

## Culpabilidad-Responsabilidad

Juan M. Terradillos Basoco

*Sumario: I. Introducción. II. Dogmática y orientación político-criminal. III. Culpabilidad y prevención. IV. Culpabilidad y garantías. V. Responsabilidad y culpabilidad. VI. Exclusión de culpabilidad. 1. Inimputabilidad. 2. Error de prohibición. 3. No exigibilidad de otra conducta*

### I. Introducción

**(p. 331)** Si el lector que sigue adelante es peruano, le ruego que acentúe su gesto de benevolencia. Acaso nombres de valía hayan sido por mí desconocidos y en vano se buscarán en los párrafos de este escrito. No los he silenciado con designio de censor extremo, que aparta apellidos por juzgarlos de poca significación; los he omitido por ignorancia, que podéis subsanar si vuestra generosidad es tan superlativa que os dignáis dirigiros al escritor indicando las faltas y olvidos hallados en su trabajo<sup>1</sup>.

Si la espléndida figura de Jiménez de Asúa encabeza una de sus obras con este párrafo de sincera modestia, no puede ser distinta la actitud de **(p. 332)** quien, con un catálogo de méritos infinitamente menor, pretende hilvanar unas consideraciones en torno a ese atormentado elemento del delito que conocemos como «culpabilidad», sin otra pretensión que la de ofrecer al lector peruano, interesado sobre todo en la dimensión aplicativa de los preceptos penales, una reflexión que, por provenir del exterior, corre grandes riesgos de ser errónea, pero, que, por lo mismo, puede aportar una perspectiva distanciada y, en ese limitado sentido, más objetiva.

Las líneas que siguen parten de la constatación de que el ámbito de la dogmática es el ámbito de la seguridad. Y de la convicción de que sólo si la «re-construcción» de la teoría del delito se orienta a dotar a la misma de un contenido material compatible con la indeclinable vocación preventiva del Derecho penal y a fortalecer el sistema de garantías, puede el penalista cooperar al logro de una convivencia más «segura, pacífica y liberal»<sup>2</sup>. Que seguramente es lo que la sociedad le pide.

### II. Dogmática y orientación político-criminal

El modelo constitucional imperante en nuestros países impone el máximo desarrollo de los derechos y libertades fundamentales. Así, la Constitución Política del Perú, establece, especialmente en art. 2º, todo un catálogo de derechos, que dan contenido a la declaración del art. 1º en el sentido de que «La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

La función preventiva le viene asignada al sistema penal por el modelo constitucional. Concretamente en el caso del Perú, la referencia básica sería la del art. 3 de la Constitución Política, en el que reconoce que ésta «garantiza» los derechos de la persona establecidos en el Capítulo I, además de otros «de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno». En concreto, el art. 44 declara deber primordial del Estado «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos». **(p. 333)**

Es tarea, pues, de los poderes públicos articular todo un sistema de tutela de la persona y de sus derechos, ya que en ese sistema radica la justificación misma del Estado. Les compete, en definitiva, asegurar esos derechos frente a los ataques, representados paradigmáticamente por el delito, implementando, frente a ellos, estrategias preventivas. De aquí que el Código Penal venga presidido

---

<sup>1</sup> Jiménez de Asúa, 1926, p. 2.

<sup>2</sup> Tal como reivindicara Roxin, 2000, p. 3. con ocasión de su investidura como doctor *honoris causa* en la Universidad de Milán.

por un artículo, el I del Título Preliminar, que coloca a la cabeza de los principios generales, la finalidad protectora: «Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad». En las mismas ideas insiste el art. IX: «La pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación»<sup>3</sup>.

La función objetivamente preventiva de la ley penal parece así asentada, tanto en los modelos constitucionales como —al menos en términos tendenciales<sup>4</sup>— en la legislación ordinaria, una vez aceptado que la pena se impone para evitar la verificación de hechos no deseados que atentan a derechos y libertades fundamentales<sup>5</sup>.

Pero la tutela de esos mismos derechos y libertades despliega su eficacia también respecto al sujeto infractor, cuya dignidad personal no puede desconocer el Estado democrático.

Prevención y garantías son, así, dos referencias ineludibles para la actuación de los poderes públicos, tanto del legislativo como del jurisdiccional. Lo que comporta que la dogmática aplicada por éste —y la que se elabora en las Universidades no puede ser distinta— ha de responder, tanto en su función crítica como en la elaboración científica del Derecho vigente<sup>6</sup>, a los mismos criterios político-criminales en que se inspira todo el sistema penal. **(p. 334)**

La integración de consideraciones político-criminales en la construcción sistemática del delito y en la atribución de contenido a sus categorías, es, hoy, regla general<sup>7</sup>. La orientación a consecuencias constituye una de las manifestaciones más dadas de esta extendida opción científica. Que, sin embargo, no puede limitarse a eso, ya que, según es también regla en los más acreditados modelos teleológicos, no se deja al margen la profunda significación de los valores, de suerte que a lo instrumental se une lo valorativo; y a lo preventivo, lo garantista<sup>8</sup>.

Este punto de partida, que no es aséptico, no es, por lo mismo, compatible con cualquier opción sistemática. En la medida en que el sistema influye en la solución a dar a los problemas dogmáticos, decantarse por uno u otro no es un inocente juego de abalorios. De ahí que propongamos, siguiendo a Roxin, construir los contenidos de la teoría del delito a partir de las pretensiones preventivas previamente fijadas, ya que sólo así se garantiza la concordancia entre la coherencia sistemática y los objetivos materiales perseguidos<sup>9</sup>.

El modelo teleológico-político criminal no incurre, así, en la corrupción lógica de sustituir los contenidos de la culpabilidad por las exigencias de la prevención, inidóneas para explicar por qué un comportamiento y su autor se hacen acreedores de sanción penal<sup>10</sup>. Más sencillamente, se pretende que los fines de la pena estén presentes a la hora de construir teóricamente los presupuestos de la punibilidad.

El aplicador del Derecho que procede de este modo no impone su ideología personal; se limita a incorporar a su trabajo científico principios socialmente vigentes en los que se inspira el ordenamiento jurídico. La construcción de la categoría «responsabilidad», por ejemplo, a partir de los fines de la pena, no depende de las opiniones al respecto del científico o del juez, sino de los objetivos y

---

<sup>3</sup> O el art. 139º de la Constitución Política: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:... 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad».

<sup>4</sup> Otra cosa es que la carencia crónica de medios de las instituciones penitenciarias, la desmesura de las penas previstas en la Parte Especial, o los requerimientos del pensamiento de la emergencia, reduzcan, de hecho, la pena a «una respuesta irracional a la violencia», como denuncia Prado Saldarriaga, 1993, pp. 13 a 17.

<sup>5</sup> Aunque las diferentes alternativas ideológicas se proyecten en el contenido concreto de cada sanción: véanse Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco, 1996, pp. 45.

<sup>6</sup> Roxin, 1972, pp. 19 ss.

<sup>7</sup> Luzón Peña, 1993, pp. 23-24; García Arán, 1988, p. 89.

<sup>8</sup> Caro Coria, 2001, p. 46; Silva Sánchez, 1997, pp. 18 a 24.

<sup>9</sup> Roxin, 1997, p. 217.

<sup>10</sup> Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, 1999, pp. 329-330.

principios que se deducen del modelo jurídico-constitucional y del catálogo de causas de exculpación recogido en la ley penal<sup>11</sup>. Y cuando el legislador no se ha mostrado explícito sobre todos los perfiles de una determinada institución o sobre todas las respuestas posibles **(p. 335)** a un conflicto, la construcción dogmática tiene una importante función de complemento a partir de los mismos principios.

### III. Culpabilidad y prevención

La elaboración del concepto de culpabilidad ha venido tradicionalmente vinculada, en mayor o menor medida, al presupuesto del libre albedrío, lo que no sólo genera problemas irresolubles, sino que termina por llevar a sistemas retribucionistas, a universos en los que la exigencia de castigo se deriva de la idea de Justicia (absoluta) y el sentido de la pena se inserta en un marco teórico ajeno a las imperfecciones de la realidad<sup>12</sup>. Universos, en definitiva, incompatibles con el mandato constitucional, siquiera sea implícito, de prevención.

De ahí los intentos teóricos por construir un concepto de culpabilidad que dé respuesta a los requerimientos preventivos.

Quizá uno de los de más amplio alcance es el del funcionalismo sistémico de Jakobs, que deja de lado las razones en cuya virtud un sujeto ha actuado de un modo determinado. El sistema penal no tiene que entrar en ese mundo subjetivo para llegar a un pronunciamiento sobre la culpabilidad, que depende no de las vivencias personales del infractor, sino de las necesidades del orden social de cuya estabilización se trata<sup>13</sup>. Se maneja así un concepto funcional de culpabilidad puramente descriptivo<sup>14</sup>, que refleja una visión conservadora, excluyente de toda idea de utopía<sup>15</sup>, pero también de cambio, y que queda subordinado al objetivo de prevención general positiva como imposición de una determinada visión de la realidad idónea para lograr la fidelidad al ordenamiento jurídico: «es asunto de cada cual procurarse la motivación necesaria para respetar la norma, esto es la fidelidad al ordenamiento jurídico. Lo que se llama culpabilidad es un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico»<sup>16</sup>. **(p. 336)**

En la doctrina latinoamericana, Bustos propone renunciar al concepto de culpabilidad, que, por presuponer un no demostrado e indemostrable libre albedrío, no puede constituirse ni en fundamento ni en límite de la pena: «La culpabilidad no existe», nos dice, y añade «No sólo no existe, sino que es una construcción ideológica en el peor sentido o en el más negativo de la palabra, es decir, ha servido para encubrir una determinada realidad, para encubrir el dominio del Estado sobre las personas, para la supeditación de los derechos de la persona al Estado, a unas personas determinadas, a un grupo determinado de personas que controlan a los demás»<sup>17</sup>.

En términos semejantes, Gimbernat niega que el concepto de dignidad del hombre tenga que fundamentarse en la culpabilidad, «como igualmente hay que rechazar la opinión de Roxin de que sólo la culpabilidad puede poner límites a un Derecho penal de terror: no se trata de acudir a la culpabilidad (al libre albedrío) —aunque sea un prejuicio— para salvar la dignidad del hombre, sino que precisamente se trata de desenmascarar la culpabilidad (por lo menos su constatabilidad) como un prejuicio... y, no obstante, seguir afirmando la dignidad humana y el Derecho penal liberal del Estado de Derecho»<sup>18</sup>.

Frente a estas propuestas unilaterales, Roxin pretende fundamentar la convivencia del binomio culpabilidad-prevención. Su concepto de culpabilidad responde inicialmente, como en Jakobs, a la

---

<sup>11</sup> Roxin, 1997, p. 225.

<sup>12</sup> Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco, 1996, p. 43.

<sup>13</sup> Jakobs, 1993, p. 505.

<sup>14</sup> Como descriptiva es la metodología funcionalista de Jakobs: véase Nieto Martín, 1999, p. 8.

<sup>15</sup> Jakobs, 1996, p. 67.

<sup>16</sup> Jakobs, 1993, p. 541.

<sup>17</sup> Bustos Ramírez, 2001, pp. 163 y 166-167.

<sup>18</sup> Gimbernat Ordeig, 1990, pp. 151-152, n. 40.

conciencia jurídica general, que, descontenta e insegura frente a la infracción, exige que se afirme la vigencia de la norma mediante el castigo. Sin embargo, la prevención a que apunta Roxin en el desarrollo de sus tesis es sustancialmente distinta: no consiste en el aquietamiento de conciencias por afirmación de vigencia de la norma, sino en la evitación de delitos futuros, lográndose con ello la tranquilidad ciudadana, pero más que como objetivo, como efecto necesario. Además, en la medida en que la pura prevención no permite la articulación de un eficaz sistema de límites al ius puniendi, se reivindica, como criterio limitador, una culpabilidad susceptible de comprobación empírica, cuyo mínimo no depende de necesidades preventivas<sup>19</sup>. (p. 337)

#### IV. Culpabilidad y garantías

Preventivismo y garantismo no sólo pueden caminar juntos, sino que éste carecería de sentido sin aquél. De hecho, es constatable que los intentos de atribuir nuevos contenidos a las categorías dogmáticas, basados en la teoría de la pena, y de reformular esta teoría, responden exclusivamente al objetivo de fijar el nivel admisible de injerencia penal preventiva en los derechos de la persona<sup>20</sup>.

Sin embargo, parece también cierto que cualquier intento de construcción del concepto de culpabilidad que parta, en exclusiva, de la función preventiva y que no se someta a criterios limitadores externos a los requerimientos preventivos, corre el riesgo de intolerable expansionismo punitivo<sup>21</sup>. De contrario, se formulan alegatos tendentes a dejar sentado que sólo partiendo de las necesidades de prevención se puede construir un edificio garantista que, por sustentarse en bases no metafísicas, ofrezca garantías de solidez.

De hecho, desde ambas perspectivas, se llega, aunque con distinto fundamento, a propuestas limitadoras del ius puniendi semejantes: eliminación de la responsabilidad objetiva, proporcionalidad en la medida de la pena, exclusión de responsabilidad del inimputable, o relevancia del error sobre la licitud de la conducta<sup>22</sup>.

Al margen de ese debate doctrinal, o, mejor, sacando consecuencias del mismo, se extiende la idea de que la elaboración de las categorías de la teoría del delito no puede derivarse exclusivamente de los requerimientos de la prevención. Aunque, como se viene insistiendo, si se da la espalda a esos requerimientos el edificio entero carecería de justificación, también hay que recurrir a límites internos al sistema penal (coherencia de objetivos con conceptos, principios y reglas de funcionamiento) y/o externos (derivados del modelo de Estado democrático).

Así, de la finalidad preventiva, propia de todo el sistema, derivan límites nítidos al ius puniendi: los principios de necesidad y proporcionalidad —en cuya virtud no puede admitirse la pena no idónea para la tutela de un bien (p. 338) jurídico o lesiva de otros valores más relevantes—; el de igualdad —que impone respuestas penales personalizadas a supuestos distintos, por ejemplo, imputabilidad/inimputabilidad, evitabilidad del error—; o el derecho al libre desarrollo de la personalidad —que inhabilita construcciones dogmáticas como la de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de vida, en la medida en que se puede responder por lo que se hace, no por lo que se es—, etc.<sup>23</sup>.

Junto a los criterios limitadores impuestos por la racionalidad preventiva, la dignidad de la persona — que el art. 1 de la Constitución Política del Perú consagra como objetivo prioritario de la sociedad y del Estado— constituye el anclaje doctrinalmente más reiterado del principio de culpabilidad y, con él, del concepto de culpabilidad como conjunto de elementos inicialmente condicionantes de la punición del comportamiento antijurídico. De modo que, según se comparte doctrinalmente, la imposición de pena sin culpabilidad o rebasando su medida, supone la utilización de la persona como instrumento para la obtención de objetivos preventivos<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Roxin, 1997, pp. 810-811.

<sup>20</sup> Gómez Benítez, 1997, p. 276.

<sup>21</sup> Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, 1999, p. 329; Donna, 1998, p. 273; García Arán, 1988, p. 90.

<sup>22</sup> Ver Terradillos Basoco, 2002, p. 18; también Prado Saldarriaga, 1991, p. 35.

<sup>23</sup> Nieto Martín, 1999, pp. 32 a 41 y 53.

<sup>24</sup> Cerezo Mir, 1997, p. 21.

Ciertamente cabe apoyar, como se ha visto, esta aseveración en el binomio culpabilidad-libre albedrío, con lo que volveríamos al mundo —no compatible con las exigencias que al sistema penal plantea la racionalidad actual— de la retribución del mal, sin ulteriores objetivos. Pero también puede intentarse un esfuerzo integrador que permita la consideración conjunta de las necesidades preventivas y de las exigencias garantistas.

Y en ese punto parece evidente que el principio de culpabilidad, y la concreción dogmática de la culpabilidad como elemento del delito, pueden desplegar una eficacia cierta<sup>25</sup>. Como afirma Muñoz Conde, «la culpabilidad puede ser... un concepto que nos permita adentrarnos en determinadas estructuras de la responsabilidad que en determinados casos puede ser conveniente mantener, porque suponen un progreso en orden a una mejor protección de los derechos y valores fundamentales del individuo frente al poder omnímodo del Leviatán estatal»<sup>26</sup>.

Es en este sentido en el que, frente a la tentación de exasperación punitiva inherente a la pura prevención, Roxin propone como criterio limitador **(p. 339)** previo la culpabilidad. Que no puede, por sí sola, fundamentar la intervención punitiva del Estado<sup>27</sup>, pero puede limitarla, tanto en el ámbito de los presupuestos de la pena como en el de los criterios para su medición<sup>28</sup>.

La aparente contradicción que encierra la propuesta de entender la culpabilidad como instrumento idóneo para limitar la pena después de haber admitido su ineptitud para fundamentarla puede salvarse. Se trata de poner el acento en lo esencial: «debe decirse que la culpabilidad es un medio de limitar sanciones jurídico-penales, pero no de fundamentarlas, y que una sanción jurídico-penal limitada por el principio de culpabilidad se llama pena»<sup>29</sup>.

De hecho, en España, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (sentencia de 6-4-1990) y del Tribunal Constitucional (sentencia de 4-7-91)<sup>30</sup> ha comenzado a admitir, en términos prácticos, la eficacia de la culpabilidad como límite de la pena. Y no otra cosa supone la opción seguida por el legislador peruano de dejar fuera del Código Penal institutos tan tradicionales como la reincidencia o la habitualidad —«este rezago de los viejos tiempos del derecho a castigar y que el positivismo peligrosista auspició»—, que no sólo entran en contradicción con el principio non bis in idem, como afirma la Exposición de Motivos, sino también, y sobre todo con el principio de culpabilidad, al suponer ambas un incremento de las consecuencias aflictivas, «sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes».

Al condicionar la pena a la culpabilidad del sujeto, se pone un límite al poder punitivo que no es asequible si se atiende a puras finalidades preventivas. Éstas están presentes, pero sin mengua de los tradicionales efectos garantistas del principio de culpabilidad, ya que la necesidad preventiva de pena es un presupuesto adicional de la punibilidad, con lo que sólo puede restringir, y no ampliar, el ámbito de lo castigado<sup>31</sup>. **(p. 340)**

## V. Responsabilidad y culpabilidad

Se trata, entonces, de superar la concepción de la culpabilidad como mero reproche al autor que, en una situación dada, hubiera podido motivarse de acuerdo con la norma y no lo hizo.

---

<sup>25</sup> Buteler, 2001, p. 169.

<sup>26</sup> Muñoz Conde, 2001, p. 173.

<sup>27</sup> Roxin, 1976, p. 12-13.

<sup>28</sup> Bacigalupo Zapater, 1998, pp. 134-135.

<sup>29</sup> Roxin, 1981, pp. 49-50.

<sup>30</sup> Ver el comentario que realiza Zugaldía Espinar, 1992, pp. 69 a 73.

<sup>31</sup> Parece, pues, excesiva la crítica de que las corrientes funcionales preventivistas, y expresamente entre ellas la de Roxin, incurra en «un salto lógico que altera el orden secuencial de la cadena conceptual delito-pena, al derivarse el antecedente del consecuente, reformulando el principio no hay pena sin culpa en la forma no hay culpa sin pena o, peor, siendo necesaria la pena debe haber culpa»: Zaffaroni, 2000, p. 640. Precisamente lo que Roxin aporta es un fortalecimiento del principio *nulla poena sine culpa*, enfatizando, además que la sola culpabilidad no comporta, por sí, una pena.

Un concepto de culpabilidad así formulado es limitado y meramente formal. Limitado por cuanto no comprende sino parcialmente la valoración aquí requerida, que no ha de versar sólo sobre la concurrencia de los requisitos del reproche de culpabilidad, sino también sobre la concurrencia de los requisitos jurídico-penales —necesidad preventiva de sanción— en cuya virtud ha de hacerse al sujeto responsable de su conducta<sup>32</sup>. Y meramente formal, puesto que elude pronunciarse sobre los presupuestos materiales de los que depende la reprochabilidad<sup>33</sup>.

En ese contexto doctrinal, Roxin ofrece un concepto de responsabilidad, como tercera categoría del delito, en el que la culpabilidad aparece como condición indispensable de la imposición de penas; pero éstas, además, han de quedar justificadas por necesidades preventivas.

En esta construcción, la culpabilidad supone una actuación injusta del sujeto, a pesar de su asequibilidad (*Ansprechbarkeit*) normativa; a pesar de que, en el momento del hecho, era capaz, mental y anímicamente, de captar el mensaje de la norma y de orientar su conducta conforme al mismo. Esa capacidad del sujeto no se mide, no obstante, en los términos metafísicos del indeterminismo (libre albedrío), sino que se afirma «cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones, existía en el caso concreto»<sup>34</sup>.

Una culpabilidad así concebida no depende de hipótesis indemostrables. Si la psicología y la psiquiatría están en condiciones de aportar criterios con los que constatar empíricamente las restricciones a la capacidad de autocontrol, el presupuesto condicionante de la responsabilidad penal gana en **(p. 341)** definición. Y el sistema todo gana, también, en garantías, ya que ese presupuesto, dato empíricamente constatable, permite establecer límites relativamente nítidos al *ius puniendi*.

Esta propuesta no entra en la cuestión de si el sujeto pudo haber actuado de otro modo, sino que se limita a postular que cuando goce de capacidad de control y, con ella, de asequibilidad normativa, se le trate como libre: «Nos sentimos autorizados —argumenta Roxin— a la aserción normativa de que una persona cuya capacidad psíquica de control en una determinada situación (aún) está en orden, puede también actuar libremente, porque la autocomprensión natural del ser humano normal se basa en esta conciencia de libertad y porque una ordenación razonable de la vida humana en sociedad no es posible sin la concesión recíproca de libertad. Existe por tanto acuerdo en que el Derecho penal debe partir del libre albedrío, aunque el mismo no se pueda demostrar exactamente»<sup>35</sup>.

Esta relativización del concepto de «libertad», en opinión crítica de Zaffaroni, «implica afirmar que todo el plano jurídico constitucional y político está asentado sobre una ficción y, más aún, que la conciencia jurídica universal que sustenta esa antropología es producto de una ficción. Es grave considerar que la dignidad del ser humano como persona y, por ende, como ente responsable por su elección y dotado de razón capaz de señalarle lo bueno y lo malo... es una mera ficción y no la vivencia de responsabilidad real y efectiva. La democracia resultaría de una ficción y su diferencia con el totalitarismo se reduciría también a una ficción»<sup>36</sup>.

Sin embargo, no se trata de dinamitar el concepto de dignidad, sobre el que se construyen los derechos humanos que reconocen todos nuestros modelos constitucionales, ni, mucho menos, pretende rebajarla a la categoría de «ficción». Simplemente se ofrece un concepto de libertad de decisión que pueda ser útil a los efectos garantizadores, dogmáticos y político-criminales que, confesadamente, persigue. Sin el reconocimiento de ese modesto nivel de decisión, cualquier pretensión preventiva sería no sólo inadmisibile, sino también sencillamente absurda, ya que la prevención supone interposición de factores del comportamiento a los que, aunque no sean decisivos, se les supone cierta eficacia incompatible con el determinismo. Pero también con el libre albedrío, desconocedor de la relación causa-efecto. La cuestión **(p. 342)** no es reivindicar éste, después de haber negado que pueda probarse. Lo importante es mantener como corolario —o

---

<sup>32</sup> El modo en que las concepciones normativas legitiman el sistema penal se caracteriza por su «falta de referencia a la función del Derecho penal en el marco de la actividad estatal de regulación de conductas»: García Arán, 1988, p. 79.

<sup>33</sup> Lo reconoce expresamente Cerezo Mir, 1997, p. 27.

<sup>34</sup> Roxin, 1997, p. 807.

<sup>35</sup> Roxin, 1997, pp. 808-809.

<sup>36</sup> Zaffaroni, 2000, p. 638.

presupuesto— de la dignidad de la persona una capacidad de decisión, que no es omnímoda, ni ciega, ni carente de causa, sino tributaria de un tiempo y un espacio, de una cultura y de un sistema en el que el sujeto se mueve. Esa capacidad de autodeterminación —que no se identifica con el libre albedrío— es la única advenida por los hechos, y por eso es la única que puede servir de base al juicio de culpabilidad. Por otra parte sólo ese concepto es democrático, en la medida en que permite situar al individuo y sus comportamientos en la dimensión social, sin la que ni aquél ni éstos serían comprensibles.

En la misma línea avanza Muñoz Conde, que insiste en la idea de que la capacidad de abstenerse de realizar la conducta prohibida ha de entenderse de modo «vivencial o fenomenológico, como resultado de nuestra propia experiencia y observación», que nos enseña, o nos hace sentir, que elegimos entre las diversas opciones que se nos ofrecen. En realidad, las relaciones sociales y las responsabilidades que generan se basan en ese sentimiento generalizado. Sobre este dato, sólo fenomenológico o vivencial, pero irrefutable, es posible fundamentar el juicio de culpabilidad<sup>37</sup>.

La relativa posibilidad de actuar de otro modo es un presupuesto de la relevancia jurídica del comportamiento humano, pero no puede constituir el fundamento material único de la culpabilidad. Ésta, como fruto de un proceso de elaboración científica destinado a fundamentar el recurso a la pena, supone entender que su construcción teórica se integra en la orientación teleológica preventiva propia de todo el sistema penal democrático. Sin necesidad —y en esto se distancia de Roxin— de disociar la culpabilidad de los fines de la pena, o de separarla de la responsabilidad, «que no es, en definitiva, más que la consecuencia de declarar culpable al sujeto por lo que ha hecho»<sup>38</sup>. No se trata, en su propuesta, de construir una nueva categoría —la responsabilidad— que supla las deficiencias y aporías del obsoleto concepto tradicional de culpabilidad, sino de redefinir el concepto mismo, haciéndolo capaz de acoger la finalidad preventiva que anima a todo el sistema penal<sup>39</sup>. **(p. 343)**

Si se acude, como no puede ser de otro modo, al Derecho positivo, se constata que la exclusión de responsabilidad —por inimputabilidad o por inculpabilidad— está construida desde una perspectiva preventiva: se produce cuando el autor del hecho antijurídico no comprendió la significación de su comportamiento o no pudo actuar de acuerdo con esa comprensión.

El debate se traslada entonces hacia la determinación de los criterios que deben definir esa (in)capacidad de comprensión o de actuación. Para ello se impone la toma en consideración de un dato irrefutable: «no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social». Y en esa perspectiva puede constatarse que las ciencias del comportamiento permiten fijar normativamente criterios para determinar los casos en los que se puede atribuir a un individuo el hecho cometido y hacerle responsable del mismo. El fundamento común a esos criterios «se encuentra en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida común,... La motivabilidad, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es ... la facultad humana fundamental que, unida a otras... permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida»<sup>40</sup>.

El Tribunal Supremo español, en sentencia de 29-6-99, se hace eco de estas propuestas al apreciar exención incompleta de responsabilidad en la acusada que, bajo los efectos del síndrome carencial, sufre una limitación grave «para ser motivada por la norma penal».

Las consecuencias político-criminales de estos planteamientos parecen obvias: imponer penas, exige, como requisito previo y fundamento lógico la «participación en los bienes jurídicos protegidos y la motivación racional de los mandatos normativos». Y el incumplimiento, por parte de los poderes públicos, de los deberes de integración debe conllevar, en la medida en que suponga aminoración importante de la motivabilidad personal, la exclusión o, en su caso, la atenuación de la culpabilidad<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Muñoz Conde, 2000, p. 400.

<sup>38</sup> Muñoz Conde, 2000, pp. 401-402.

<sup>39</sup> Así desaparecerían «muchas de las objeciones que hemos formulado contra la tesis de Roxin y ésta quedara liberada de todo el lastre que supone el tradicional concepto de culpabilidad»: Muñoz Conde, 1981, pp. 26-27.

<sup>40</sup> Muñoz Conde, 2000, pp. 401 a 403.

<sup>41</sup> Muñoz Conde, 2000, p. 405.

En buena medida, el art. 45 CP, en coherencia con el inciso último del art. 89 de la Constitución Política del Perú<sup>42</sup>, se hace eco de esta afirmación (p. 344) de co-responsabilidad de la sociedad en la comisión del delito. «Nuestra colectividad —observa la Exposición de Motivos— estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva», de acuerdo con lo que la fundamentación y determinación de la pena deberán hacerse teniendo en cuenta «las carencias sociales que hubiere sufrido el agente» así como su «su cultura y sus costumbres». Sólo de este modo «el reproche de culpabilidad puede fundarse en un dato real, y no en una mera ficción jurídica»<sup>43</sup>.

## VI. Exclusión de culpabilidad

La validez de las anteriores propuestas sólo puede constatarse si se comprueba su conciliabilidad con el Derecho positivo. Tratándose de propuestas dogmáticas, no puede ser de otro modo. Aunque teniendo siempre presente la dimensión crítica del trabajo dogmático, que no se reduce a mera exégesis repetitiva del concreto precepto, sino construcción científica a la vista de todo el ordenamiento.

Precisamente, según se ha visto, la función preventiva del sistema penal impone una perspectiva teleológica tanto en la construcción de las categorías teóricas como en la aplicación de un Derecho positivo a cuya comprensión y funcionalidad aquellas cooperan.

Se trata, pues, de intentar la proyección de esas categorías sobre la Parte General del Código Penal. Teniendo en cuenta que el Derecho positivo, de ordinario, no define la culpabilidad, ni sus elementos. Por el contrario, prefiere limitarse, en negativo, a describir las causas de exclusión de culpabilidad o de exculpación. Que no son sino las causas de inimputabilidad, el error de prohibición y las causas de inexigibilidad de una conducta distinta.

### 1. Inimputabilidad

A partir de lo dicho, debe considerarse superada la tradicional concepción de la imputabilidad como capacidad de conocer y querer —ya que nos consta que nuestras decisiones vienen condicionadas por factores psíquicos (p.345) y socioculturales— para entenderla como capacidad de ser normalmente motivado en el sentido que pretende la norma. Que es lo que impone el Derecho positivo, al apreciar inimputabilidad cuando el autor del hecho antijurídico no es susceptible de desvaloración jurídica, puesto que no comprendió la significación de su comportamiento o no pudo actuar de acuerdo con esa comprensión.

El debate se traslada entonces hacia la determinación de los criterios de acuerdo con los cuales definir esa (in)capacidad de comprensión o de actuación.

Ahora bien, si el sujeto sólo puede ser imputable en cuanto es motivable, la imposición de penas exige como requisito legitimante la «participación en los bienes jurídicos protegidos y la motivación racional de los mandatos normativos». Y el incumplimiento, por parte de los poderes públicos, de los deberes de integración de los ciudadanos debe comportar, en la medida en que suponga alteración importante de la motivabilidad personal, la exclusión o, en su caso, la atenuación de la culpabilidad<sup>44</sup>.

Por tanto, la imputabilidad se desvincula de «potencialidades consubstanciales al ser humano... y queda vinculada a un resultado (que puede alterarse) consistente en una aptitud para entender y aceptar concretas valoraciones sociales, pues eso es al fin y al cabo la capacidad para comprender la ilicitud de la conducta y actuar conforme a esa comprensión»<sup>45</sup>.

No otra cosa impone el art. 20 CP, cuando en su numeral 1 declara exento de responsabilidad a quien «por anomalía síquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender

---

<sup>42</sup> «El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas».

<sup>43</sup> Prado Saldarriaga, 1991, p. 50.

<sup>44</sup> Muñoz Conde, 2000, p. 405.

<sup>45</sup> Quintero Olivares, 1999, pp. 41 y 42.

el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esa comprensión».

El Derecho positivo no define la imputabilidad, sino a contrario sensu: son imputables quienes no están probadamente incurso en una causa de exclusión de la imputabilidad, tal como recuerda la multicitada Ejecutoria Suprema de la Corte Suprema de 10 de agosto de 1981.

Amenazar con pena a los que sí lo están sería para ellos (prevención especial) inútil; para la colectividad (prevención general), como consecuencia (p. 346) de la inidoneidad en estos casos de la conminación penal, supondría acentuar la negación de vigencia (fáctica) de la norma, que sólo puede aparecer como eficaz si dirigida a quienes pueden adecuar a ella sus comportamientos.

Antes de decidirse, pues, por la imposición de pena o de una medida de seguridad, el juez habrá de constatar, amén de la realización de una conducta objetivamente antijurídica, la existencia de un sujeto inimputable o imputable. Y siguiendo la técnica legal, afirmará la imputabilidad del mayor de edad siempre que no concurran causas que la excluyan. La imputabilidad es la regla que se presume; esas causas, la excepción que habrá que probar.

Los presupuestos determinantes de la imposibilidad de comprender el carácter ilícito del propio comportamiento o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, son, en el Código Penal peruano, tres: anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones en la percepción que afecten gravemente a la concepción de la realidad.

La diferente naturaleza de estos presupuestos impide hablar, como se hacía tradicionalmente, de una base patológica o incluso psicopatológica. Lo patológico puede existir, pero ni siquiera es determinante a la hora de apreciar la anomalía psíquica. Por eso hay que discrepar de afirmaciones como la de Prado Saldarriaga en el sentido de que «la noción legal de imputabilidad opera en todo proceso penal como una presunción *Juris Tantum* y que solo puede ser cuestionada en base a un diagnóstico psiquiátrico»<sup>46</sup>, ya que el alcance de los supuestos legales de inimputabilidad excede lo puramente psiquiátrico.

En efecto, frente a la vieja dogmática, que, al equiparar imputabilidad con capacidad de querer y conocer, y al identificar en la locura un presupuesto biológico, niega automáticamente al loco la capacidad de culpabilidad, hoy se tiende a relativizar el papel de las causas de la anormalidad y a atender fundamentalmente a sus efectos. Lo cual no sólo parece más científico, sino también más democrático, ya que de este modo se renuncia a una clasificación (discriminatoria) de las personas entre anormales (locos) y normales (cuerdos) para centrarse en la valoración jurídica de los efectos que aquellas causas producen en cada persona<sup>47</sup>. (p. 347)

Cuando se habla de anomalía psíquica, se está acudiendo a una terminología no especializada, que puede sugerir el recurso a lo psiquiátrico, pero también a otros ámbitos relacionados con lo psíquico. Y podrá entenderse —al igual que hace la doctrina española— que aquí tienen cabida no sólo las enfermedades mentales, como neurosis o psicopatías, sino también «aquellos defectos o alteraciones del proceso de socialización relevantes en la determinación de la inimputabilidad de un individuo, aunque no sean estrictamente reconducibles al concepto de enfermedad mental»<sup>48</sup>.

Para determinar qué incidencias —psíquicas— del proceso de socialización son determinantes de anomalía, hay que acudir, como ineludible referencia, al concepto de normalidad<sup>49</sup>. Que, en el ámbito de la imputabilidad en que nos movemos, no puede basarse en meras consideraciones psicológicas, sino que dependerá de una decisión normativa, en la que se integran criterios derivados de los principios de igualdad, humanidad, proporcionalidad, intervención mínima, prevención, resocialización, etc.<sup>50</sup>.

De ahí el profundo relativismo con que desde el Derecho se examinan las categorías psiquiátricas: no hay equiparación mecanicista entre anomalía psíquica e inimputabilidad, sino requerimiento al

---

<sup>46</sup> Prado Saldarriaga, 1991, p. 94.

<sup>47</sup> Quintero Olivares, 1999, pp. 41y 42.

<sup>48</sup> Muñoz Conde, 2000, p. 425.

<sup>49</sup> Ya que *trastornar* es, en el *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, «Volver una cosa de abajo arriba o de un lado a otro... Invertir el orden regular de una cosa... Perturbar el sentido o la cabeza los vapores u otro accidente».

<sup>50</sup> Agostinetti, 2000, p. 201. En sentido semejante, Hurtado Pozo, 1978, p. 265.

psiquiatra para que emita su dictamen, desde las necesidades del proceso penal, que no son las de constatar la existencia de «enfermedad», sino la de comprobar si existe el mínimo requerido para afirmar esa normalidad de reacciones en lo social; objetivo que no podrá cubrirse sólo con la intervención pericial, ya que la imputabilidad es un concepto jurídico, no médico o psiquiátrico<sup>51</sup>.

El giro que así ha dado la cuestión es importante. Queda definitivamente superada la perspectiva eticista<sup>52</sup>, y se incorpora al juicio de inimputabilidad el proceso de socialización, que se continúa «durante toda la vida con la internalización de las diversas normativas sociales y jurídicas»<sup>53</sup>. **(p. 348)**

La grave alteración de la conciencia, que es el segundo de los presupuestos enumerados por el Código, puede recoger supuestos que frente a la anomalía —relativamente permanente— tengan carácter transitorio. Pero las diferencias quedan reducidas a eso. Tanto una como otra afectan al mundo de lo psíquico<sup>54</sup>, y ambas han de ser determinantes de los mismos efectos.

Deben considerarse incurso en este supuesto los casos de intoxicación plena y síndrome de abstinencia de intensidad equivalente<sup>55</sup>.

La tercera tipología de sujetos inimputables legalmente contemplada es la que sufre «alteraciones en la percepción que afectan gravemente su concepto de la realidad».

Si la imputabilidad es capacidad de decidir el propio comportamiento de acuerdo con previas valoraciones, el fundamento de la eximente resulta obvio: sólo se puede recibir el mensaje prescriptivo de la norma si previamente se captó su mensaje valorativo. Cuando el grado de desocialización es tan alto que no existe esa capacidad de captar lo jurídicamente valioso y lo que no lo es, el sujeto no puede ser culpable.

En esta línea, y en interpretación de una eximente materialmente idéntica («alteraciones en la percepción») la sentencia del Tribunal Supremo español de 24-2-99, haciéndose eco de doctrina anterior, entendió amparados por la eximente a quienes «padecen la alteración de la percepción derivada de un contorno social desfavorable». A partir de ahí, concluye que, aunque «ha de partirse del defecto sensorial (sordomudez, ceguera, etc.) o de una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos... no puede descartarse por completo que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del sujeto con la sociedad. Lo importante será no olvidar que en base a esa anomalía, ha de originarse una grave alteración de la conciencia de la realidad».

La grave alteración de la realidad ha de ir referida a lo cultural valorativo. Por ello, debe considerarse irrelevante la existencia de graves carencias **(p. 349)** en el ámbito del conocimiento matemático, cibernético o tecnológico, por ejemplo. Las alteraciones en la percepción no influyen en ese nivel, sino en el de los principios elementales hegemónicos de convivencia.

Quien no conoce, siquiera sea en términos aproximativos, el catálogo de los principios jurídicos básicos y su relevancia —que obliga a respetarlos— carece del desarrollo intelectual necesario para ser motivado por una norma teleológicamente dirigida a la protección de aquéllos. Este sujeto no es imputable. Y ello con independencia de cuales sean las causas determinantes de su relevante déficit de socialización. Aunque parece obvio que esas causas, en la medida en que no pueden reconducirse a la anomalía psíquica o a la alteración de conciencia, tendrán, fundamentalmente, origen social<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> Del Rosal Blasco, 1995, p. 69.

<sup>52</sup> «Conforme a un concepto actual de enfermedad penal no es posible sostener que una de sus características sea esa imposibilidad de saber lo que está bien o mal»: Quintero Olivares, 1999, p. 103.

<sup>53</sup> Muñoz Conde, 2000, p. 422.

<sup>54</sup> No en otro sentido puede entenderse el término «conciencia», si se tiene en cuenta que los efectos que se le exigen por el art. 20 exceden lo puramente cognitivo.

<sup>55</sup> Son supuestos incluidos expresamente como causas de inimputabilidad por el Código Penal español, art. 20.2º. Ver Terradillos Basoco, 2002, pp. 53 a 55.

<sup>56</sup> De opinión contraria, Solís Espinoza, 1994, p. 656, mantiene que la inclusión de esta eximente es inútil reiteración, ya que no constituye sino una modalidad del trastorno mental,

En este punto no será ocioso reclamar la atención sobre la espinosa cuestión de los conflictos que se provocan en los casos de diversidad cultural, cuando se realizan conductas antijurídicas acordes con pautas de comportamiento imperantes en un colectivo determinado, pero incompatibles con las exigencias del sistema penal.

Si bien los intentos de llegar a la exención de responsabilidad afirmando la inimputabilidad de los sujetos ha llegado a tener reconocimientos de Derecho positivo en el área latinoamericana, la doctrina mayoritaria se inclina a recelar de estas lecturas, considerándolas racistas y etnocéntricas<sup>57</sup> o, simplemente, absurdas<sup>58</sup>.

Estas críticas han de estimarse fundamentadas cuando se cuenta con precedentes como el del «Código Maurtúa», que preveía para los «salvajes» e «indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo», medidas de internamiento en casas de trabajo o de colonia penal agrícola por tiempo indeterminado<sup>59</sup>. Tal opción es rechazada por la Exposición de Motivos del Código, que, «en reconocimiento a la heterogeneidad cultural **(p. 350)** de los habitantes de nuestro país... ha dado acogida a una forma especial de error conocida en la doctrina como “error de comprensión culturalmente condicionado”».

Aunque quien por su cultura o costumbres no participa del código valorativo hegemónico positivizado en la ley penal podría haber sido considerado inimputable, en la medida en que su concepto de la realidad queda gravemente mediatizado por las alteraciones (en el sentido valorativo antes apuntado) de la percepción<sup>60</sup>, el Código Penal peruano ha optado por dar a estos supuestos un tratamiento autónomo equivalente al que se dispensa a quien actúa con error de prohibición.

El efecto psicológico radica, según la redacción de la eximente en el Código, en la imposibilidad «de comprender el carácter ilícito» del hecho, o de «conducirse de acuerdo con esa comprensión».

En todo caso, la imputabilidad, como todos los elementos del delito, va referida al momento de ejecución del hecho típico. De ahí que sean habituales en Derecho comparado la exigencia de esa coincidencia cronológica y la formulación de explícitas respuestas normativas a la problemática suscitada por las acciones liberae in causa.

La teoría de las acciones liberae in causa responde a los supuestos de inimputabilidad en el momento de ejecución, pero de imputabilidad cuando aquélla fue provocada con el propósito de delinquir o cuando se hubiera previsto o debido prever la comisión del delito<sup>61</sup>.

Para responder a estas situaciones, la doctrina maneja dos modelos teóricos: el de la tipicidad y el de la excepción.

El primero de ellos, mayoritario en la doctrina, aprecia la eximente en el momento final, aunque la provocación de esa situación por el propio sujeto permite retrotraer su responsabilidad a un momento anterior «haciéndole responder conforme a los principios generales de imputación, referidos en su conjunto a esa actio praecedens». Para el modelo de la excepción, el castigo se vincula al comportamiento inculpable, «valorando excepcionalmente la imputabilidad en un momento anterior: el de la creación de esa situación de inculpabilidad»<sup>62</sup>. **(p. 351)**

En estrecha relación con el primer modelo, se ha mantenido que cuando el sujeto planifica y dirige conscientemente su situación de inimputabilidad para ejecutarlo, en realidad se está utilizando a sí mismo como instrumento. Ahora bien, si el sujeto se utiliza a sí mismo como instrumento, lo que existe es un problema de autoría mediata, y en esa sede sistemática procedería tratar esta cuestión.

---

caracterizada por la brevedad de sus manifestaciones.

<sup>57</sup> Sotomayor Acosta, 1996, pp. 261-262.

<sup>58</sup> Zaffaroni, 2000, p. 705.

<sup>59</sup> En opinión de Jiménez de Asúa, 1926, p. 39, «la numerosa cantidad de indios que hay en el país obliga a esas especiales medidas asegurativas, y aun se debería ir más lejos, creando una verdadera legislación penal asegurativa y tutelar para la delincuencia de los indígenas no civilizados o cuyo grado de civilización es rudimentario».

<sup>60</sup> Ver Terradillos Basoco, 2002, pp. 60-62.

<sup>61</sup> Ver Román Quiróz, 2000, p. 32.

<sup>62</sup> Rodríguez Montañes, 2002, p. 34.

Choca esta posible lectura, sin embargo, con la literalidad de la ley al definir la autoría mediata: el Código Penal considera autores a quienes realizan el hecho punible por sí mismos «o por medio de otro».

Pero este argumento, si se acepta la posibilidad de lectura del término «otro» en términos normativos, no es definitivo. También el art. 25 del Código Penal alemán alude a la actuación «por medio de otro», sin que ello haya sido óbice para entender que la actio libera in causa sea construida como un caso especial de la autoría mediata. Es más, como advierte Schünemann, de ese dato legal «se puede inferir, utilizando directamente un argumento a fortiori («con mayor razón»), la punibilidad de la comisión del hecho por sí mismo como instrumento incapaz de culpabilidad»<sup>63</sup>.

A falta de reglas específicas en sede de inimputabilidad, la respuesta jurídico-penal a los supuestos de acciones liberae in causa deberá construirse de acuerdo con las reglas generales de la autoría.

## **2. Error de prohibición**

A tenor del art. 14, «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».

El requisito del conocimiento de la antijuricidad como integrante de la culpabilidad «es la culminación de la idea de culpabilidad como fundamento de la imposición de una pena»<sup>64</sup>. De ahí la trascendencia de la opción del legislador peruano. Pero, en esa línea, éste ha precisado más, al decidirse por positivizar la distinción error de tipo-error de prohibición. En efecto, tal como explica la Exposición de Motivos del Código Penal, «tradicionalmente se han utilizado los términos de error de hecho y error de derecho. **(p. 352)** Las nuevas fórmulas sustitutivas de error de tipo y error de prohibición indican contenidos distintos a los aludidos con las denominaciones tradicionales. Mientras que las expresiones lingüísticas antiguas, hoy superadas por el progreso de la doctrina penal, permitían distinguir entre lo fáctico y lo jurídico, ocurre ahora que el error de tipo está referido a todos los elementos integrantes del mismo, ya sean valorativos, fácticos y normativos (circunstancias de hecho justificantes o exculpantes), quedando el error de prohibición vinculado a la valoración de la conducta frente al ordenamiento jurídico en su totalidad».

La misma respuesta se dispensa, tal como se adelantó, a los casos de error de comprensión culturalmente condicionado.

El déficit de integración democrática que se manifiesta en estos supuestos obliga a los poderes públicos a estrategias político-criminales de amplio espectro que concedan la debida relevancia a los sistemas valorativos y normativos no hegemónicos. Y el Derecho peruano ha optado por hacerlo al margen del Derecho penal.

## **3. No exigibilidad de otra conducta**

Si la culpabilidad requiere motivabilidad, aquélla debe ser negada cuando el sujeto, motivable de ordinario, sufre la influencia de circunstancias transitorias de tal entidad que, en el caso concreto, determinan que no se le pueda exigir adecuar su comportamiento a Derecho. El sujeto conserva su capacidad de conocer la significación de sus hechos y de adecuar su comportamiento a esa comprensión, pero no tiene sentido amenazar con pena a quien actúa compelido por factores tan poderosos que se sobreponen a esa conminación.

Dos causas de esta naturaleza contempla el Código Penal peruano: el miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante.

El art. 20.7 declara exento de responsabilidad criminal al que obra «compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor».

La caracterización dogmática del miedo insuperable viene siendo objeto de polémica, aunque la mayoría identifica en él una causa de inexigibilidad de otra conducta<sup>65</sup>. **(p.353)**

---

<sup>63</sup> Schünemann, 1999, pp. 106-107.

<sup>64</sup> Muñoz Conde, 2001, p. 179.

<sup>65</sup> Paredes Vargas, 1993, p. 632.

Ahora bien, puede entenderse la inexigibilidad como imperativo de la justicia<sup>66</sup>, o, más modestamente, entenderla vinculada a la necesidad o utilidad de pena, que queda enervada en razón de la anormalidad motivacional en que se mueve el sujeto.

De acuerdo con tal caracterización, no es necesario un terror que prive de lucidez o fuerza de voluntad<sup>67</sup>. Basta con el temor, que, para ser relevante, ha de ser insuperable, es decir, aquél que no hubiera podido resistir la persona media, el común de las personas. Siempre que se analice la situación de acuerdo con un doble parámetro: el contexto situacional del sujeto y las circunstancias referidas a su personalidad<sup>68</sup>; con todos sus conocimientos y condiciones personales físicas y mentales, excepto aquéllas que pudieran excluir la normalidad de criterio. Así, se tendrán en cuenta la edad, la fuerza, la cultura, etc., del sujeto concreto, pero no sus características patológicas, por ejemplo neurosis, que dan lugar a un miedo que el hombre normal superaría. En estos casos procede negar la culpabilidad por concurrir una anormalidad mental, no por inexigibilidad de otra conducta<sup>69</sup>.

La exigencia legal de que el sujeto actúe compelido por un miedo «de un mal igual o mayor», resulta inútil y notoriamente perturbadora, puesto que no se indica el otro extremo de la comparación. Quizá haya que entender que el mal que se quiere eludir realizando la conducta típica ha de ser igual o mayor que el que resultaría evitándola. Pero el miedo insuperable no es una causa de justificación, que obligaría a ponderar objetivamente los males en conflicto, sino una causa de exculpación, en la que lo relevante sólo puede ser el influjo que el mal amenazado tiene en el sujeto que sufre la amenaza.

De acuerdo con ello, la lectura del art. 20.7 no puede realizarse en clave «objetivista». Que por otra parte no viene impuesta por la letra de la ley. Lo coherente es entender que la comparación entre males ha de hacerse desde la perspectiva del sujeto que sufre el miedo<sup>70</sup>. Con lo que la inadecuada fórmula legal equivale —si tiene que equivaler a algo— a la no atribución de eficacia eximente a las amenazas triviales, por la nimia entidad (**p. 354**) del mal conminado o por la excesiva lejanía del mismo. Casos en los que difícilmente el miedo puede resultar insuperable.

El 20.5 exime de responsabilidad al 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 causo el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica».

Esta modalidad de estado de necesidad, según se observa en la Exposición de Motivos, «constituye un caso expreso de no exigibilidad de otra conducta que se diferencia del estado de necesidad justificante por indicar en numerus clausus cuáles son los bienes jurídicos elementales, en el sentido de importantes, que deben ser amenazados, así como por resaltar la antijuricidad del hecho, todo lo cual se explica en razón a que el presupuesto de la exclusión de culpabilidad no está en la colisión de bienes jurídicos de distinta jerarquía en la que se deba proteger el más importante, sino en el conflicto de intereses jurídicos de idéntico o similar rango, en donde la presión psíquica hace no exigible un comportamiento adecuado a derecho».

El precepto, que constituye traducción casi literal del § 35.10 StGB, recoge un supuesto de antijuricidad disminuida —en la medida en que el sujeto lesiona un bien jurídico, pero defiende otro— y, sobre todo de culpabilidad disminuida, debido a la presión anímica dimanante de la situación de peligro<sup>71</sup>.

Pero, además, exceptúa de la exención de responsabilidad a determinados sujetos especialmente obligados a hacer frente al peligro. De lo que hay que deducir, como hace Roxin, que, en estos casos,

---

<sup>66</sup> Varona Gómez, 2000, p. 377.

<sup>67</sup> Mir Puig, 1998, p.623.

<sup>68</sup> Varona Gómez, 2000, p. 169.

<sup>69</sup> Mir Puig, 1998, p.624.

<sup>70</sup> Es la tesis que, en comentario jurisprudencial, acertadamente sustenta Paredes Vargas, 1993, p. 634.

<sup>71</sup> Roxin, 1997, p. 899.

se contempla un peligro que podía haber sido soportado por el sujeto. Este, en consecuencia, tuvo la alternativa de actuar conforme al Derecho, y al no hacerlo se comportó culpablemente. El sistema parte, pues, de la concurrencia de culpabilidad, aunque notablemente disminuida. Lo que no obsta para eximir totalmente de responsabilidad penal, porque en estas situaciones extremas no es necesaria, al contrario de lo que ocurre con quienes debieron hacer frente al peligro, la intervención punitiva preventiva<sup>72</sup>. **(p. 355)**

De este modo, frente a quien actúa en estado de necesidad exculpante cabe la legítima defensa y la participación en el hecho realizado en estas circunstancias es punible.

---

<sup>72</sup>

Roxin, 1997, pp. 222 y 792.