular, de los pacientes que serán a ellos conectados o desconectados. La simple afirmación de que la desconexión sería siempre ilícita ignora la práctica médica, enfrentada a menudo a la penosa necesidad de ponderar los bienes en juego: la **vida recuperable** de un paciente que se enfrenta a un cuadro agudo ante la simple **sobrevida artificial** del que padece una enfermedad mortal de necesidad. Por otro lado, ante ciertas enfermedades **irrecuperables** e **invalidantes**, surge

la pregunta acerca de la posibilidad de abreviar el dolor del paciente mediante una asistencia especializada en su muerte; en Holanda (seguida recientemente por Bélgica) la jurisprudencia primero y una regulación legal después ha admitido en algunos casos la licitud de la **eutanasia activa** respecto de pacientes, en estado terminal, sometidos a intensos padecimientos, si se cumple con diversas exigencias (solicitud reiterada y constante del afectado, opinión conforme de varios especialistas, etc.). Esa doctrina, que ha provocado enérgico rechazo en otros países, es significativa, sin embargo, de la necesidad de dar respuesta legal a preguntas acuciantes y renovadas que plantea el ejercicio de la medicina.

El médico no puede obligar a su paciente a que se someta a una intervención quirúrgica; pero, en las relaciones corrientes, no se le puede prohibir a un médico que opere a un enfermo, ni a este que se haga operar por él. Se trata, sin embargo, de acciones con exterioridad típica, por eso en estos casos, en general, se completa la justificante o la legitimidad de su ejercicio con el consentimiento del interesado; en cambio, el agente policial no necesita el consentimiento del acusado para detenerlo; ni el funcionario de aduana el del viajero para incautarse el objeto que se pretende introducir en infracción; ni el padre el del hijo para aplicarle una medida disciplinaria⁽⁶⁵⁰⁾.

El cumplimiento de un deber puede invocarse también en el caso de las lesiones ocasionadas en el ejercicio de tratamientos médico quirúrgicos, lo cual guarda justificación en virtud del propio reconocimiento que hace el Estado en torno a las diferentes profesiones médicas y a las intervenciones curativas y estéticas, o en virtud de que muchos tratamientos se aplican con el objetivo de evitarle al paciente un mal mayor. La justificación formal deriva de la autorización oficial; la material o de fondo, de la preponderancia de intereses; con esas intervenciones quirúrgicas se persigue un interés de más valía que el tutelado por la tipicidad prohibitiva, lo cual no riñe con la circunstancia de que en ciertos casos sea necesario el amputar un miembro, corregir una malformación o utilizar tratamientos agresivos en el cuerpo humano, siempre y cuando la finalidad sea salvar la vida o en su caso ampliar la expectativa de vida. En cuanto al consentimiento, algunos

(650) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 274.

consideran que es un requisito indispensable, sin embargo, no perdamos de vista que existen ciertos casos, en los cuales no es posible, dadas las circunstancias, solicitar al paciente o a un familiar su consentimiento y que no obstante que éste se exprese en ciertos casos tampoco resulta válido.

4.2. La práctica deportiva

En todos los deportes violentos en que hay competición pueden producirse acontecimientos luctuosos. Si quisiéramos profundizar en la antijuricidad y en la justificación, a pesar de no ser necesario cuando el tipo no existe, alegraríamos, en efecto, la realización de actos conducentes a un fin reconocido por el Estado, ya que el deporte se halla permitido por las autoridades y las leyes; se cobran impuestos en el espectáculo, se mantiene el orden entre los espectadores, etc.⁽⁶⁵¹⁾.

En las reglas del juego y en su normal desarrollo no entran ni el fallecimiento ni las heridas. En la hipótesis de que se hayan causado sin infringir las reglas del juego y de un modo eventual, nos hallaremos ante el denominado caso fortuito, que es el límite de la culpabilidad y no un motivo justificante.

El deporte es en general una actividad permitida por ley. Su permisibilidad y licitud se infiere en la propia Constitución Política, que reconoce el derecho de la persona a la integridad física, al libre desarrollo y al bienestar (artículo 2 inciso 1 de la Constitución). Ahora bien, como su desarrollo, según el caso, implica el despliegue de una actividad física o contacto corporal, puede suceder que se produzcan menoscabos a determinados bienes jurídicos de las personas que lo practican, planteándose la cuestión de hasta qué punto puede seguir el ordenamiento jurídico manteniendo permitida una conducta que formalmente cumple un tipo penal y materialmente lesiona un bien jurídico protegido, y cuando estas conductas pueden generar responsabilidad penal⁽⁶⁵²⁾.

La producción de una lesión durante la práctica deportiva puede quedar impune ya en aplicación de los principios de adecuación social e insignificancia, de la ponderación del riesgo permitido, y/o de la

(651) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito. Principios de Derecho Penal*. Ob. cit., pp. 321-322.

(652) REVILLA LLAZA, Percy Enrique. "Obrar en ejercicio legítimo de un derecho". En: *Código Penal comentado*. T. I. Ob. cit., p. 797.

verificación de la eximente del consentimiento del titular del bien jurídico (artículo 20 inciso 10 del Código Penal), circunstancias que excluyen la tipicidad de la conducta, pero si esto no fuere posible, una lesión en ejercicio legítimo de un derecho, siempre que se trate de menoscabos a la integridad física producidos en estricta observancia de las reglas de juego o competición, y siempre que se observe el cuidado objetivamente debido (en cada deporte) para su práctica⁽⁶⁵³⁾.

En este caso encontramos cierta similitud con lo que sucede en el caso de los tratamientos médico quirúrgicos, en los que el Estado reconoce la existencia de ciertas profesiones, tratándose de la práctica del deporte no solo reconoce su existencia, sino que promueve la celebración de actividades deportivas y acude en calidad de testigo o juez a las competencias, percibe los impuestos que corresponde; es decir, en forma expresa o tácita expide la autorización correspondiente para la realización de los encuentros, por lo que la práctica es jurídica, salvo que se presenten excesos dolosos en la práctica.

4.3. La actividad periodística

El caso de los periodistas se ha debatido arduamente en los últimos años, sobre todo porque la función que desempeñan implica informar sobre acontecimientos, los cuales, en ocasiones, afectan a las personas. En este caso, se discute en torno a los límites del ejercicio de la libertad de prensa, al argumentarse que la ley los faculta para ello y confiere el derecho y el deber de informar objetivamente sobre la realidad, aun cuando dicha verdad pueda afectar el honor, la moral o el crédito que tenga la sociedad para una persona. Sin embargo, para invocar esta circunstancia es necesario que el periodista se sujete a los límites de la ley, de otra manera su comportamiento resulta plenamente punible. Se presenta esta eximente para la justificación de lesiones al honor (difamación: artículo 132 del Código Penal) que son las producidas como consecuencia del ejercicio legítimo del derecho de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (artículo 2, numeral 4 de la Constitución), especialmente en el ejercicio de la profesión de periodista. La conducta estará amparada cuando producto de una **ponderación**

(653) Ídem.

de intereses prevalezca la libertad de expresión o información sobre el derecho al honor, o la intimidad⁽⁶⁵⁴⁾.

La importancia de la libertad de expresión e información radica fundamentalmente por constituir una libertad pública que forma parte de los principios esenciales de un Estado Social y Democrático de Derecho, sin embargo, debe señalarse algunos de los presupuestos en los cuales se encuadran dichos derechos; esto es: a) persecución de un interés general (social) y no particular; b) no utilización de términos directamente injuriosos en la exposición de opiniones y; c) veracidad, es decir, que se impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad⁽⁶⁵⁵⁾.

La jurisprudencia reconoce el derecho a denunciar que ejercen los ofendidos por un delito (derecho a la tutela jurisdiccional; artículo 139, numeral 3 de la Constitución), que constituye una causa de justificación frente al delito de denuncia calumniosa (artículo 402 del Código Penal)⁽⁶⁵⁶⁾⁽⁶⁵⁷⁾.

4.4. Ejercicio legítimo de la profesión de abogado

El caso más habitual es aquel en el que un abogado, durante su intervención en un proceso, como defensor o patrocinante, mediante palabras (oralmente o por escrito) ofende o ultraja a una persona, o le atribuye un delito o un hecho, cualidad o conducta que puedan perjudicar su honor o reputación. Frente a ello cabe decir⁽⁶⁵⁸⁾: 1° Los supuestos que hayan sido realizados sin el elemento subjetivo del tipo especial distinto al dolo (*animus injuriandi*, *animus calumniandi* o *animus*

(654) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 555.

(655) Ejecutoria Superior de la Sala Penal de apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres, de 1 de diciembre de 1997, Exp. N° 6971-97.

(656) Artículo 402 del Código Penal.- El que denuncia a la autoridad un hecho punible, a sabiendas de que no se ha cometido o que ha sido cometido por persona distinta a la denunciada, o el que simula o adultera pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal o el que falsamente se atribuye delito no cometido o que ha sido cometido por otro, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Cuando la simulación o adulteración directa o indirecta de pruebas o indicios sea efectuada por miembros de la Policía Nacional u otro funcionario o servidor público encargado de la prevención del delito, y que puedan servir de sustento para un proceso penal por tráfico ilícito de drogas, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

(657) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Ob. cit., p. 556.

(658) REVILLA LLAZA, Percy Enrique. "Obrar en ejercicio legítimo de un derecho". En: *Código Penal comentado*. T. I. Ob. cit., p. 802.

difamandi) resultarán siempre atípicos (atipicidad subjetiva); 2° Por lo general, los supuestos que hayan sido realizados con el elemento subjetivo del tipo especial distinto al dolo (*animus injuriandi*, *animus calumniandi* o *animus difamandi*) no solo resultarán típicos, sino también antijurídicos, pues, al no tratarse ya de un legítimo ejercicio de un derecho emanado de la profesión de abogado (como exige la eximente), no será aplicable el inciso 8 del artículo 20 del Código Penal; 3° De ahí que la eximente sea solo aplicable en los raros supuestos en que coexistan el ánimo de ejercer legítimamente la profesión y los *animus* especiales exigidos en los delitos contra el honor, “y en que las expresiones deshonrosas sean necesarias, en una interpretación *ex ante*, para la defensa de los intereses de sus clientes”⁽⁶⁵⁹⁾.

(659) CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte general*. T. II. 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 313.

Capítulo IX

LA OBEDIENCIA DEBIDA U OBEDIENCIA JERÁRQUICA (Artículo 20.9 del Código Penal)

Capítulo IX

La obediencia debida u obediencia jerárquica (artículo 20.9 del Código Penal)

I. LA OBEDIENCIA DEBIDA

La eximente denominada obediencia debida, también llamada obediencia jerárquica, se encuentra prevista en el numeral 9 del artículo 20 del Código Penal⁽⁶⁶⁰⁾. Se presenta cuando el ejecutor de un hecho delictivo comete la acción en el cumplimiento de una orden impartida por alguien que se ubica en un orden jerárquico superior respecto de él, esto convierte a la obediencia de estas instrucciones en una obligación que cumplir. Por ese motivo, existen circunstancias en las cuales quien obra en cumplimiento de una orden obligatoria, expedida por autoridad competente y en ejercicio de sus funciones, no podría ser castigado penalmente, pues el cumplimiento de esta orden pretendería realizar la voluntad del sistema jurídico mismo.

Si la orden es ilícita, el subordinado que la ejecuta comete un acto ilegal de la misma manera que el superior que la dicta, pero el subordinado no incurrirá en reproche alguno si, en las circunstancias en las que actuó y se vio obligado a obedecer, no se dio cuenta del carácter ilícito del mandato, o lo hizo a pesar de la divergencia de criterios con su superior⁽⁶⁶¹⁾. El superior (que tendría las características de un autor mediato), sería castigado por la infracción cometida por el subordinado al cumplir la orden obligatoria ilícita; sin embargo, el juez no

(660) Artículo 20 del Código Penal.- Está exento de responsabilidad penal: (...) 9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.

(661) Véase HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. T. I. Ob. cit., p. 583.

podría penarlo si su orden es conforme a Derecho, aun cuando su ejecución implique la comisión objetiva de un ilícito penal por parte del subordinado.

Si la obediencia es “debida”, habría de admitirse que quien la presta cumple con un deber derivado de su cargo, deber que cabría en la eximente de cumplimiento de un deber.

1. Fundamento

Velásquez Velásquez señala que el fundamento de la obediencia debida se basa en el principio de interés preponderante⁽⁶⁶²⁾. La regulación de la obediencia debida se justificaría, en cierta medida, por el interés que existe en destacar la relación particular entre quien ordena y quien ejecuta la orden, pues, resultaría necesario determinar la responsabilidad de ambos y no solo de quien ejecuta material y directamente la acción típica.

La ejecución de la orden debe llevar a un hecho antijurídico, pues, de lo contrario, no cabría plantear una situación de justificación en relación con la actuación del subordinado o destinatario de la orden. El punto de discusión no se ubica, por tanto, en la antijuricidad de la orden o no, sino en la cuestión de obligatoriedad de una orden injusta⁽⁶⁶³⁾. Una parte de la doctrina sostiene que a una orden dada dentro del marco de la competencia del superior jerárquico debe reconocerse una “presunción de juricidad”. Otro sector estima que una orden es adecuada a Derecho inclusive cuando las condiciones jurídicas de su juricidad no están dadas, pero el superior jerárquico las ha tenido erróneamente por existentes previa comprobación de acuerdo al deber⁽⁶⁶⁴⁾. La idea de una “presunción de juricidad” parece peligrosa para una vigencia estricta del Estado de Derecho. Si la obediencia debida se centra en la apariencia de legalidad de una orden que, en realidad, es injusta, entonces se trataría de supuestos de error antes que de justificación.

Queralt nos enseña que el fundamento de la obediencia debida ha de verse en las necesidades de funcionamiento de la administración

(662) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 351.

(663) GARCÍA CAVERO, Percy, p. 611.

(664) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Ob. cit., p. 134.

pública⁽⁶⁶⁵⁾. Del mismo modo que estas necesidades exigen una organización jerárquica, es preciso que dicha organización no pueda resultar obstaculizada a cada momento por dudas de los subordinados acerca de la legalidad de las órdenes que reciben, sino solo cuando exista suficiente motivo para considerar manifiesta su ilegalidad⁽⁶⁶⁶⁾. Viterbo Arias⁽⁶⁶⁷⁾, indica que “obedecer las órdenes superiores, aunque de su cumplimiento pueda resultar daño, a juicio del que las ejecuta, no es violar el Derecho; es, por el contrario, mantener el orden, que desaparecería si cada una de las instituciones o agentes de la autoridad tuviese el poder de deliberar y resolver, por sí y ante sí, los actos que debe o no practicar”. Este autor señala además que “el ejecutor de decisiones superiores ha de examinar si ellas están o no dentro de la órbita en que ha de moverse el que las expide, y si revisten formas externas que deben legalmente tener para ser obedecidas”. Para explicar esto último, afirma que no hay que considerar a los hombres como máquinas o simples instrumentos y que todo el que desempeña funciones en el seno de la sociedad, debe ejercerlas racionalmente y con sujeción a las leyes.

Existen casos en los que, pese a que la orden es antijurídica, su cumplimiento se encuentra justificado. La doctrina penal señala que esta situación se da cuando la orden emitida por la autoridad lleva a una infracción menor. La razón por la que el cumplimiento de la orden debe prevalecer sobre la lesividad de su ejecución está en el aseguramiento de una base mínima para la obediencia a la autoridad. En efecto, si a las órdenes se le quita su vinculatoriedad por cualquier defecto o irregularidad acusada por el obligado a cumplirla, se sacrificaría el mínimo esencial del principio de autoridad. Por lo tanto, el cumplimiento de la orden emitida por una autoridad competente será preponderante y, por lo tanto, justificará su obediencia si es que lo que pone en riesgo resulta de escasa gravedad; por ejemplo, si un soldado recibe la orden de usar una máquina que no puede controlar, poniendo indebidamente en riesgo la vida o integridad de otras personas, la orden no será obligatoria y, por lo tanto, su cumplimiento no podrá estar justificado. Pero si el uso de la máquina solamente genera

(665) Queralt citado por MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 9ª edición. B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2011, p. 510.

(666) *Ibidem*, p. 510.

(667) Citado por Mir Puig, *ibídem*, p. 581.

riesgos materiales de escasa relevancia, primará el cumplimiento de la orden del superior⁽⁶⁶⁸⁾.

Sin embargo, no podría tenerse como fundamento de la obediencia debida al “principio de autoridad”, pues como señala García Caveró, si se asumiera plenamente este principio, no cabría margen para la negativa a cumplir una orden, aunque el subordinado la reconozca como antijurídica. De alguna manera se le daría preponderancia al cumplimiento obligatorio de las órdenes de la autoridad por sobre el daño que produciría la ejecución de dicha orden, lo que no parece razonable. Las legislaciones modernas no acogen la incondicionalidad de la obediencia, pues exigen la apariencia de legalidad para concederle obligatoriedad a las órdenes expedidas por la autoridad⁽⁶⁶⁹⁾. En nuestro país, por ejemplo, el artículo 19.8 del Código de Justicia Militar y Policial señala que está exento de responsabilidad penal quien se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria, a los usos de guerra.

Si el destinatario de la orden, pese a su carácter manifiestamente antijurídico, la cumple por miedo o por otros motivos relevantes (por ejemplo, un castigo con varios días de rigor privado de su libertad), lo único que podría alegarse sería una situación de necesidad o incluso un miedo insuperable, en la medida que el incumplimiento de la orden habría traído consigo una represalia mayor⁽⁶⁷⁰⁾. En todo caso, tendrá que hacerse una ponderación de los bienes jurídicos comprometidos para determinar si se dan las condiciones para un estado de necesidad o discutir si se ha presentado una situación de inexigibilidad por miedo insuperable que evite la culpabilidad del autor.

2. Naturaleza jurídica

La discrepancia principal, en cuanto a la naturaleza jurídica de la obediencia debida, se da entre los que afirman que se trataría de una causa de justificación y los que creen que es una causa de no exigibilidad

(668) GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 613.

(669) *Ibidem*, p. 612.

(670) Así, UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego. “La naturaleza jurídica de la eximente de obediencia debida”. En: *Estudios críticos de Derecho Penal peruano*. Gustavo Urquiza Videla (Coord.), Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 118.

(inculpabilidad)⁽⁶⁷¹⁾, siendo esta última posición, en la actualidad, la más aceptada por la doctrina.

Respecto al tratamiento de la obediencia debida dentro de las causas de justificación, muchos autores la consideran como una modalidad especial del cumplimiento de un deber (de conformidad con el artículo 20.8 del Código Penal), contradiciendo lo señalado por otros que acogen la posibilidad de obediencia jerárquica por atipicidad cuando de lo que se trata es de actuar en cumplimiento de un deber. Quienes defienden la posición de la obediencia debida como causa de justificación, argumentan que, de no serlo, se admitiría que quien actúa en obediencia de una orden impartida por un superior jerárquico, puede ser pasible de una reacción justificada como legítima defensa; lo que a juicio de Ugaz Sánchez-Moreno y Ugaz Heudebert⁽⁶⁷²⁾ no sería correcto, toda vez que, tratándose del cumplimiento de una orden, no se estaría frente a una agresión ilegítima.

Ante una orden no manifiestamente antijurídica se produce un conflicto entre el bien jurídico afectado por la orden y las necesidades de funcionamiento de la Administración Pública que la ley resuelve en favor de las segundas. Tal estructura de conflicto que se decide en el sentido de permitir la lesión del bien jurídico, es la característica de toda causa de justificación⁽⁶⁷³⁾. Si la obediencia es “debida”, ha de ser permitida y no puede ser prohibida, antijurídica, máxime si la desobediencia se castiga. La obediencia debida habrá que justificar el hecho, y no solo excluir la responsabilidad penal de su autor.

La obediencia debida, como causa de justificación, conduce a una exclusión de responsabilidad penal, que se funda en la distinción entre la función del superior que ha deliberado la orden y la función del inferior que se ha limitado a su ejecución y que, por consiguiente, carece de la facultad de examinar, rectificar o rechazar lo deliberado por su superior. Esta exclusión presupone la obligación jurídica del inferior de obedecer la decisión del superior en cuanto lo constituye en ejecutor de lo que éste ha dispuesto. La obligación jurídica de obedecer,

(671) Véase MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 109.

(672) UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José C. / UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego. “La obediencia debida”. En: *Código Penal comentado*. T. I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 810.

(673) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 9ª edición. Ob. cit., p. 510.

del jerárquicamente subordinado, debe tener su fuente en una orden formalmente legítima emitida por el mandante; esa legitimidad exige que la orden satisfaga las siguientes condiciones: 1) Que entre el que emite la orden y su destinatario medie una vinculación jurídica de naturaleza pública que autorice al primero a expedirla; 2) Que la orden llene las formalidades legalmente exigidas para el caso de que se trata.

Un sector de la doctrina entiende que no hay forma de que el cumplimiento de una orden antijurídica pueda ser considerado una causa de justificación, sino que, a lo sumo, podrá calificársele de una causa de disculpa. No hacerlo así llevaría a transformar lo injusto en justo y se limitaría injustificadamente la posibilidad de que el afectado por el cumplimiento de la orden pueda ejercer, por su parte, una legítima defensa⁽⁶⁷⁴⁾.

El que el cumplimiento de una orden no manifiestamente antijurídica se halle justificada, no significa que quede excluida la antijuricidad de la orden y la responsabilidad penal que por la misma merezca el superior. Este es un autor mediato de la lesión que produce la orden, el cual utiliza el subordinado como instrumento que actúa⁽⁶⁷⁵⁾.

Como se ha indicado, el estado actual de la discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de la obediencia debida, es el de una mayoría a favor de considerarla una causa de inculpabilidad. Villavicencio Terreros⁽⁶⁷⁶⁾ señala que existe un debate abierto entre quienes sostienen que la obediencia debida se trata de una causa de justificación y los que afirman, entre ellos el autor citado, que es más bien una causa de inculpabilidad, en la medida que constituye una situación de **no exigibilidad de otra conducta**. Quintero Olivares⁽⁶⁷⁷⁾, es de la opinión que no es correcto alegar que se trata de una causa de justificación, toda vez que la orden que vincula al ejecutor subordinado no puede ubicarse jerárquicamente por encima de otros valores de mayor importancia, por lo que, quien comete un delito obedeciendo a un superior, está impedido de excusarse señalando que obró justamente. En ese caso, la acción antijurídica no deja de serlo por tratarse del cumplimiento de una orden.

(674) GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., pp. 612-613.

(675) Véase MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 9ª edición. Ob. cit., pp. 510-511.

(676) VILLAVICENCIO, Felipe. *Código Penal comentado*. Ob. cit., p. 126.

(677) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Ob. cit., p. 513.

La naturaleza jurídica de la orden legítima de autoridad competente depende del punto de partida del correspondiente derecho positivo. De *lege lata*, sin embargo, se impone un tratamiento de la orden legítima como justificante, aunque nada impide –en casos en los que no se perfila dañosidad social alguna– concebirla como verdadera causa de atipicidad⁽⁶⁷⁸⁾.

La obediencia a una orden legítima del superior jerárquico –que es la única que el subordinado debe obedecer–, no es otra cosa que una especie de justificación por ejercicio legítimo de un cargo. Por el contrario, la obediencia a la orden del superior de cometer un hecho delictuoso –que el subordinado no tiene obligación de obedecer– no justifica el hecho, sin perjuicio de que la culpabilidad del subordinado se excluya por su error.

La obediencia por el subordinado a una orden ilegítima del superior cuya legitimidad no tiene derecho a examinar, justifica su hecho, porque la ley impone un deber específico de obediencia. En este caso, la obediencia debida queda absorbida por la justificante genérica del cumplimiento de la ley. Cuando el subordinado tiene poder de examen respecto de la orden ilegítima, es inculpable si obra por error acerca de su legitimidad.

Si lo ordenado es legítimo en sí mismo, nos hallamos en presencia de la eximente que se ampara en el obrar en cumplimiento de un deber o en legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo. Si, por el contrario, la orden emitida por autoridad superior, en el círculo de sus atribuciones y en la forma legalmente requerida, es en sí misma ilegítima, la obediencia jerárquica no es otra cosa que un error suscitado por el que manda en el uso de sus atribuciones y en la forma debida, por lo que resulta ese error invencible por el obligado a obedecer. No es una causa de justificación, sino una causa de inculpabilidad.

Por regla, es el error sobre la legitimidad de la orden y no la obediencia debida lo que excluye la responsabilidad del subordinado. Pero, si la orden ha sido impartida en situación excepcional o el subordinado está obligado a cumplirla y no media error ni coacción simple, lo

(678) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., pp. 350-351.

que exime de responsabilidad al ejecutor es la coacción especial que en el caso implica la orden del superior.

La impunidad por obediencia debida funciona en los casos en que, debiendo el subordinado cumplir la orden sin examen, es puesto por el Derecho fuera de toda relación imputativa y la acción se desplaza hacia el superior que impartió la orden jurídicamente inexcusable, al cual, como en el caso de la violencia, le debe ser directamente atribuida dicha acción.

3. Requisitos

Para que se aplique la eximente de obediencia debida, se tienen que cumplir los siguientes requisitos:

3.1. Relación de subordinación idónea

Para que pueda aplicarse la eximente de obediencia debida, la relación de subordinación entre el que ordena y el que acata debe ser legal y proveniente de una relación de Derecho público o militar, lo cual impone al inferior jerárquico la obligación de obedecer los mandatos de su superior, creándose así un deber jurídico⁽⁶⁷⁹⁾.

Es indispensable la existencia de una relación de subordinación entre el que obedece y el superior jerárquico gobernada por los cánones propios del derecho público, lo cual es producto del principio de jerarquía que preside toda organización de la administración pública; desde luego, el subordinado puede ser también un particular, cuando por mandato legal tenga el encargo de cumplir con una determinada función administrativa o cuando, en razón de circunstancias expresadas en la ley, se encuentre obligado a obedecer las órdenes de autoridad⁽⁶⁸⁰⁾. El autor tiene que encontrarse sujeto a las relaciones de superior a inferior jerárquicos. Esto requiere que exista una regulación jurídica determinada que especifique la situación de subordinación de un sujeto respecto a otro. Esta relación, como hemos indicado, solo puede darse en el ámbito del Derecho público (por ejemplo, cuando un juez manda detener a una persona) y del Derecho militar (por ejemplo, cuando un general ordena a un soldado que cumpla cierta orden),

(679) En ese sentido, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *La obediencia debida. Aspectos legales y político criminales*. Civitas, Madrid, 1984, p. 48.

(680) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 351.

pero no en las relaciones privadas laborales o familiares (verbigracia, obediencia de los hijos a los padres), pues en ellos no hay infracción de la ley por desobediencia⁽⁶⁸¹⁾. La obediencia reverencial no tiene relevancia penal a los efectos de excluir el delito (la obediencia que se les deba a los padres por parte de los hijos, al cónyuge por su consorte, al maestro por el alumno, etc.).

No solo basta la existencia de una jerarquía entre los sujetos, sino que esta tiene que darse en un ámbito determinado en el que el ejecutante deberá actuar siempre en su condición de subordinado, posición que evidentemente no es aplicable a las relaciones familiares, toda vez que la norma hace alusión expresa a que la orden debe emanar de “autoridad competente” y haber sido expedida en “ejercicio de sus funciones”⁽⁶⁸²⁾, conceptos no asimilables al ámbito familiar. Cobo del Rosal y Vives Antón⁽⁶⁸³⁾ anotan que las relaciones de dependencia familiares o laborales se estiman insuficientes para excusar el cumplimiento de una orden dirigida a la realización de un delito; pero se acepta, en cambio, que pueden excusar la ejecución de una acción peligrosa que no se dirige a la realización de un resultado dañoso, aunque pueda provocarlo.

La relación jerárquica supuesta por la obediencia debida es de orden público e implica, por un lado, la potestad de mandar del superior y, por el otro, el deber de obediencia del inferior. Se debe valorar la relación jerárquica entre ambos sujetos a fin de impedir que, alegando cualquier tipo de dependencia, se puedan cometer delitos al amparo de la excusa que quien los comete, se encuentra en una situación de subordinación jerárquica respecto de quien le transmite una orden.

Quintero Olivares puntualiza que la relación de subordinación es la posición jurídica que ocupan unos funcionarios respecto de otros, por imperativo del Derecho administrativo, en cuya virtud nace para unos el deber de dar cumplimiento a lo que les ordenan los modos propios de ese Derecho y para los fines que corresponden a aquel sector de la administración pública. Villavicencio Terreros⁽⁶⁸⁴⁾ señala que se

(681) Véase VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 645.

(682) UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José C. / UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego. “La obediencia debida”. En: *Código Penal comentado*. T. I. José Castillo Alva (Coord.), Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 813.

(683) COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás. Ob. cit., p. 532.

(684) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Código Penal comentado*. Ob. cit., p. 130.

requiere que exista una regulación jurídica determinada que especifique la situación de subordinación de un sujeto respecto a otro. Restringir los ámbitos en los que se puede dar y limitarlos al Derecho Público y Militar (debidamente regulados) permite que no exista arbitrariedad en cuanto a la determinación de las relaciones de verticalidad que justifican la existencia de la obediencia debida.

El artículo 19.8 del Código de Justicia Militar Policial⁽⁶⁸⁵⁾ presupone, a diferencia del artículo 20.9 del Código Penal, una relación de jerarquía entre la persona que emite la orden (el superior) y el que la cumple (el subordinado); asimismo, el Código de Justicia Militar Policial añade un requisito, que la orden no debe ser manifiestamente inconstitucional o ilegal. De esta manera, se admite que la orden debe ser acatada aun cuando sea ilícita, pero a condición de que esta característica no sea evidente.

En el ámbito civil, respecto al análisis del cumplimiento de una orden obligatoria emitida por autoridad competente, quien debe obedecer puede, al recibirla, controlar su carácter lícito o ilícito, situación que no concurre en la orden emitida por autoridad militar, por ejemplo, pues en esta última, la cohesión de la institución requeriría una disciplina más estricta, de modo que el subordinado debe confiar en su superior y sentirse amparado en lo que hace por el mandato que obedece, salvo que la orden sea manifiestamente ilícita. Esto supondría que el subordinado solo podría ser reprimido cuando tuviera conciencia del carácter ilícito del mandato⁽⁶⁸⁶⁾.

Hay que tener en cuenta que el delito de desobediencia, conforme al artículo 126 del Código de Justicia Militar y Policial⁽⁶⁸⁷⁾, supone que el subalterno no cumpla las disposiciones contenidas en leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional. Existe la posibilidad de que

(685) Artículo 19 del Código de Justicia Militar Policial.- Están exentos de responsabilidad penal y de pena: (...) 8. El que se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de guerra.

(686) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. T. I. Ob. cit., pp. 584-585.

(687) Artículo 126 del Código de Justicia Militar y Policial.- El militar o policía, que se negare a cumplir las disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, siempre que se cause grave daño al servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.

el subordinado alegue, justamente, que la orden es ilícita para explicar su inobservancia.

3.2. Competencia del subordinado y el superior jerárquico

La competencia se refiere a las funciones correspondientes al superior jerárquico y habrá que atender a lo que señala la respectiva regulación legal y reglamentaria, por ejemplo, un notario público no puede emitir una orden de detención.

Resulta trascendente el hecho de que el subordinado tenga competencia, que la relación de subordinación sea legítima, lo que implica que debe ser funcionalmente competente para recibir órdenes superiores. Cuando la norma señala que la orden debe emanar de autoridad competente, hace referencia a la condición de funcionario público del emisor de la instrucción. Este debe encontrarse investido de la facultad de emitir mandatos con eficacia obligatoria, como producto de la relación entre superior y subalterno y con ocasión de la prestación de un servicio público, de acuerdo a las reglamentaciones legales donde se encuentran estatuidas las atribuciones, si se tiene en cuenta que es frecuente la extralimitación en el ejercicio de las funciones o la usurpación de las asignadas a otros servidores públicos⁽⁶⁸⁸⁾.

El superior que emite una orden, deberá expedirla en el ejercicio de sus funciones, es decir, en el desempeño de la actividad pública para la cual ha sido investido por la ley. Algunos autores sostienen que basta que el funcionario esté ejerciendo su función para que se cumpla este requisito, aun cuando la orden que emita exceda el ámbito de su competencia, mientras que otros señalan que la competencia de la autoridad o superior, exige que la orden emitida esté vinculada necesariamente a su capacidad funcional⁽⁶⁸⁹⁾. La orden debe darse dentro de las funciones *–in officio–* del sujeto y este debe ser competente en darla, por ejemplo; si un comisario de policía ordena a un agente a efectuar una detención arbitraria, él solo será el responsable del delito, porque ordenar una detención está dentro de su competencia, pero si ordenara torturar a un detenido, el subordinado no debe obedecerle,

(688) Véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 353.

(689) UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José C. / UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego. Ob. cit., p. 814.

porque cometer actos de crueldad no forma parte de las atribuciones de ninguno de ellos.

Para que la orden impartida tenga valor de eximente, no solo debe provenir de una autoridad superior, sino que debe corresponder al ámbito funcional de quien la emite, toda vez que de exceder su capacidad funcional, resultará notoriamente excesiva y por tanto no acatable, en la medida en que estaría fuera de la esfera de obligaciones que le competen al subordinado jerárquico⁽⁶⁹⁰⁾. La obediencia no puede extenderse hasta el punto de ejecutar actos que no están dentro de la competencia del superior o que constituyan delitos, porque esos comportamientos no son obligatorios para el inferior. Así, por ejemplo, no son órdenes legítimas el mandato de aprehensión de determinada persona, emitido por un juez de manera verbal a un miembro de la policía; la orden de violar sexualmente a una detenida o asesinar por la espalda a un delincuente, a quien previamente se ha dejado en libertad⁽⁶⁹¹⁾; el mandato emitido por el jefe militar al soldado para que incendie la casa del padre de la mujer que lo ha rechazado, o para que asesine a un dirigente político que ha cuestionado públicamente el estamento militar; el mandato emitido por el superior al inferior para que dé muerte a los mendigos, o la directiva emitida por el jefe de policía a su subordinado para secuestrar a un ciudadano y exigir dinero por su rescate, o extorsionarle⁽⁶⁹²⁾.

Existen distintas situaciones de subordinación que, en sus respectivos ámbitos, constituyen fuentes del deber de obedecer; tales son, por ejemplo, la subordinación jerárquica administrativa, la laboral, la eclesiástica, la doméstica, etc. Solo la primera, por su naturaleza pública genera un deber de obediencia jerárquica susceptible de constituir una eximente de la conducta adecuada a un tipo delictivo. Mediando un orden jerárquico administrativo, el principio de la obediencia debida, cumple una esencial función institucional: posibilitar que el superior jerárquico pueda delegar en un inferior la ejecución de las órdenes que emita, sin involucrarlo en la responsabilidad que pueda resultar del contenido de la orden cuya ejecución ha puesto a su cargo.

(690) *Ibíd.*, p. 815.

(691) Véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Ob. cit.*, p. 352.

(692) *Ídem.*

Al referirnos a la competencia del superior jerárquico, estamos asumiendo una de naturaleza abstracta, pues ninguna autoridad tiene la competencia concreta para emitir una orden de carácter antijurídico. No será, por tanto, una orden emitida por autoridad competente el caso en el que el comisario le ordene al subordinado parar una construcción por carecer el constructor de la licencia de obra. La ausencia del requisito de la competencia de la autoridad constituye un defecto esencial para la justificación de la obediencia debida, por lo que no procedería aplicar ni siquiera la regulación de las eximentes incompletas⁽⁶⁹³⁾.

3.3. Obrar por obediencia

Es necesario que el subordinado tenga competencia para ejecutar el acto ordenado. En virtud de la relación jerárquica, el subordinado se encuentra obligado a actuar, dentro de ciertos márgenes y respecto de ciertas materias.

Se discute mucho sobre la obligatoriedad de las órdenes que puedan dar lugar a la comisión de delitos culposos: por ejemplo, el superior que ordene al chofer del vehículo de servicio que lo conduzca a pesar del mal estado en el que se encuentran los frenos. El subordinado no debe obedecer cuando resulta bastante probable que se produzca un daño o se ponga en peligro concreto a terceros.

Sobre el aspecto subjetivo de la obediencia debida: el sujeto tiene que obrar con la intención de cumplir con una orden que conoce como legítima (al menos aparentemente). Si sabe que es ilegítima o la utiliza como pretexto para cometer un hecho ilícito, no se da la obediencia debida.

3.4. La orden debe estar revestida de formalidades legales

La obligatoriedad de la orden dictada por el superior depende precisamente de las disposiciones que reglamentan el ejercicio de su potestad. Formalmente, es indispensable que sea competente para impartir la orden y, además, que esta cumpla con la forma prescrita; por ejemplo, el mandato de captura emitido por funcionario judicial deberá ser escrito y contener los datos necesarios para la identificación

(693) Mir Puig citado por GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 614.

o individualización del imputado. La orden tiene que reunir todos los requisitos que señalan la ley o los reglamentos desde el punto de vista formal; cuando tales presupuestos no se hayan informado, la orden no obliga al inferior.

A diferencia de lo que sucede respecto del fondo de la orden, el destinatario tiene derecho a examinar la forma de la orden y a no convertirse en su ejecutor si falta alguna de las exigencias formales, ya que, entonces, no habrá recibido una orden formalmente legítima que lo obligue a ejecutarla sin responsabilidad por las posibles consecuencias delictuosas de lo mandado por el superior. Excluida la legitimidad formal de la orden, si el inferior jerárquico la ejecuta, a la par del dador de aquella, también el inferior responde. Es posible, sin embargo, que si por error el inferior ha creído en la legitimidad formal de la orden, no responda delictivamente por ausencia de culpabilidad. En efecto, cuando el agente ejecuta un hecho típico en cumplimiento de una orden en la creencia de que lo ordenado es legítimo existiría entonces un error de prohibición que suprime la culpabilidad de quien obra por error; pero el hecho continúa siendo antijurídico y es responsable de él quien lo ordenó.

Debe existir una orden, que en sentido técnico, se entiende como un mandato dirigido por el superior a su subordinado jerárquico encaminado a obtener de este un determinado comportamiento, de conformidad con la investidura legal correspondiente; no basta con el mero deseo o ruego, debe tratarse de una manifestación expresa, inequívoca y terminante de la voluntad del superior⁽⁶⁹⁴⁾.

La orden debe ser legítima, ha de tener un contenido lícito y no implicar la realización de un hecho punible; debe ser conforme a derecho. Si el mandato es formalmente ajustado a la ley, pero materialmente injusto, el subordinado no puede ejecutarlo, y si lo hace no puede invocar la justificante; por ejemplo, si el agente de policía, a quien el fiscal encargó la captura de un ciudadano con las formalidades requeridas, sabe a conciencia que esa persona no es autora del hecho, sino otra (verbigracia, se trata de un caso de parecido físico, de un parentesco o de una homonimia), y a pesar de ello cumple la orden, no puede invocar la justificante porque la infracción de la ley en detrimento

(694) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 351.

de dicha persona es “manifiesta”⁽⁶⁹⁵⁾. Ahora bien, aun si el subordinado tuviese dudas en relación con la legalidad material, debe cumplir la orden, pues, ante los deberes que se le imponen, el de ejecutarla prepondera, siempre y cuando no haya medio alguno a su alcance para despejar la duda.

La legitimidad de la orden es no solo formal, sino también material y, en este último caso, la limitante es la ausencia de una “infracción manifiesta” del orden constitucional y legal, además de que el subordinado no puede en ningún caso ejecutar una orden desconocedora de la dignidad humana, más allá de los límites previstos por el ordenamiento jurídico⁽⁶⁹⁶⁾. La orden impartida por el superior no debe vulnerar de manera evidente el orden jurídico y, en particular, no debe constituir un atentado contra la dignidad humana, valor supremo en nuestro ordenamiento jurídico. La persona afectada por el comportamiento abusivo ordenado por el superior podría entonces defenderse con el Derecho contra el inferior que lo ejecuta o trata de ejecutarlo.

3.5. Orden antijurídica obligatoria

Si la orden fuera formalmente ilegítima puede ser o no obligatorio su cumplimiento; los casos en que lo sea, no lo determina el Derecho Penal sino el Administrativo. En todo caso, aceptamos la posibilidad de que el sujeto tiene que actuar con intención de cumplir una orden legítima. Si la orden es manifiestamente ilegal o conoce la ilegalidad, responde por el hecho en concurso con el superior. La inexigibilidad se deriva del sistema de subordinación y disciplina a que el agente está sometido⁽⁶⁹⁷⁾. Como ya hemos mencionado, el hecho de que la obediencia exima de pena al subordinado no excluye de responsabilidad al superior jerárquico, pues este actúa como autor mediato si lo hizo con dolo (o simplemente como autor imprudente).

Los casos de error en los que el subordinado no se haya percatado de la antijuricidad de la orden se tratarán bajo el error de prohibición. Si se trata de casos en que el subordinado ejecuta la orden creyendo erróneamente en su licitud, estamos frente a una situación de error que deberá ser resuelta según las reglas del artículo 14

(695) *Ibidem*, pp. 352-353.

(696) *Ibidem*, p. 354.

(697) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 646.

del Código Penal⁽⁶⁹⁸⁾, mientras que si el inferior jerárquico obra a sabiendas de la ilicitud de la orden, pero determinado por no tener otra alternativa de acción (no exigibilidad de otra conducta), la obediencia constituye una verdadera causa de inculpabilidad⁽⁶⁹⁹⁾.

En cuanto a la naturaleza del error derivado de la equivocada apreciación sobre la licitud de la orden, existe discrepancia entre los autores nacionales, algunos alegan que se trata de un error de prohibición invencible, mientras que otros sostienen que es más bien un error de tipo que excluye el dolo al tratarse de un actuar legítimo derivado del cumplimiento de un deber. En cuanto al conocimiento de la ilicitud de la orden por parte del subordinado, dado que los subordinados no tienen facultades para examinar o discutir la orden superior, para que sea admisible el error, basta que esta en apariencia no infrinja manifiestamente un precepto legal, esto es, que sea formalmente válida (teoría de la apariencia). Si se trata de una orden notoriamente delictiva, el ejecutor del mandato ilícito no podrá invocar error exculpante⁽⁷⁰⁰⁾.

Hay que cuestionarse en todos los casos si una persona con buen sentido común y colocado en la misma situación que el subordinado, hubiera considerado como lícita la orden. Esto significa adoptar el criterio de la apreciación paralela practicada por un profano.

La orden impartida debe ser siempre antijurídica, porque, evidentemente, para eximir de pena el cumplimiento de órdenes lícitas, no antijurídicas, no es necesario ningún precepto legal expreso. Zúñiga Rodríguez⁽⁷⁰¹⁾ apunta que pueden ser ilícitos de diversa índole, pero para los efectos de la eximente en comentario, interesa que sean delictivos.

La obediencia debida supone reforzar la actitud atenta y responsable de los subalternos, al mismo tiempo que debilita la tendencia a favorecer el hábito de obedecer, por ejemplo, la idea de que el militar debe hacerlo “a ciegas”: Una “disciplina” de este tipo definitivamente no es compatible con el Estado de Derecho.

(698) **Artículo 14 del Código Penal.**- El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

(699) UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José C. / UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego. Ob. cit., p. 811.

(700) *Ibidem*, p. 812.

(701) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Las causas de justificación en el Derecho Penal*. Lima, 2001, p. 239.

El agente debe actuar con la finalidad de cumplir la orden impartida por el superior, a sabiendas y con voluntad de llevarla a cabo, sin importar para nada si además se siente recompensado internamente. En cambio, si el autor cumple el mandato porque uno de los afectados promete darle una propina cuantiosa, o actúa halagado por “un favor sexual”, no se cumple la exigencia en estudio y, por lo tanto, no puede invocar la eximente⁽⁷⁰²⁾.

La exigencia de una orden excluye del ámbito de esta causa de justificación el caso de recomendaciones u opiniones, cuyo seguimiento no es obligatorio. Debe tratarse de órdenes de carácter público, es decir, expedidas por un funcionario público. En este sentido, las órdenes emitidas por privados en el marco, por ejemplo, de una relación laboral, no podrán dar lugar a una orden obligatoria. En estos casos, las órdenes de los superiores jerárquicos deberán resolverse con las reglas generales del principio de confianza y la teoría del error⁽⁷⁰³⁾.

4. Límites a la obediencia debida

La eximente de obediencia debida supone en el derecho vigente una relación de derecho público (la llamada obediencia política), excluyendo la simple vinculación o subordinación proveniente del derecho privado, con lo cual no se justifican los comportamientos punibles cometidos por mandato de otro o de una institución, ni por el temor reverencial; lo mismo sucede con los comportamientos realizados como producto de relaciones jerárquicas regidas por el derecho laboral o comercial en diversos ámbitos⁽⁷⁰⁴⁾.

Tratándose de órdenes antijurídicas, la obediencia doméstica o laboral no se puede eximir sino, en su caso, por error invencible, por estado de necesidad o por miedo insuperable. El cumplimiento de órdenes dentro de una empresa, cuyo funcionamiento depende de la división de funciones y una determinada jerarquía, pueda ampararse en una apariencia de legalidad que rebaje el nivel de deber de cuidado y, por tanto, haga más probable el error invencible. Ello es particularmente importante en el ámbito, cada vez más relevante, de la delincuencia económica, que con frecuencia supone la intervención de

(702) Véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 354.

(703) Mir Puig citado por GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 614.

(704) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 351.

subordinados cuya función no les obliga a detectar o comprobar determinadas ilegalidades no manifiestas⁽⁷⁰⁵⁾.

Admitido que no solo las órdenes ajustadas a derecho dan lugar a “obediencia debida”, importa determinar qué contenido debe tener una orden antijurídica para que haga nacer el deber de obedecer. En este punto existen en la actualidad dos corrientes doctrinales fundamentales. Por una parte, la llamada “teoría de la apariencia”, que considera suficiente y necesario que la orden no sea manifiestamente antijurídica. Por otra parte, la que podríamos calificar de “teoría de la nulidad”, porque juzga necesario (y suficiente) que la orden no sea nula de pleno derecho⁽⁷⁰⁶⁾.

(705) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 9ª edición. Ob. cit., p. 512

(706) *Ibídem*, p. 505.

Capítulo X

EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA (Artículo 20.10 del Código Penal)

Capítulo X

El consentimiento de la víctima

(artículo 20.10 del Código Penal)

I. EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO

Uno de los temas que produce mayores discusiones doctrinarias en la dogmática penal contemporánea es el del consentimiento del titular del bien jurídico, esta figura se encuentra regulada en el numeral 10 del artículo 20 de nuestro Código Penal como una causa de exención de responsabilidad penal⁽⁷⁰⁷⁾. En la exposición de motivos de este cuerpo de leyes, se afirma lo siguiente: “La coincidencia de voluntades, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de un delito, no tiene penalmente el significativo valor que ostenta el acuerdo ajustado por las partes en el área del Derecho Privado. Sin embargo, teniéndose en consideración que en el campo penal no siempre son públicos los intereses ofendidos, el proyecto de la Comisión Revisora admite, entre otras causas de exención de responsabilidad penal, el actuar con el consentimiento válido del titular del bien jurídico”.

El consentimiento surge cuando el sujeto activo realiza una conducta típica autorizada expresa o tácitamente por el titular de un bien jurídico de libre disposición –sujeto pasivo–. En estos casos la norma cede, como consecuencia de la renuncia del titular del bien jurídico amenazado, a la protección jurídica. Esto se debe a que el Derecho Penal al momento de brindar protección a los bienes jurídicos, tiene que

(707) El artículo 20, inciso 10 del Código Penal, declara exento de responsabilidad penal a quien “actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”.

tener en cuenta, la autonomía del individuo para determinar si se ha producido o no la lesión de un derecho.

La lesión de un bien jurídico supone el daño o puesta en peligro del objeto del delito (bien mueble o inmueble, en caso de daños a la propiedad; cuerpo humano, en relación a las lesiones, por ejemplo) y la restricción de la voluntad del titular de disponer o conservar a este concretado en el objeto del delito.

Si el dominio del titular sobre el bien jurídico no es violado, la agresión no es penalmente relevante. Esto significa que el acto no es típico porque la lesión o la puesta en peligro del mismo (y no del objeto material del delito) no adquiere la relevancia penal de la lesión o del peligro considerado en el tipo legal, por no afectar el dominio de quien lo ejerce; por ejemplo, cuando el propietario de un bien (mueble o inmueble) consiente que este sea dañado o destruido no se realiza el tipo legal de daños (artículo 205 del Código Penal) porque el bien jurídico patrimonio, a pesar de que el objeto haya sido destruido, no ha sido atacado. La destrucción de la cosa, consentida por el propietario, constituye una manifestación del libre ejercicio de su capacidad de disposición. El objeto de disposición y la facultad de disponer libremente de él constituyen aspectos en simbiosis del bien jurídico⁽⁷⁰⁸⁾.

En casos cotidianos como el corte de pelo por el peluquero, la puesta de una inyección por un enfermero, la poda de plantas por un jardinero, el consentimiento del titular de los bienes integridad corporal, salud y patrimonio, respectivamente, hace desaparecer tanto el valor negativo del resultado, como de la acción. Así, el agente no actúa con la intención de ocasionar un resultado perjudicial. Mediante su obrar satisface una manifestación de la personalidad del interesado⁽⁷⁰⁹⁾. Admitir el criterio opuesto implicaría aceptar una concepción paternalista excesiva que haría del Estado el árbitro supremo de lo que conviene a la persona aun en contra de ella misma.

Dos cuestiones fundamentales delimitan el problema que se plantea en torno al consentimiento del titular del bien jurídico en el Derecho Penal. En primer lugar, este va referido siempre a la conducta “de

(708) Rudolphi citado por HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Ob. cit., p. 490.

(709) Ídem.

otro” distinto del titular del bien jurídico que consiente y, en segundo lugar, como elemento intrínseco, el que emite el consentimiento debe tener “poder” para consentir. Sin embargo, esta potestad puede faltar por dos circunstancias distintas, bien porque la conformidad se refiera a una clase de actos respecto de los cuales a los ciudadanos en general el ordenamiento jurídico no les reconoce la facultad de disponer, o bien porque el titular concreto del bien carezca de las capacidades que dicho ordenamiento exige para poder disponer del mismo⁽⁷¹⁰⁾.

En el consentimiento no se da un problema de abandono de interés en la defensa del bien jurídico, sino que, al contrario, lo que ocurre es que el individuo ejercita su interés consintiendo determinadas acciones que, objetivamente, han sido consideradas dañosas.

El objetivo del presente trabajo es exponer lo que la doctrina está considerando respecto a estos supuestos en los que el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones, que el autor realice una conducta que de otro modo constituiría delito.

1. Naturaleza jurídica del consentimiento

En la doctrina nacional no existe uniformidad respecto a la teoría que se sigue respecto a la naturaleza jurídica del consentimiento. En la doctrina extranjera “existe un posicionamiento bastante equilibrado entre las **tesis dualista o de diferenciación** (que es la tradicional) y la **unitaria, monista o de la unificación**. Es decir, entre quienes afirman que el consentimiento eficaz puede ser, según los casos, **causa de atipicidad o de justificación** y quienes entienden que solo puede ser **causa de atipicidad**”⁽⁷¹¹⁾. La atipicidad se correspondería con los denominados casos de “acuerdo” o “conformidad” (institución de la que trataremos más adelante), y la justificación con los de “consentimiento” en sentido estricto. Por su parte, y en sentido opuesto, para la teoría unitaria no tendría relevancia tal diferenciación y se centraría exclusivamente en el consentimiento⁽⁷¹²⁾.

(710) LEON ALVA, P. Eduardo. “El consentimiento como eximente de responsabilidad penal”. En *Actualidad Jurídica* Nº 142, setiembre, 2005, Gaceta Jurídica, Lima, p. 73.

(711) DE VICENTE REMESAL, Javier. “Consentimiento y acuerdo ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuricidad? En: *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Mir Puig y Luzón Peña (Coordinadores). Monografía. Ciencias Jurídicas, Madrid, 1999, p. 118.

(712) RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. “El consentimiento”. En: *Código Penal comentado*. T. I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 820.

1.1. El consentimiento como causa de justificación

Se ha planteado la configuración del consentimiento como excluyente de la antijuricidad, cuyo fundamento reside en la renuncia legitimada por el derecho de autodeterminación del beneficiario en la protección del bien jurídico frente al atentado, de lo que se deriva que retrocede la norma de prohibición⁽⁷¹³⁾. Esta posibilidad derivaría del hecho de que para el ordenamiento jurídico no existe motivo alguno para proteger bienes jurídicos que su titular conscientemente ha abandonado a la intervención de terceros⁽⁷¹⁴⁾.

El consentimiento radicaría en una renuncia a la protección del derecho, renuncia que tendría fuerza justificante como efecto del derecho individual de autodeterminación, sea por derecho consuetudinario⁽⁷¹⁵⁾ o con base en la libertad constitucional de acción. Otra parte de la doctrina señala que la justificación se debe a que el desvalor de la lesión del bien jurídico sería ponderado con una libertad de disposición del particular, teniendo el efecto de que ante un mayor valor de la libertad de disposición, el consentimiento sería efectivo⁽⁷¹⁶⁾.

A la hora de fundamentar el consentimiento como causa de justificación surgen diversas posiciones doctrinales entre las que tenemos: **la teoría del negocio jurídico, la teoría de la ausencia del interés o renuncia al interés, y finalmente, la teoría de la ponderación de valores.**

1.1.1. La teoría del negocio jurídico

Esta teoría sostiene que el consentimiento del ofendido viene a ser un negocio jurídico que tiene como efecto conceder al autor un derecho revocable a la infracción; dado que el ejercicio de un derecho no puede ser antijurídico, el consentimiento vendría a ser para el Derecho Penal una causa de justificación.

La teoría del negocio jurídico, desarrollada por Zitelmann, llega a considerar que el consentimiento es un acto jurídico de naturaleza negocial mediante el cual se concede una autorización al destinatario

(713) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 340.

(714) DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. Colex, Madrid, 1995, pp. 67-68.

(715) En la dogmática extranjera se considera al consentimiento como un producto del derecho consuetudinario (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 237).

(716) ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Ob. cit., pp. 262-263.

para realizar la acción. Este ejercita, pues, un derecho ajeno que es atribuido por aquella autorización, y su conducta estaría justificada frente a todo el ordenamiento jurídico⁽⁷¹⁷⁾.

La tesis de Zitelmann fue expresamente rechazada en la doctrina alemana por Mezger⁽⁷¹⁸⁾, quien entendía que no era posible aplicar la teoría del negocio civil al ámbito de la antijuricidad penal por las razones que pasaremos a señalar en la teoría de la renuncia al interés.

1.1.2. La teoría de la renuncia al interés

Para Mezger, el fundamento del consentimiento se encuentra en el principio de “ausencia de interés”, partiendo de que es “la lesión de intereses” el contenido de todo injusto.

Para esta teoría el consentimiento es considerado como un signo de la renuncia al interés por parte del titular del bien jurídico, lo que tenía su significado en la medida en que el ordenamiento jurídico había abandonado en él la decisión acerca de la conservación de sus bienes. Asimismo, fue aceptado que con el consentimiento decaía parcialmente el objeto de protección pues el injusto típico también reside en la desconsideración de la voluntad del ofendido. La doctrina mayoritaria defiende el punto de vista en virtud del cual quien consiente, a través de la abdicación de sus intereses, renuncia a la protección penal⁽⁷¹⁹⁾.

La idea central de Mezger respecto a la eficacia del consentimiento del titular del bien jurídico se resume en que concurriendo este desaparece el interés que, en otro caso, hubiera sido lesionado por el injusto y, por lo tanto, la acción queda justificada.

Como vemos, la teoría de los intereses se esfuerza por encontrar el fundamento de la justificación de la renuncia a intereses en tanto relaciones con bienes o estados, derechos, deberes, etc.

Como crítica a esta teoría, se podría señalar que si el consentimiento supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico, la fundamentación del consentimiento como causa de

(717) LEÓN ALVA, P. Eduardo. Ob. cit., p. 75.

(718) MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de la 2ª edición alemana (1933) por J. Rodríguez Muñoz. T. I. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 414.

(719) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 404.

justificación se apartaría de la fundamentación general del resto de causas de justificación, que encuentran su base en el principio de interés preponderante⁽⁷²⁰⁾.

1.1.3. El principio de ponderación de valores

Lo justificante, según esta teoría, se daría en los supuestos en que el ejercicio de la libertad de disposición del titular sería un valor preponderante. Así, entre la posibilidad del individuo de consentir la afectación de sus bienes jurídicos, en cuanto parte integrante de su libertad de autodeterminación, y el bien jurídico protegido existiría una colisión de intereses, de ello el consentimiento como causa justificante se entendería solo cuando la libertad del individuo para disponer de sus propios bienes jurídicos resulte preponderante⁽⁷²¹⁾.

Esta tesis defendida por Noll parte por considerar que cuando se da una total ausencia de interés, falta el conflicto que da base a los problemas de justificación, debiéndose en estos casos trasladar el problema a la tipicidad: cuando no concurre un mínimo de daño o peligro para el bien jurídico, la conducta es atípica y no solo justificada⁽⁷²²⁾.

Noll señala que los supuestos de consentimiento no son de ausencia de interés sino de ponderación de valores, ya que en ellos el principio de la autonomía de la voluntad entra en colisión, como un valor más, con el valor que el bien (en sentido de sustrato material) tiene de suyo, con la particularidad de que se trata de dos bienes pertenecientes a la misma persona. La afirmación anterior parte de la idea de que existen bienes jurídicos individuales sobre los que el sujeto tiene poder absoluto de disposición, produciendo en estos casos, el consentimiento, la atipicidad de la conducta por no producirse quebrantamiento de interés alguno⁽⁷²³⁾.

Sin embargo, existen otros bienes considerados de tal importancia que el derecho no los puede dejar a la libre determinación de su titular. En estos casos, cabe la ponderación de valores entre la libertad del individuo para disponer y el desvalor de la acción y del resultado representado por el hecho típico. El consentimiento como causa

(720) Ver LEÓN ALVA, P. Eduardo. Ob. cit., p. 76.

(721) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 340.

(722) LEÓN ALVA, P. Eduardo. Ob. cit., p. 76.

(723) Ídem.

de justificación supralegal puede llegar a excluir totalmente la ilicitud, siempre que resulte preponderante el principio de autonomía de la voluntad sobre el valor representado por el bien jurídico, o puede, en casos de agresión a bienes no totalmente disponibles, tras la ponderación, no excluir totalmente el injusto, pero sí aminorarlo⁽⁷²⁴⁾.

El problema no debe traspasar el ámbito de la tipicidad, puesto que donde no existe interés en la protección por parte del titular del bien, no existe afectación del bien jurídico ni, por supuesto, conflicto de intereses que dé lugar a la justificación.

Jescheck y Weigend⁽⁷²⁵⁾ concluyen que las tres tesis mencionadas no consiguen suministrar plenamente el fundamento de la fuerza justificante del consentimiento, la teoría del negocio jurídico desconoce los diferentes fines que cumplen el Derecho Penal y el Civil. La teoría de la renuncia al interés no explica por qué una renuncia subjetiva apoyada en móviles que con probabilidad son sumamente inmorales, puede desligar al Estado de su misión en la proyección objetiva de intereses. Igualmente, la teoría de la renuncia a la protección jurídica tampoco aclara por qué la renuncia privada puede ser preferente al deber del Estado en la protección jurídica de carácter público.

1.2. El consentimiento como causa de atipicidad

Frente a la tradicional tesis que considera al consentimiento como causa de justificación, en la actualidad se alza la posición de quienes consideran al consentimiento como una causa de atipicidad penal.

Así, se ha llegado a señalar que la facultad de consentir tiene su raíz constitucional en la garantía de la libertad general de acción derivada del derecho a la dignidad de la persona humana. En la medida en que la protección de los bienes jurídicos esté destinada precisamente a favor del individuo desaparece su valor social, en tanto el individuo renuncia a ella. En este caso, le corresponde a la libertad de disposición del individuo una mayor importancia en la vida social.

En las normas penales que protegen bienes jurídicos disponibles, el verdadero bien jurídico no consistiría en “la integridad de los objetos”,

(724) Ídem.

(725) Véase JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit., pp. 404-405.

sino en el “dominio autónomo del titular sobre los bienes jurídicos que le corresponden”.

De acuerdo con esta concepción, el consentimiento excluye ya de antemano la posibilidad de que la acción consentida suponga una lesión al bien jurídico. En palabras de Roxin⁽⁷²⁶⁾: “El motivo decisivo para admitir que cualquier consentimiento efectivo excluiría el tipo radica en la teoría liberal del bien jurídico referida al individuo. Si los bienes jurídicos deben servir para el libre desarrollo del particular, no puede existir una lesión del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no afecta su libre desarrollo, sino por el contrario constituye su expresión”. Así, en el delito de daños lo que se protege no es la existencia de la cosa concreta, sino el derecho a la propiedad, que consiste en la facultad del titular de hacer servir la cosa que le pertenece al libre desarrollo de su personalidad de manera que pueda hacer con ella lo que le parezca.

La opinión contraria estaría confundiendo el objeto del hecho con el bien jurídico, ya que si bien se produce un daño a la cosa concreta (el objeto del hecho), esto no significa un ataque contra la propiedad, sino un respaldo a su propio ejercicio⁽⁷²⁷⁾.

Roxin oponiéndose a las teorías que consideran que el consentimiento opera como causa de justificación, señala que a favor de la eficacia excluyente de la tipicidad del consentimiento habla no solo la teoría del tipo, sino también el hecho de que el consentimiento constituiría un “cuerpo extraño” en el sistema de las causas de justificación. En efecto, sostiene que: “Todas las causas de justificación se basan en el principio de ponderación de intereses y la necesidad”. Sin embargo, “en el caso del consentimiento no se trata ni de un conflicto de intereses entre el que actúa y el que consiente, ni de la necesidad del hecho”⁽⁷²⁸⁾.

Los bienes jurídicos individuales son amparados en cuanto contribuyen al desarrollo personal del individuo, de tal forma que debe considerarse a la libertad de disposición del titular como elemento integrante de la “protección” de los bienes jurídicos. Consecuentemente, el

(726) ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Ob. cit., p. 268.

(727) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. T. I. Ob. cit., p. 517.

(728) LEÓN ALVA, P. Eduardo. Ob. cit, p. 78.

consentimiento del titular es un instituto jurídico que despliega siempre su eficacia a nivel de la tipicidad objetiva, y que hace desaparecer el indicio de antijuricidad que el tipo supone.

Desde este punto de vista, se ha llegado a señalar que la característica del “consentimiento como causa de justificación”, tal como lo hace alguna doctrina, supone, en definitiva, trasladar al ámbito de la justificación una conducta que no ha lesionado el bien jurídico.

Continuando con la crítica a la teoría que postula al consentimiento como una causa de justificación, se ha afirmado también que ubicar el consentimiento en la justificación manifiesta el deseo por parte del Estado de controlar que el ejercicio que el individuo hace de su libertad sea afín a un teórico desarrollo ideal que, sin embargo, y por lo mismo, ya no puede calificarse de libre; subyace, pues, en esa caracterización, el deseo de controlar la “racionalidad” del ejercicio, que de su libertad hace el individuo a la hora de consentir determinadas actuaciones de terceros supuestamente lesivas de sus bienes. Esta actitud paternalista por parte del Estado, que intenta evitar que el individuo haga un uso no “racional” de su libertad, resulta incompatible con el propio sistema dogmático⁽⁷²⁹⁾.

Como vemos, dos serían los argumentos que nos llevarían a rechazar el tratamiento del consentimiento como causa de justificación⁽⁷³⁰⁾.

Como primer argumento, consideramos que como consecuencia del derecho del libre desarrollo de la personalidad, garantizado constitucionalmente, los bienes jurídicos individuales son ámbitos de organización reservados a los ciudadanos, espacios sobre los cuales se les concede a estos tanto la facultad de excluir las intervenciones o injerencias ajenas, incluidas las del propio Estado, así como la facultad de “consentir” la intervención, en principio, solo reservada al titular del bien jurídico. Una interpretación contraria, es decir, el entendimiento de que el bien jurídico queda afectado por la intervención consentida de un tercero, supondría negar el carácter subsidiario y de última ratio del Derecho Penal.

(729) Ídem.

(730) *Ibidem*, p. 79.

Como segundo argumento, ubicar el consentimiento como causa de justificación, manifiesta el deseo de parte del Estado de controlar la racionalidad del ejercicio que de su libertad hace el individuo a la hora de consentir determinadas actuaciones de terceros supuestamente lesivas de sus bienes.

Solo la determinación del verdadero papel que cumple el hombre en la sociedad, nos puede llevar a rechazar todo papel paternalista del Estado respecto del consentimiento que haga el sujeto pasivo sobre sus bienes individuales disponibles. Para ello, tomamos como punto de partida la idea de la dignidad del hombre que exige tratar al hombre como fin dotándolo a la vez de libertad para elegir, incluso respecto a la disposición de sus bienes, proscribiendo considerarlo como un simple objeto, conforme al cual los derechos individuales deben someterse a los derechos colectivos.

Una intervención en un ámbito de organización ajeno, que se produce en virtud del consentimiento de la propia persona legitimada para otorgarlo supone una forma de autoorganización de la propia existencia garantizada por la Constitución, a través del derecho a la libertad de acción en cuanto expresión del libre desarrollo del individuo.

El efecto excluyente del tipo de consentimiento no resulta recien del derecho consuetudinario o de la adecuación social de la acción que se apoya en él, sino de forma inmediata de la libertad de acción garantizada constitucionalmente, cuya práctica a través de quien consiente hace imposible la lesión simultánea de un bien jurídico que le corresponda, y con ello también hace imposible que se complete un tipo penal⁽⁷³¹⁾.

Rudolph señala que “el bien jurídico y la potestad de disposición sobre el bien jurídico no solamente representan una unidad, sino el objeto y la potestad de disposición son el mismo bien jurídico protegido en el tipo en su carácter de relación entre ellos”. La lesión del bien jurídico no se agota, entonces, en el actuar contra la voluntad del portador del bien jurídico, sin embargo, este es uno de sus presupuestos. Con justicia dice Stratenwerth que la voluntad del afectado sería “no

(731) ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Ob. cit., p. 269.

solamente significativa para la protección del derecho” sino pertenecería “también al objeto protegido”⁽⁷³²⁾.

Amelung pretende refutar la tesis de que la libertad de disposición del portador del bien jurídico sería parte esencial del bien jurídico mismo, mencionando a las personas a quienes les falta la facultad de disposición, por ejemplo, los “niños pequeños”. Pero, en tales casos, el tutor ejerce una representación en cuanto a la voluntad; por ejemplo, el consentimiento de los padres rige como si fuera el del niño dentro de los límites jurídicamente trazados, no falta de ninguna manera una afección de la voluntad imputable al portador del bien jurídico⁽⁷³³⁾.

En un consentimiento efectivo, desaparece el desvalor del resultado y con él desaparecen el desvalor de la acción y el tipo del delito. Esto es indiscutible cuando la acción ejecutada con el consentimiento y mayormente por deseo del portador del bien jurídico es útil para este e incluso es por lo demás socialmente usual bajo cualquier aspecto. Quien tala un árbol por encargo del propietario, quien aplica una inyección al paciente para prevenir infecciones o le corta la barba a un cliente, no realiza un resultado típico justificado por el consentimiento, sino falta, desde el principio, cualquier desvalor del resultado. Pero, cuando la voluntad del actor no está dirigida a la ejecución de un desvalor del resultado, también se carece de un desvalor de la intención. Es claro que una conducta totalmente neutral al derecho y adecuada socialmente no realiza el tipo del delito y por ello no puede ser típica⁽⁷³⁴⁾.

Hay constelaciones de situaciones en las cuales se podría contemplar que un daño o una intervención corporal, pese al consentimiento, irían en contra del verdadero bienestar del portador del bien jurídico. En estos casos, se podría por lo menos considerar un desvalor del resultado y a formar con él el tipo delictivo, de manera que el consentimiento tendría efectos excluyentes del tipo o justificantes según la concreta situación⁽⁷³⁵⁾. Ejemplos, José ingresa a una comunidad religiosa estricta que permite a sus asociados destruir sus objetos de lujo a fin de no caer en la tentación de apegarse a bienes terrenales; o Pedro posee

(732) *Ibidem*, p. 270.

(733) *Ibidem*, p. 271.

(734) *Ibidem*, p. 272.

(735) *Ibidem*, p. 273.

una valiosa imagen femenina hecha por un maestro, pero su amante, que está celosa de la mujer retratada, hace depender su aceptación a la propuesta de matrimonio a que se le permita destruir la odiada imagen, y él consiente en ello; o el caso de que alguien permita que le hagan cicatrices en pruebas de valor o tatuajes visibles.

Habla a favor de la fuerza excluyente del tipo de consentimiento no solamente la teoría del tipo, sino también la circunstancia de que el consentimiento significaría un cuerpo extraño en el sistema de las causas de justificación, como se ha mencionado anteriormente. Todas las causas de justificación se basan en el principio de la ponderación de intereses y en la necesidad: ante una inevitable situación de conflicto es conforme al derecho el sacrificio de uno de los intereses que el ordenamiento jurídico considera de menor valor, siempre que este sacrificio sea necesario para la preservación del interés mayor, pero en el consentimiento no se trata ni de un conflicto de intereses entre el actor y quien consiente, ni tampoco de la necesidad del hecho. Este carácter motivó a Mezger a desarrollar un sistema dualista de causas de justificación; según este sistema, la justificación, en la mayoría de casos, seguiría el principio del interés preponderante, y en los otros lo haría con el principio de la falta de interés: “Una justificación según el principio de la falta de interés ocurre mediante el retiro, en el caso particular, de la voluntad que en el tipo ha sido pensada como lesionada”. Pero precisamente esta fundamentación muestra que en la realidad no se trata de un problema de justificación, sino uno del tipo⁽⁷³⁶⁾.

Allí donde es posible un consentimiento efectivo se afirma la libre voluntad del portador del bien jurídico sin que exista una contradicción de intereses y sin que la necesidad o incluso tampoco solo la razonabilidad del consentimiento deban ser todavía probados o ponderados en contra del valor del objeto concreto del hecho.

Ante la disyuntiva en la doctrina sobre la naturaleza jurídica del consentimiento, en que para algunos autores es causa de atipicidad y para otros es causa de justificación, es preciso tomar posición e indicar que el enfoque más aceptable es el que señala que el consentimiento excluye la tipicidad cuando el tipo penal describe una acción cuyo carácter ilícito reside en el obrar contra la voluntad del sujeto pasivo.

(736) *Ibíd.*, p. 274.

Son los casos en que la ley condiciona expresamente la tipicidad a la ausencia de conformidad con el sujeto pasivo: por ejemplo, el delito de violación de domicilio (artículo 159 del Código Penal), y aquellos en que tal ausencia se deduce implícitamente del contexto o del objeto de protección de la ley; ejemplo, cuando se utiliza un automóvil de un amigo para auxiliar al hijo del mismo, el cual ha sufrido un accidente⁽⁷³⁷⁾.

De todo lo anteriormente esbozado se desprende que la función exacta que le corresponde al consentimiento en la teoría del delito es la de actuar como causa de exclusión de la imputación objetiva.

2. Acuerdo y consentimiento

La doctrina mayoritaria ha identificado en el consentimiento una doble eficacia: el consentimiento como **excluyente de la antijuricidad** (*Einwilligung*) y como **excluyente de tipicidad** (*Einverständnis*). Al primero, denominado **consentimiento** propiamente dicho, se eliminaría la antijuricidad en los casos “que el consentimiento de la víctima tiene lugar en hechos que atacan un bien jurídico del que puede disponer su titular, pero cuya lesión no desaparece por virtud del consentimiento”⁽⁷³⁸⁾. El consentimiento sería en este caso una causa de justificación; ejemplo, el que daña, destruye o inutiliza una cosa con el consentimiento de su propietario (daños, según el artículo 205 del Código Penal). Al segundo, denominado **acuerdo**, la exclusión de la tipicidad se daría en los casos en los que el tipo legal presupone obrar contra o sin la voluntad del afectado. Para estos supuestos bastaría solo la capacidad natural para consentir; ejemplo, la violación de domicilio (artículo 159 del Código Penal: “(...) el que permanece allí rehusando la intimación que le haga quien tenga derecho a formularla (...)”⁽⁷³⁹⁾).

El **acuerdo** (*Einverständnis*) excluye la tipicidad de la conducta en los casos en los que el tipo legal respectivo presupone un obrar contra o sin la voluntad del afectado. Jescheck y Weigend⁽⁷⁴⁰⁾ señalan que el acuerdo se refiere a aquellos casos en los que si el afectado está

(737) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 227.

(738) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general (Fundamentos y teoría del delito)*. 2ª edición, PPU, Barcelona, 1985, p. 447.

(739) Véase VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., pp. 340-341.

(740) JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 399.

de acuerdo, la acción punible se convierte en un proceso normal en el marco del orden social dado. Mir Puig⁽⁷⁴¹⁾ refiriéndose a éstos supuestos considera que “en estos casos, faltando la oposición del sujeto pasivo, es indudable que desaparece toda lesividad de la conducta”; ejemplo, no concurre el delito de violación de domicilio si el morador “acepta” en su casa al extraño.

Según algún sector de la doctrina, dentro de este grupo de supuestos también puede incluirse aquellos tipos que no parecen exclusivamente atacar la voluntad ajena, como los delitos contra la propiedad. Así, cuando alguien toma una cosa de otro “con su consentimiento” falta ya el concepto mismo de hurto o robo.

El **consentimiento** (*Einwilligung*) elimina la antijuricidad en los casos de un bien jurídico del que puede disponer su titular⁽⁷⁴²⁾. No se acepta en el caso de los delitos contra la colectividad.

Debe analizarse la distinción que se hace, en doctrina, entre el consentimiento y el acuerdo. Según el criterio dominante, este último excluye la tipicidad, y es de aplicación en los supuestos en los que el tipo legal prevé la realización de una acción contra la voluntad de la víctima. En este caso, la voluntad sería de “orden natural” y no la que se requiere para que se dé el consentimiento; por ejemplo, el hurto implica ruptura de la posesión; es decir, sustracción del bien mueble ajeno contra la voluntad del propietario; si un niño de siete años de edad con discernimiento, regala uno de sus bienes muebles o autoriza a un tercero que se lo apropie no se realiza el tipo legal previsto en el artículo 185 del Código Penal (hurto simple); la violación de domicilio supone que el agente penetre o permanezca en casa ajena sin derecho, sin autorización del titular. Esos actos, debido al acuerdo del titular del bien jurídico, no son conformes a los tipos legales correspondientes porque el bien no ha sido perjudicado. Debido a que el titular está de acuerdo con la acción, esta se convierte en “un proceso normal entre ciudadanos en el marco del orden social dado”⁽⁷⁴³⁾.

(741) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general (Fundamentos y teoría del delito)*. Ob. cit., p. 498.

(742) Véase VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Código Penal comentado*. Ob. cit., p. 132.

(743) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Ob. cit., p. 491.

El consentimiento por el contrario y conforme a la concepción mayoritaria, concierne a los casos en los que el acuerdo del titular del bien jurídico no es un elemento del tipo legal y solo sería una causa de justificación, si se dan todas las condiciones exigidas para que la manifestación de voluntad sea válida. Este criterio supone que el acto realizado es conforme al tipo legal: el agente inutiliza o destruye el bien mueble o inmueble (artículo 205 del Código Penal) o lesiona a una persona (artículo 121 del Código Penal). El carácter ilícito de estos comportamientos es excluido por el consentimiento del interesado. De modo que obrar con la conformidad del afectado no constituye en este caso un proceso normal de la vida social, sino que se trata de un daño que, a pesar de ser bastante doloroso, el titular del bien jurídico, en uso de su libertad de disposición, está dispuesto a soportar por cualquier razón⁽⁷⁴⁴⁾.

En el acuerdo se trataría solo de la voluntad interna de quien asiente, aun cuando esa voluntad no se haya manifestado en el exterior; por el contrario, en el consentimiento se exige como mínimo que la voluntad sea reconocible en el mundo exterior a través de palabras o acciones, de manera indubitable, por ello se dice que se trata de una expresión de voluntad manifiesta⁽⁷⁴⁵⁾.

El acuerdo supondría para su eficacia solo la voluntad “natural” de la víctima, incluso cuando a ésta le falte la capacidad de comprensión por su edad juvenil (inimputabilidad por minoría de edad) o por perturbación mental (inimputabilidad por enfermedad mental). En el consentimiento, por el contrario, es el presupuesto material de su eficacia que el afectado “goce de juicio y equilibrio mental necesarios para comprender el alcance de su manifestación y para sopesar razonablemente los pros y los contras”⁽⁷⁴⁶⁾. Tomando los ejemplos, si el autor da lugar a que un niño incapaz de entendimiento le “regale” su billetera, no existe hurto porque falta el quebrantamiento de la custodia, esto es, el sujeto no sustrae para trasladar el bien de la esfera de vigilancia de la víctima e incorporarlo a su esfera de dominio (pero, tal vez dadas las circunstancias particulares del caso, podría tratarse de apropiación ilícita o estafa). De igual manera, también el consentimiento en

(744) Ídem.

(745) RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. Ob. cit., p. 821.

(746) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. T. I. Ob. cit., pp. 513 y s.

una lesión (tratándose de una riña o pelea) habrá que considerarlo ya ineficaz si el que consiente se encontraba en estado de ebriedad⁽⁷⁴⁷⁾.

Los vicios de la voluntad tradicionalmente aceptados (error, engaño y fuerza) serían irrelevantes para el acuerdo, pero harían ineficaz el consentimiento, verbigracia, aquel que mediante simulaciones astutas da lugar a que el propietario de la vivienda le autorice la entrada, no comete violación de domicilio, a menos que se le solicite salir de la vivienda y permanezca en la misma⁽⁷⁴⁸⁾. La intervención del médico se estima como lesión corporal típica al bien jurídico salud individual, pero justificada por el consentimiento del paciente; sin embargo, el consentimiento es solo eficaz merced a la información médica que se otorga libre de error al paciente; si falta aquella, el médico será castigado por lesiones⁽⁷⁴⁹⁾.

En la situación de que el autor desconozca una aprobación efectivamente existente del titular de un bien jurídico; en los casos de acuerdo, tan solo entra aquí en consideración una tentativa porque no se llega a configurar el tipo objetivo, y en este orden de ideas, es obvio que el dolo delictivo del autor se dirige a un objeto inidóneo. Si, por el contrario, en unos daños o en unas lesiones, el autor no conoce de la existencia del consentimiento de la víctima, se puede llegar a la aceptación de un delito consumado porque se da un resultado típico y también un dolo delictivo del autor dirigido a su realización⁽⁷⁵⁰⁾.

En una suposición errónea inexistente; si la misma afecta al acuerdo, excluye sin más el dolo: quien supone el permiso del titular del derecho sobre el acceso o no a un domicilio o del titular de la custodia de un bien mueble, no tiene dolo de invadir ni de sustraer. Quien por el contrario, en unas lesiones o en unos daños, supone por error un consentimiento de la víctima, yerra según la doctrina dominante sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, lo que constituye un error de tipo negativo⁽⁷⁵¹⁾.

Por otro lado, como hemos indicado con anterioridad, existe una tendencia que entiende al consentimiento solo como excluyente de

(747) *Ibidem*.

(748) RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. *Ob. cit.*, p. 822.

(749) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. T. I. *Ob. cit.*, p. 514.

(750) Ver RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. *Ob. cit.*, pp. 822-823.

(751) *Ibidem*, p. 823.

tipicidad, y por ende, como figura que excluye la imputación objetiva. Esta tendencia deniega la distinción entre estas dos instituciones (acuerdo y consentimiento) que tendrían diferentes funciones en la imputación penal, afirmándose más bien la concreción de una figura unitaria del consentimiento como excluyente del desvalor del resultado y con él, el desvalor de la acción. “Esta teoría considera que cuando el bien es disponible se trata de proteger el ámbito de dominio del titular; en todos los casos en que concurre un consentimiento consciente y libre no hay necesidad de intervención del Derecho Penal, quedan fuera del ámbito de protección de la norma y con ello se excluye la imputación objetiva, pues la libre determinación del titular prevalece sobre el interés social en la conservación del sustrato material”⁽⁷⁵²⁾.

Teniendo en cuenta sobre todo las imprecisiones en la delimitación entre los casos de “acuerdo” y “consentimiento”, en los últimos años se ha venido desarrollando la tendencia mencionada en el párrafo anterior, que considera la totalidad de los supuestos en los que concurre la voluntad del titular del bien jurídico como excluyentes de la propia tipicidad de la conducta, dando lugar a la denominada “**teoría unitaria**” de la función del consentimiento⁽⁷⁵³⁾. Esta teoría se viene aplicando en la jurisprudencia nacional, al no hacerse distingos entre las figuras jurídicas del acuerdo y el consentimiento:

“Los actos imputados consistentes en impedir el ingreso al agraviado a su local comercial, adoptados por acuerdo de asamblea de propietarios y como mecanismo de presión para el pago de cuotas de mantenimiento, no resulta un hecho punible, pues el inculpado solo se limitó a cumplir con un acuerdo de asamblea suscrito, entre otros, por el propio agraviado”⁽⁷⁵⁴⁾.

3. Requisitos del consentimiento

La eficacia del consentimiento dependerá de los siguientes requisitos:

(752) Choclán Montalvo citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 341.

(753) Véase LEÓN ALVA, P. Eduardo. Ob. cit., p. 75.

(754) Resolución Superior 23/03/98. Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. 6633-97.

3.1. Disponibilidad del bien jurídico

Un criterio comúnmente aceptado, es el que hace un distingo entre los bienes jurídicos disponibles y los no disponibles por parte del individuo, para llegar a la conclusión de que el consentimiento es eficaz en las normas protectoras de los primeros, en tanto que el delito queda subsistente en los que contemplan los segundos. Se parte de la base de que en el primer supuesto la ley tutela solamente el interés particular o privado, en tanto que en el segundo garantiza, además y fundamentalmente, un interés público o común. Es esta, en términos generales, la posición adoptada por Mezger⁽⁷⁵⁵⁾, para quien el consentimiento supone el abandono válido real o presunto de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico.

La doctrina es unánime en reconocer que la “disponibilidad” solo puede predicarse respecto de los denominados bienes jurídicos individuales, excluyéndose a los denominados bienes jurídicos supraindividuales cuyo portador puede ser la propia sociedad o el Estado⁽⁷⁵⁶⁾. El consentimiento solo tiene significación allí donde la persona que lo emite es titular exclusivo del bien jurídico; por lo tanto, la libertad de disposición está limitada por el carácter personal del bien jurídico en cuestión. No debemos confundir el concepto disponibilidad con el de enajenabilidad.

Jurisprudencia:

“El ejercicio de la acción, en los delitos contra el honor, es privado, por lo que al ser un bien jurídico disponible el consentimiento excluye la responsabilidad, no existiendo infracción cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento”⁽⁷⁵⁷⁾.

Es preciso que quien consiente sea el único titular del bien jurídico protegido. En los casos de ser varios los titulares del bien, solo el consentimiento de todos tiene plena eficacia. Si Jorge y Enrique son

(755) Citado por FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y parte general*. Ob. cit., p. 250.

(756) LEÓN ALVA, P. Eduardo. Ob. cit., p. 74.

(757) Resolución Superior de fecha 31 de marzo de 1998. Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. 378-98.

condóminos de un reloj y Carlos se apodera de él con el consentimiento de Enrique únicamente, Carlos comete el delito de hurto⁽⁷⁵⁸⁾.

Una excepción a la posibilidad de disponer de los bienes jurídicos individuales parecería ser la contemplada por los artículos 5 y 6 del Código Civil. Según el artículo 5, los derechos inherentes a la persona humana son irrenunciables, en tanto que el artículo 6 prohíbe la disposición del propio cuerpo “cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios a la moral y a las buenas costumbres”.

En síntesis, los bienes disponibles serían los únicos objetos de la tutela penal; cuando esa tutela garantiza además, un interés público o común, el consentimiento es irrelevante, puesto que la facultad de disposición no se refiere a los mismos.

Para la determinación de si un bien es o no disponible hay que considerar los intereses en juego. La situación de aquellos que se vinculan particularmente con el sujeto individual es diversa a la situación de los bienes que mantienen relación con el Estado o con la sociedad en su conjunto. Estos, por escapar a la tuición del individuo como tal, quedan fuera de su disponibilidad; entre ellos, los que no tienen un sujeto determinado, como la seguridad nacional o la salud pública.

Cuando el tipo legal solo protege un bien jurídico colectivo, es evidente que el consentimiento de una persona particular no tiene ningún efecto sobre la tipicidad del acto; por ejemplo, cuando se ataca el bien jurídico seguridad pública creando un peligro común para las personas o para los bienes mediante incendio, explosión o liberando cualquier clase de energía (artículo 273 del Código Penal); el consentimiento de la o las personas expuestas realmente a peligro no excluye la tipicidad del incendio provocado. El orden jurídico busca proteger a las personas o sus bienes de manera indeterminada (peligro común)⁽⁷⁵⁹⁾.

El mismo criterio debe aplicarse en relación con los delitos contra la administración pública a pesar de que una persona sea la directamente perjudicada por el comportamiento. Así, por ejemplo, el delito previsto en el artículo 376 del Código Penal (abuso de autoridad);

(758) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 249.

(759) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Ob. cit., p. 497.

según esta disposición, se reprime al funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera. Además del bien jurídico protegido, es necesario tomar en consideración que el mismo legislador declara implícitamente inválido el consentimiento de la persona objeto del delito, pues esta se encuentra en un estado de inferioridad, de desamparo respecto al funcionario (policía, juez, etc.). Respecto a este tema, la jurisprudencia nacional –de manera equivocada–, ha tomado un camino distinto del utilizado por la doctrina como veremos a continuación:

“La solicitud del denunciante peticionando ‘licencia sin goce de haber por razones de estudio durante el mes de febrero’, justifica la retención del cheque de remuneraciones a que se contrae la denuncia, por lo que no existe delito de abuso de autoridad, al haber actuado el encausado dentro de lo dispuesto por el inciso diez del artículo veinte del Código Penal”⁽⁷⁶⁰⁾.

En los tipos penales en los que se prevé una intervención de la víctima y se le protege de manera especial, debe existir un razonamiento semejante, es decir, el consentimiento no debe ser válido, por ejemplo, en los delitos sexuales en donde la víctima es un menor de catorce años (artículo 173 del Código Penal), o una persona en situación de dependencia o vigilancia o que se halle detenida, recluida e internada (violación con persona dependiente, tipificado en el artículo 174 del Código Penal)⁽⁷⁶¹⁾.

Jurisprudencia:

“Si bien el acto sexual lo realizó con consentimiento de la agraviada, no habiendo mediado para ello fuerza o amenaza alguna, ello no lo exime de su responsabilidad, ya que se trata de una menor que no tiene control racional sobre su conducta sexual, por lo que su aceptación no puede tenerse en consideración”⁽⁷⁶²⁾.

(760) Ejecutoria Suprema de fecha 25 de junio de 1997. Exp. 572-97-Ancash.

(761) Ídem.

(762) Ejecutoria Suprema de fecha 10 de enero de 2000. Exp. 4385-99-Amazonas. En: ROJAS VARGAS, Fidel / INFANTES VARGAS, Alberto. *Código Penal catorce años de jurisprudencia sistematizada*. 2ª edición, Idemsa, Lima, 2005, p. 115.

“Para el caso de la violación sexual de un menor de edad resulta irrelevante el hecho que este haya consentido, pues tal consentimiento carece de validez”⁽⁷⁶³⁾.

Un caso particular, conforme a una parte de la doctrina, sería el de las cláusulas de autorización administrativa en delitos en los que se protegen bienes jurídicos colectivos. Mediante dichas cláusulas, puede comprenderse que el Estado, por intermedio de la administración pública, consiente que se cometan ciertos actos que comprometen algún bien jurídico de la comunidad. Para autorizar estos se deben tener en cuenta diversos criterios, como la utilidad social y la preservación de los mismos bienes. Tal sería el caso, por ejemplo, de los delitos contra los bienes culturales previsto en el artículo 226 del Código Penal, en el que se reprime la explotación, excavación o remoción de yacimientos arqueológicos prehispánicos no autorizados por la autoridad competente. En consecuencia, la realización de uno de esos actos con la autorización respectiva, no es comprendida por ese tipo legal⁽⁷⁶⁴⁾.

El principio de que el particular no puede consentir eficazmente en la lesión de bienes jurídicos de la colectividad genera dificultades en su aplicación cuando el bien jurídico tutelado es discutible o cuando el tipo protege tanto bienes jurídicos de la colectividad como del particular. Respecto a los tipos penales pluriofensivos, que protegen al mismo tiempo bienes jurídicos de la colectividad y del individuo, como ocurre en el delito de denuncia calumniosa (artículo 402 del Código Penal), el consentimiento del denunciado falsamente no evita la lesión del correcto funcionamiento de la administración de justicia que el precepto pretende prevenir. Roxin⁽⁷⁶⁵⁾ añade que si se ve el bien jurídico tutelado solamente en la administración de justicia al interior del Estado, la cual debe ser protegida contra investigaciones erradas contra determinadas personas, el consentimiento del sospechoso carece totalmente de importancia (es ineficaz); este eleva más bien el contenido de injusto del hecho al reforzar la confusión (el fraude) de la autoridad.

(763) Sentencia de la Segunda Sala Penal para Procesos Sumarios con Reos en Cárcel de fecha 19 de octubre de 1998. Exp. 1877-98. En: ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Serie de Jurisprudencia* 3. Ob. cit., p. 180.

(764) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Ob. cit., p. 498.

(765) Véase ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Ob. cit., pp. 282-283.

Se excluye desde el principio un consentimiento en los bienes jurídicos cuya lesión se dirige contra la colectividad, como ya se ha mencionado con anterioridad. Aun cuando una persona individual es afectada por el hecho de manera inmediata, ella no puede consentir en la lesión porque el bien jurídico no está a su disposición; por ejemplo, en una falsificación documental (artículo 427 del Código Penal) el “perjudicado” no puede consentir porque el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio y no el interés individual del afectado. Con respecto a este delito, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado en el mismo sentido:

“En el delito de falsificación de documentos, si bien el consentimiento de la persona cuya firma fue falsificada no exime de pena al inculpado, al ser el Estado el titular del bien jurídico, puede tomarse en cuenta para disminuir la pena por debajo del mínimo legal”⁽⁷⁶⁶⁾.

De igual forma, en la bigamia (artículo 171 del Código Penal) son protegidos intereses de la colectividad (esto es, el estatus jurídico familiar para el público y el ordenamiento estatal del matrimonio), de manera que no tiene importancia la aprobación de la “víctima”⁽⁷⁶⁷⁾. Un acompañante se sienta en el coche de un conductor ebrio y resulta lesionado a continuación en un accidente, se considera irrelevante el consentimiento porque no solamente se protegería el cuerpo y la vida del participante individual en el tráfico, sino sobre todo la seguridad en el tráfico y con ello la seguridad de la colectividad. El expuesto al peligro no podría disponer sobre el bien jurídico de la seguridad del tráfico. Su consentimiento solamente tiene fundamental importancia allí donde él es el único portador del bien jurídico protegido y este está bajo su disposición⁽⁷⁶⁸⁾.

Se afirma que la esfera en que la eficacia del consentimiento es la regla, está constituida por los derechos patrimoniales⁽⁷⁶⁹⁾. Se consideran como bienes disponibles la propiedad y el patrimonio en general; hay otros bienes que estando muy vinculados a una persona no son

(766) Sentencia de fecha 31 de mayo de 1999. Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Puno. Exp. 31-L-1-98. En: ROJAS VARGAS, Fidel / INFANTES VARGAS, Alberto. Ob. cit., p. 115.

(767) ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Ob. cit., p. 282.

(768) *Ibidem*, pp. 283-284.

(769) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 250.

disponibles, como la propia vida, la integridad corporal o la salud. La libertad es un bien jurídico que debe examinarse en cada caso; frente a la autoridad pública y al Estado no es bien disponible, en los demás casos podría serlo y justificar el acto atentatorio.

La discusión es intensa respecto a los tipos legales que protegen la vida. El punto de partida de la regulación de las infracciones contra esta es la ineficacia del consentimiento de la víctima. Circunstancia que explica que se reprima al que, por piedad, mata a un enfermo incurable que solicita de manera expresa y consciente que se ponga fin a sus dolores intolerables (homicidio a petición, tipificado en el artículo 112 del Código Penal). Esta solución se comprende si se considera, interpretando de un modo restrictivo la Constitución, que el derecho a la vida es tan importante que debe ser protegido aun contra el propio interesado⁽⁷⁷⁰⁾.

En los delitos contra la vida humana nuestra norma sustantiva no concede ninguna eficacia eximente al consentimiento. El sistema de justicia penal reconoce el carácter irrenunciable del derecho a la vida, lo que puede fundarse en la consideración de la vida humana y/o de la prohibición de matar a otra persona como bienes dotados de un valor social que trasciende al interés particular de su titular, ya sea en el hecho de que, a diferencia de otros derechos fundamentales, la renuncia a la vida es irreversible. Hay casos en los que el consentimiento no excluye directamente la tipicidad del comportamiento, porque el legislador, por la propia importancia del bien jurídico (vida, integridad física) exige especiales requisitos para darle mayor relevancia justificante al comportamiento en sí típico; nuestro ordenamiento legal, de forma coherente, castiga (atenuadamente) aquellos actos de disposición sobre la vida que haga un tercero respecto de su titular (artículo 112 del Código Penal); sin embargo, en estos casos de acuerdo a las circunstancias podría admitirse un estado de necesidad justificante. Debemos reconocer que no son pocos los partidarios de la lenidad en la pena para esos homicidios cometidos por piedad y, aunque cada día menos, también los de la impunidad. Esto solo es válido de *lege ferenda*, ya que de *lege lata* ninguna duda queda respecto a la falta de

(770) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Ob. cit., p. 495.

significación del consentimiento en el homicidio, pues nada autoriza en la ley a sostener tal excepción⁽⁷⁷¹⁾.

La sola voluntad del autorizado a disponer no proporciona ya un motivo jurídicamente suficiente para intervenir en sus bienes, sino que debe añadirse además un empleo racional de tales bienes. En relación con la vida, se deduce que ni siquiera se justifica un consentimiento cualificado, es decir, el ruego del sujeto para que se le dé muerte; ello ha de interpretarse en el sentido de que ninguna pérdida cierta de la vida se considera razonable por el consentimiento (por sí solo). La punición, a pesar del ruego (y a pesar de la impunidad del suicidio) sirve para garantizar en general la prohibición de matar⁽⁷⁷²⁾.

En los delitos de aborto, el consentimiento de la gestante no exime la pena, pero es atenuante frente al supuesto del aborto sin consentimiento (artículo 116 del Código Penal).

Un sector de la doctrina admite la eficacia del consentimiento en las acciones peligrosas para la vida, pues según se refiere, es un derecho de la persona vivir peligrosamente. Hay que tomar en cuenta que la vida postmoderna no solo valora el riesgo y lo considera como mecanismo dinamizador de la sociedad, sino inclusive para algunas personas implica un modo de vida (deportes de aventura, deporte de alto riesgo, deportes de velocidad, deportes extremos, entre otros)⁽⁷⁷³⁾.

Las lesiones corporales peligrosas para la vida bajo el consentimiento de la víctima, por lo visto deben ser permitidas. No obstante, hay que diferenciar los casos del que consiente en que otra persona le ponga en peligro de muerte, del supuesto de quien se pone a sí mismo en peligro de forma descuidada y solicita u obtiene el auxilio de terceros. En este caso cabe admitirse la impunidad de los partícipes porque el supuesto es estructuralmente coincidente con la cooperación o ayuda al suicidio prevista en el artículo 113 del Código Penal (supuesto especial en donde se castiga solo al partícipe sin que exista autor del hecho, como excepción del principio de accesoriedad limitada)⁽⁷⁷⁴⁾, pero

(771) Véase FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 250.

(772) Véase JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. por Joaquín Cuello Contreras / José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, 2ª edición. Ob. cit., p. 525.

(773) RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. Ob. cit., p. 828.

(774) Artículo 26 del Código Penal.- Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible.

es de recalcar que dicho supuesto no está previsto en la ley. Por ende, se trata de una conducta de participación en un hecho imprudente, no admitido en nuestra doctrina y legislación, lo que genera que no pueda castigarse si la norma no considera típico el hecho principal (accesoriedad limitada de la participación)⁽⁷⁷⁵⁾.

La regulación del delito de lesiones en sus diversas formas no prevé una disposición que señale, ni siquiera implícitamente, un criterio referente al consentimiento. Como toda conducta punible, la infracción de lesiones supone más bien que sea cometida contra la voluntad de la víctima. De acuerdo a lo señalado con anterioridad, resulta necesario referirse al Código Civil y, en especial, a su artículo 6⁽⁷⁷⁶⁾.

En lo relativo al delito de lesiones se sostienen las dos posiciones extremas: mientras para un grupo el consentimiento carece en absoluto de significado, para otro es eficaz en todos los casos, posiciones ambas equivocadas. El criterio más exacto nos parece el intermedio, para el cual el consentimiento, si bien no ha de aceptarse, en principio, como eficaz para restar tipicidad al delito de lesiones, tampoco puede decirse que carezca en absoluto de significación, en todos los casos, pues puede concurrir para completar otras causas de justificación⁽⁷⁷⁷⁾.

Las mayores disidencias giran en torno a la colocación que corresponde dar a la integridad física y a la salud, porque si bien es cierto que la lesión típica de esos bienes se presume causada contra la voluntad del interesado, su disponibilidad resulta discutible. En las lesiones corporales también están en juego valores insustituibles. La salud, de forma no muy distinta a la vida, es el presupuesto básico de la mayoría de funciones que la persona cumple en la comunidad. La lesión corporal consentida no debe atentar contra las buenas costumbres, como ya lo hemos señalado; no obstante, solo deberían entrar al ámbito del Derecho Penal las lesiones considerables, especialmente las que comportan daños permanentes, pues de lo contrario la consecuencia sería caer en una inoportuna moralización.

En cuanto al tratamiento médico, gran parte de la doctrina ha afirmado que el galeno, a pesar de que su régimen afecta el cuerpo o

(775) Ídem.

(776) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Ob. cit., p. 495.

(777) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 250.

la salud del paciente, no lo maltrata (*misshandeln*) sino que lo somete a un procedimiento curativo (*handeln*). La intervención curativa es considerada como lesión corporal que, no obstante, estaría justificada por el consentimiento del paciente.

Respecto a la integridad física, la exigencia, por ejemplo, de un deber de información al paciente para que el consentimiento de este a una operación quirúrgica tenga eficacia justificante, o la irrelevancia del consentimiento para determinadas circunstancias, como la venta de órganos, por ejemplo, demuestran que, en principio, cualquier intervención sobre la integridad física de una persona requiere de unos requisitos adicionales para que el consentimiento justifique un hecho en sí típico. Por todo ello, en estos casos parece más correcto tratarlo como causa de justificación, dándole también el mismo tratamiento en los casos de error sobre sus presupuestos fácticos y sobre sus límites⁽⁷⁷⁸⁾.

Es eficaz el consentimiento en las lesiones sadomasoquistas. Pues, en primer lugar, en tales prácticas privadas falta la relación con el daño social, y, en segundo lugar, tampoco es visible una desaprobación del legislador contra dichas conductas.

Como supuestos del consentimiento justificante se toman en consideración: intervenciones lesivas en la integridad corporal no solo de carácter incidental, sobre todo en las operaciones médicas o con fines curativos, con vistas a otras alteraciones de funciones corporales (esterilización, castración), con fines estéticos (incluso cuando no son objetivamente razonables y ni siquiera tiene efectos embellecedores) o con vistas a realizar extirpación de órganos con fines de trasplante, así como consentimientos en lesiones en actividades deportivas, como por ejemplo, el boxeo, y consentimientos en graves lesiones al honor o limitaciones duraderas de la libertad, entre otras⁽⁷⁷⁹⁾. Los cambios de sexo o cirugía transexual están permitidos cuando existe el consentimiento correspondiente⁽⁷⁸⁰⁾.

En el caso específico de la donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos, la extracción y el procesamiento de órganos y tejidos

(778) Véase MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., pp. 391-392.

(779) Véase JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. por Joaquín Cuello Contreras / José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, 2ª edición. Ob. cit., p. 526.

(780) ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Ob. cit., pp. 287-288.

de donantes vivos requieren consentimiento por escrito ante notario público de manera libre, consciente y desinteresada (artículo 10, numeral 4 de la Ley N° 28189); la extracción y procesamiento proveniente de donantes cadavéricos requieren la previa y expresa voluntad de donar para después de su muerte y de producirse la muerte y no haberse expresado la voluntad, el consentimiento podrá ser otorgado por los parientes más cercanos (artículo 11, numeral 1, *in fine* de la Ley N° 28189), salvo que el consentimiento haya sido obtenido de manera viciada; por ejemplo, consentimiento otorgado por el representante de un donante vivo menor de edad (artículo 10, numeral 2 de la Ley N° 28189)⁽⁷⁸¹⁾.

El consentimiento es eficaz cuando la tutela penal realizada a través de la correspondiente figura, solo alcanza a los casos en que se obra contra la voluntad del interesado; no lo es cuando la protección se establece prescindiendo de esa circunstancia. Pero el Código no necesita decir en cada artículo de la parte especial que el hecho debe ser ejecutado contra la voluntad del interesado, porque esa es la regla; debe decirlo y lo dice, en cambio, cuando la acción es típica aun mediando el consentimiento, porque esa es la excepción⁽⁷⁸²⁾.

En general, el análisis de la disponibilidad de un bien procede hacerlo con cada tipo penal. La facultad de disposición de los bienes jurídicos que el sistema reconoce al titular está limitada por el principio establecido en el artículo 1 de la Constitución Política; las acciones lesivas de estos bienes no podrán afectar –aun con el consentimiento de su titular– el ámbito de los derechos inherentes a la dignidad del ser humano.

La dignidad humana debe asegurar la libertad de decisión autónoma del individuo y no es, por ello, un instrumento idóneo para restringir la libertad de acción. Nunca el consentimiento puede llegar a la negación de la libertad de la persona que lo da.

La falta de tipo resulta muy clara en aquellos delitos en que la figura requiere expresamente que el hecho sea cumplido sin el consentimiento del interesado, o contra su voluntad; verbigracia, en la violación de domicilio (artículo 159 del Código Penal). De igual claridad

(781) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 343.

(782) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 247.

resultan los casos en que se requiere fuerza, intimidación o fraude, de lo que resulta palmar, la falta de voluntad de la víctima; por ejemplo, la coacción (artículo 151 del Código Penal) y la violación sexual (artículo 170 del Código Penal). En el mismo plano están colocadas las figuras en que la falta de consentimiento se presume legalmente, como en la violación de menores (artículo 173 del Código Penal); en este último caso, el consentimiento carece de eficacia, pues el legislador presume que el menor de edad está en incapacidad de formularlo. Respecto a este tema la jurisprudencia se ha pronunciado de la siguiente manera:

“En nuestro ordenamiento jurídico-penal practicar el acto sexual con una menor de edad constituye delito, debido a que no tiene una madurez psicológica suficiente para saber la gravedad del hecho y por lo tanto su consentimiento no es válido”⁽⁷⁸³⁾.

Como vemos, el consentimiento del portador del bien jurídico no excluye el cumplimiento del tipo en todos los casos. Esto rige en primer lugar para los tipos que presuponen una cooperación de la víctima y sirven para su protección. Así, en los delitos que comprenden acciones de abuso sexual un consentimiento de la víctima es irrelevante porque el legislador, por la vía de una presunción irrefutable, le priva desde el principio la capacidad para decidir libre y responsablemente⁽⁷⁸⁴⁾.

En otros casos, la mutación de la situación jurídica de la cosa por obra del consentimiento, resta todo significado delictuoso a la acción. Quien consiente en que alguien tome una cosa mueble para quedarse con ella, “se la está regalando”; de suerte que el que la toma no se apodera de ella, sino la recibe en donación. Por lo demás, desaparece la tipicidad furtiva del hecho. En los casos de privación simple de libertad, ocurre algo parecido; eso no es una **privación** en el sentido del tipo: quien **se priva** (se hace privar) voluntariamente de su libertad, sus razones tendrá; pero no puede hablar de una acción típica realizada por otro. No puede decirse lo mismo en los supuestos de privación de libertad cometidos por funcionarios, en los que la ley tutela, además, un interés general del que no puede disponer el particular⁽⁷⁸⁵⁾.

(783) Ejecutoria Suprema de fecha 07 de mayo de 1999. Exp. 935-99. Junín.

(784) Ver ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Ob. cit., p. 284.

(785) Ver FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 248.

En la actualidad, bienes jurídicos como la vida, la integridad corporal, están siendo objeto de replanteamientos en cuanto a su disponibilidad; se esgrimen criterios dirigidos a reconocer cierta posibilidad en tal sentido, con motivo de lo que se denomina muerte digna, o por los trasplantes de órganos, cambio de sexo, cirugía estética. Esta temática ha dado lugar a una cautelosa revisión de muchos principios que hasta un tiempo atrás parecían inmutables⁽⁷⁸⁶⁾.

En relación al bien jurídico y al consentimiento no procede hacer distinciones respecto de la naturaleza del acto típico que lo lesiona o pone en peligro: el consentimiento de la víctima opera tanto si se trata de un delito doloso como de uno culposo, en uno de acción como en uno de omisión. El consentimiento no presenta en esas alternativas modalidades especiales⁽⁷⁸⁷⁾.

3.2. Capacidad para consentir

Para que el consentimiento sea eficaz, quien lo exprese debe ser una persona capaz. Quien consiente debe ser enteramente **legitimado para disponer del bien** y obrar con capacidad de entendimiento y de discreción. Capacidad para disponer, que no tiene que coincidir necesariamente con la capacidad civil, pero que, igual que esta, exige unas facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de sus actos por parte de quien consiente.

El sujeto pasivo debe tener la capacidad de comprender la situación en la que consiente. Esta capacidad de disposición no debe ser entendida como la capacidad civil para negociar válidamente, sino que es suficiente con la capacidad natural de comprender o juzgar, entendida como aquella que resulta indispensable para discernir y advertir la importancia de los alcances del acto y el abandono al bien jurídico tutelado⁽⁷⁸⁸⁾. El sujeto debe poder comprender la significación de su consentimiento respecto de la acción que lesionará el objeto de la misma.

El titular del bien jurídico debe, sobre todo, poseer una capacidad de razonamiento y juicio natural para poder calcular en esencia el significado de la renuncia al interés protegido y al alcance del hecho.

(786) GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., pp. 124-125.

(787) Ídem.

(788) Ver VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 343.

Si en los menores de edad o enfermos mentales falta la capacidad natural de raciocinio, entonces es el representante legal encargado de su cuidado quien tiene el derecho y, en su caso, el deber de prestar el consentimiento⁽⁷⁸⁹⁾.

El consentimiento ha de haber sido prestado libremente por quien tiene capacidad para ello. No consiente libremente el que cede ante la amenaza o acepta inducido a error por el engaño. No consiente, tampoco, quien en el momento de acceder carece de la capacidad necesaria para disponer del bien de que se trata. Se ha sostenido por algunos que para la eficacia del consentimiento ha de tomarse en consideración la capacidad penal, criterio que tomado con carácter general, parte de un punto de vista equivocado pues no se trata de la capacidad para comprender la criminalidad del hecho o para delinquir, sino para un acto de disposición. La regla, pues, es atenerse a la capacidad de disposición del bien de que se trata, la que también puede resultar de la propia ley penal, cuando ella fija para determinados casos, a través de los tipos, el límite de la tutela jurídica en base a una edad, por ejemplo, esto ocurre, en algunas figuras que prevén formas de acceso carnal involuntario⁽⁷⁹⁰⁾.

Jurisprudencia:

“Si bien es cierto que las cópulas carnales llevadas a cabo entre la agraviada y el encausado fueron de mutuo acuerdo, también lo es que dada la minoría de edad de la agraviada, esta no tiene capacidad plena para disponer de su libertad sexual, por lo que la ley tiende a tutelar esta libertad de los menores de edad, así como también su inocencia, cuyo desarrollo psico-emocional se ve afectado por ciertos comportamientos delictivos”⁽⁷⁹¹⁾.

El titular del bien jurídico debe darse cuenta, en concreto, de los alcances de la acción que afectará a uno de sus bienes jurídicos y debe poder apreciarla debidamente de acuerdo a sus intereses. Esta capacidad es admitida, por lo general, respecto a las personas adultas. En

(789) Véase JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 410.

(790) Véase FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 249.

(791) Ejecutoria Suprema de fecha 07 de mayo de 1999, Exp. N° 797-88. En: ROJAS VARGAS, Fidel / INFANTES VARGAS, Alberto. Ob. cit., p. 115.

este sentido, hay que admitir que carecen de esta capacidad las personas que padecen trastornos mentales o de conciencia graves.

Tratándose de menores, la manifestación de voluntad es válida en la medida en que, respecto al caso concreto, tengan el discernimiento suficiente para apreciar los alcances de su autorización; por ejemplo, el consentimiento de un menor de diecisiete años de edad puede excluir el tipo legal de estafa (artículo 196 del Código Penal); pero no así el expresado por un niño de siete años.

En el caso de niños, de acuerdo con el límite de edad fijado en la ley penal, se les debe considerar, en principio, incapaces de comprender. Si se trata de adolescentes, se les reputa capaces de discernimiento, pero si su decisión es claramente contraria al sentido común, esta puede constituir un indicio de su falta de capacidad.

En caso de incapaces, en el sentido antes indicado, el representante legal debe dar el consentimiento; por ejemplo, los padres en relación con los hijos o los curadores respecto a sus pupilos. La mayoría de veces, el contexto en el que debe darse, es el mismo que el del estado de necesidad; de modo que si el representante legal se niega a dar el consentimiento para proteger los bienes de su representado, la intervención, por ejemplo, del médico tratante, estará amparada por dicha circunstancia⁽⁷⁹²⁾.

Cuestiones bastante delicadas son las decisiones de tipo existencial, como la referente a la donación de un órgano. Si la persona concernida por la extracción el mismo, tiene la capacidad concreta de comprender y apreciar la situación y sus efectos, ella sola puede consentir. Cuando se trata de un incapaz, su decisión no puede ser sustituida por la de su representante legal. Por respeto a la dignidad de la persona, no debe realizarse la intervención⁽⁷⁹³⁾.

3.3. Manifestación del consentimiento

El consentimiento solo necesita ser una manifestación de voluntad unilateral, por eso puede ser revocado antes del hecho. Este principio no rige cuando ha sido la consecuencia de un acto bilateral, para el que no puede valer una revocación unilateral.

(792) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Ob. cit., p. 500.

(793) Ídem.

La voluntad de autorizar la intervención del sujeto activo de la acción perjudicial debe ser exteriorizada por cualquier medio o mediante actos concluyentes. En la primera hipótesis, el titular puede hacerlo oralmente o por escrito. En ciertos casos, es indispensable por mandato legal que el consentimiento sea manifestado con una formalidad determinada. Por ejemplo, en las circunstancias de trasplantes de órganos, el donante debe consentir expresamente la extracción del órgano que será trasplantado en otra persona (artículo 10, inciso 4 de la Ley N° 28189).

Respecto a la segunda hipótesis (manifestación del consentimiento mediante actos concluyentes), por ejemplo, manifiesta de manera tácita su consentimiento quien tome asiento en un vehículo sabiendo que será conducido por un conductor ebrio. De esta manera, acepta mediante su proceder concluyente correr el riesgo de sufrir un perjuicio en su integridad corporal.

Jurisprudencia:

“Se imputa al procesado que en su calidad de vendedor y cobrador de la empresa se ha apoderado ilícitamente y en forma sistemática de dinero que se encontraba obligado a entregar al propietario de la empresa antes mencionada, correspondiente a facturas pendientes de cancelar. Las afirmaciones del procesado en el sentido de que el agraviado dio su consentimiento para retener parte del dinero cobrado, al no estar corroboradas por documento alguno ni medio probatorio idóneo, son argumentos que no enervan su responsabilidad en la comisión del ilícito penal imputado”.

La seguridad jurídica y la protección de los bienes jurídicos requieren que el consentimiento sea expresado de una manera clara por cualquier medio, pero de forma positiva. La simple actitud pasiva de la víctima es insuficiente.

Tanto si se trata de una causa de exclusión de la tipicidad, como si es una causa de justificación, el consentimiento del titular del bien jurídico debe quedar claramente manifestado, aunque no siempre ha de ser expreso. Cabe también el consentimiento tácito en aquellos casos en los que una previa relación de confianza, basada en la gestión de negocios, relación de vecindad, etc., permita pensar que el titular

del bien jurídico admite la realización del hecho (la persona que utiliza el automóvil de su socio para realizar una gestión a favor del negocio común; el vecino que entra en la casa de su amigo que se halla de vacaciones para regar las flores y evitar que se sequen, etc.); muchos de estos casos pueden solucionarse por la vía del estado de necesidad, con lo cual no hay que recurrir al consentimiento⁽⁷⁹⁴⁾.

Cualquier vicio de la voluntad del que consiente (error, coacción, engaño, etc.) invalida el consentimiento.

No se requieren formalidades, todas las formas reconocidas por la ley y por la costumbre, son válidas para manifestar el consentimiento, que como ya se ha dicho, puede ser expresa o tácita. Para que el consentimiento resulte eficaz no es preciso que sea conocido por el sujeto activo, puesto que ha de ser apreciado objetivamente. La apreciación subjetiva nos conduciría a dar al consentimiento el carácter de causa excluyente de culpabilidad, tesis inaceptable.

Por lo que se refiere a la forma del consentimiento, se plantea si es necesario exigir a efectos de reconocer la eficacia objetiva del consentimiento, que se manifieste en el exterior y, en este caso, si se requiere que haya llegado a conocimiento del autor.

Se ha forjado una opinión mayoritaria en relación con la cuestión de hasta qué punto el consentimiento debe ser exteriorizado. Mientras que con anterioridad la **teoría de la declaración de voluntad** precisaba que el consentimiento debía ser declarado exteriormente como si de un negocio jurídico se tratara, y la **teoría de la dirección de la voluntad** en una trayectoria opuesta se conformaba con la mera aprobación interior del ofendido, en la actualidad se exige que el consentimiento debe ser manifestado externamente de un modo inequívocamente reconocible, sin que sean aplicables las reglas del Derecho civil relativas a la declaración de voluntad (capacidad negocial, vicios de consentimiento, recepción)⁽⁷⁹⁵⁾.

3.3.1. Teoría de la declaración de voluntad

La primera teoría en hacer su aparición fue la denominada teoría de la declaración de voluntad fundada por Zitelmann, que exigía

(794) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 392.

(795) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit., pp. 409-410.

para la eficacia del consentimiento una declaración de voluntad negocial en el sentido del Derecho civil, exigencia que se basaba en la concepción del consentimiento como negocio jurídico.

3.3.2. Teoría intermedia

Una vez que la teoría de la declaración de voluntad prácticamente cayó en desuso, aparece la teoría intermedia, también conocida como “teoría limitada de la declaración de la voluntad”, que exige para la eficacia del consentimiento que este haya sido manifestado hacia el exterior de alguna forma, pero sin que sea necesario que tenga una declaración de acuerdo con las normas civiles que rigen los negocios jurídicos. De acuerdo con esta teoría tampoco hace falta que el consentimiento sea expreso, sino que basta con que sea manifestado mediante actos concluyentes.

a) Teoría de la dirección de la voluntad

Es una postura enfrentada a la teoría intermedia o limitada de la declaración de voluntad. La teoría de la dirección de la voluntad considera que no es necesario que el consentimiento sea manifestado al exterior, sino que basta la “mera voluntad interior del titular” del bien jurídico. Para esta tesis, lo importante es saber si la acción del autor ha lesionado intereses del titular objetivamente existentes o no. Por lo tanto, la eficacia del consentimiento no depende de que el autor haya conocido el consentimiento o siquiera lo haya podido conocer, es decir, no depende de que el titular haya manifestado su consentimiento de forma expresa o tácita o que sea manifiestamente irreconocible desde el exterior.

Respecto a esta última teoría existen opiniones discordantes como la de Roxin⁽⁷⁹⁶⁾ quien llega a señalar que “si bien el consentimiento expresa la voluntad interior del bien jurídico, sin embargo un pensamiento que no se manifiesta hacia el exterior no es expresión de la voluntad y debido a su falta de comprobabilidad no es adecuado para llevar consecuencias jurídicas. El pretender renunciar a cualquier tipo de manifestación y basarse únicamente en el pensamiento íntimo del titular, que en

(796) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. T. I. Ob. cit., p, 533.

ocasiones puede contradecirse con su comportamiento exterior, significa renunciar a cualquier clase de seguridad jurídica y abrir un campo demasiado amplio a errores de tipo infundado por parte del autor.

En base a estas consideraciones estimamos que la postura preferible es la que defiende la “teoría intermedia”. Por consiguiente, estimamos que la aquiescencia del titular del bien jurídico debe ser manifestada hacia el exterior aunque lo sea solo de manera concluyente. De acuerdo con esta posición, resultaría que cuando el consentimiento del titular no haya sido manifestado de alguna forma hacia el exterior, el hecho del autor tendrá que ser sancionado como delito consumado⁽⁷⁹⁷⁾.

3.4. Momento del consentimiento

Siendo objetos del consentimiento la acción y el resultado típico, estos pueden ser consentidos antes de su concreción, siempre que sea previsible al tiempo de aquél⁽⁷⁹⁸⁾; por ello durante dicho tiempo el sujeto puede revocar o retractarse de su consentimiento. Se entiende que dicha revocación o retractación debe presentarse de manera expresa, ya que “una autorización ulterior (...) carece de influencia sobre la realización del tipo”⁽⁷⁹⁹⁾. De ninguna manera el consentimiento debe producirse con posterioridad, pues el consentimiento a posteriori solo es perdón. Este hecho no excluye la tipicidad, pues la acción ya ha sido cometida; es una circunstancia que, a lo más, puede ser considerada en el momento de la individualización de la sanción penal. El consentimiento debe ser anterior a la acción (*ex ante*) y se debe haber mantenido hasta el momento de la acción, es decir, es retractable⁽⁸⁰⁰⁾; el titular del bien jurídico puede exteriorizar su cambio de voluntad libremente, hasta antes de concluida la acción perjudicial, en tanto no exista una vinculación contractual en el caso particular.

Para la revocación no solo deberá considerarse suficiente el cambio de voluntad puramente interno, sino que tendrá que exigir que se dé a conocer hacia fuera. Una autorización posterior (por ejemplo: el

(797) LEÓN ALVA, P. Eduardo. Ob. cit., p. 81.

(798) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 410.

(799) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. T. I. Ob. cit., p. 535.

(800) Véase BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 133.

hurtado regala la cosa al autor después de descubrir el hecho) no influye en la realización del tipo. Pues, en caso contrario, el perjudicado podría decidir sobre la pretensión punitiva estatal, lo cual contradice el principio de persecución pública (*offizialprinzip*) (el principio de la intervención de oficio). Claro que, en los delitos de persecución a instancia de parte, el perjudicado puede liberar al autor de la persecución penal cuando renuncia a presentar la denuncia penal⁽⁸⁰¹⁾.

En síntesis, el consentimiento ha de ser dado antes de la comisión del hecho y ha de ser conocido por quien actúa a su amparo. La injerencia en los bienes jurídicos ajenos solo puede ser autorizada por el titular del bien jurídico antes de que el autor intervenga.

3.5. Contenido del consentimiento

El titular del bien jurídico debe expresar su conformidad respecto a la intervención del tercero sobre la base de una información suficiente y exacta sobre los alcances de esta. Debe tener pleno conocimiento de la naturaleza de la acción consentida, de los peligros que conlleva, así como de los efectos que producirá.

Jurisprudencia:

“Al haber recibido la agraviada un cheque sin fondos, conociendo este hecho, debe considerarse como consentimiento válido y eximente de responsabilidad del inculpado. Al considerar el juez que no procede el inicio de la acción penal, procede dictar el auto de no ha lugar”⁽⁸⁰²⁾.

Solo en estas circunstancias se podrá considerar el consentimiento como el ejercicio concreto de la libertad de obrar. El consentimiento general, como el proporcionado por el paciente cuando firma el formulario de internamiento en un hospital, no es suficiente respecto a los actos médicos particulares a los que podría ser sometido.

El consentimiento no será válido si el titular del bien jurídico lo ha expresado bajo la influencia de un error. Se ha propuesto que solo se tengan en consideración los errores relacionados a los alcances o al peligro de renunciar a la protección del bien jurídico. Por ejemplo,

(801) ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Ob. cit., p. 294.

(802) Exp. N° 4165-98-Lambayeque.

cuando el error concierne a la gravedad de la intervención quirúrgica a la que se sería sometido, por lo tanto, es ineficaz el consentimiento dado por el paciente, a quien el médico engaña diciéndole que le extraerá un fragmento de tejido intestinal con el fin de realizar ciertos análisis, cuando le será practicada, en realidad, una intervención más grave⁽⁸⁰³⁾. El error sobre otras circunstancias que motivan el consentimiento no debe ser tenido en cuenta.

En los tipos legales en los que el uso de la coacción es previsto como elemento constitutivo del comportamiento delictuoso, el consentimiento obtenido mediante engaño no es suficiente para la realización de estos; por ejemplo, en caso de violación sexual (artículo 170 del Código Penal), el delincuente debe someter a la víctima con violencia o grave amenaza. El hecho de que la víctima ceda ante la coacción del delincuente no significa que consienta. Su actitud pasiva, condicionada por la agresión violenta, es muchas veces la sola vía que tiene la víctima para evitar daños más graves (ser lesionada o muerta)⁽⁸⁰⁴⁾.

Estos casos de error provocado por engaño deben ser distinguidos de los errores en que incurre el mismo consintiente. Si este es el caso, el consentimiento es válido; por ejemplo, cuando el destinatario de la correspondencia autoriza por error a su secretaria para que abra sus cartas personales, esta no comete ninguna violación del secreto de las comunicaciones (artículo 161 del Código Penal).

3.6. Consentimiento libre

El consentimiento debe estar libre de vicios de voluntad (engaño, error y violencia). Pero no basta con un simple error en los motivos para hacer ineficaz el consentimiento, igualmente, el error acerca de la conformidad de quien va a ser sometido a una intervención curativa puede carecer de significado en supuesto de escasa trascendencia; caso distinto es la obtención capciosa del consentimiento a través del engaño. Tampoco un error en la declaración hace ineficaz el consentimiento puesto que en este caso la mayor parte de la culpabilidad dolosa del autor será excluida por el error correspondiente. Por el contrario, el engaño y el error que afectan a la dimensión y clase de

(803) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Ob. cit., p. 503.

(804) *Ibíd.*, p. 504.

menoscabo del objeto de la acción determinan la ineficacia del consentimiento, porque entonces este no cubre la intervención del autor en la esfera jurídica del afectado. La ineficacia se extenderá también a aquellas hipótesis en las que el afectado, como consecuencia de un error o un engaño, no consigue la finalidad altruista del sacrificio de su bien jurídico o se equivoca en cuanto al sentido del consentimiento para evitar un daño propio o ajeno; tanto en uno como en otro caso, el consentimiento no es expresión de su autonomía. En relación con la amenaza, este debe contener un mal de considerable importancia⁽⁸⁰⁵⁾.

Jurisprudencia:

“No se halla acreditado el delito ni la responsabilidad penal de los procesados, ya que la agraviada no ha sido inducida a error bajo ninguna de las modalidades típicas; toda vez que la participación de esta en la ‘junta pandero’ realizada por los procesados se debió a un acto voluntario en la que no medió ningún factor que desnaturalizara su libre consentimiento”⁽⁸⁰⁶⁾.

El consentimiento, para ser eficaz, debe ser una auténtica manifestación de la voluntad del titular o, con otras palabras, estar “libre de vicios relativos a la voluntad”, por ello, tradicionalmente, se ha sostenido que cualquier error o vicio del consentimiento da lugar a la ineficacia del mismo.

Para analizar las consecuencias de los mencionados vicios deben distinguirse los supuestos de consentimiento otorgado por violencia e intimidación, los otorgados por engaño, y finalmente, los otorgados por simple equivocación o error del titular.

El consentimiento debe ser dado con plena libertad. No debe haber sido obtenido mediante engaño o coacción. Solo bajo esta condición el consentimiento es un acto autónomo y, por lo tanto, solamente de esta manera elimina la lesión del bien jurídico.

Jurisprudencia:

“Se entiende el engaño como toda actividad destinada a presentar como verdadero algo falso, capaz de inducir a error

(805) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit., pp. 410-411.

(806) Exp. N° 6335-97. En: Gaceta Jurídica. *El Código Penal en su jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 91.

respecto a la trascendencia o significación del consentimiento que pudiera brindar la parte agraviada”⁽⁸⁰⁷⁾.

El consentimiento originado en un error es denominado por la doctrina como **consentimiento putativo**.

El consentimiento presupone la capacidad de raciocinio, que básicamente debe estar libre de todo engaño o violencia, y que debe emitirse al exterior de modo reconocible. Basta la capacidad natural de discernimiento del titular del bien jurídico que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento. No obstante, para el caso de delitos que señalan límites de edad más elevados o más bajos, el consentimiento pierde todo valor como causa de justificación; verbigracia, el Código Penal considera violación sexual presunta la práctica del acto sexual sobre una persona menor de 14 años (artículo 173 del Código Penal), siendo absolutamente ineficaz su consentimiento aunque tenga discernimiento natural.

Que el consentimiento sea reconocible externamente, por cualquier medio, no es óbice para que en algún caso la norma pueda requerir que el consentimiento se manifieste expresamente. En cualquier caso, debe entenderse que el consentimiento no puede producirse con posterioridad (sin perjuicio de la posibilidad del consentimiento presunto).

La coacción excluye siempre la eficacia del consentimiento, pero el error y el engaño solo lo hacen cuando afectan a la cantidad y cualidad de la injerencia consentida. No hace ineficaz el consentimiento el error en los motivos (pues allí se aprecia disponibilidad del bien jurídico), el error sobre la identidad de la persona a la que se consiente intervenir (de igual manera resulta incuestionable que el sujeto está realizando actos de disposición del bien jurídico), cuando no tiene trascendencia suficiente, ni el error en la declaración.

Respecto a la violencia, en general, se dice que la coacción excluye la eficacia del consentimiento, siempre que alcance una gravedad tal que anule la capacidad del individuo de tomar una decisión y ejecutarla. La violencia que hace ineficaz el consentimiento ha de ir dirigida a vencer la voluntad de la víctima, de forma tal que si esta está

(807) Exp. N° 1117-98. Ídem.

de acuerdo con el uso de la violencia, desaparece el poder coercitivo o intimidatorio de la misma y, por lo tanto, del tipo⁽⁸⁰⁸⁾.

Respecto a la intimidación, conforme a la opinión mayoritaria, siempre ha de incidir en la eficacia del consentimiento. Hay quienes mantienen la conveniencia de establecer limitaciones a la ineficacia provocada por la intimidación. Así, se ha llegado a señalar que no cualquier amenaza debe ser apta para hacer irrelevante el consentimiento, sino solo una amenaza que alcance la entidad exigida por el artículo 151 del Código Penal, referido al delito de coacciones; por lo tanto, habría que entender que solo la amenaza “de un mal considerable” es suficiente para determinar la ineficacia del consentimiento⁽⁸⁰⁹⁾.

Dentro de esta última postura hay quienes consideran que “la gravedad del mal con el que se amenaza deberá ser determinada en cada caso en relación con el bien renunciado”⁽⁸¹⁰⁾.

Según sea el bien a que se renuncie, el mal con el que se amenaza puede aparecer suficiente en unos casos pero insuficiente en otros para considerar que la libertad de decisión del titular ha sido seriamente afectada.

Si el consentimiento es consecuencia de un engaño que conduce a un error sobre el bien jurídico, su clase o extensión, o la peligrosidad de la renuncia, sería un supuesto de consentimiento inválido por parte del instrumento titular, falta la voluntad de renuncia al objeto de la acción al faltar la propia conciencia de dicha renuncia. Si el engaño se refiere únicamente a la contraprestación y no afecta al bien jurídico, no conlleva la ineficacia del consentimiento; por ejemplo, el caso de que a alguien se le induzca a donar sangre a cambio de dinero pero se le engañe acerca de la disponibilidad a pagar⁽⁸¹¹⁾. La donación constituirá una disposición patrimonial y el autor que engañe al donante acerca de la contraprestación será punible como estafa, pero no por un delito de lesiones.

(808) SEGURA GARCÍA, M. *El consentimiento del titular en el Derecho Penal*. Valencia, 2000, pp. 142-146.

(809) LEÓN ALVA, P. Eduardo. Ob. cit., p. 81.

(810) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. por Joaquín Cuello Contreras / José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, 2ª edición. Ob. cit., p. 301.

(811) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. T. I. Ob. cit., p. 545.

Hay que negar también la eficacia excluyente de la tipicidad del consentimiento cuando el engaño no se refiere del bien jurídico, sino “a la finalidad altruista que motivó la concesión del consentimiento”; por ejemplo, se hace creer a una madre que su hijo ha tenido un accidente y que necesita un trasplante de córnea para mantener su capacidad visual y la madre sacrifica uno de sus ojos por ese motivo. En estos casos, el engaño no afecta al bien jurídico, dice Roxin⁽⁸¹²⁾, o mejor dicho, al sustrato de dicho bien, pero la acción consentida no es expresión de la libertad de acción de la madre. Finalmente, y por la misma razón, habrá que negar la eficacia del consentimiento cuando el autor simula una situación de necesidad, debido a la cual la víctima erróneamente considera necesaria una renuncia al bien jurídico para evitar otros daños, ya que en semejantes casos el engaño tiene un efecto intimidatorio equivalente al producido por una amenaza.

Por lo que se refiere al error no provocado mediante engaño, hay que señalar como primera cuestión que los errores en la declaración no pueden determinar la ineficacia del consentimiento, ni siquiera cuando se traten de errores referidos al bien jurídico. A esta conclusión se llega si se acepta la postura esgrimida por la denominada “teoría intermedia” que considera que el consentimiento necesita ser manifestado y que manifestar es solo lo que resulta de una interpretación objetiva. Es decir, que el derecho solo puede considerar como voluntad del titular lo que haya expresado objetivamente y no su pensamiento interno⁽⁸¹³⁾.

Dos excepciones⁽⁸¹⁴⁾ pueden formularse a la regla anterior. Por una parte, si el autor se da cuenta del error del titular y se aprovecha de él, puede atribuírsele al autor la lesión del bien jurídico, considerándose por algunos que la invocación del consentimiento hecha por el autor constituye un abuso de derecho. En contra, Jakobs⁽⁸¹⁵⁾ fundamenta la responsabilidad a través de las reglas de la autoría mediata, de forma que la misma se determinaría, no por el hecho de que conociese el error del que consiente, sino por la “posibilidad de fundamentar

(812) *Ibíd.*, p. 548.

(813) *Ibíd.*, p. 550.

(814) LEÓN ALVA, P. Eduardo. *Ob. cit.*, p. 82.

(815) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. por Joaquín Cuello Contreras / José Luis Serrano González de Murillo, 2ª edición. *Ob. cit.*, p. 301.

su competencia preferente por haber organizado la conexión entre el derecho del consentimiento y la realización del hecho”.

Otra excepción a la regla de que los errores no suscitados por el engaño no afectan la eficacia del consentimiento vendría dada por los supuestos en los que el autor tiene del deber jurídico de eliminar las representaciones erróneas por parte del titular mediante una aclaración experta. Así ocurre en el caso del deber de aclaración que les corresponde a los médicos frente a sus pacientes. En virtud a este deber el médico está obligado a informar a sus pacientes acerca del diagnóstico, la clase y extensión de la intervención y sus posibles repercusiones. En estos supuestos, el consentimiento condicionado por error basado en un cumplimiento deficiente del deber de aclaración es ineficaz, de forma que el médico puede ser castigado por lesiones dolosas o culposas, según se haya omitido la aclaración de forma dolosa o culposa.

El sujeto pasivo debe de disponer su consentimiento de manera libre y con una perfecta conciencia en relación al alcance de su decisión⁽⁸¹⁶⁾.

4. Consentimiento presunto

El consentimiento es presunto en los casos en los que el titular del bien jurídico o, en su caso, su representante legal, no puede manifestar expresamente su consentimiento, porque está ausente o inconsciente⁽⁸¹⁷⁾, pero sería seguro que lo daría si pudiera. Este tipo de consentimiento no es expreso, pues como vemos, el titular del bien jurídico se encuentra imposibilitado de emitirlo o no es posible recabárselo. Ante estos supuestos, la acción es ejecutada por el autor bajo la presunción de que, de haber conocido el titular la situación y haber podido prestar su consentimiento, este hubiera consentido en su realización. Desde una valoración objetiva *ex ante* de todas las circunstancias, la prestación del consentimiento por parte del interesado habría tenido lugar con toda seguridad⁽⁸¹⁸⁾. Ejemplos, en el internamiento hospitalario de una persona inconsciente gravemente herida, puede llevarse a cabo una intervención inmediata sin el consentimiento del paciente por motivos sanitarios siempre que pudo aceptarse

(816) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 345.

(817) Véase VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *Código Penal comentado*. Ob. cit., p. 132.

(818) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 414.

que él mismo habría consentido de conocer tales circunstancias; en el aborto terapéutico, es suficiente el consentimiento presunto de la mujer embarazada cuando, por ejemplo, a causa de su inconsciencia aquél no puede ser recabado.

A diferencia de las circunstancias precisas de peligro y ponderación de intereses, propias al estado de necesidad, el consentimiento presunto consiste en una apreciación hipotética por cuya virtud se afirma que el titular del bien jurídico, encontrándose en la situación de hecho concreta, hubiera decidido personalmente autorizar la ejecución de la acción. Para la determinación del consentimiento presunto es necesario un juicio objetivo de parte del autor antes o en el momento de la acción (*ex ante*). El juicio objetivo se refiere al de un tercero razonable en lugar del autor⁽⁸¹⁹⁾. Antes de actuar, el tercero debe indagar sobre la voluntad de la persona que va a ser afectada. Este no es el caso cuando la voluntad ha sido expresada de manera tácita; por ejemplo, el propietario que como de costumbre, deja abierta la puerta del jardín para que, en su ausencia, el jardinero pade y riegue las plantas; este, al ingresar en esas condiciones, no realiza el tipo legal de la violación de domicilio porque aquel lo ha consentido mediante un acto concluyente⁽⁸²⁰⁾.

En los casos de consentimiento presunto se requiere que quien ejecuta la acción realice “un juicio hipotético acerca de lo que el titular del bien jurídico hubiera hecho si poseyese un conocimiento adecuado de la situación”⁽⁸²¹⁾. Lo decisivo para la eficacia eximente del consentimiento presunto es la probabilidad *ex ante* de que el titular consentiría. Incluso, no dejará de eximir aunque luego (*ex post*) resulte que, contra todo pronóstico, el titular del bien jurídico no aprueba tal intervención. Es decir, si, en las circunstancias mencionadas, el titular del bien jurídico manifiesta, con posterioridad a la realización del hecho, su consentimiento y, contra todo pronóstico, no aprueba la conducta realizada por el agente, no por ello deja este de estar exento de responsabilidad penal.

(819) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 134.

(820) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Ob. cit., p. 508.

(821) COBO DEL ROSAL, Manuel. / VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 458.

Mezger⁽⁸²²⁾ señala que el consentimiento presunto no se trata de una presunción en el sentido de la admisión subjetiva de un consentimiento, como su denominación podría hacer suponer, sino de una “presunción” objetiva; es decir, de la comprobación judicial de que el lesionado habría consentido en la acción si hubiera conocido exactamente la situación de hecho. Por eso hemos dicho, que el consentimiento presunto, es el que se juzga que el interesado habría dado y no el que se supone; esto último constituiría una “presunción”, que en última instancia, el interesado podría rectificar, lo que resulta inadmisibles, tanto en el ámbito de la tipicidad como en el de la antijuricidad. Es el juzgador quien debe decidir si se dan las circunstancias del consentimiento presunto, del mismo modo que lo hace al apreciar la concurrencia de los elementos de una figura penal o de una causa de justificación. El consentimiento presunto es de aplicación diaria, para sobre todo completar el legítimo ejercicio de un derecho en la práctica de la medicina. Ejemplo, un herido encontrado en la vía pública sin conocimiento, es llevado a un hospital e intervenido quirúrgicamente. Esas intervenciones se realizan teniendo por dado el consentimiento del interesado, aunque en la práctica ni se piensa en ello, se le tiene por un hecho lógico; por lo demás, el médico está facultado por la ley para obrar en estos casos bajo su exclusiva responsabilidad

El autor puede llevar a cabo la intervención en la esfera jurídica ajena si ha examinado detenidamente las circunstancias. Si **no** ha realizado tal examen conforme a su deber y la intervención contradice la verdadera voluntad del afectado, el hecho resulta ser finalmente antijurídico. La acción de quien interviene entonces resulta justificada por el consentimiento presunto, solo en la medida que su acto se oriente en el sentido probable de la voluntad que el titular del bien jurídico hubiera manifestado en la situación concreta.

No debe adoptarse una actitud paternalista al determinar la presumible voluntad del individuo concernido. No se trata de precisar que es lo mejor para él, sino que es lo que hubiera querido, aun cuando fuera algo no razonable, pues el consentimiento es eficaz aun cuando la autorización dada por el titular del bien jurídico pueda ser considerada

(822) Citado por FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 251.

como incorrecta o insensata; como por ejemplo, dejarse amputar el dedo meñique para defraudar al seguro.

La opinión dominante se muestra partidaria de considerar al consentimiento presunto como causa de justificación y niega la posibilidad de considerarlo, como ocurre con el consentimiento expreso, como causa de atipicidad por dos razones fundamentales⁽⁸²³⁾: En primer lugar, se dice que la conformidad excluyente de la tipicidad debe ser real y no presunta; y, en segundo lugar, se señala que si el consentimiento presunto constituye una causa de atipicidad, debería excluir necesariamente la posibilidad de lesión del bien jurídico, exclusión que no se garantiza en estos supuestos en donde, por el contrario, subsiste la posibilidad de lesión.

Entre los partidarios de tratar el problema en el ámbito de la justificación aparecen, a su vez, dos corrientes principales⁽⁸²⁴⁾: para una parte de la doctrina, el problema se puede encausar a través del estado de necesidad, para otros, como una causa de justificación autónoma.

Respecto a la posibilidad de acudir al estado de necesidad, ha señalado Bacigalupo⁽⁸²⁵⁾ que ello plantea problemas de difícil solución, porque dicha circunstancia exige una situación de verdadera necesidad, exige que el conflicto requiera necesariamente el sacrificio de uno de los bienes para salvaguardar el otro y, además, que el autor haya sido ajeno a la creación del conflicto, requisitos ambos que no son de necesario cumplimiento en el consentimiento presunto.

Sin embargo, la posición dominante considera que el consentimiento presunto en el caso de bienes jurídicos no disponibles (ejemplo, la vida) podrá solucionarse por la vía del estado de necesidad justificante⁽⁸²⁶⁾.

En la actualidad, la doctrina penal se inclina por considerar al consentimiento presunto como una causa de justificación autónoma, cuyo

(823) LEÓN ALVA, P. Eduardo. Ob. cit., p. 83.

(824) Ídem.

(825) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal española" En: *Justificación y exculpación en el Derecho Penal*. A. Eser, E. Guimbernat y W. Perrón editores, Madrid, 1995, p. 123.

(826) RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. Ob. cit., p. 829.

fundamento se encontraría en el riesgo permitido, tanto si la conducta se realiza en interés del propio titular o de un tercero⁽⁸²⁷⁾.

La eficacia justificante del consentimiento presunto descansa sobre una combinación de tres puntos de vista según Jescheck y Weigend⁽⁸²⁸⁾: En primer lugar, debe tener lugar una ponderación de intereses en el sentido del ofendido, en segundo lugar, debe ser realizada una presunción objetiva acerca de cual habría sido la resolución más probable de haber conocido aquella situación y, finalmente, hay que recurrir a la idea del riesgo permitido, de lo que se deriva sobre todo el deber de realizar un examen minucioso. Los dos primeros criterios muestran una relación recíproca. El hecho también está justificado cuando posteriormente la presunción ha resultado ser equivocada a pesar de un examen cuidadoso de carácter objetivo; en este caso la justificación de la intervención descansa sobre la idea del riesgo permitido. Si, a pesar de haberse realizado el examen en las condiciones requeridas, la resolución adoptada yerra sobre la voluntad verdadera del titular, la causa de justificación operará igualmente. La omisión del citado examen o la realización de este de forma no concienzuda, impide la aplicación de la causa de justificación.

En el consentimiento presunto deben cumplirse los mismos requisitos que fueron exigidos para la eficacia del consentimiento real, salvo los relativos a la exteriorización del consentimiento, que son sustituidos en el consentimiento presunto por los exigidos al juicio de probabilidad sobre la voluntad real del afectado. La presunción tiene que referirse al momento del hecho, siendo irrelevante la esperanza de una aprobación posterior. Además, el portador del bien jurídico cuyo consentimiento debe justificar el hecho debe poseer la capacidad general de raciocinio y juicio que habría sido necesaria para valorar correctamente el significado de la intervención; de lo contrario hay que acudir a la voluntad presunta del representante legal⁽⁸²⁹⁾.

Hay que distinguir dos grupos de casos en los que se plantea el consentimiento presunto⁽⁸³⁰⁾:

(827) LEÓN ALVA, P. Eduardo. Ob. cit., p. 83.

(828) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit., pp. 415-416.

(829) *Ibidem*, p. 417.

(830) *Ibidem*, p. 415.

- A. **Colisiones internas de bienes e intereses** en la esfera vital del lesionado, que tengan que resolverse a través de una intervención desde fuera, porque no pueda tomarse a tiempo la decisión propia. Este supuesto se aproxima al estado de necesidad justificante (en su modalidad de auxilio necesario), dado que también aquí debe ponderarse si un interés supera esencialmente al otro. La diferencia con la figura jurídica mencionada radica en que los intereses implicados corresponden a una misma persona, y la elección respecto a consentir ha de hacerse por un tercero, aunque le hubiese correspondido al titular hacerla, y en que la presumible voluntad del titular del bien jurídico resulta siempre decisiva. Ejemplos: El médico lleva a cabo una amputación inaplazable que salva la vida a un paciente en estado inconsciente internado con graves heridas; la esposa abre una carta enviada a su marido ausente durante mucho tiempo para evitar que expire un plazo importante; alguien se introduce en la casa de un vecino que se encuentra de viaje para impermeabilizar una tubería defectuosa.
- B. Supuestos en donde se requiera del afectado la **renuncia de intereses propios en beneficio del autor o de un tercero**. La presunción de que el titular está de acuerdo descansa en su escaso interés respecto a la conservación del bien correspondiente, o en razones especiales concernientes a la persona del implicado. El afectado renuncia a sus propios intereses en beneficio del autor o de un tercero. Ejemplos, unos niños recogen fruta caída de un árbol en un año de exceso de producción; alguien utiliza la bicicleta de un amigo para no perder el autobús que está por partir; la empleada del hogar que regala a un mendigo el traje desgastado del dueño de la casa.

En la primera hipótesis se actúa en interés del presunto consentiente⁽⁸³¹⁾; en la segunda, nos referimos a los casos en los que quien presume el consentimiento actúa en interés propio.

En los casos de actuación en interés propio, dado que el titular del bien jurídico solo puede ser perjudicado y sin compensación alguna, el consentimiento presunto no debe ser admitido salvo que se den las circunstancias determinantes para tener la convicción de que la víctima

(831) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. Ob. cit., p. 506.

hubiera consentido en el caso concreto. El acto cometido es en consecuencia ilícito, salvo que se trate de un estado de necesidad⁽⁸³²⁾.

Cuando se actúa en interés ajeno, en la medida en que no se trata de ponderar de manera objetiva intereses en conflicto, no es posible considerarlo como estado de necesidad.

5. Consentimiento en los delitos imprudentes

El consentimiento como causa de exención de penalidad es aplicable no solo a los delitos dolosos sino también a los delitos culposos. La libertad de disposición no solo se reconoce frente a acciones dolosas de terceros sino también, por supuesto, frente a acciones peligrosas, y esto porque la autonomía del titular forma parte del propio concepto de bien jurídico: consintiendo el titular de la conducta, en este caso, en la puesta en peligro imprudente, falla cualquier afectación punible al bien jurídico protegido. Ahora bien, es necesario que el que consienta posea un conocimiento cierto del riesgo de producirse el resultado lesivo que genera la acción imprudente que consiente⁽⁸³³⁾.

La estructura de los delitos culposos está basado en la presencia de dos elementos: el resultado lesivo y la violación de la norma de cuidado (acción generadora del riesgo). Por lo tanto, se presenta un problema vinculado a si el consentimiento alcanza a la conducta descuidada, a la producción del resultado o a ambas a la vez. Compartiendo el criterio de Mir Puig⁽⁸³⁴⁾ es suficiente que el consentimiento se refiera a la conducta descuidada.

Sin embargo, el objeto del consentimiento no es solamente la acción del autor, sino también el resultado, pues este es una parte esencial del tipo. El que el consentimiento se tenga que referir al resultado es bastante evidente en los delitos dolosos. Por el contrario, en los delitos culposos es discutible si es que no podría haber un consentimiento en acciones y riesgos, sin consentir simultáneamente en el resultado. Pero aquí también puede referirse un consentimiento solamente al resultado que constituye el tipo⁽⁸³⁵⁾.

(832) Ídem.

(833) LEÓN ALVA, P. Eduardo. Ob. cit., p. 84.

(834) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición. Ob. cit., p. 524.

(835) ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Ob. cit., p. 293.

Capítulo XI

EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER CASTRENSE O POLICIAL (Artículo 20.11 del Código Penal)

Capítulo XI

El cumplimiento del deber castrense o policial (artículo 20.11 del Código Penal)

I. EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER CASTRENSE O POLICIAL

En un Estado Constitucional de Derecho es deber del sistema jurídico-político preservar la seguridad de sus ciudadanos y garantizar el orden público, asignándose a los miembros de la Policía Nacional del Perú la función de ser actores preventivos y encargados de sofocar todo viso de conflictividad social.

El legislador, en el año 2007, mediante Decreto Legislativo N° 982⁽⁸³⁶⁾, decidió incorporar expresamente al catálogo del artículo 20 del Código Penal el cumplimiento de deber castrense o policial, presentándolo como una eximente de responsabilidad penal, en el marco de una delegación de facultades al Poder Ejecutivo, a fin de que legislara para “establecer una estrategia integral dirigida a combatir con mayor eficacia al crimen organizado en general y en especial los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, trata de personas, así como pandillaje pernicioso”. El artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982 adiciona el inciso 11 al artículo 20 del Código Penal, regulándose que está exento de responsabilidad penal: “11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte”.

(836) Publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, el 22 de julio de 2007, a través del cual se modificaron los artículos 2, 20, 46-A, 57, 102 y 105 del Libro Primero (Parte general) del Código Penal.

Si bien el Derecho Penal no puede ser el principal medio para combatir la criminalidad en nuestro país, el Decreto Legislativo N° 982 se constituyó en un recurso, dentro de una estrategia global del Estado, para la reducción de la criminalidad. Facultándose a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, mediante el mencionado dispositivo legal, al uso de sus armas para repeler agresiones ilegítimas contra los intereses jurídicos de los pobladores, para disuadir focos de violencia y para detraer toda expresión de delictuosidad. Solo en casos extremos, de indudable emergencia y necesidad, se justificaba que los agentes del orden disparesen a matar o lesionen gravemente a quienes perpetren un delito, esto es, solo cuando no queda otra opción y exista un peligro latente para la vida, el cuerpo o la salud propia o de otra persona⁽⁸³⁷⁾.

El mencionado precepto legal fue modificado mediante la Ley N° 30151, publicada el 13 de enero de 2014, y que en la actualidad se encuentra vigente, de la siguiente manera: “11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte”.

Esta eximente, al momento de su publicación, suscitó una gran preocupación entre la población y en los medios de comunicación, al suponer la automática exoneración de responsabilidad penal para los policías y militares que, en ejercicio de sus funciones, causen lesiones o muerte. Se ha señalado incluso que estaríamos frente a una “carta blanca”, en virtud de la cual los mencionados efectivos del orden no podrían ser investigados en el supuesto que la norma prevé⁽⁸³⁸⁾.

1. Naturaleza jurídica

Al redactar la sumilla, tanto del texto original del 2007, como del texto incorporado mediante Ley N° 30151, el legislador incurre

(837) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. “El uso de la fuerza pública por parte de los custodios del orden. A propósito de la modificación del artículo 20 inciso 8 del CP”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 58. Gaceta Jurídica, Lima, abril, 2014, p. 65.

(838) Véase HERRERA GUERRERO, Mercedes. “¿Licencia para matar? Análisis de la modificación al artículo 20 inciso 11 del Código Penal que exonera de responsabilidad penal a policías y militares que causen lesiones o muerte en cumplimiento de sus funciones”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 57. Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2014, p. 72.

en error al denominar a esta causal como una de inimputabilidad⁽⁸³⁹⁾, pues esto significaría afirmar que los policías o militares carecen de motivación normativa cuando actúan en cumplimiento de su deber.

El Tribunal Constitucional⁽⁸⁴⁰⁾ se decanta por considerar al cumplimiento del deber castrense o policial como una causa de irreprochabilidad (ausencia de culpabilidad), pudiéndose exponer los siguientes cuestionamientos a esta posición⁽⁸⁴¹⁾: la exigibilidad de una conducta varía en relación a las condiciones o conocimientos que tenga la persona a quien se le imputa el injusto penal (esta será mayor cuando se trata de militares o policías por sus entrenamientos y adiestramientos); como vemos, su nivel de exigencia de motivación es más elevado que el de una persona promedio y el cumplimiento de un deber es, en su caso, exigibilidad de actuación. Afirmar que se trataría de una causa de exculpación que elimina la imputación personal da lugar a que solo esta sea aplicada por un juez penal y no por un fiscal en la etapa de investigación preliminar.

La verdadera naturaleza del artículo 20.11 del Código Penal es la de una causa de atipicidad objetiva (ausencia de imputación objetiva). Por lo que, la actuación en el marco del cumplimiento del deber es un elemento normativo que está en relación directa con la creación de un riesgo permitido o con el hecho de que la lesión que se causa al bien jurídico está fuera del ámbito de protección de la norma penal⁽⁸⁴²⁾. Es importante indicar que la figura en comentario es muy semejante al cumplimiento del deber genérico regulado por el artículo 20.8 del Código Penal. De acuerdo a lo mencionado, se puede indicar que no existía necesidad alguna para que el legislador incorpore esta eximente en nuestro Código Penal.

La eximente, regulada por el artículo 20.11 del Código Penal no puede ser considerada como causa de justificación, ya que su

(839) Aunque en relación con la anterior redacción del artículo 20 inciso 11 (es decir, conforme al artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982) también critican que el legislador considere a esta causal como una de inimputabilidad: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. "Objeciones a la legitimación del inciso 11 del artículo 20 del Código Penal, a propósito de la STC Exp. N° 00012-208-PI/TC". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 14, Gaceta Jurídica, Lima, agosto, 2010, pp. 23-31; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 608.

(840) En la STC recaída en el Exp. N° 00012-2008-PI/TC, de fecha 14 de julio de 2010.

(841) BARRENECHEA A., Hernán. "El cumplimiento del deber castrense o policial". En: *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 144, setiembre, 2010, Gaceta Jurídica, Lima, p. 213.

(842) Ídem.

fundamento no radica en la solución social de los conflictos⁽⁸⁴³⁾ mediante la prevalencia de un interés frente a otro (interés preponderante); verbigracia, los actos violentos que, en ejercicio de sus funciones, efectúen los miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, no pueden considerarse como actos de legítima defensa, conforme a los alcances del artículo 20.3 del Código Penal, ya que a aquellos el ordenamiento jurídico no les exige cumplir los requisitos propios de esta institución; por ejemplo, la agresión ilegítima para actuar en defensa de bienes propios o de terceros, cuando los otros medios no hayan sido disuasivos y se vea en peligro la vida del policía o de otras personas. En el campo de acción del oficio de policía o militar, el uso de las armas puede ser necesario en un determinado caso debido a la peligrosidad de la situación, sin que medie agresión previa⁽⁸⁴⁴⁾. El cumplimiento de un deber no es una causa de exclusión del injusto basado en una ponderación de intereses jurídicos, ni esta genera un real conflicto de intereses, dado que el deber jurídico es una conminación y no una valoración personal.

2. Requisitos

Los requisitos para la configuración del artículo 20.11 del Código Penal, exclusión de tipicidad objetiva, son los siguientes⁽⁸⁴⁵⁾:

2.1. Que se encuentre en peligro la vida o salud de militar, policía o de un tercero

En el supuesto del artículo 20.11 del Código Penal es suficiente que el policía o militar actúe bajo el conocimiento de que su conducta se ajusta a Derecho, porque actúa en cumplimiento de sus funciones y lo hace bajo los alcances del principio de proporcionalidad, siendo el uso de la violencia –que causa lesiones o muerte– necesario. Será irrelevante jurídico-penalmente que el autor tenga un ánimo distinto; por ejemplo, que además esté presente un elemento volitivo especial, un *animus*, es decir, que quiera también causar lesiones a esa persona⁽⁸⁴⁶⁾.

(843) ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema de Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1972, p. 25.

(844) HERRERA GUERRERO, Mercedes. Ob. cit., p. 74.

(845) BARRENECHEA A., Hernán. Ob. cit., p. 214.

(846) Véase HERRERA GUERRERO, Mercedes. Ob. cit., p. 76.

La eximente de cumplimiento de un deber no está formulada para amparar la defensa de las personas de la autoridad o sus agentes, sino para garantizar la defensa del derecho y de los intereses ajenos por los que debe velar la fuerza pública⁽⁸⁴⁷⁾.

2.2. Que actúe en cumplimiento de un deber

Estos actos se deberán ejecutar en ocasión del cumplimiento de sus funciones y conforme a las normas vigentes aplicables. Es un error suponer que en todos los casos donde ocurra una muerte o lesión debido al uso de las armas por parte de la policía, siempre hay, indefectiblemente, un caso de cumplimiento de un deber. Ello solo sucederá cuando la ley o un acto administrativo genérico, como puede ser, por ejemplo, un reglamento de la policía, autorice expresamente la resistencia armada y la posibilidad de causar la lesión o la muerte⁽⁸⁴⁸⁾.

Según el principio de unidad del ordenamiento jurídico, el legislador no puede considerar como comportamientos típicos tanto el cumplimiento de un deber como su incumplimiento (el Código Penal prevé en su artículo 377 el delito de incumplimiento de deberes⁽⁸⁴⁹⁾). La valoración normativa es unitaria y no contradictoria, debido a lo cual solo existe una contradicción normativa aparente entre cumplir e incumplir con el deber jurídico, pues lo relevante socialmente es que el funcionario público no defraude una expectativa normativa (deber especial).

En toda sociedad organizada normativamente el cumplimiento del deber es el interés superior que permite el funcionamiento o el mantenimiento del sistema social y es la base concreta de toda forma de imputación penal. Esto significa, que el legislador penal por medio del artículo 20.8 del Código Penal permite que la legalidad sea la regla y no una excepción. El cumplimiento de la legalidad está establecido de manera genérica y abstracta sin que su validez dependa de la voluntad o discrecionalidad del obligado. Esto supone diferenciar al

(847) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, 2001, p. 485.

(848) Véase Bayardo Bengoa citado por CAIROLI MARTÍNEZ, Milton. "El artículo 77 de la Ley N° 17.243. ¿Una nueva causa de justificación en el Código Penal uruguayo? En: *Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs*. Guillermo Jorge Yacobucci (Dir.). Ara editores, Lima, 2005, p. 835.

(849) Artículo 377 del Código Penal.- El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa, o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.

cumplimiento del deber del ejercicio del derecho. En el ejercicio de un derecho se trata de una situación potestativa, mientras que el cumplimiento de un deber es compulsivo; en el ejercicio de un derecho el sujeto puede ejecutar o no la acción y en ambos casos actúa lícitamente, mientras que en el cumplimiento de un deber el titular está necesariamente obligado a actuar porque si no lo hace (lo omite) su comportamiento será delictivo⁽⁸⁵⁰⁾.

El cumplimiento del deber proviene del ordenamiento jurídico y alcanza a cualquier autoridad pública que en el marco de su deber puede afectar un bien jurídico (*numerus apertus*). Esto no sucede con el cumplimiento del deber castrense o policial, pues el legislador lo ha establecido de manera específica, toda vez que los beneficiados son sujetos cualificados (militares y policías) y los bienes que estos pueden afectar están expresamente restringidos: vida o salud (*numerus clausus*). Esto exige que el artículo 20.11 del Código Penal deba interpretarse de acuerdo a los límites constitucionales establecidos y a los principios de un Derecho Penal garantista; es decir, esta norma penal operará cuando la actuación del militar o policía esté limitada por el principio de proporcionalidad (exigencia constitucional) y por el principio de menor lesividad posible (exigencia del Derecho Penal garantista). En caso contrario, los agentes públicos responderán penalmente al menos genéricamente por el delito de abuso de autoridad (artículo 376 del Código Penal⁽⁸⁵¹⁾) y específicamente por homicidio o lesiones.

La necesidad del cumplimiento del deber castrense o policial responde al porqué de la actuación de estos agentes lesionando bienes jurídicos como la vida o salud. El horizonte normativo de la necesidad de la actuación queda representada con una llamada a la satisfacción de la demanda de seguridad, la cual se produce cuando se presenta una quiebra real de la paz interna o externa (militares) o de la seguridad ciudadana (policía)⁽⁸⁵²⁾.

(850) BARRENECHEA A., Hernán. Ob. cit., p. 213.

(851) Artículo 376 del Código Penal.- El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

(852) Ídem.

El cumplimiento de un deber o ejercicio de un oficio o cargo supone el despliegue de una conducta amparada por el ordenamiento jurídico. Es preciso, por tanto, tener claro que esta causa de justificación solo se configura si el cumplimiento de un deber o el ejercicio del derecho se han realizado dentro de los límites legales y conforme a derecho. Ello implica atender a las ramas del ordenamiento jurídico que regulan ese deber o derecho concreto (normas administrativas, laborales, reglamentos que establecen las atribuciones de policías, etc.)⁽⁸⁵³⁾.

En este orden de ideas, la eximente regulada en el artículo 20.11 –incluso, en su redacción actual– solo se configurará cuando se pruebe que el militar o policía utilizó su arma en cumplimiento de sus deberes y dentro de los márgenes legales.

2.3. Que utilice sus armas u otro medio de defensa

Para que esa acción se justifique es necesario que exista una competencia objetiva y espacial y que se cumplan las formalidades esenciales. De no ser así, el funcionario deberá decidir sobre su discrecionalidad respecto a la concurrencia de los presupuestos fácticos de su intervención, lo que puede resultar muy confuso, sobre todo en cuanto a la urgencia y a la proporcionalidad de aquella⁽⁸⁵⁴⁾.

La medida básica en esta importante cuestión del uso de armas por parte de los funcionarios encargados de la custodia, es la que ellas serán en todo caso justificadas, adecuadas y limitadas por la equidad y la oportunidad⁽⁸⁵⁵⁾.

Se pretenden ampliar significativamente los medios que pueden emplear los agentes policiales para ejercer su labor pública frente al crimen, esto es, ya no es necesario que utilice su arma “reglamentaria”, sino que puede emplear cualquier arma o medio en general. Esto quiere decir que la normativa pretende desvincularse del arma reglamentaria, que es la que la propia institución (policial o castrense) le otorga al

(853) Sobre este requisito véase MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Ob. cit., p. 89 y ss.

(854) Véase JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 2ª edición. Ob. cit., p. 548.

(855) Cfr. LANGÓN CUNARRO, Miguel. “Uso de armas por parte de funcionarios policiales”. En: *Revista Inudep VIII N° 11*, p. 137 y ss; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, T. II, Madrid, 1999, p. 303: “(...) la intervención de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad ha de ser (...) necesaria, congruente, oportuna y proporcional”.

custodio del orden, para comprender la actuación con cualquier arma con la que este pueda contar, sin interesar su procedencia⁽⁸⁵⁶⁾.

2.4. Que afecte la vida o salud del agresor

Para determinar la adecuación al ordenamiento de la conducta de los policías o militares que causen lesiones o muerte, es preciso acudir a las normas que regulan las funciones y actuación de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas. Así, por ejemplo, el Reglamento de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú (D.S. N° 008-2000-IN) en su artículo 11.3 dispone que son facultades de la Policía Nacional, a través del personal policial: “poseer, portar y usar armas de fuego de conformidad a la Constitución y normatividad legal vigente. El empleo de las armas de fuego se hará en forma racional y constituye una medida extrema en el desempeño de sus funciones, debiendo utilizarse solo cuando los otros medios disuasivos no hayan sido suficientes y se vea en peligro su vida o la de las otras personas. Su empleo se sujetará al respeto irrestricto de los derechos humanos”.

No podría configurarse esta institución cuando para la captura de quien huye ante la intervención de la autoridad, se le dispara y causa la muerte. La razón no es solo que el policía se haya excedido en el cumplimiento de su deber sino también que en ningún momento se haya puesto en peligro su vida o la de un tercero.

3. La proporcionalidad en el uso de armas u otro medio de defensa

El principio de proporcionalidad como presupuesto material permite que el cumplimiento del deber especial presuponga que el policía o militar en el marco de su deber solo puede causar la muerte o lesión a la víctima cuando se encuentre en peligro *ex ante* su propia vida o salud o la de un tercero y no cualquier otro bien jurídico. El principio de menor lesividad comprende que el militar o policía debe afectar en caso extremo, primero la salud y solo luego la vida del agresor⁽⁸⁵⁷⁾.

(856) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. “El uso de la fuerza pública por parte de los custodios del orden. A propósito de la modificación del artículo 20 inciso 8 del CP”. Ob. cit., p. 66.

(857) BARRENECHEA A., Hernán. Ob. cit., p. 214.

En la eximente en comentario se aplican dos principios, el de “proporcionalidad”⁽⁸⁵⁸⁾ y el de “prohibición de exceso”⁽⁸⁵⁹⁾. La medida ha de ser, por lo tanto, la adecuada para lograr el objetivo constitucionalmente perseguido (la protección de un bien jurídico superior), siempre que sea el más idóneo y sobre todo el menos lesivo al derecho fundamental comprometido con la injerencia estatal⁽⁸⁶⁰⁾.

Cuando se trata del uso de la violencia por parte de la autoridad o de sus agentes, que puede provocar lesiones o muerte, se establecen fundamentalmente dos límites:

- a) La necesidad racional de la violencia; y,
- b) Su adecuación proporcional al hecho.

No se exige una agresión ilegítima para justificar el uso de la violencia por parte de la autoridad. Lo más importante es que el recurso de la violencia haya sido necesario desde un punto de vista racional para restablecer el orden jurídico perturbado. Si la violencia es innecesaria o desproporcionada con relación al hecho que la motivó, no estará justificada y el policía o militar deberá responder penalmente por su conducta⁽⁸⁶¹⁾. La importancia del bien jurídico en juego (vida) justifica que se exija la más estricta prudencia en la aplicación de esta eximente.

La **proporcionalidad** por sí sola no significa que se actúa dentro del derecho, porque en realidad el ámbito de aplicación de ella es bastante ilimitado y la sujeción es difusa, al decir de Jakobs⁽⁸⁶²⁾. Esto

(858) A decir de Bacigalupo, el principio de proporcionalidad tiene trascendencia en la medida que el Derecho Penal constituye una limitación de derechos fundamentales; entre las condiciones bajo las cuales es legítima la limitación de un derecho fundamental se encuentra también la proporcionalidad que debe existir entre la limitación y la importancia del derecho afectado (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal y Estado de Derecho*. Editora Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 103).

(859) Como explica holgadamente Londoño Ayala, la idoneidad de la prohibición de exceso se cimenta como juicio de valor constitucional en tanto se detecta que la medida adoptada es ecuaníme en cuando que racionaliza el ejercicio de los bienes jurídicos constitucionales involucrados directa o indirectamente con la decisión del Derecho, de manera que evita que produzcan efectos en el sistema jurídico medidas que anulen, reduzcan o deformen la funcionalidad de los derechos fundamentales (LONDOÑO AYALA, César A. *Principios de proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal*. Nueva Jurídica, Bogotá, 2009, p. 453).

(860) Londoño Ayala señala la necesidad de vincular al operador jurídico para que en sus decisiones alcance el justo equilibrio entre los intereses jurídicos en conflicto, lo cual se logrará a través de la aplicación de la proporcionalidad como técnica que define el balance de la relación costo-beneficio (ídem).

(861) Véase MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Ob. cit., p. 90.

(862) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 2ª edición. Ob. cit., p. 548.

es cierto en la medida en que la discrecionalidad del actuante es amplia y la urgencia que subjetivamente puede entender que se da en el hecho concreto puede hacer que lo haga dejar de lado la proporción y la urgencia. La “discrecionalidad” mal aplicada puede pulverizar el concepto de proporcionalidad que este tipo de actuaciones debe tener⁽⁸⁶³⁾. Bettiol enseña que “(...) el uso de las armas debe presentarse como recurso extremo para superar una situación o vencer un obstáculo que se opone a la actuación de la voluntad del Estado. Cuando esto sea posible sin recurrir al empleo de las armas, la autoridad debe escoger el medio menos grave (...) en caso contrario estamos en el terreno del exceso (...)”⁽⁸⁶⁴⁾.

Solo debe admitirse esta eximente cuando la intervención sea absolutamente necesaria, lo que es lo mismo que decir que de entre todas las medidas apropiadas, se escoge a la menos drástica⁽⁸⁶⁵⁾. Se precisa de necesidad y proporción en los actos del funcionario actuante y el medio violento no solo debe ser necesario sino también único⁽⁸⁶⁶⁾. El empleo de la fuerza y de las armas por parte de agentes policiales solo puede ser legítimo cuando la necesidad lo exija para el cumplimiento del deber y los funcionarios se encuentren frente a un caso extremo que no pueda ser resuelto de otro modo, por lo que no tengan otro medio de cumplir su misión⁽⁸⁶⁷⁾. Del mismo modo lo resolvió la Asamblea General de las Naciones Unidas, que estableció que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley nunca deberán emplear más fuerza que la necesaria para el desempeño de sus tareas⁽⁸⁶⁸⁾.

4. Críticas al cumplimiento del deber castrense y militar

Las críticas a esta eximente de responsabilidad penal se orientaron a cuestionar su naturaleza jurídica y su reiteración legislativa. En cuanto a lo primero, se cree que el cumplimiento del deber policial o castrense es una causa de atipicidad objetiva (ausencia de imputación objetiva) y no, como erróneamente señala el legislador, una causa de

(863) Véase CAIROLI MARTÍNEZ, Milton. Ob. cit., pp. 832-833.

(864) Bettio citado por Cairoli Martínez. *Ibidem*, p. 839.

(865) Véase JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 2ª edición. Ob. cit., p. 833.

(866) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. T. IV. Ob. cit., pp. 510 y ss.

(867) Cuello Calón citado por CAIROLI MARTÍNEZ, Milton. Ob. cit., p. 838.

(868) Resolución 3453, artículo 3.

inimputabilidad que excluiría la culpabilidad del autor. Respecto a lo segundo, se indica que la incorporación de esta eximente era innecesaria, pues para el caso de los policías y militares bastaba con la aplicación de la eximente general del cumplimiento del deber o cargo previsto en el artículo 20 inciso 8⁽⁸⁶⁹⁾, subsumiéndose perfectamente en la descrita por esta norma: “El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”⁽⁸⁷⁰⁾.

Peña Cabrera Freyre señala dos consideraciones a ser tomadas en cuenta respecto a la eximente de obrar en cumplimiento de un deber castrense y militar: *Primera*, el mercado negro de armas de fuego se vería fomentado en vez de ser combatido mediante su lucha frontal. *Segunda*, se ha constatado que algunas organizaciones delictivas del país están compuestas por efectivos policiales, aspecto que debe ser tomado en cuenta para impedir que estos sujetos se escuden en la norma para cubrir de licitud sus actuaciones antijurídicas⁽⁸⁷¹⁾. El mismo autor señala que en un contexto social agitado, en el que los conflictos sociales mueven a los ciudadanos a integrar protestas masivas, estos pueden ser víctimas de represiones indiscriminadas de la Policía, fuera de todo margen de razonabilidad y proporcionalidad. Como lo ha alertado la Defensoría del Pueblo con respecto a la reforma normativa, dicho cambio “pone en riesgo la vida de cualquier persona, al permitirse el uso de armas, desconectándose el reglamento y manuales de protección de los derechos fundamentales”⁽⁸⁷²⁾.

Se critica a la eximente en el comentario en el sentido de que la justificación de la actuación típica solo podía basarse en la naturaleza de la función encomendada y no en la valoración del sujeto culpable. Su incorporación no solo era dogmáticamente innecesaria, sino también político-criminalmente incompatible con los valores asentados en un orden democrático de Derecho.

(869) Véase VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana”. En: *Derecho PUCP*. Revista de la Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p. 276; ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Opinión sobre Proyecto de Ley N° 3552/2009-PE*, p. 4; GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 608.

(870) También el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0012-2008-PI/TC del 14 de julio de 2010. Fundamento jurídico 12, manifestó que existe un error en la técnica legislativa, ya que este inciso se subsume en la causal prevista en el inciso 8 del mismo artículo.

(871) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Ob. cit., pp. 66-67.

(872) *Ibidem*, p. 67.

En relación con la modificación de la norma antes mencionada, el Instituto de Defensa Legal ha redactado un informe en el que se afirma que la eliminación de la frase “uso de sus armas en forma reglamentaria” y la ampliación de las armas susceptibles de ser utilizadas con la frase “uso de armas u otro medio de defensa”, darían carta libre a los efectivos policiales y militares para hacer uso de la fuerza de modo arbitrario, lesionando bienes jurídicos tan valiosos como la vida o la salud de quien presuntamente ha cometido un delito. Se trataría, entonces, según los autores de este documento, de una licencia para matar⁽⁸⁷³⁾.

Las armas de fuego que deben usar los agentes policiales deben ser las estrictamente “reglamentarias”; esa es la única forma de evitar que se produzcan hechos ilícitos de represión policiaca, que tengan como saldo la muerte o lesión de ciudadanos inocentes.

5. El Tribunal Constitucional y el cumplimiento de deber castrense o policial (STC N° 0012-2008-PI/TC)

En la sentencia recaída en el Expediente N° 0012-2008-PI/TC del 14 de julio de 2010, el Tribunal Constitucional se pronunció –entre otras cosas– sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 20.11 del Código Penal, introducido por el Decreto Legislativo N° 982, y estableció claramente que a través de esta norma no se creó un marco legal que permita la impunidad de toda actuación de los efectivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional⁽⁸⁷⁴⁾.

El Tribunal Constitucional dejó sentado que la norma en cuestión no tiene como finalidad impedir que se investigue a los policías y militares por delitos comunes o por actos de grave violación de derechos humanos. A este tenor, señala:

“Esta legislación entonces no puede ser entendida como que está dirigida a impedir la investigación y procesamiento de malos policías o militares que delinquen –según se trate de la comisión de delitos de función, comunes o de grave violación de derechos humanos–; por ello, cuando a dichos servidores públicos se les impute la comisión de un ilícito, deben ser denunciados, investigados caso por caso, y si corresponde procesarlos dentro de un

(873) HERRERA GUERRERO, Mercedes. Ob. cit., p. 72.

(874) Véase fundamento jurídico 17.

plazo razonable, con todas las garantías que la Constitución ofrece, no solo ellos, sino cualquier persona que se encuentre en similares circunstancias. Dentro del proceso penal, con todas las garantías constitucionales, corresponderá al juez competente evaluar, tanto si concurren circunstancias agravantes o eximentes de responsabilidad, y corresponderá a dicho funcionario, a través de una sentencia motivada, imponer las sanciones previstas o expresar las razones por las que ello, en determinados supuestos, no corresponde, esto es, y en lo que importa al dispositivo impugnado, si la actuación de los efectivos de ambas instituciones ha sido en cumplimiento de su deber y además si sus armas han sido usadas de manera reglamentaria”⁽⁸⁷⁵⁾.

(875) Fundamento jurídico 18.

Bibliografía

- **ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA.** *Serie de Jurisprudencia 3*, Academia de la Magistratura, Lima, 2000.
- **ALONSO ÁLAMO, Mercedes.** “La *actio libera in causa*” en Anuario de Derecho Penal, 1989.
- **ARIAS EIBE, Manuel J.** *Responsabilidad criminal: circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* J.M. Bosch, Barcelona, 2008.
- **ARMAZA GALDÓS, Julio.** *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito.* Adrus, Arequipa, 2004.
- **BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.** *Derecho Penal. Parte general.* Ara, Lima, 2004.
- **BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.** “El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal española” En: *Justificación y exculpación en el Derecho Penal.* A. Eser, E. Guimbernat y W. Perrón eds., Madrid, 1995.
- **BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.** *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Temis, Santa Fé de Bogotá, 1996.
- **BARLETTA VILLARÁN, María Consuelo.** “La responsabilidad penal de los adolescentes en conflicto con la ley penal”. En: *Revista Polemos* N° 6. Año III, diciembre 2012.
- **BARRENECHEA A., Hernán.** “El cumplimiento del deber castrense o policial”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 144, setiembre, 2010, Gaceta Jurídica, Lima.

- **BALDÓ LAVILLA, Francisco.** *Estado de necesidad y legítima defensa.* Bosch, Barcelona, 1994.
- **BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / GARCÍA RIVAS, Nicolás.** *Lecciones de Derecho Penal. Parte general.* Praxis, Barcelona, 1999.
- **BINDER, Alberto M.** *Introducción al Derecho Penal.* Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.
- **BRAMONT ARIAS, Luis.** *Derecho Penal. Parte general.* T.I. 3ª edición, Vilock, Lima, 1978.
- **BRAMONT ARIAS, Luis / BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto.** *Código Penal anotado.* 4ª edición, revisado y concordado por María del Carmen García Cantizano, San Marcos, Lima, 2001.
- **BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto.** “Condiciones para el ejercicio de la legítima defensa”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales* N° 23. Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2003.
- **BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis Miguel.** *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Santa Rosa, Lima, 2000.
- **BUSTOS RAMÍREZ, Juan.** *Manual de Derecho Penal.* 4ª edición. PPU, Barcelona, 1994.
- **BUSTOS RAMÍREZ, Juan.** *Manual de Derecho Penal. Parte general.* 3ª edición, Barcelona, Ariel, 1989.
- **BUSTOS RAMÍREZ, Juan.** *Obras completas.* T. I. (Derecho Penal. Parte general). Ara, Lima, 2004.
- **BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán.** *Lecciones de Derecho Penal.* Vol. II. Trotta, Madrid, 1999.
- **CARO CORIA, Dino Carlos.** “Legítima defensa”. En: *Código Penal comentado.* T. I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- **CARRARA, Giuseppe.** *Programa de Derecho criminal.* Temis, Bogotá, 1978.
- **CASTILLO ALVA, José Luis.** “Anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones de la percepción”. En: *Código Penal comentado.* T. I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

- CASTILLO ALVA, José Luis. “Fuerza física irresistible”. En: *Código Penal comentado*. T. I. Gaceta Jurídica. Lima, 2004.
- CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios del Derecho Penal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- CEREZO MIR, José. “Alteración de la percepción”. En: *Temas fundamentales del Derecho Penal*. T. I. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- CEREZO MIR, José. “Aspectos problemáticos de la eximente de anomalía o alteración psíquica”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología (2ª época) número extraordinario*. Madrid, 2000.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte general*. T. I. 5ª edición. Tecnos, Madrid, 2003.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte general*. T. II. 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1998.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte general*. T. III. Teoría Jurídica del delito/2. Tecnos, Madrid, 2003.
- CEREZO MIR, José. *Derecho Penal*. 2ª edición. Uned, Madrid, 2000, p. 58.
- COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal chileno. Parte general*. T. II. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1979.
- CURY URZUA, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*, T. I. 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.
- DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. Colex, Madrid, 1995.
- DE VICENTE REMESAL, Javier. “Consentimiento y acuerdo. ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuricidad? En: *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Mir Puig y Luzón Peña (Coordinadores). Monografía. Ciencias Jurídicas, Madrid, 1999.
- DIEZ RIPOLLÉS, José. “Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal”. En: *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*.

- Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig (coord.). Arazandi, Navarra, 1995.
- **DONNA, Edgardo Alberto.** *Teoría del delito y de la pena. T. II. Imputación delictiva.* Astrea. Buenos Aires, 1995.
 - **ERAZO SARO, Eva Johanna.** “Tratamiento de la responsabilidad del adolescente infractor”. En: *Las causales eximentes de responsabilidad penal.* Carlos Franco Montoya Castillo (Dir.). Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
 - **FONTÁN BALESTRA, Carlos.** *Derecho Penal. Introducción y parte general.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
 - **GACETA JURÍDICA.** *El Código Penal en su jurisprudencia.* Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
 - **GARRIDO MONTT, Mario.** *Derecho Penal, parte general. T. II. Nociones fundamentales de la teoría del delito.* 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
 - **GÓMEZ BENITES, José Manuel.** *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general.* Civitas, Madrid, 1988.
 - **GÓMEZ LÓPEZ, Orlando.** *Legítima defensa.* Bogotá, 1991.
 - **HENKEL, Heinrich.** *Introducción a la filosofía del Derecho.* Trad. de Gimbernat Ordeig. Taurus. Madrid, 1968.
 - **HINOSTROZA PARIACHI, César.** *Manual de Derecho Penal.* APECC. Lima, 2006.
 - **HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán.** “La *actio libera in causa* y la *actio illicita in causa*: Dos supuestos en que la acción precedente es fuente de responsabilidad penal”. En: *Estudios Penales - Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias.* Edit. San Marcos, Lima. 2003.
 - **HURTADO POZO, José.** *Manual de Derecho Penal. Parte general I.* 3ª edición, Grijley, Lima, 2005.
 - **HURTADO POZO, José.** *Manual de Derecho Penal,* EDDILI, Lima, 1987.
 - **HURTADO POZO, José.** *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Sesator, Lima, 1978.
 - **IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel.** *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa.* Comares, Granada, 1999.

- **JAKOBS, Günther.** *Derecho Penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación.* Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- **JAKOBS, Günther.** *Derecho Penal. Parte general.* Trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1995.
- **JAKOBS, Günther.** “La denominada *actio libera in causa*”. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 2. Año 2001, Grijley, Lima.
- **JESCHECK, Hans-Heinrich.** *Tratado de Derecho Penal.* Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Comares, Granada, 1993.
- **JESCHECK, Hans Heinrich.** *Tratado de Derecho Penal - Parte general.* T. I. Trad. de la 3ª edición alemana de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch, Barcelona. 1981.
- **JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas.** *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* 5ª edición, Trad. de Miguel Olmedo Cardenote, Comares, Granada, 2002.
- **JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.** *La ley y el delito. Principios de Derecho Penal.* 12ª edición, Sudamericana, Buenos Aires, 1981.
- **JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.** *La ley y el delito. Principios del Derecho Penal.* 2ª edición, Sudamericana. Buenos Aires, 1954.
- **JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.** *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* T. IV, Losada, Buenos Aires, 1984.
- **JOSHI JUBERT, U.** *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto).* Bosch, Barcelona, 1992.
- **LEÓN ALVA, P. Eduardo.** “El consentimiento como eximente de responsabilidad penal”. En *Actualidad Jurídica* N° 142, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre, 2005.
- **LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel.** *Aspectos esenciales de la legítima defensa.* Bosch, Barcelona, 1978.
- **LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel.** “Causas de atipicidad y causas de justificación”. En: *Causas de justificación y de atipicidad en el Derecho Penal.* Aranzandi, Navarra, 1995.

- **LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel.** *Curso de Derecho Penal. Parte general I.* Universitas, Madrid, 1999.
- **MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz.** *Derecho Penal. Parte general. I. Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible.* 7ª edición. Trad. de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Astrea, Buenos Aires, 1994.
- **MEZGER, Edmund.** *Derecho Penal. Parte general: Libro de estudio (Stüdiendebuch).* Trad. de Conrado Finzi, Editorial bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1958.
- **MEZGER, Edmund.** *Tratado de Derecho Penal.* T. 2. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
- **MEZGER, Edmund.** *Tratado de Derecho Penal.* Trad. de la 2ª edición alemana (1933) por J. Rodríguez Muñoz. T. I. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- **MIR PUIG, Santiago.** *Derecho Penal. Parte general.* 7ª edición. B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2004.
- **MIR PUIG, Santiago.** *Derecho Penal. Parte general.* 5ª edición. Reppertor, Barcelona, 1998.
- **MIR PUIG, Santiago.** *Derecho Penal. Parte general (Fundamentos y teoría del delito),* 2ª edición, PPU, Barcelona, 1985.
- **MIR PUIG, Santiago.** *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho.* 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1982.
- **MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael.** *Lecciones de Derecho Penal. Legítima defensa.* Ediciones Legales, Lima, 2005.
- **MORALES PRATS, Fermín.** *Comentarios al nuevo Código Penal.* Aranzadi, Pamplona, 1996.
- **MORILLAS CUEVA, Lorenzo.** *La obediencia debida. Aspectos legales y político criminales,* Civitas, Madrid, 1984.
- **MUÑOZ CONDE, Francisco.** *Teoría general del delito.* 2ª edición, Temis, Bogotá, 2004.
- **MUÑOZ CONDE, Francisco.** *Teoría general del delito.* Temis, Bogotá, 1999.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- NAKASAKI SERVIGÓN, César. “Obrar por disposición de la ley”. En: *Código Penal comentado*. T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- NEUMAN, Elías. *Victimología*. Universidad, Buenos Aires, 1984.
- NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010.
- NÚÑEZ, Ricardo C. *Derecho Penal argentino. Parte general*. T. II. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1980.
- NUÑEZ, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 4ª edición, Marcos Lerner editora Córdoba, Córdoba, 1999.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Imputabilidad e inimputabilidad*. Porrúa, México, 1993.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Curso elemental de Derecho Penal. Parte general*. T. 1. Ediciones Legales, Lima, 2011.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial*. T. I, Idemsa, Lima, 2008.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal peruano. Teoría general de la imputación del delito*. Rodhas, Lima, 2004.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2001.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. 3ª edición, Grijley, Lima, 1997.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. Grijley, Lima, 1994.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Vol. I. 3ª edición, Sagitario, Lima. 1986.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. “La victimología en el Derecho Penal”. En: *Victimología y Victimodogmática*. Ara, Lima, 2003.
- PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. / SANTILLÁN LÓPEZ, Kely. *Criminología. De la concepción positivista a la perspectiva crítica*. San Marcos, Lima, 2009.

- **PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. / SANTILLÁN LÓPEZ, Kely.** “Presupuestos de la legítima defensa en el Código Penal peruano”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 14. Gaceta Jurídica, Lima, agosto, 2010.
- **PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl.** *Teoría del delito*. UNAM, México, 2004.
- **POLITOFF L. Sergio / MATUS A., Jean Pierre / RAMÍREZ G., María Cecilia.** *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*. 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.
- **QUINTERO OLIVARES, Gonzalo.** *Derecho Penal. Parte general*. Cadecs, Barcelona, 1996.
- **QUINTERO OLIVARES, Gonzalo.** *Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- **QUINTERO OLIVARES, Gonzalo.** *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Arazandi, Navarra, 2000.
- **REÁTEGUI SÁNCHEZ, James.** “Observaciones en torno a la legítima defensa como causal de justificación”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 102. Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2007.
- **REVILLA LLAZA, Percy.** “Minoría de edad”. En: *Código Penal comentado*. T. I. José Luis Castillo Alva (Coord.). Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- **REVILLA LLAZA, Percy Enrique.** “Obrar en ejercicio legítimo de un derecho”. En: *Código Penal comentado*. T. I. José Luis Castillo Alva (coord.). Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- **RIGHI, Esteban.** *Derecho Penal. Parte general*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.
- **RODRÍGUEZ DELGADO, Julio.** “El consentimiento”. En: *Código Penal comentado*. T. I. *Título preliminar. Parte general*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- **RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo / UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando / GOMERO CALERO, Lorena Mariana / SCHÖNBOHM, Horst.** *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia práctica en el marco de la reforma procesal penal*. Ebra, Lima, 2009.
- **ROJAS VARGAS, Fidel.** *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la parte general y especial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

- **ROJAS VARGAS, Fidel.** *Jurisprudencia penal*. T. I. Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- **ROJAS VARGAS, Fidel.** “La legítima defensa: proporcionalidad o racionalidad de medios”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales* N° 23. Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2003.
- **ROJAS VARGAS, Fidel / INFANTES VARGAS, Alberto.** *Código Penal. Catorce años de jurisprudencia sistematizada*. 2ª edición, Idemsa, Lima, 2005.
- **ROXIN, Claus.** *Derecho Penal. Parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. de la 2ª edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, Madrid, 1997.
- **ROXIN, Claus.** *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. de Manuel Abanto Vásquez. Grijley, Lima, 2007.
- **ROXIN, Claus.** “Observaciones sobre la ‘*actio libera in causa*’”. Trad. de Muñoz Conde. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988.
- **ROXIN, Claus.** *Política criminal y sistema de Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1972.
- **SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio.** “Art. 20.1 del Código Penal”. En: *Comentarios al Código Penal de 1995*. T. 1. Tomás Salvador Vives Antón (Coord.). Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- **SAN MARTÍN CASTRO, César.** *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*. Palestra, Lima, 2006.
- **SANTILLÁN LÓPEZ, Kely.** “La legítima defensa”. En *Iudicialis* N° 1, año 2005.
- **SAUER, Wilhem.** *Derecho Penal. Parte general*. Trad. por Juan del Rosal y José Cerezo, Bosch, Barcelona, 1956.
- **SEGURA GARCÍA, M.** *El consentimiento del titular en el Derecho Penal*. Valencia, 2000.
- **SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.** *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- **STRATENWERTH, Günther.** *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible*. 4ª edición. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi, 2005.

- **STRATENWERTH, Günther.** *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible.* Trad. de la 2ª edición alemana por Gladys Romero. Edersa, Madrid, 1982.
- **VARONA GÓMEZ, Daniel.** *El miedo insuperable: Una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia.* Comares, Granada, 2000.
- **VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara.** “Estado de necesidad justificante”. En: *Código Penal comentado.* T. I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- **VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara.** “Las agresiones extrapenales en la legítima defensa”. En: *Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 2, Grijley, Lima, 2011.
- **VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando.** *Derecho Penal. Parte general.* 3ª edición, Bogotá, 1997.
- **VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando.** *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Temis, Bogotá, 2002.
- **VILLA STEIN, Javier.** *Derecho Penal. Parte general.* 3ª edición, Grijley, Lima, 2008.
- **VILLA STEIN, Javier.** *Derecho Penal. Parte general.* San Marcos, Lima, 1998.
- **VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A.** *Código Penal comentado.* 3ª edición. Grijley, Lima, 2001.
- **VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A.** *Derecho Penal. Parte general.* Grijley, Lima, 2006.
- **VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.** *Lecciones de Derecho Penal. Parte general.* Cultural Cuzco, Lima, 1990.
- **VON LISZT, Franz.** *Tratado de Derecho Penal.* T. II. Trad. por Luis Jiménez de Asúa, 20ª edición, Reus, Madrid, 1927.
- **WELZEL, Hans.** *Derecho Penal alemán.* Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.
- **ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** *Derecho Penal. Parte general.* 2ª edición, Temis - Ediar, Buenos Aires, 2002.
- **ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** *Manual de Derecho Penal.* 5ª edición, Ediar, Buenos Aires, 1987.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Ediar. Buenos Aires, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. T. IV, Ediar, Buenos Aires, 1982.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. T. V, Ediar, Buenos Aires, 1983.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Las causas de justificación en el Derecho Penal*. Lima, 2001.

Índice general

Introducción	7
--------------------	---

Capítulo I

LA ANOMALÍA PSÍQUICA, LA GRAVE ALTERACIÓN DE LA CONCIENCIA Y ALTERACIONES EN LA PERCEPCIÓN (Artículo 20.1 del Código Penal)

I.	La anomalía psíquica.....	13
1.	Definición de anomalía psíquica.....	14
2.	Efecto psicológico o psiquiátrico de la anomalía psíquica ..	17
3.	La anomalía psíquica como manifestación anormal del psiquismo.....	20
4.	Consecuencias jurídicas de la anomalía psíquica	28
II.	La grave alteración de la conciencia	29
1.	Definición	30
2.	Naturaleza jurídica de la grave alteración de la con- ciencia	32
3.	Ámbito de aplicación de la grave alteración de la con- ciencia.....	32
4.	Efectos de la grave alteración de la conciencia.....	37
5.	Diferencias y semejanzas entre la grave alteración de la conciencia y la anomalía psíquica	39
6.	<i>Actio libera in causa</i>	40

6.1. Fundamento jurídico otorgado a la <i>actio libera in causa</i> por la doctrina	41
6.1.1. El modelo de la tipicidad o del injusto típico.....	42
6.1.2. El modelo de la excepción	44
6.2. La doctrina de la <i>actio libera in causa</i> en el Perú y en otros sistemas jurídicos.....	46
6.3. La inaplicabilidad de la doctrina de la <i>actio libera in causa</i> en el Derecho Penal peruano	49
III. Las alteraciones de la percepción	52
1. Definición	54
2. Naturaleza jurídica.....	55
3. Manifestaciones de las alteraciones de la percepción ..	56
4. Consecuencias jurídicas.....	63

Capítulo II

MINORÍA DE EDAD (Artículo 20.2 del Código Penal)

I. La minoría de edad	67
1. Definición de menor	68
2. Naturaleza jurídica.....	69
3. Fundamentos de la exención de responsabilidad penal en los menores de edad	69
4. Criterios para la fijación de la minoría de edad	73
5. La minoría de edad en instrumentos internacionales ..	76
6. Consecuencias jurídicas de la minoría de edad	78

Capítulo III

LA LEGÍTIMA DEFENSA (Artículo 20.3 del Código Penal)

I. La legítima defensa	85
------------------------------	----

1. Fundamentos de la legítima defensa	86
1.1. Posiciones que defienden la ilicitud de la defensa	87
1.2. Posturas que sostienen la licitud de la defensa	89
2. Naturaleza jurídica de la legítima defensa.....	96
3. Presupuestos de la legítima defensa	98
3.1. Agresión ilegítima	99
3.2. Necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión ilegítima	101
3.2.1. Necesidad de la defensa	101
3.2.2. Racionalidad de la defensa necesaria.....	111
3.3. Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.....	117
4. La legítima defensa imperfecta	118
5. La legítima defensa putativa	119
6. El exceso en la legítima defensa.....	120

Capítulo IV

EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE (Artículo 20.4 del Código Penal)

I. El estado de necesidad justificante.....	125
1. Definición.....	128
2. Naturaleza jurídica del estado de necesidad justifi- cante	129
3. Sujetos activo y pasivo en el estado de necesidad justi- ficante	130
4. Requisitos del estado de necesidad justificante	131
4.1. Situación de necesidad	131
4.2. Que el bien protegido resulte predominante sobre el interés dañado.....	134
4.3. Empleo de un medio adecuado para vencer el peligro....	139
4.4. Inevitabilidad	142

- 5. Fundamentos del estado de necesidad justificante..... 144
- 6. Estado de necesidad imperfecto y putativo 145

Capítulo V

EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE (Artículo 20.5 del Código Penal)

- I. El estado de necesidad exculpante..... 149
 - 1. Definición 150
 - 2. Naturaleza jurídica 152
 - 3. Fundamento 152
 - 4. Requisitos 154
 - 4.1. Colisión de intereses de similar jerarquía: La vida, la integridad corporal y la libertad 155
 - 4.2. El peligro debe ser real, actual y grave..... 156
 - 4.3. Acción necesaria: Única posibilidad de salvación y elección de la vía de salvación menos lesiva..... 158
 - 4.4. El círculo de personas privilegiado 160
 - 5. Casos en los que se excluye el estado de necesidad exculpante 160
 - 5.1. Deberes especiales de tolerancia 160
 - 5.2. El peligro causado por uno mismo 162
 - 6. Elementos subjetivos. El error sobre la concurrencia de un estado de necesidad exculpante 163
- 7. Efectos..... 164

Capítulo VI

LA FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE (Artículo 20.6 del Código Penal)

- I. Fuerza física irresistible 167

1. Definición.....	168
2. Naturaleza jurídica.....	169
3. Supuestos de fuerza física irresistible	171
3.1. Fuerza física irresistible proveniente de una conducta humana.....	171
3.2. Fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza..	171
4. Características de la fuerza física irresistible	172
4.1. Desde el punto de vista cualitativo, ha de tratarse de una fuerza física y no cabe la intimidación (<i>vis moralis</i>)	172
4.2. Debe tener un origen externo (ajeno al sujeto), sea por una persona o un fenómeno natural	175
4.3. Desde el punto de vista cuantitativo, la fuerza ha de ser irresistible (<i>vis absoluta</i>).....	176
5. Críticas a la formulación de la fuerza física irresistible como eximente de responsabilidad en el Código Penal..	177

Capítulo VII

EL MIEDO INSUPERABLE (Artículo 20.7 del Código Penal)

I. El miedo insuperable.....	181
1. Definición.....	182
2. Naturaleza jurídica.....	183
3. Fundamento.....	184
4. Requisitos	185
4.1. La existencia del miedo	186
4.2. El miedo ha de ser insuperable	187
4.3. Ponderación de males (mal igual o mayor)	192
5. El error en el miedo insuperable.....	193
6. Atenuación de la culpabilidad: El miedo no alcanza el grado de insuperable	194

Capítulo VIII

OBRAR POR DISPOSICIÓN DE LA LEY, EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EN EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO (Artículo 20.8 del Código Penal)

I.	Obrar por disposición de la ley	197
1.	Definición	200
2.	Naturaleza jurídica	201
3.	Fundamentación.....	202
3.1.	Principio de prevailecimiento del orden legal	203
3.2.	Principio de ponderación de deberes	203
3.3.	Principio de congruencia del ordenamiento jurídico... ..	204
4.	Características.....	204
4.1.	Realización de una conducta dañosa de bienes jurídicos	205
4.2.	Existencia de un deber de fuente legal.....	206
4.3.	Conocimiento de que la conducta dañosa realizada es objeto de un deber legal de actuar	207
4.4.	La no realización de un acto arbitrario	208
5.	La autorización o permiso de la autoridad.....	209
II.	Obrar en cumplimiento de un deber	211
1.	Definición	212
2.	Naturaleza jurídica	213
3.	Fundamento jurídico	214
4.	Requisitos	215
4.1.	Existencia de un deber legal	215
4.2.	El deber cumplido debe tener mayor rango o igual al infringido (aparente colisión de deberes).....	216
4.3.	Necesidad de ejecutar la conducta típica	219
4.4.	Actuar con la finalidad de cumplir un deber jurídico ..	220
5.	El ejercicio del deber en la medicina.....	221

6.	El ejercicio del deber en la práctica de deportes	223
7.	El ejercicio de potestad delegada (el obrar <i>pro magistratu</i>)	224
III.	Obrar en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo ...	226
1.	Naturaleza jurídica	227
2.	El obrar en ejercicio legítimo de un derecho.....	228
2.1.	Legitimidad del ejercicio del derecho	230
2.2.	Supuestos del ejercicio de un derecho.....	233
2.2.1.	El derecho a corregir y la Ley N° 30403 que prohíbe el uso de algún tipo de castigo físico o trato humillante en el ámbito de la educación de los niños, niñas y adolescentes.	233
2.2.2.	<i>Offendicula</i>	237
3.	El obrar en ejercicio legítimo de un cargo	238
3.1.	La autorización o permiso de la autoridad.....	241
4.	El obrar en ejercicio legítimo de un oficio	244
4.1.	Ejercicio de la actividad médica.....	245
4.2.	La práctica deportiva.....	247
4.3.	La actividad periodística.....	248
4.4.	Ejercicio legítimo de la profesión de abogado.....	249

Capítulo IX

LA OBEDIENCIA DEBIDA U OBEDIENCIA JERÁRQUICA (Artículo 20.9 del Código Penal)

I.	La obediencia debida	253
1.	Fundamento	254
2.	Naturaleza jurídica	256
3.	Requisitos	260
3.1.	Relación de subordinación idónea.....	260
3.2.	Competencia del subordinado y el superior jerárquico... ..	263

3.3. Obrar por obediencia	265
3.4. La orden debe estar revestida de formalidades legales ..	265
3.5. Orden antijurídica obligatoria	267
4. Límites a la obediencia debida.....	269

Capítulo X

EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA (Artículo 20.10 del Código Penal)

I. El consentimiento del titular del bien jurídico	273
1. Naturaleza jurídica del consentimiento.....	275
1.1. El consentimiento como causa de justificación	276
1.1.1. La teoría del negocio jurídico.....	276
1.1.2. La teoría de la renuncia al interés.....	277
1.1.3. El principio de ponderación de valores	278
1.2. El consentimiento como causa de atipicidad.....	279
2. Acuerdo y consentimiento	285
3. Requisitos del consentimiento	289
3.1. Disponibilidad del bien jurídico	290
3.2. Capacidad para consentir	301
3.3. Manifestación del consentimiento	303
3.3.1. Teoría de la declaración de voluntad	305
3.3.2. Teoría intermedia.....	306
3.4. Momento del consentimiento.....	307
3.5. Contenido del consentimiento	308
3.6. Consentimiento libre.....	309
4. Consentimiento presunto	314
5. Consentimiento en los delitos imprudentes	320

Capítulo XI

EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER CASTRENSE O POLICIAL (Artículo 20.11 del Código Penal)

I.	El cumplimiento del deber castrense o policial	323
1.	Naturaleza jurídica	324
2.	Requisitos	326
2.1.	Que se encuentre en peligro la vida o salud de militar, policía o de un tercero	326
2.2.	Que actúe en cumplimiento de un deber	327
2.3.	Que utilice sus armas u otro medio de defensa	329
2.4.	Que afecte la vida o salud del agresor.....	330
3.	La proporcionalidad en el uso de armas u otro medio de defensa	330
4.	Críticas al cumplimiento del deber castrense y militar ..	332
5.	El Tribunal Constitucional y el cumplimiento de deber castrense o policial (STC N° 0012-2008-PI/TC)	334
	Bibliografía.....	337
	Índice general.....	349

