

“MÁS ALLÁ DEL DEBER”: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LOS “COMPORTAMIENTOS SUPEREROGATORIOS” EN EL DERECHO PENAL PERUANO

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ*
*Universidad de Pompeu-Fabra
España*

I

1. Constituye ya una afirmación común decir que el Derecho penal es un conjunto de normas que prohíben la comisión de delitos y les asocian penas, como su consecuencia¹. Y más común todavía es asociar en el lenguaje ordinario la idea de Derecho penal a comportamientos graves y a la aplicación de sanciones también graves. En ocasiones, sobre todo cuando se emplea un lenguaje más técnico y especializado, “Derecho penal” se refiere también a algunos supuestos en los que la eventual responsabilidad penal se ve atenuada o incluso desaparece. No me refiero ahora a los supuestos de las denominadas causas de justificación, o de ausencia de culpabilidad, en virtud de las cuales el agente se ve libre de pena, sea porque su conducta es acorde con el ordenamiento (causa de justificación) o él mismo se halla en una situación en la que no se le puede hacer culpable o se le disculpa (ausencia de culpabilidad). En otros casos, intervienen motivos de política criminal (falta de necesidad de sancionar) para eximir de pena, por razones distintas a la antijuricidad o a la culpabilidad (condiciones de punibilidad, etc.). Además, pueden operar algunas circunstancias como atenuatorias de la responsabilidad penal. En definitiva, “Derecho penal” se asocia a conductas graves que llevan consigo una sanción también grave; sanción que en algunos casos se excluye

* Profesor Titular de Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra. Deseo agradecer al profesor *Percy García Cavero*, de la Universidad de Piura, sus agudas observaciones sobre este tema, así como sobre aspectos del Derecho positivo del Perú. Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación más amplio sobre los comportamientos supererogatorios en Derecho penal.

¹ Cfr. al respecto la definición —que parte de la ofrecida por VON LISZT— y otros matices, en S. MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1998, Lecc. 1, Nm. 8-10 y 16-17.

o atenúa. Así, "Derecho penal" parece un ámbito ajeno a premios y recompensas. Pero ¿interesan de alguna manera los premios y recompensas al Derecho penal?

2. Lo habitual en el Derecho penal es proceder a imputar a título de demérito: el *reproche* dirigido a un sujeto por haber realizado una conducta contraria a lo exigido en la norma. Así, a quien da muerte a otro en circunstancias de plena imputabilidad y sin que se vea afectada por otros motivos su culpabilidad, se le imputa esa conducta típica de homicidio a título de *reproche*, de *demérito*. Pero también existe la posibilidad, como ya sucede en los más variados ámbitos de la vida social, de alabar a un sujeto por su conducta. Es más, quien merece alabanza y no reproche, quien obra más allá del deber, no sólo no se hace acreedor de un castigo, sino que tampoco puede tratarse como al que cumplió su deber. En estas páginas se efectúan unas breves consideraciones sobre los llamados *comportamientos supererogatorios*, caracterizados por ser conductas que exceden de lo que el deber concreto impera².

3. En la Filosofía moral suele hacerse referencia a quien obra de forma supererogatoria como héroe o santo. La calificación, sin embargo, se emplea en Derecho penal a veces de forma impropia. Así, viene considerándose que el Derecho penal ha de prever una vía para dejar de sancionar a quien obra en situaciones críticas (estado de necesidad exculpante, inexigibilidad de otra conducta), porque –se dice– no puede exigirse a los ciudadanos comportarse como *héroes*³. Se afirma así que "un Derecho penal democrático no quiere ser un derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría"⁴. En esa misma medida, a quien sucumbe a los mandatos del Derecho en una situación crítica no justificada, es decir, a quien no se comporta como un *héroe*, no se le trata como a un *canalla*, sino que puede dejar de imputársele su conducta a título de demérito (se le exculpa). Se imputa, en cambio, a título de demérito, esto es, se trata como a un *canalla*, a quien en circunstancias no críticas, obra contra el Derecho. Caben, por tanto, tres posibilidades: *no imputación*; imputación a título de *demérito* e imputación a título de *mérito*. A esta última hacen referencia los comportamientos supererogatorios.

2 Sobre los orígenes y evolución de la categoría de comportamientos supererogatorios, cfr. con más datos y referencias, J. HRUSCHKA: "Supererogation and Meritorius Duties", en *Jahrbuch für Recht und Ethik – Annual Review of Law and Ethics*, vol. 6 (1998), pp 93-108. Sobre la relación de los comportamientos supererogatorios con el concepto más amplio de altruismo, cfr. D. O. DAHLSTROM: "Die altruistische Einstellung", *ibidem*, pp 73-77.

3 Cfr. S. MIR PUIG: *DP. PG*, Lecc. 24, Nm. 3.

4 *Ibidem*.

4. Podría parecer que esta forma de imputación resulta ajena al Derecho penal, centrado como está, en cambio, en la imputación de las conductas típicas a título de reproche. Sin embargo, los comportamientos que exceden de lo exigido mediante las normas penales también despliegan –o pueden desplegar– efectos en Derecho penal. En estas páginas, tras analizar qué se entiende por tales comportamientos (II), se analizan algunos supuestos previstos en el Derecho penal del Perú en los que se beneficia al agente, sea con la exención, sea con la atenuación de la pena (III), para identificar entre ellos los denominados supererogatorios. Al final (IV), se efectúan unas consideraciones sobre la trascendencia teórica y práctica de estos comportamientos en Derecho penal.

II

1. Acostumbrados a razonar según el modo propio del positivismo, puede resultar llamativo que se preste atención aquí a comportamientos que exceden de lo establecido por el deber. En efecto, a un Derecho penal que aplica sanciones, y cuyas reglas de la parte general establecen las condiciones de las penas, no parece preocuparle aquellas conductas que exceden de lo establecido por el deber. Se tratará cuanto menos de conductas propias de la Moral, pero no del Derecho. Este planteamiento puede resultar ingenuo y superficial: ingenuo, por partir de una diferenciación entre Moral y Derecho difícil de establecer con nitidez; y superficial, por cuanto la vinculación moral persigue al jurista "como la sombra al cuerpo". Así, elaborar un Derecho desligado de la Moral supone adoptar ya una concreta perspectiva moral, a saber la de excluir criterios de dicho género. Pero si se parte de la idea básica de que *lo moral* es el ámbito de la conducta humana por ser humana, se entenderá que Derecho y Moral no sólo no se hallen enfrentados, sino que exigen una mutua relación, como también una adecuada diferenciación. Y ello, porque aun refiriéndose ambos a conductas humanas, las consecuencias y vigencia de uno y otra recaen sobre ámbitos en parte distintos. El Derecho se refiere a conductas humanas externas de trascendencia social (alteridad), y el Derecho penal, a esas conductas cuando vienen dotadas de la suficiente gravedad como para hacer inevitable el recurso a penas u otras consecuencias sancionatorias. La idea de la que se parte en estas líneas es que los comportamientos supererogatorios no pertenecen al ámbito exclusivo de la Moral y la Filosofía moral, aunque hayan sido en éstos más elaborados⁵, sino que también en el Derecho, y en el Derecho

5 En efecto, el tema viene ocupando desde hace unos años a la Filosofía moral, cfr. J. O. URMSON: "Saints and Heroes", en A. I. MELDEN (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, 1958; el mismo: "Saints and Heroes", en J. FEINBERG (ed.), *Moral concepts*, London, 1969; R. M. CRISHOLM: "Supererogation and Offence - A Conceptual Scheme for Ethics", en *Ratio*, vol. 5 (1963), pp. 1 ss; NAGEL: *The Possibility of Altruism*, Oxford, 1970; el mismo: *The View From Nowhere*, New York et

penal, poseen relevancia⁶. El positivismo parece haber preferido en cambio estas categorías, que rebrotan en los últimos años en la doctrina⁷.

2. En una primera aproximación, entendemos por comportamiento supererogatorio aquél que excede de lo prescrito por un deber y que, en esa medida, se imputa al agente a título de mérito. Esta definición básica presupone partir de que la conducta humana viene referida a normas y éstas posibilitan el juicio de imputación. Toda conducta humana, por el hecho de serlo presupone una regla de conducta. Pero una regla de conducta exige además poder imputar a un sujeto lo que realiza: las reglas de conducta requieren reglas de imputación⁸. Sea cual sea el ámbito de que tratemos, contamos con la existencia de una norma de conducta que da pautas al posible agente (función prospectiva de las reglas de conducta). Esas mismas reglas pueden ser empleadas como baremo de medición (regla) de la conducta (función retrospectiva)⁹, en cuyo caso, es preciso que ante todo estemos en

al., 1986; el mismo: *The Last Word*, New York et al., 1997; J. HRUSCHKA/J.C. JOERDEN: "Supererogation. Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck", en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1987, pp. 93-123; D. HEYD: *Supererogation. Its Status in Ethical Theory*, Cambridge et al., 1982; así como las construcciones de diversos autores recopiladas en el volumen 6 (1998) del *Jahrbuch für Recht und Ethik - Annual Review of Law and Ethics*, bajo el título *Altruismus und Supererogation - Altruism and Supererogation, passim*. También viene ocupando a otros ámbitos del saber, por ejemplo, G. MELLEMA: *Beyond the Call of Duty. Supererogation, Obligation, and Offence*, Albany, 1991; M. SCHUMAKER: *Sharing Without Reckoning. Imperfect Right and the Norms of Reciprocity*, Waterloo, Ont., 1992.

6 En la doctrina penal, cfr. J. HRUSCHKA: en *Jahrbuch für Recht und Ethik - Annual Review of Law and Ethics*, vol. 6 (1998), *passim*; y, J. HRUSCHKA: en J. HRUSCHKA/J.C. JOERDEN, "Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck", en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1987, pp. 93-123. En la doctrina penal española más reciente ha sido objeto de interés también últimamente, cfr. F. BALDÓ LAVILLA: *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio de las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1995, en especial, pp. 200 ss. y 348 ss.

7 Cfr. J. HRUSCHKA: en *Jahrbuch für Recht und Ethik - Annual Review of Law and Ethics*, vol. 6 (1998), pp. 107-108.

8 Sobre la relación de mutua implicación entre el sistema de reglas de conducta y el sistema de reglas de imputación, cfr. J. HRUSCHKA: en J. HRUSCHKA/J.C. JOERDEN, "Supererogation. Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck", en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1987, pp. 98-100. Sobre la relación lógica (deóntica) entre deberes y facultades y comportamientos supererogatorios, cfr. J.C. JOERDEN: *ibidem*, pp. 104-120; el mismo: "On the Logic of Supererogation", en *Jahrbuch für Recht und Ethik - Annual Review of Law and Ethics*, vol. 6 (1998), pp. 145-159; también M.S. MOORE: "Liberty and Supererogation", en *Jahrbuch für Recht und Ethik - Annual Review of Law and Ethics*, vol. 6 (1998), pp. 111-143.

9 Cfr. J. HRUSCHKA: en J. HRUSCHKA/J.C. JOERDEN, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1987, pp. 95-97.

condiciones de atribuir a un sujeto la conducta como "hecho" (*imputatio facti*). Una vez imputado el "hecho", se confronta éste con la regla de conducta empleada ahora como baremo de medición (*applicatio legis ad factum*); sólo a continuación se procede a imputar a su agente ese "hecho", medido ya conforme a la regla, a título de mérito o de demérito (*imputatio iuris*). Imputamos a título de demérito cuando el hecho del agente ha quedado por debajo de lo que el deber (la regla de conducta) exige; imputamos, en cambio, a título de mérito cuando el agente ha actuado más allá de lo exigido por un deber; y sencillamente, no hay imputación, cuando la conducta ha sido llevada a cabo dentro del marco y medida de lo debido¹⁰: a quien cumple la norma no se reprocha ni alaba, pues es lo mínimo que de él cabe esperar¹¹.

3. Puede anticiparse que los hechos imputados a título de demérito son aquellos en los que el Derecho penal prevé y aplica penas: se trata —sin perjuicio de ulteriores precisiones— de conductas antijurídicas de sujetos culpables por las que pueden aplicarse penas. Las conductas meritorias dan lugar a alabanza y premio. En la medida en que el Derecho penal se comprenda como una sistematización racional de la imputación de responsabilidad, da entrada al pensamiento del mérito y el premio, como ha sucedido desde antiguo¹², y también en la actualidad. Ejemplo de ello, que se tratará más por extenso *infra*, es lo previsto en el artículo 46.10 CP: la confesión sincera del culpable antes de haber sido descubierto no es objeto de una regla de conducta *preceptiva*, tampoco de una *prohibitiva*, sino que

10 De donde se percibe que, cuando no se imputa una conducta, es distinto si ello se produce porque se exculpa a su autor (inexigibilidad) o se comprueba que obró conforme a la norma. En este último caso, su conducta es acorde con el sistema de reglas de conducta dirigido al destinatario; en cambio, cuando se exculpa al agente, su conducta es contraria a la regla pero no se imputa. Cfr. *infra*, nota 39.

11 Cfr. todo ello en J. HRUSCHKA: "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", (trad. F. BALDÓ), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, pp. 343-356.

12 Cfr., por ejemplo, ARISTÓTELES: *Ética nicomáquea. Ética eudemia*, introducción por E. LLEDÓ ÍÑIGO, traducción y notas por J. PALLÍ BONET, 1ª ed., Madrid, ed. Gredos, 1985, 3ª reimpr., 1995, 1109b 34-35, quien al plantearse en la cuestión de las acciones voluntarias e involuntarias, destaca el interés que ello posee "para los legisladores, con vistas a los honores y castigos". De acciones meritorias, demeritorias o no imputadas porque al sujeto no cabe exigirle otra conducta, trata también, siglos después, TOMÁS DE AQUINO: *Comentario a la ética a Nicómaco de Aristóteles* (1270-1272), trad. A. MALLEA, estudio preliminar y notas, C.A. LÉRTORA MENDOZA, Pamplona, Eunsa, 2000, párrafos 245-247. Y después, autores que construyeron teorías de la imputación en el marco del Derecho natural racionalista, así S. PUFENDORF: *De Officio Hominis et Civis*, 1673, lib. I, cap. 3, §13, cit. por J. HRUSCHKA, en *Jahrbuch für Recht und Ethik - Annual Review of Law and Ethics*, vol. 6 (1998), p. 103; y Ch. THOMASIIUS: *Fundamentos de Derecho natural y de gentes* (*Fundamenta Iuris Naturae et Gentium*, 1705), trad. S. RUS y M.A. SÁNCHEZ, Madrid, ed. Tecnos, 1994, cap. VII, §§ XIV-XXVIII, en pp. 280-283. Cfr. también en J. HRUSCHKA: *ibidem*, pp. 103-106, el tratamiento de la cuestión en KANT.

constituye algo *indiferente*. La libertad de que goza el particular para no entregarse a la Administración de Justicia tras la comisión del delito. Dicha conducta excede de lo que el deber exige (no hay deber de autodenunciarse, pues rige entonces una regla facultativa)¹³. Precisamente por eso, la conducta puede merecer una atenuación de la pena, como así sucede en la previsión del artículo 46. Se trata de un comportamiento imputado a título de mérito, supererogatorio. Que la pena no desaparezca no excluye esta consideración, pues ha de tenerse en cuenta que la confesión del culpable es un nuevo hecho, aunque relacionado: el demérito por el primero, el mérito por el segundo, conducen a tratarlos simultáneamente, conduciendo a la atenuación de la pena. Además, por otra parte, premio no implica necesariamente exención de pena.

4. El Derecho penal cuenta con motivos, tanto estructurales, como político-criminales, para dar relevancia a los comportamientos supererogatorios. Hay, en efecto, un motivo estructural: la misma operación de imputación, cuya existencia viene corroborada por la práctica cotidiana de la Administración de Justicia, pone de manifiesto que no sólo es posible reprochar a alguien su conducta, sino que además se le puede alabar por ella, pues así obramos en cualquier ámbito de conductas humanas¹⁴. ¿Por qué no tomar en cuenta también estas últimas conductas en Derecho penal? ¿No está partiendo ya de ellas el legislador cuando en ciertos casos exime de pena o al menos atenúa la sanción?¹⁵. Un Derecho penal que no tome en cuenta la existencia de conductas que merecen, excluir o atenuar la sanción —también por razones de mérito— no es un Derecho penal acorde con el principio de proporcionalidad. Si se ignoran las conductas meritorias, el destinatario de la norma puede carecer en ocasiones de motivos para actuar¹⁶. Como veremos, no toda atenuación o exención responde, sin embargo, a la idea de supererogación.

13 Sobre la relación lógica que media entre reglas prohibitivas, preceptivas y facultativas, cfr. J. C. JOERDEN, en J. HRUSCHKA/J. C. JOERDEN: en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 1987, pp. 104-120.

14 Cabría, además, un motivo *ad hominem* para defender la existencia de estos comportamientos supererogatorios: la idea o autoconciencia de libertad conduce a las ideas de premio y castigo.

15 De hecho el legislador en algunas ocasiones sí ha tomado en cuenta los comportamientos meritorios: cfr., por ejemplo, en España la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, cuyo artículo 46 prevé las recompensas, dentro del "régimen penitenciario"; y más en detalle, el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, detalla el régimen de recompensas, en los Capítulos que siguen al régimen de sanciones (artículos 263 y 264).

16 Cfr. R. RAGUÉS I VALLÉS: "Proceso al buen samaritano. Acciones de salvamento y responsabilidad por daños", en *InDret* 02/2001 [<http://www.indret.com/>], p. 4, nota 13, donde recoge el enfrentamiento de opiniones de autores anglosajones a propósito de la conveniencia de sancionar o no penalmente la omisión de socorro.

Hay, además, un motivo de orden político-criminal. Si un Estado de Derecho liberal crea ámbitos de libertad (principio material de tipicidad) y cuenta con facultades de obrar de los individuos aun en caso de conflicto de intereses (causas de justificación¹⁷), no pueden resultarle ajenos aquellos casos en que quien goza de libertad renuncia al ejercicio de una facultad para no causar o impedir daños a terceros. En estos casos, si el Estado quiere continuar comprendiéndose como tal (liberal de Derecho), es más que conveniente que dichas conductas supererogatorias tengan algún reflejo en el Derecho penal¹⁸ o, en general, en el Derecho¹⁹. De nuevo hemos de señalar cómo no toda atenuación o exención de pena responde a la idea de la supererogación, sino que abundan, cada vez más, privilegios y beneficios que poco o nada tienen que ver con ella.

III

1. Tras la exposición anterior, prestemos atención ahora a algunos supuestos del Derecho penal del Perú, en los que el legislador ha decidido otorgar la atenuación o exención de pena, o ciertos beneficios. De los supuestos que ahora se describen, no todos se refieren a comportamientos supererogatorios. Sólo algunos de ellos. En los que no lo son, hay en ocasiones, sin embargo, elementos relacionados con la imputación a título de mérito que permite comprenderlos mejor. Una vez expuesta esta relación (párrafo 2), procederé a analizar por qué son o no supererogatorios, y las consecuencias de esta afirmación en cada caso (párrafos 3-9).

2. Consideremos, en primer lugar, entre otros, algunos supuestos en los que desaparece la responsabilidad penal. Así, la exención de pena por desistimiento del delito intentado (artículo 18 Código penal); la exención potestativa de pena cuando "la responsabilidad del agente fuere mínima" (artículo 68); la exención de los promotores de la rebelión, sedición o motín (artículo 351); la exención de

17 Y cabría añadir, también en situaciones de atipicidad, por ejemplo, por tratarse de un riesgo permitido jurídico-penal.

18 Si el Derecho penal busca preservar ciertos bienes e intereses frente a conductas lesivas, ha de prestar atención también a aquellos casos en los que el bien o interés resulta preservado porque un sujeto prescinde de hacer uso de una facultad con la que cuenta (en una situación de necesidad que le ampara a actuar dañando intereses de terceros, el necesitado decide arrostrar y sufrir él la situación de necesidad), o bien porque un sujeto obligado a actuar decide obrar (en una situación de necesidad en la que no hay deber de amparo de terceros —salvamento con riesgo propio—, el sujeto se arriesga a perecer para salvar al necesitado).

19 Cfr., más allá del Derecho penal, en acciones de salvamento marítimo, donde se contempla la remuneración (en España, Ley 60/1962, de 24 de diciembre, de Auxilio, Salvamento, Remolques, Hallazgos y Extracciones Marítimas, artículo 2), cit. por R. RAGUÉS I VALLÉS: en *InDret* 02/2001 [<http://www.indret.com/>], p. 8, nota 29.

pena en virtud de estrechas relaciones con el autor del delito, en casos de encubrimiento personal o real (artículo 406); la posible exención en casos de rectificación de la falsedad en juicio (artículo 409.3). A los supuestos anteriores cabría añadir aquellos en los que no procede la ejecución de la pena: en concreto, la suspensión (artículos 57-59); la reserva del fallo condenatorio (artículos 62-67).

En segundo lugar, la pena puede verse atenuada en algunos casos. Así, por ejemplo, si media la reparación espontánea del daño (artículo 46.9); o bien, si el culpable procede a la confesión sincera antes de haber sido descubierto (artículo 46.10); o si se dan condiciones personales que conducen al descubrimiento del agente (artículo 46.11). Además, es posible la atenuación en casos de rectificación de la falsedad vertida en juicio (artículo 409.3). De forma semejante, en los delitos contra el sistema crediticio está prevista la reducción de la pena para los autores, y la exención para los partícipes, que colaboren para evitar la consumación o continuación del delito, den informes que permitan conocer cómo se cometió el delito e identificar a sus responsables, o dar información sobre el paradero de los bienes del deudor; también se exime de pena si durante el proceso se restituye los bienes sujetos a concurso (artículo 212, modificado por Ley Nº 27146).

En tercer lugar, el Código tiene en cuenta también algunas circunstancias concurrentes para considerar que la conducta carece de trascendencia típica y no procede la responsabilidad penal. En concreto, al definir el delito de omisión del deber de socorro, el legislador introduce la salvedad de que el delito se realiza sólo si el auxiliar omite el socorro “pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero” (artículo 127)²⁰. A propósito de este género de conductas, también en materia de estado de necesidad se hace referencia a un elemento semejante: el agente queda exento de responsabilidad penal siempre que amenace “un peligro actual e insuperable de otro modo” (artículo 20.4), o bien “un peligro actual y no evitable de otro modo” (artículo 20.5). Y en el delito de fuga en accidente de tránsito, la conducta típica no consiste tanto en la huida en sí, sino en la huida seguida de la omisión de dar cuenta inmediata a la autoridad

20 Una salvedad semejante se contempla también en el Código penal español (artículo 195, para la omisión de socorro –“cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros”–, y en el 450.1, para la omisión del deber de impedir delitos –“pudiendo hacerlo... sin riesgo propio o ajeno”–). En el Derecho alemán, cfr. § 323c StGB para la omisión del deber de socorro (“obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist...”). En el italiano, en cambio, no: cfr. artículo 593 del Codice penale (“Chiunque, trovando abbandonato o smarrito un fanciullo minore degli anni dieci, o un'altra persona incapace di provvedere a se stessa, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia o per altra causa, omette di darle immediato avviso all'Autorità è punito con la reclusione fino a tre mesi o con la multa... Alla stessa pena soggiace chi, trovando un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altrimenti in pericolo, omette di prestare l'assistenza occorrente o di darle immediato avviso all'Autorità”).

(artículo 408)²¹. Y en materia de ejercicio de la función jurisdiccional, se prevé el delito de infracción del deber de denuncia, cuando dichos deberes procedan de la profesión o empleo (artículo 407), pero no más allá de éstos.

Aparte, en cuarto lugar, se percibe también la presencia de conductas que llevan aparejada una recompensa. En concreto, más allá del Código penal, se prevé la recompensa del buen comportamiento de los internos (artículo 59 Código de Ejecución Penal)²². No se trata de algo excepcional²³: el Decreto Legislativo Nº 815, de 19 de abril de 1996, que aprueba la “ley de exclusión o reducción de pena, denuncias y recompensas en los casos de delito e infracción tributaria” –tras conceder la exención de pena a partícipes y exclusión de ella a los autores de delitos tributarios (artículo 2)²⁴– considera “recompensa” (artículo 11.b) una cantidad de dinero que se proporciona al denunciante, “aquél que pone en conocimiento de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT, la comisión, mediante actos fraudulentos, de las infracciones contempladas en el artículo 178 del Código Tributario” (artículo 11.a)²⁵. Y para quienes hubieran participado en la

21 Artículo 408: “El que, después de un accidente automovilístico o de otro similar en el que ha tenido parte y del que han resultado lesiones o muerte, se aleja del lugar para sustraerse a su identificación o para eludir las comprobaciones necesarias o se aleja por razones atendibles, pero omite dar cuenta inmediata a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con noventa a ciento veinte días-multa”. Delito que plantea indudables problemas de coordinación con el de omisión del deber de socorro a un sujeto a quien el propio omitente ha herido o incapacitado (artículo 126): “El que omite prestar socorro a una persona que ha herido o incapacitado, poniendo en peligro su vida o su salud, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años”. Sobre esta previsión (omisión de socorro por el injerente), cfr., por todos, J.M. SILVA SÁNCHEZ: *El nuevo Código penal español: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 70-74.

22 Cuyo texto reza así: “Los actos que evidencian en el interno espíritu de solidaridad y sentido de responsabilidad, tanto en el comportamiento personal como en la actividad organizada en el Establecimiento Penitenciario, son estimulados mediante recompensas que otorga el Consejo Técnico Penitenciario y que son anotadas en su expediente personal. Estas recompensas son: 1. Autorización para trabajar en horas extraordinarias. 2. Desempeñar labores auxiliares de la Administración Penitenciaria, que no impliquen funciones autoritativas. 3. Concesión extraordinaria de comunicaciones y visitas. 4. Otras que determine el Reglamento”.

23 En cambio, en materia de delitos de terrorismo, el Decreto Legislativo Nº 25475, de 5 de mayo de 1992, prevé que “los procesados o condenados por delitos de terrorismo, no podrán acogerse a ninguno de los beneficios que establecen el Código penal y el Código de Ejecución Penal” (artículo 19), imponiendo además un deber genérico de no entorpecer la investigación o acción de la justicia en estos delitos (artículo 8), sancionado con la pena privativa de libertad entre cinco y diez años. Cfr., sin embargo, *infra* nota 28.

24 Sobre esta vía de regularización de la situación tributaria del defraudador no podemos ahora detenernos: pero es interesante resaltar cómo la denuncia de los partícipes puede ganarles la impunidad, mientras que a los autores sólo la rebaja de pena.

25 El Título II (artículos 11-20) establece con detalle el régimen de denuncias y recompensas.

comisión de delitos de tráfico de drogas, la Ley de lucha contra el narcotráfico²⁶ prevé recompensas consistentes en la exención, remisión o indulto de la pena²⁷, en casos de arrepentimiento que proporciona información eficaz a la investigación (esté o no en marcha el proceso contra él, o incluso se halle cumpliendo condena)²⁸. Disposiciones que parecen culminar, según alcanzo, en el Decreto Legislativo N° 901, de 30 de mayo de 1998, Ley de beneficios por colaboración, aplicable a un buen número de delitos, en los que puede reducirse la pena, eximirse de ella o concederse su remisión, si se aporta información oportuna y veraz para la desarticulación y captura de bandas, asociaciones o grupos criminales.

3. No puede considerarse supererogatorio un comportamiento que no se presenta como indiferente, por ser objeto ya de una regla prohibitiva o preceptiva de conducta²⁹: así, quien inicia una conducta antijurídica sigue bajo la prohibición de esa misma conducta, por lo que desistir de su conducta ya iniciada constituye más bien un deber, y no algo meritorio (desistimiento de la tentativa, artículo 18 CP). Lo mismo podría decirse para el desistimiento de los rebeldes, sediciosos o amotinados (artículo 351). Que se exima de pena en ciertos casos, no puede llevar a pensar en el carácter premial (meritorio) de esta conducta. Se trata, por el contrario de conductas prescritas (o prohibidas), que se imputan a título de demérito en la medida en que ya se ha iniciado y por eso pueden, en parte, ya sancionarse. La atenuación o exención supone aquí sólo un “contramotivo” para dejar de actuar, para no proseguir la tentativa ya comenzada. Si el legislador no abriera esta posibilidad, el autor podría valorar por igual tanto acabar la tentativa como desistir de ella, lo cual no parece que permita obtener efectos aceptables de prevención del delito. Tampoco constituyen supuestos de comportamientos supererogatorios aquellos en los que sólo se contempla la posibilidad de exención de pena en virtud de criterios de insignificancia así, cuando “la responsabilidad

²⁶ Decreto Legislativo N° 824, de 23 de abril de 1996: cfr. artículos 19-27.

²⁷ También en materia de tráfico de estupefacientes, se prevé en la Ley N° 26320, de 30 de mayo de 1994, que dicta normas referidas a los procesos por delito de tráfico ilícito de drogas y establece beneficio, la posibilidad de anticipar la terminación del proceso penal, que puede incluso alcanzar la exención de pena, de acuerdo con lo previsto en el Código penal (artículo 2.3) o el beneficio de reducción de la pena a la sexta parte, acumulable al que merezca por la confesión, en su caso (artículo 3).

²⁸ También en materia de delitos de terrorismo, cfr. Decreto Ley N° 25499 y Ley N° 26220, prevé beneficios en caso de arrepentimiento. Y en materia de “hechos punibles en agravio del Estado”, cfr. el Decreto Legislativo N° 25582. En cambio, para los delitos de robo y secuestro agravado, cfr. Ley N° 26630, que restringe los posibles beneficios.

²⁹ Cfr. H.M. HURD: “*Duties Beyond the Call of Duty*”, en *Jahrbuch für Recht und Ethik - Annual Review of Law and Ethics*, vol. 6 (1998), pp. 10-16.

del agente fuere mínima” (artículo 68)³⁰; a éstos deberían agregarse los casos en los que, por razones de utilidad y subsidiariedad, no procede la ejecución de la pena: en concreto, la posibilidad de suspensión de la pena (artículos 57-59) y la reserva del fallo condenatorio (artículos 62-67). En estos casos, no se trata de conductas, sino de facultades legales ejercidas por el juez para dejar de sancionar por otros motivos de política criminal. En definitiva, el comportamiento supererogatorio presupone que sea “indiferente” la conducta, en cuanto que no se halle prescrita ni prohibida. Indiferente, en cuanto que la regla de conducta, en su función *prospectiva*, de configuración de conductas operables de los destinatarios, no prescribe ni prohíbe la eventual actuación del sujeto, sino que la considera, si acaso, como “aconsejada” o “desaconsejada”³¹.

4. Otros supuestos, aun sin ser de carácter supererogatorio, encierran algunos elementos propios del pensamiento de la imputación a título de mérito. Me refiero en concreto a la exención de pena por motivos de parentesco en el delito de encubrimiento personal o real (artículo 406) y la posible exención en casos de rectificación de la falsedad en juicio (artículo 409.3). El primero suele interpretarse en clave de inexigibilidad de otra conducta³²: sería heroico exigir al pariente próximo que no favorezca al pariente delincuente. Pero parece además hacer referencia a la facultad que rige para el delincuente de no autoinculparse: si el pariente próximo goza de facultades de no declarar contra sí mismo, de no autoinculparse, o incluso de huir, aquéllos que se hallen vinculados a él por estrechos lazos de parentesco, podrían quedar amparados por la misma facultad. En el segundo caso, quien ya ha cometido el delito de falsedad en juicio, se ve amparado por la facultad de no autoinculparse, pero a la vez, sobre él pesa el deber de no perjudicar a terceros (aquéllos a quienes puede afectar la falsedad vertida en juicio); se da, por tanto, una ponderación de deberes de no dañar y de facultades de actuar que el legislador decide resolver concediendo la exención de pena a quien reconoce su propio delito: pero el agente sigue estando bajo el deber de no perjudicar a terceros, por lo que no parece que sea plenamente una conducta meritoria, sino debida. A las mismas razones responden la atenuación de la pena prevista para casos de rectificación de la falsedad vertida en juicio (artículo 409.3); e incluso la reparación espontánea del daño (artículos 46.9 y 212), por cuanto supone

³⁰ Cfr. también artículo 2 del Código procesal penal, por lo que se refiere al “principio” de oportunidad.

³¹ Cfr. J. HRUSCHKA: en J. HRUSCHKA/J.C. JOERDEN, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1987, pp. 93 y 101.

³² Cfr. la exposición y referencias que incluyo en otro lugar, para los respectivos delitos y exención de pena en el CP español, P. SÁNCHEZ-OSTIZ: *El encubrimiento como delito*, Valencia, 1997, pp 140-144, aunque me distancie allí de este planteamiento, p. 143.

cumplir un deber, aunque más allá del modo propio de llevarse éste a cabo mediante la Administración de Justicia a través de la extrema formalización del proceso penal. Dichas conductas, aunque no posean el carácter de las supererogatorias, participan de ciertos elementos de éstas; y muestran cómo lo meritorio supone obrar más allá de lo exigido por el deber. Hay, por tanto, una norma con arreglo a la cual al imputar, esto es, al emplear la regla en cuestión en su función *retrospectiva*, puede afirmarse lo meritorio (excede de lo establecido en aquélla) o demeritorio (queda por debajo de lo exigido en ella)³³.

5. Si se dan *condiciones personales* que conducen al descubrimiento del agente, la pena será *atenuable* (artículo 46.11). Es dudoso que ello responda a razones de imputación a título de mérito; más bien parece tratarse de casos de menor gravedad de la conducta y/o a una menor necesidad de pena. Si dichas condiciones personales nada tienen que ver con la conducta del autor, sino con la de terceros que, por ejemplo, facilitan el descubrimiento del hecho cometido, sin conocerlo el culpable, con toda claridad ello no constituye una conducta meritoria. Con esto, aparece otro elemento propio de la imputación a título de mérito: sólo cabe imputar a título de alabanza, premio, mérito, aquel comportamiento que se lleva a cabo sin mengua de libertad: quien obra, ha de saber que así obra, y además no verse compelido a obrar. Con otras palabras, lo meritorio —al igual que lo demeritorio— será aquello que se realiza con plena voluntariedad. No basta con saber que se está obrando, sino además saber que se obra por encima de lo establecido en la norma, y sin coacción respecto a lo que se obra (voluntariedad). De este modo, cuando de un sujeto decimos que ha obrado de forma supererogatoria, enunciamos un juicio de imputación, de atribución de responsabilidad; y lo que se imputa o atribuye es un “hecho” que excede de lo contenido en la norma; y a quien se atribuye es un sujeto que actúa con voluntariedad³⁴. Sin perjuicio de ulteriores precisiones, la exigencia

33 Cfr. J. HRUSCHKA: en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, p. 350; el mismo: “Das Opferverhalten als Schlüssel zum System der Sachentziehungsdelikte”, en *Jahrbuch für Recht und Ethik - Annual Review of Law and Ethics*, vol. 2 (1994), p. 181; el mismo: en J. HRUSCHKA/J.C. JOERDEN, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1987, p. 101.

34 Así, no cabe imputar a título de mérito aquello que el sujeto lleva a cabo en situación de desconocimiento sobre el sentido de su acto: a quien efectúa la entrega de una cantidad de dinero se le imputa ésta a título de mérito (donación) si conoce que está donando y además no se ve impulsado por temor de males mayores. De él se dice que lleva a cabo su hecho con voluntariedad. Todo ello presupone además que la entrega del dinero se efectúa sin violencia ni ignorancia (no le es arrebatado el dinero, ni se da desconociendo lo que se daba). Se trata de elementos comunes con la imputación a título de demérito. Sin embargo, en la constatación de éstos, podría procederse a exigir *menos* que en la imputación a título de demérito porque sus consecuencias son totalmente diversas (pena/premio). Cfr. *infra* nota 52.

de conocimiento y ausencia de coacción para los comportamientos supererogatorios vendría a ser reflejo de la exigencia de libertad que exigimos de forma más general para la imputación de los actos humanos³⁵.

6. Sí es de carácter supererogatorio, como ya se ha dejado dicho más arriba, la conducta del culpable que procede a la confesión sincera antes de haber sido descubierto (artículo 46.10)³⁶. Rige aquí para el delincuente una facultad de obrar (de no autoinculparse) y es él quien decide no ampararse en ella: esto es lo meritorio. Se trata de una norma *facultativa*, pero el sujeto decide obrar renunciando a la facultad que le ampara. La conducta es indiferente en la medida en que no exista prohibición ni prescripción alguna, cosa que puede suceder si se ven afectados intereses o bienes de terceros. Lo mismo sucede en la regulación de la legítima defensa y el estado de necesidad justificante: la amenaza de un mal (“agresión ilegítima”, en la primera; “un peligro actual e insuperable de otro modo”, en el segundo) otorga facultades de obrar. Pero en ambos casos, el sujeto implicado puede renunciar al uso de la facultad que el Ordenamiento le concede. Su conducta le sería imputable entonces a título meritorio siempre que obre con conocimiento de la situación y sin verse compelido a ello, como ya hemos dicho. La situación es distinta por lo que al estado de necesidad exculpante (artículo 20.5) se refiere. En este caso, la conducta es antijurídica, ha sido ya valorada como contraria a deber³⁷. A diferencia del estado de necesidad justificante en el que el sujeto renuncia a obrar conforme a la facultad que le ampara, ahora el sujeto tiene deber de actuar (de no dañar intereses y bienes de terceros), por lo que, si obra conforme a la norma a pesar de hallarse en una situación crítica, su conducta recibe la calificación de ser conforme a deber: no se da, propiamente hablando, imputación (ni a título de mérito ni de demérito)³⁸. La distinción de los bienes en juego no sólo produce, por tanto, consecuen-

35 Cfr. sobre éstos, J. HRUSCHKA: en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, pp. 349-353; también el mismo: “Prohibición de regreso y concepto de inducción: consecuencias”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, N° 5, pp. 208-211.

36 Cfr. también artículo 136.2 Código de procedimientos penales.

37 Esta afirmación presupone que en términos estructurales la imputación se lleva a cabo gradualmente (*imputatio facti, applicatio legis ad factum* e *imputatio iuris*: sobre éstas, cfr. *supra* nota 11). En términos valorativos, sin embargo, queda abierta la cuestión sobre las “situaciones de necesidad”, la cuestión sobre cuáles de ellas habrían de pasar a la atipicidad, a la justificación o a la exclusión de la culpabilidad. Sobre esto, cfr. J.M. SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 413-415; cfr. el mismo: “Sobre las actuaciones en una ‘situación de necesidad’ que no implican deberes de tolerancia”, en D.M. LUZÓN PEÑA/S. MIR PUIG (dirs.): *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, 1999, pp. 165-169.

38 Aunque socialmente consideremos que quien obra de forma antijurídica en una situación crítica límite obra de manera meritoria, en términos estrictos no es así: si obró conforme a la

cias en la ponderación de intereses, sino también y sobre todo, en el juicio de imputación: el estado de necesidad justificante —también la legítima defensa— se basa en un entramado de normas de las que resulta una (facultativa) aplicable al caso; mientras que el estado de necesidad exculpante, presupone la antijuricidad de la conducta, aunque plantee un problema relacionado con el título en virtud del cual se imputa —o se deja de imputar—³⁹.

7. Elementos de este orden son los que el propio legislador ha tomado en cuenta también en el ámbito de normas *preceptivas* (delitos de omisión) para definir el ámbito y extensión de los deberes de actuar: delito de omisión del deber de socorro, que se realiza sólo si se deja de socorrer “pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero” (artículo 127). La conducta de quien para socorrer ha de exponerse a sí mismo a un peligro, puede imputarse a título de mérito, precisamente porque la norma no prescribe tanto (no es objeto del deber). Se entiende por eso que esta cláusula (“sin riesgo propio o de tercero”) no introduzca meramente consideraciones de exculpación por inexigibilidad en el delito omisivo, sino que delimita el deber mismo de actuar socorriendo: restringe la tipicidad⁴⁰. También en el delito de fuga en accidente de tránsito (artículo 408) factores de deber permiten restringir la tipicidad misma del deber de socorro: la única exigencia de la comunicación a las autoridades es el mínimo de deber que

norma, su conducta no se imputa ni a título de mérito ni de demérito. Si se dejó dominar por la situación crítica, optando por dañar bienes de terceros de forma antijurídica, su conducta no se imputa a título de reproche, se exculpa al agente. Que por razones diversas (de política criminal) se “premie” a veces a quien resiste a la situación crítica no puede llevar a pensar que su obrar es meritorio: cfr. *infra* IV.3.

39 Por lo que la diferenciación entre ambos supuestos de estado de necesidad no es mera cuestión de una regla de ponderación de intereses en juego: la justificación condiciona el sistema de imputación aplicable, pues da entrada a una regla facultativa que conducirá a considerar el hecho como permitido (es un problema de reglas de conducta aplicables), mientras que la exculpación da lugar a la no imputación del hecho al sujeto (es un problema de reglas de imputación). Cuando una conducta *se imputa*, se atribuye a título de mérito (premio, alabanza), o demérito (castigo, reproche). Cuando *no se imputa*, se deja de atribuir, o bien porque se obra conforme a la norma (no hay propiamente imputación de mérito o demérito, y sólo del *factum*), o bien porque se obra contra el Derecho pero se exculpa al agente (las conocidas como causas de exculpación por inexigibilidad de otra conducta). Así, lo contrario de la imputación meritoria es la que se realiza a título de demérito; y cuando un hecho no se imputa, es porque es acorde con la norma o inexigible. Resultan ilustrativas por tanto las palabras de S. MIR PUIG: *DP, PG, Lecc. 24, Nm 5*: “En puridad, desde el punto de vista terminológico, la expresión “no exigibilidad” no resulta muy afortunada porque oscurece el hecho de que la conducta “no exigible” sí se reclama por el Derecho. Podría decirse perfectamente que el Derecho “exige” la conducta heroica, aunque no considere “penalmente responsable” a quien la omite”.

40 Cfr. J.M. SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, p. 307, párr. 19; F. BALDÓ LAVILLA: *Estado de necesidad*, pp. 349-351.

ha logrado permanecer en el tipo, después de que prestaciones de más envergadura cedieran. El deber de actuar configura los márgenes del tipo también en el delito de infracción del deber de denuncia (artículo 407), pues sólo se da cuando éste proceda de la profesión o empleo. Por eso, la conducta del particular que denuncia un delito cometido por terceros podría ser meritoria. Sin embargo, puede suceder también —como es el caso en España— que, no existiendo un deber penal de denunciar, se haya configurado un deber de otro género⁴¹, en cuyo caso, la conducta del denunciante pasa a ser acorde con el deber (ni meritoria si demeritoria). Pero si el deber de actuar (tipo omisivo) se ve limitado por la existencia de otros deberes prevalentes que no se hacen recaer sobre el sujeto implicado, éste goza de una facultad de obrar⁴². De nuevo, una acción indiferente —no prohibida, ni prescrita— es condición de posibilidad para el comportamiento supererogatorio⁴³.

8. Esto mismo permite enjuiciar otros supuestos en los que el ordenamiento tiene prevista la concesión de un beneficio, premio o recompensa al sujeto. Serán supererogatorios aquellos casos en los que el sujeto, gozando de una facultad de obrar (directa, o porque no se trata de una norma preceptiva), renuncia a obrar conforme a dicha facultad. Entiendo así que la recompensa del buen comportamiento de los internos (artículo 59 Código de Ejecución Penal: cfr. *supra* 2) constituye un caso de comportamiento supererogatorio en la medida en que el interno goce de libertad de actuación (alternativas lícitas: conductas indiferentes). Es decir, si entre el “buen” comportamiento y el “mal” comportamiento hay lugar para uno que pueda calificarse de indiferente. De lo contrario, no cabe mérito, pues se obra conforme a deber. Es el mérito lo que posibilita la consecuen-

41 En efecto, más allá del Código penal, en Derecho español, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 259) define como infracción la omisión de denuncia de aquellos hechos constitutivos de delito que han sido presenciados. La escasísima sanción pecuniaria asociada a esta conducta avala la idea de que el legislador ha aligerado a los particulares el número y cualidad de deberes de actuar: cfr. también la exposición que trazo en *El encubrimiento*, pp. 29-30.

42 Ya en el pensamiento de KANT se distinguen el deber de actuar, que existe en general, pero no siempre se da en concreto aquí y ahora: cfr. el concepto de los deberes imperfectos (“unvollkommene Pflichten”) en M. BARON: “*Imperfect Duties and Supererogatory Acts*”, en *Jahrbuch für Recht und Ethik - Annual Review of Law and Ethics*, vol. 6 (1998), pp. 57-70, con amplias referencias; también J. HRUSCHKA: en *Jahrbuch für Recht und Ethik - Annual Review of Law and Ethics*, vol. 6 (1998), pp. 105-107.

43 Según expone F. BALDÓ LAVILLA: *Estado de necesidad*, p. 352, en el ámbito del comportamiento supererogatorio la cuestión no es de justificación o no de la “auto-puesta en peligro para salvaguardar intereses ajenos de un tercero necesitado”, pues la impunidad de la auto-puesta en peligro exige, en una interpretación valorativa armónica de la omisión de socorro y el estado de necesidad, que, si va dirigida a salvar a un tercero, no se requiera de una facultad justificante.

cia de una recompensa. Cuál sea ésta no se halla tanto en relación con la imputación meritoria, cuanto con razones diversas de oportunidad, etc⁴⁴.

9. Las alternativas (facultades) pueden dejar de ser lícitas, sin embargo, cuando la conducta afecta a terceros: la conducta deja entonces de ser indiferente. Es lo que puede suceder en los casos de las recompensas concedidas en el Derecho penal tributario, como también los beneficios concedidos en materia de arrepentimiento activo con relevancia en la investigación de la Administración de Justicia (Ley de lucha contra el narcotráfico y Ley de beneficios por colaboración)⁴⁵. La afectación a terceros por la propia conducta que pretende ser meritoria obliga a plantear la cuestión en términos de proporcionalidad: ésta determinará la indiferencia o no de la conducta, y en consecuencia el carácter supererogatorio o no. Entiendo que sería proporcionada aquella conducta de denuncia que, no viniendo prescrita ni prohibida⁴⁶, no suponga un mal o peligro para sujetos *no implicados* en el delito denunciado. En cuyo caso, podrá considerarse supererogatoria. Si la denuncia, en cambio, es de contenido falso o inexacto, dando lugar a la imputación de hechos a personas inocentes, se convierte en un riesgo prohibido, no indiferente y, por tanto aleja su posible calificación como meritoria⁴⁷. Por otra parte, si el legislador decide otorgar recompensas por la delación entre ciudadanos ha de ser consciente de que está “implantando” un modelo de sociedad en la que puede acabar prevaleciendo la sospecha y el temor entre ciudadanos. Ello sería motivo para apreciar cómo la imputación a título de mérito exige también un principio de tipicidad que sea expresión de una ponderación entre libertad y seguridad.

44 De manera análoga a como en la imputación a título de demérito, una cosa es el juicio de reproche, y otra la concreta sanción jurídica que en cada sistema y época se determine.

45 Como también, en consecuencia, cuando para socorrer a una persona en peligro se expone a un tercero ajeno al conflicto a un peligro: quien así obra, no lo hace meritoriamente, pues su conducta ya no es indiferente. Por el contrario, se le podría imputar, cuando menos, la realización de unas coacciones.

46 En un Estado de configuración *totalitaria*, la denuncia puede pasar a ser preceptiva; mientras que en uno *liberal* a ultranza, prohibida (salvo la excepción de poner en conocimiento de la autoridad los hechos de los que se tiene conocimiento). En un Estado de corte *social*, la denuncia puede ser meritoria en la medida en que los particulares gocen de facultades de actuar.

47 Entiendo así que en estos casos, a diferencia de los supuestos de salvamento más allá del deber, no está en juego un bien jurídico personal que por razones de solidaridad se halle vinculado a los conciudadanos. Nos encontramos en cambio ante la Administración de Justicia: así como para el salvamento supererogatorio se partía de la base de una conducta lícita inicial, sin necesidad de justificación (cfr. *supra* nota 43), ahora sería preciso contar con una causa de justificación (proporcionalidad de la intervención).

IV

1. A partir de la exposición anterior podemos ahora concluir que los comportamientos supererogatorios son aquellas *conductas* no prohibidas ni prescritas, sino *indiferentes*, que se *imputan a título de mérito*, porque *exceden* de lo previsto por un *deber* y su agente obra con *plena voluntariedad*. Los comportamientos supererogatorios son posibles allá donde una regla de conducta, en su función de configuración (esto es, *prospectiva*) presente un contenido indiferente. Indiferente, en cuanto la eventual conducta futura no sea objeto de prohibición ni de prescripción por dicha regla⁴⁸. Esta regla, en su función de baremo de medición se emplea en la *retrospectiva* como un estándar de corrección⁴⁹. Partiendo de esta distinción de funciones de un sistema cualquiera de reglas, el agente al que se le presenta una conducta como aconsejada o desaconsejada, indiferente (ni prohibida, ni prescrita) se decide a obrar. A continuación, es preciso determinar si en efecto su obra es un hecho (*factum*), para lo cual se exige constatar la presencia de libertad (volición)⁵⁰. Este *factum* es sometido a “medición” con arreglo a un estándar de corrección. Es entonces cuando se percibe si es acorde con el deber, en cuyo caso no hay imputación, meritoria o no, pues se obró de acuerdo con la regla en cuestión. Pero si excede, o queda por debajo del deber, podrá imputarse al agente si obró con plena voluntariedad⁵¹, a título de mérito o de demérito, respectivamente; o bien no se imputa por carecer de plena voluntariedad.

2. Para la imputación a título de mérito será precisa la *plena voluntariedad* de quien se ve implicado en la situación: conocimiento de la facultad de obrar y no verse compelido a ello, por lo que podemos hablar también de unas reglas de imputación a título de mérito, que podrían admitir algunas variaciones respecto a las de imputación a título de demérito, sobre una base común (obrar con voluntariedad: esto es, con conocimiento sobre el significado de la situación y sin condicionantes relevantes de la libertad)⁵². Los comportamientos meritorios no

48 Se trata de un precepto (prohibición o prescripción) del tenor “¡no debes matar!” (cfr. J. HRUSCHKA: en J. HRUSCHKA/J.C. JOERDEN en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1987, p. 96). En los comportamientos supererogatorios, en cambio, la conducta no está prohibida ni prescrita (*ibidem*, p. 101).

49 Se trata de un precepto del tenor “quien mate a otro obra antijurídicamente”, (cfr. J. HRUSCHKA: *ibidem*, p. 96).

50 Cfr. J. HRUSCHKA: en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, Nº 5, pp. 208-211.

51 Cfr. *ibidem*.

52 En concreto –siguiendo un paralelismo con los presupuestos de atribución de responsabilidad por los actos humanos (cfr. *supra* J. HRUSCHKA: en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, pp. 346-352); también, el mismo: en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2000, Nº 5, pp. 208-211)–, para imputar a título meritorio, parece que ha de excluirse la *ignorancia*

prejuzgan, por lo demás, la concreta respuesta del Derecho penal frente a ellos; pueden dar lugar, por un lado, no sólo a una exención de pena, sino también a su atenuación. Y, por otro, plantean las consecuencias de lo supererogatorio cuando no concurre responsabilidad penal⁵³.

3. Obviamente no a toda atenuación o exención de pena previstas en el ordenamiento penal puede aplicarse el calificativo de comportamiento supererogatorio. En efecto, hay *otras figuras* en las que, por otras razones de política criminal, el legislador asocia una rebaja o exclusión incluso de la pena (condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias, causas personales de exclusión de la pena, etc.), pero no pueden confundirse con los genuinos comportamientos supererogatorios, donde la lógica de la atenuación o exclusión de la pena es la de una renuncia por el autor a una facultad de obrar. Aquella atenuación y exenciones de pena por otros motivos se rigen por una lógica diversa. Si se consideran supererogatorios (por ejemplo, desistir de la tentativa ya iniciada), quien no obra de esa manera (quien no desiste, con el mismo ejemplo) obraría correctamente, lo cual no es sostenible. De lo contrario, se corre el riesgo de caer en una inversión valorativa (considerarse con "derecho" a premio por haber desistido) que acabe en apreciar estas conductas como adecuadas: que se considere permitido, tolerado, algo que es objeto básico del deber (*neminem laedere!*).

4. Los comportamientos supererogatorios requieren, según se expone, el conocimiento y la ausencia de situación coactiva, sobre la base de que obrar resul-

cia respecto al hecho y la *violencia*: con otras palabras, dar dinero a quien se halla en una situación de pobreza constituye un comportamiento meritorio (limosna), si el agente sabe que entrega el dinero (conoce que da) y no se ve forzado a ello por causas externas (no se le ha caído). Junto a ello, es preciso que se excluya también una situación *coactiva* y la *ignorancia* referida al significado del acto: constituirá una limosna si, además, el agente conoce el significado de su acto (sabe que no tiene por qué dar dinero, pero lo entrega, con independencia de cuáles sean los fines subjetivos que busca) y no se halla bajo una amenaza (el necesitado no está mostrando un cuchillo amenazador). Sobre esta base de elementos básicos, los concretos contenidos de las reglas de imputación que se exijan para probar ese conocimiento sobre el hecho, o la ausencia de coacción externa, etc., pueden ser distintos de los exigidos de forma inversa en materia de imputación a título de demérito: así, por ejemplo, la prueba del dolo en Derecho penal podrá ser más estricta que la del conocimiento aquí exigido. Y ello porque las consecuencias en uno y otro caso son muy diversas en su concreta afectación a las personas (pena/premio). Por otra parte, es evidente que las circunstancias bajo las cuales se considera el comportamiento como meritorio o no, serán diferentes en el ámbito jurídico, en el moral, o en el teológico-moral; así se comprende que la presencia o no de un elemento subjetivo espurio pueda ser irrelevante para la imputación jurídica, pero no para la propia de la Teología moral. Cfr. *supra* nota 34.

⁵³ Así, en casos de conductas ajenas a un delito (socorro altruista): en estos supuestos es preciso prever las consecuencias de la acción de salvamento, la imputación de los eventuales daños, etc. Cfr. sobre ello, R. RAGUÉS I VALLÉS: en *Indret* 02/2001 [<http://www.indret.com/>], pp. 4-9, en particular, p. 8.

ta indiferente. A partir de aquí, puede encontrarse también un paralelismo con el principio de accesividad limitada que rige en materia de participación: puede plantearse si la conducta de quien obra meritoriamente extiende el carácter meritorio también a sus partícipes. Es una cuestión que requiere un estudio más en profundidad⁵⁴, que ahora no podemos llevar a cabo.

⁵⁴ Como también otras cuestiones: relevancia del principio de legalidad penal; posibilidad y alcance de la analogía; márgenes del dolo y el error; los concretos premios y recompensas, etcétera.