

La Teoría del Delito

(Apuntes para su elaboración de acuerdo a las disposiciones del Código penal peruano)

Por JOSE HURTADO POZO

Profesor Auxiliar

Resumen: Se trata de estudiar los problemas más importantes de la teoría del delito, partiendo de las disposiciones del Código penal peruano. Con este objeto, se recurre a las modernas concepciones doctrinales, se analizan las resoluciones de la Corte Suprema y se hace referencia a la legislación extranjera. El objetivo propuesto es establecer las bases necesarias para la elaboración de un trabajo de mayores pretensiones. La más seria dificultad para lograr este fin lo constituye la escasez de tratados y de monografías nacionales en que se estudien los temas que se analizan.

Trabajo preparado con ocasión del cincuentenario del Código penal peruano de 1924, cuyo raro destino es "envejecer sin haber sido aplicado" ni suficientemente estudiado.

I. INTRODUCCION

1. *Definición.*— De acuerdo al principio de la legalidad, nadie puede ser penado si no ha cometido un acto delictuoso descrito previamente en la ley. Se designa a tal acto con el nombre de delito (lato sensu) y a la parte de la disciplina jurídica que lo estudia se le llama "teoría del delito". Tradicionalmente, el delito ha sido definido como "la acción u omisión penada por la ley". Esta definición puramente formal figura frecuentemente en los antiguos códigos penales (1).

La nueva técnica legislativa permite omitir este tipo de definición en un código penal. La moderna doctrina penal ha ela-

(1) Por ejemplo, el artículo primero del Código penal francés de Brumario decía que el delito consiste "en hacer lo que la ley prohíbe o no hacer lo que ella ordena", y el artículo primero de nuestro Código de 1863 expresaba: las acciones o las omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley, constituyen los delitos y las contravenciones.

borado una noción compleja del delito. Sus defensores parten, con este objeto, del criterio que el Derecho penal hace, como las demás ramas jurídicas, posible una ordenada vida en común de los hombres en sociedad. La tarea fundamental del Derecho Penal es, precisamente, la protección de esta vida en común, mediante la defensa de determinados intereses comunes o individuales estimados vitales para el ordenamiento social y para lo cual exige a todos una manera determinada de comportarse. Esta exigencia del Derecho penal implica la imposición de *deberes*. La incorporación de un bien dentro de la esfera de protección penal lo transforma en un *bien jurídico*.

El delito es, en consecuencia, toda lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, prevista en una norma jurídico-penal, no justificada por alguna circunstancia particular e imputable, como acto culpable, al autor, quien se hace merecedor de una pena.

Por esta razón, hoy en día, se describe al delito como el acto típico, antijurídico y culpable, imputable a una persona y sancionado con una pena. Esta concepción del delito se halla en la base de nuestro Código penal. Así, en los artículos 1, 2 y 3 se exige la realización de un acto (*acción*), la adecuación de este acto a la descripción hecha por la ley (*tipicidad*), y la existencia de una amenaza penal (*punibilidad*); los incisos 2, 3, 4 y 5 del artículo 85 prevén que la pena será aplicada sólo cuando el acto es contrario al Derecho (*antijuricidad*); los artículos 10, 11 y el inciso 1º del artículo 85 precisan las condiciones psicológicas que impiden, total o parcialmente, imputar un acto a una persona (*inimputabilidad*), por último, los artículos 81 y 82 precisan las condiciones de la *culpabilidad*.

Este concepto normativo del delito sirve a la Criminología sólo como un punto de partida para sus investigaciones, pero no es su objeto exclusivo o el fin de sus actividades. Como fenómeno social, el delito puede ser observado desde diferentes perspectivas. Puede ser considerado como un hecho puramente jurídico u observado en sus relaciones con la cultura, la religión y la moral. Por esto, no se puede obtener unanimidad en la manera de definir el delito. El concepto normativo debe, sin embargo, ser el punto de partida para las investigaciones criminológicas.

2. *Actos que dan lugar a la intervención de la justicia penal.*— La simple lectura de las disposiciones de la parte gene-



ral de nuestro código, nos permite constatar que esta definición del delito (2) no comprende todos los actos que dan lugar a la intervención de la justicia penal. Esto se explica por el hecho de que el legislador peruano ha incorporado en el Código penal las medidas de seguridad y de educación contra los delincuentes socialmente peligrosos, y las medidas disciplinarias y de tratamiento en lo que concierne a los menores. Las condiciones necesarias para la aplicación de una medida y la imposición de una pena son diferentes. Cuando el legislador peruano trata de las medidas de seguridad prefiere las expresiones: "hecho punible" (art. 85, inciso 1) o "hecho reprimido como delito o contravención" (arts. 137, 142, 143 y 145). Esto ha permitido a algunos juristas hablar de "delitos completos" y de "delitos incompletos". En los primeros, es necesaria la presencia de todos los elementos constitutivos señalados en la definición dogmática (3), mientras que en los segundos, es suficiente que una acción antijurídica pueda ser imputada al autor. Sólo los primeros darán lugar a una pena, los otros sólo motivarían la aplicación de medidas de seguridad.

En derecho peruano esto es exacto en relación a los irresponsables peligrosos, los niños y los adolescentes, pero no en lo que concierne a los delincuentes responsables peligrosos. A estos es posible imponerles, además de la pena, una medida de seguridad cuando su estado personal peligroso lo exige.

3. *Clases de infracciones.*— Ciertos juristas y legisladores han tratado siempre de clasificar las infracciones según la naturaleza del bien jurídico atacado. Así se ha llamado "crimen" al acto que daña los "derechos naturales" (vida, libertad, honor, etc); "delito" a la lesión de los derechos consagrados por el "contrato social"; y "contravención", la violación de una disposición de policía o reglamentaria.

Sin embargo, la mayor parte de los legisladores han clasificado las infracciones en función de su gravedad; así el Código penal francés de 1810, en su artículo 1º estatuye: "la infracción que las leyes castigan con pena de policía es una contravención. La infracción que las leyes castigan con penas correccionales es un delito. La infracción que las leyes castigan con

(2) El delito (lato sensu) es, generalmente, designado por la ley con el nombre de infracción (art. 2, 6, 81, 83 Código penal).

(3) Ver supra nº 1.

una pena aflictiva e infamante es un crimen". Esta fórmula ha sido tomada por el Código de Baviera de 1813 y el Código prusiano de 1851. Por el contrario, el Código penal toscano adoptó una clasificación bipartita: "delitti e transgressioni" (delitos y contravenciones), como el Código penal italiano de 1889 y el proyecto de Código penal suizo de 1918. El legislador peruano ha adoptado la división bipartita: delitos y faltas.

Los libros primero y segundo del Código penal tratan de los delitos y el libro tercero de las faltas. En la parte general del libro tercero, relativo a las faltas (contravenciones), las disposiciones generales del libro primero son declaradas aplicables a las faltas, salvo disposición contraria. El artículo 383, inciso 1º, de nuestro Código penal estatuye: "Las faltas sólo se reprimirán en el caso de estar consumadas, sin atender más que al hecho mismo sin consideración a si hubo intención o negligencia".

El legislador hace, pues, de las faltas infracciones formales cuyos autores son castigados por el solo hecho de haberlas cometido. El principio de la culpabilidad es abandonado. Sigue este mismo criterio, por ejemplo, al regular en el código Tributario los delitos e infracciones (contravenciones o faltas) tributarias. Estas son concebidas como incumplimientos a las formalidades impuestas por las leyes fiscales en interés de la recaudación de impuestos, y sus autores son castigados por el simple hecho de cometerlas; es decir, sin determinar su culpabilidad. Es de suponer que el legislador ha instituido estas infracciones, punibles independientemente de toda intención, porque las acciones que él prohíbe y las omisiones que sanciona, constituyen en ellas mismas obstáculos a la recaudación de los impuestos, tal como los ha organizado. Así, la obligación de presentar una declaración en los plazos fijados es sólo protegida penalmente en la perspectiva de la organización de la recaudación de impuestos sobre la base de la declaración suscrita del contribuyente.

De esta manera, el legislador se aleja de la concepción admitida en el derogado Código penal de 1863, que de acuerdo al modelo español —Código penal de 1848-50— hacía de la culpabilidad un elemento constitutivo de todas las infracciones (comprendidas las faltas). Este criterio era admitido por la mayor parte de los juristas de la época, quienes criticaron acerbamente el Código penal italiano de 1889 que en su artículo 45 decla-

raba responsable al autor de una falta por el sólo hecho de su acción u omisión (4).

La exposición de motivos del Código penal peruano (5) no explica las razones que han determinado al legislador a tratar de esta manera el problema de las faltas. La doctrina no se ha pronunciado aún al respecto. En nuestra opinión, el carácter dudoso (en el plano científico) e injusto de este artículo 383, inciso 1º de nuestro Código se plantea claramente en relación con algunas faltas; por ejemplo: las vías de hecho, la ratería y la obtención fraudulenta de una prestación, previstas en los artículos 384, 386 y 387 (inciso 3) respectivamente, y que tienen como fuente directa de inspiración los artículos 295, 298 y 303 del proyecto de 1918 del Código penal suizo. ¿Cómo castigar, sin contradecir el sano sentimiento de justicia, por ejemplo, al autor de vías de hecho quien, a causa de un error, se cree víctima de una agresión ilegítima; o a aquel que de buena fé sustrae cosas ajenas de poco valor, convencido de que son suyas? Esto es aún más chocante si se tiene en cuenta la naturaleza de estas infracciones y la manera como ellas han sido concebidas por el legislador (6).

Este ejemplo muestra una peculiar técnica legislativa, utilizada por el legislador peruano: reproducir en el Código penal (art. 383, inc. 1º) una disposición general extranjera —en el caso analizado, del Código penal uruguayo—, luego incorporar, algunas disposiciones contenidas en otras legislaciones —proyecto suizo de 1918—, sin tener en consideración que son incompatibles con la disposición general.

Las penas previstas, generalmente, para los autores de faltas son: prisión no menor de dos días ni mayor de 30 y multa de dos a cincuenta soles. La inhabilitación no es aplicable sino en los casos expresamente indicados por la ley (podrá ser impuesta la suspensión de la patria potestad a quien fuere encontrado en la vía pública en estado evidente de embriaguez:

(4) José Viterbo Arias, Exposición comentada y comparada del Código penal del Perú de 1863, Lima 1906, p. 554 y s.

(5) Código penal, editado por Julio D. Espino Pérez, Lima 1968, p. 8-28.

(6) Esta observación es pertinente si se analiza la manera como han sido elaborados los tipos legales de dichas faltas. Tipos elaborados por un legislador que admittía, también, la culpabilidad como un elemento de las faltas o contravenciones. En nuestro caso, es una prueba más de que el legislador ha mantenido algunos casos de responsabilidad por el simple resultado. Esto se revela ya en el artículo 87. De acuerdo a esta disposición, el agente que actúe por error de hecho o de derecho no culpable (que hace desaparecer el dolo) será también sancionado. Sólo permite al juez disminuir la pena bajo el minimum legal (ver infra nº 53).

art. 390, inc. 3º). En caso de falta contra el patrimonio, denominada ratería y regulada en el artículo 386, se someterá al autor a trabajo obligatorio durante el día en una obra del Estado o se le colocará en una casa de trabajo por un tiempo no mayor de tres meses.

Cabe destacar que el legislador abandona el sistema días-multa consagrado en el artículo 20 en relación con los delitos.

La complicidad, en virtud del artículo 383, inciso 2º, no es punible en materia de faltas; el inciso 5º de la misma disposición establece reglas especiales sobre la responsabilidad de las personas que ejerzan potestad, dirección o vigilancia sobre el autor de una falta.

En caso de condena condicional, el plazo de prueba es disminuido de cinco años (art. 45) a un año (art. 387, inc. 4º). El inciso 7º del artículo 383 establece que la acción penal prescribe a los seis meses; la pena al año (estas disposiciones tienen como fuente legal los artículos 291 y 294 del proyecto suizo de 1918).

4. *Delitos y faltas.*— Conforme a la opinión dominante, los delitos y las contravenciones (faltas) no pueden ser ontológicamente diferentes (7). Carl Stooss ya había afirmado que “no hay diferencia esencial absoluta entre las faltas y los delitos” y que “generalmente, las disposiciones generales establecidas para los delitos deben igualmente aplicarse a las faltas” (8). Esta opinión ha sido defendida por Zürcher en su remarkable exposición de motivos del anteproyecto suizo de 1908. “Es cierto —dice él— que una frontera precisa, una diferencia esencial, no puede ser establecida entre esas dos categorías de infracciones. Ni la diferencia en sus efectos (en el sentido que las infracciones que implican un resultado o una puesta en peligro serían ubicadas en la primera clase, mientras que las infracciones de simple insumisión formarían la segunda); ni en su relación con la moral, en el sentido de que los actos moralmente indiferentes serían faltas, mientras que los actos que comportasen una reprobación moral serían delitos); ni, por último, la condición de culpabilidad (en el sentido de que no habría delito sin culpabilidad, mientras que esta condición no se-

(7) Cf. Sebastián Soler, *Derecho Penal argentino*, 3a. edición, Buenos Aires 1963, T. I, p. 241.

(8) Carl Stooss, *Avant-projet de Code pénal et motifs à l'appui*, traducción de Gautier, Berna 1894, p. 353.

ría exigida en materia de faltas); ninguno de estos criterios permite establecer una distinción fundada sobre los caracteres esenciales" (9). Zürcher estimaba, sin embargo, necesario tratar diferentemente estos dos tipos de infracciones, teniendo en cuenta que hay entre ellas una simple diferencia cuantitativa (10). Sin embargo, ciertos juristas estiman necesario hacer una distinción de principio entre delitos y contravenciones, distinción que reside en el valor moral ligado a la pena, que es la consecuencia: mientras que la pena criminal implica una desaprobación ético-social, la pena de la falta no comporta juzgamiento reprobatorio" (11).

Toda distinción que se pretenda hacer sólo será posible desde un punto de vista cuantitativo o simplemente legal. La importancia práctica de esta distinción obliga al legislador a emplear en la ley fórmulas claras y precisas (12).

II. LA ACCION

5. *Definición.*— Según la doctrina penal moderna, la acción es un comportamiento humano socialmente relevante (13). Esta acción puede consistir en la ejecución de una actividad "final" (orientada hacia un fin determinado); en la no realización (inactividad) de un acto ordenado (no necesariamente por la ley); o, en ciertos límites, en la producción de un resultado en principio controlable (causalidad) (14).

Sólo el comportamiento portador de una manifestación de voluntad puede ser base para la valorización penal, y para considerarse acción debe merecer una determinada valoración social. En la referencia a las relaciones del acto humano con el medio social se encuentra el criterio superior para unificar bajo un mismo concepto las diversas formas en que se presenta (ontológicamente considerado) el comportamiento del hombre (15).

(9) Emil Zürcher, *Exposé des motifs de l'avant-projet de 1908*, traducción de Gautier, Berna 1914, p. 425.

(10) *Exposé de motifs*, p. 426.

(11) Oskar Germann, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zürich 1942, p. 101.

(12) Cf. Soler, *Derecho penal*, T. I, p. 242; Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, 3a. edición, México-Buenos Aires 1959, p. 213.

(13) H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin 1959, p. 152; Consultar: Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4a. edición, Karlsruhe 1971, p. 180; Jiménez, *La ley y el delito*, p. 210 y s.; Soler, *Derecho penal*, T. I, p. 260 y ss.

(14) H. Jescheck, *Lehrbuch*, p. 153; Mezger-Blei, *Strafrecht I (Studienbuch)*, 19a. edición, München 1970, p. 56 y s.

(15) Jescheck, *Lehrbuch*, p. 152-153; Schonke-Schroder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 15a. edición, München 1970, p. 17.

Oponiéndose a esta concepción, la "teoría finalista de la acción" afirma que la acción es un comportamiento humano sometido a la voluntad orientada hacia un resultado determinado (16). La finalidad de la acción resulta del hecho que el hombre, consciente de su poder causal, puede prever en cierta medida, los efectos posibles de su actividad; tratar de alcanzar fines diferentes y dirigir, según un plan, su actividad hacia un objetivo determinado. Según Welzel, la dirección final de una acción se cumple en dos fases. La primera, que se desarrolla en la esfera del pensamiento, comprende el escogimiento, por parte del autor, del fin que quiere alcanzar; la elección (en base a su saber causal) de los medios de acción necesarios para realizar dicho objetivo y el cálculo de los efectos concomitantes, que están vinculados a los factores causales considerados junto al logro del fin. La segunda etapa, que se desarrolla en el mundo exterior, consiste en que el agente, después de haber cumplido con las operaciones antes señaladas, pone en movimiento, de acuerdo a un plan, los medios de acción (factores causales) elegidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin y los efectos concomitantes (incluidos en el complejo total a realizar). Esta segunda etapa es, en realidad, un proceso causal sobredeterminado por la elección del fin y de los medios en el dominio del pensamiento (17). Ultimamente, el profesor Welzel considera que mejor sería de hablar de acción "cibernética" en lugar de finalista, por cuanto este término se conforma más a la peculiaridad determinante de la acción, esto es, su dirección y encauzamiento (18).

Para comprender mejor la concepción finalista, consideramos oportuno transcribir el siguiente ejemplo dado por Welzel: A y B quieren robar a X, después de reducirle previamente a la impotencia. Como medio para ello consideran, en primer lugar, un cinturón que pretenden enrollar en el cuello de la víctima. Como, sin embargo, con tal proceder cuentan con que la víctima muera asfixiada, y quieren evitarlo, descartan este medio y eligen un pequeño saco de arena, con el cual aturdirán a X. Al principio ejecutan de este modo el hecho; su realización está dirigida tanto a la consecución del fin (el botín), como a evitar los efectos concomitantes (la muerte de X). Sin embargo, como

(16) Hanz Welzel, *Das Deutsche Strafrecht — Eine systematische Darstellung*, 10a. edición, Berlín 1970, p. 31 y ss; Maurach, *Strafrecht*, p. 182 y s.

(17) *Strafrecht*, p. 30 a 32.

(18) Hanz Welzel, *La dogmática en el Derecho penal*, in *Cuadernos de los Institutos* n° 116, Universidad Nacional de Córdoba — Instituto de Derecho Penal, Córdoba 1972, p. 35.

el saco de arena no aturde a X, los autores recurren al primer medio. Estrangulan a X con el cinturón hasta que pierde el conocimiento, y lo dejan, abrochado con la hebilla, en torno al cuello de X, mientras recogen el botín. Cuando, posteriormente, aflojan el cinturón, X ha muerto asfixiado. Dado que ellos, como muestra su plan originario, contaban con el desenlace mortal al utilizar ese medio, se extiende su voluntad de realización, para la configuración de ese hecho, también al efectivo conocimiento que lleva consigo. Los autores han modificado aquí la primitiva dirección de la acción, que llevaba a la obtención del fin evitando la muerte de X, de modo que han incluido en su voluntad de realización los efectos concomitantes posibles como parte del resultado total a efectuar para el logro del fin (19).

Las críticas hechas a la teoría de la acción finalista son bastante numerosas. Se le critica, en primer lugar, el hecho de que su concepto de acción no puede comprender el acto negativo (omisión) ni el acto que produce un resultado ilícito por negligencia (delitos culposos). En el primer caso, falta la impulsión voluntaria necesaria al nacimiento de toda acción "finalista", en el segundo, el resultado a evitar es extraño a la relación final y la voluntad es considerada en su función causal (20). Se ha criticado, igualmente, a esta teoría su concepción natural del dolo (sólo como fenómeno psicológico: intención) y que la naturaleza misma de la "finalidad" no permite comprender la noción del dolo eventual, en esta nueva concepción del dolo (21). La discusión entre los representantes de ambas concepciones, que ocupó tanto a la doctrina penal alemana, ha perdido en intensidad e interés. Ambos bandos han abandonado sus posiciones irreductibles. La concepción denominada causalista y combatida por los finalistas, que consideraba agotada la acción en la causación del resultado típico (en este sentido estrecho) no tiene defensores. Los partidarios de la acción finalista, así mismo, han admitido, flexibilizando sus puntos de vista y reconociendo la corrección de algunas críticas que se le hacían, que el concepto de la acción es el mismo tanto en relación con los delitos dolosos como culposos.

(19) Strafrecht, p. 183.

(20) Schonke-Schroder, Strafgesetzbuch, p. 19. Ver: Jeschek, Lehrbuch, p. 156 y s. p. 488; Cf. Schonke-Schroder, Strafgesetzbuch, p. 19; Mezger-Blei, Strafrecht, p. 57; Jürgens Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5a. edición, Tübingen 1968, p. 156 y s.

(21) Germann, in Rev. Pénale suisse 1951 (66), p. 488; Cf. Schonke-Schroder, Strafgesetzbuch, p. 19, Mezger-Blei, Strafrecht, p. 57; Jürgens Bauman, Strafrecht, Allgemeiner Teil 5a., Tübingen 1968 p. 156 y s.

En nuestra opinión, la concepción admitida en el párrafo inicial de este acápite, dominante en la doctrina, es más conforme a la realidad; ella corresponde a la legislación y da los fundamentos necesarios a la teoría del delito. La noción de acción así concebida juega un rol práctico importante, puesto que permite comprender positivamente los actos que interesan al Derecho penal. Sirve, además, de vínculo de unión para los demás elementos del delito y de límite para descartar los actos penalmente irrelevantes.

Aún hoy en día, no se acepta con unanimidad la posibilidad de elaborar un concepto general que comprenda todos los tipos de actividad humana. Schönke-Schröder afirma que la comisión y la omisión son ontológicamente diferentes y, por tanto, es imposible comprenderlas en un concepto superior (22). Este criterio deja de lado el carácter normativo del concepto de acción que le permite, justamente, comprender dichas clases de comportamiento.

El legislador mismo ha estado obligado a buscar un término general para designar las diversas clases de acción.

La terminología empleada por nuestro legislador en el Código penal no es uniforme: el artículo 3 del Código, que consagra el principio de la legalidad, señala expresamente las dos clases de acción empleando las expresiones "acto" y "omisión".

En apariencia, no sería, pues, necesario elaborar dogmáticamente una noción general de acción, pero la lectura de las otras disposiciones del Código nos muestra con claridad que el legislador ha estado obligado, igualmente, a usar un término general. El ha recurrido a las expresiones: "hecho" (art. 9), "hecho punible" (arts. 7, 70, 85 inc. 1 y 100) y "acto" (arts. 81, 82, 85 inc. 1). La expresión "acción" es utilizada una sola vez para designar todas las clases de actividad: según el artículo 51, el Juez, al momento de individualizar la pena, tendrá en cuenta la "naturaleza de la acción".

6. *Clases de acción: comisión, omisión, y comisión por omisión.*— La mayor parte de las disposiciones de la parte especial de todo Código penal describen actos positivos (comisión). El autor debe "hacer algo". El viola una norma prohibitiva; por ejemplo, "no matar" (art. 150). Excepcionalmente, el legislador ha previsto actos negativos (omisión). El autor debe "no hacer algo" para cumplir con las exigencias de la disposición

(22) Schenke- Schroder, Strafgesetzbuch.

especial. El viola una norma preceptiva que lo obliga a ejecutar un acto, por ejemplo, "socorrer a alguien en peligro". (art. 183). Nuestro legislador ha creído necesario declarar expresamente que el autor de un delito de omisión es aquel que no hace lo que ordena la ley penal (art. 101) (23).

A estas formas puras o simples de acción, es necesario agregar una tercera, que implica la realización por omisión de una infracción descrita positivamente por el legislador. El autor viola una norma preceptiva y produce por este hecho un resultado prohibido. Es el caso del padre que observa como su hijo por jugar cae en un estanque lleno de agua y sabiendo que corre el peligro de ahogarse no le presta auxilio. Si el niño muere, el padre puede ser considerado como el autor de un homicidio intencional o culposo (conforme a las circunstancias). Se da, igualmente, como ejemplo de este tipo de acción el caso de la madre que deja morir de hambre a su hijo recién nacido. En buena cuenta, casi todos los delitos pueden ser ejecutados por comisión como por omisión (24).

La doctrina llama a estos actos "delitos de omisión impropia" o "delitos de comisión por omisión". Grandes dificultades prácticas y teóricas surgen al respecto, ya que se trata de atribuir la responsabilidad de un resultado a una persona que no ha actuado positivamente. La solución correcta se encuentra, como en el caso de los actos de pura omisión, en la aceptación de la teoría de la "acción esperada", que deduce la responsabilidad del autor por el hecho de haber omitido la realización de un acto exigido por la ley, por un contrato, por una regla de derecho consuetudinario o por la situación de hecho creada por la acción precedente del autor, poniendo de esta manera en peligro o lesionando un bien jurídicamente protegido. Tres condiciones son, pues, necesarias para la existencia de los delitos de comisión por omisión: a) obligación jurídica del autor de ejecutar la "acción esperada" y de impedir así la producción del resultado delictuoso; esta obligación debe ser establecida por la ley, por un contrato, por una regla de derecho consuetudinario o por una situación de hecho creada por el comportamiento anterior del autor. Una obligación moral es insuficiente; b) la posibilidad por parte del autor de realizar la acción esperada; "ul-

(23) Esta disposición figuraba ya en nuestro anterior Código penal (1863): artículo 14.

(24) Edmund Mezger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3a. edición, Berlin-München 1949, p. 92; cf. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, 1a. edición, Buenos Aires 1951-56, T. III, p. 341.

tra *possenemo tenetur*"; c) la existencia de una relación de causalidad entre la omisión y el resultado prohibido (25).

Si en el ejemplo del padre que deja ahogarse a su hijo, reemplazamos al padre por un tercero, que pasa ocasionalmente por donde juega el niño, éste no podría ser castigado sino como autor del delito de abandono de personas en peligro (art. 183). No puede ser responsabilizado por la muerte del niño debido, precisamente, a que no existe entre ellos relaciones familiares, contractuales o por una situación de hecho creada por comportamiento anterior. Diferente sería la situación si quien no auxilia al niño es, por ejemplo, un policía o alguien que ha creado, justamente, la situación de peligro. Jiménez de Asúa estima, siguiendo a parte de la doctrina y jurisprudencia alemanas, que basta el quebrantamiento de un deber moralmente exigido por la convivencia social (26).

7. *Relación de causalidad.*— Según las disposiciones de la parte especial, la imposición de una sanción puede fundarse en la simple realización de una acción o sobre el resultado externo e independiente a la acción misma. La violación de domicilio, por ejemplo, es una infracción que se consuma con la penetración o la permanencia ilícita en un lugar contra la voluntad del titular (art. 230). Acción y resultado coinciden en el espacio y en el tiempo. Por el contrario, en el caso de homicidio o de lesiones corporales, es necesario que se produzca el resultado (muerte o lesión). En todos los casos, la existencia de una relación de causalidad es indispensable, cuya comprobación no ofrece dificultades sino en los delitos materiales (con resultado externo e independiente de la acción).

La teoría de la causalidad trata, actualmente, de fijar en qué condiciones un resultado penalmente relevante puede ser considerado el producto del comportamiento externo del agente.

La noción de causa en Derecho penal no puede ser la misma que la aceptada en filosofía o en las ciencias naturales. Ella debe ser conforme a las necesidades prácticas del Derecho penal. Los penalistas están obligados a aislar la acción del autor de los otros hechos que provocan el resultado delictuoso. Ellos

(25) Vital Schwander, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 2a. edición, Zürich 1966, p. 77; Jiménez, *Tratado*, T. III, p. 339; Maurach, *Strafrecht*, p. 580; Hans Schultz, *Das Unterlassungsdelikt*, Cuadernos del Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich, Wintersemester 1964-65, p. 27 y s. (especialmente p. 37); German, *Verbrechen*, p. 163; Jescheck, *Lehrbuch*, p. 413-415.

(26) Jiménez, *La ley y el delito*, p. 218.



estiman que sólo la acción del autor puede ser considerada como "causa" del resultado delictuoso, cuando ella reúne las condiciones enumeradas en la definición legal del delito. El punto de partida de toda investigación sobre la causalidad es "*la teoría de la equivalencia de las condiciones*", conforme a la cual sólo es decisiva la "causa sine qua non". La condición debida al autor es causal cuando ella no puede ser eliminada sin que desaparezca al mismo tiempo el resultado (27).

El Derecho penal no puede aceptar pura y simplemente esta teoría, que extiende demasiado la noción de causalidad, dando así lugar a injusticias en la aplicación de la ley penal. La Corte Suprema se aleja de esta concepción cuando declara que no puede imputarse a los acusados X e Y la muerte de A, acaecida de la siguiente manera: debido a que había herido a M.G., los acusados salieron en persecución de A, este en su huida cae a un río y perece ahogado. Si el Tribunal Correccional que condenó en primera instancia a X e Y, hubiera sido consecuente con su manera de considerar la relación de causalidad, debió también comprender a M.Q., quien fue el que dió lugar a la persecución (28). Ya Binding había afirmado, con mucha ironía, que siguiendo a la teoría de la equivalencia de las condiciones debería, igualmente, condenarse por adulterio al carpintero que hizo el lecho donde se cometió el delito; más recientemente Helmunt Mayer afirma que deberían hacerse responsables, siguiendo este criterio, a Adán y Eva de todos los delitos que actualmente se cometen. Sin embargo, se puede reconocer con Maurach que "los principios de la teoría de la equivalencia de las condiciones bastan sobradamente para explicar, en el marco de un actuar típico, la causación de un resultado conforme al tipo legal" (29). Pero, el Derecho penal no puede aceptar pura y simplemente esta teoría, que extiende demasiado la noción de causalidad, dando así lugar a injusticias en la aplicación de la ley penal. El correctivo necesario ha sido proporcionado por la *teoría de la causalidad adecuada* que —conservando el proceso hipotético propio a la teoría de la conditio sine qua nom— no acepta como causa toda condición necesaria a la producción del resultado, sino únicamente a aquella que,

(27) Schwander, Strafgesetzbuch, p. 69 y 70; Jiménez, Tratado, T. III, p. 221; Jescheck, Lehrbuch, p. 188.

(28) Ejecutoria del 2 de abril de 1964, in Revista de Jurisprudencia Peruana 1964, p. 1194.

(29) Strafrecht, p. 241.

conforme a la experiencia, es decir, al "curso ordinario de las cosas", es adecuada para producir el resultado prohibido. Con justa razón, por ejemplo, la Corte Suprema considera "causa verdadera y única del accidente" al hecho de que el chofer del carro X invadió (antirreglamentariamente) el lado derecho de la vía, obligando al chofer del auto Y, que venía en sentido contrario, a desviarse hacia el lado izquierdo. La colisión se produjo cuando el primer chofer maniobró con el fin de retomar el derrotero debido (30).

En los delitos de omisión o comisión por omisión, la causalidad material existe igualmente. La omisión es "causa" de un resultado determinado cuando la realización de la acción esperada habría podido, según el curso ordinario de las cosas, impedir la producción del resultado. La Corte Suprema para declarar fundada la sentencia del Tribunal Correccional que condena a M. Ch., a título de autor de lesiones culposas en agravio de D.L., por haber dejado en la vía pública a una yegua chúcará, la cual se encabritó ante la presencia del camión en que viajaba la víctima y levantándose sobre las patas trasera golpeó a D.L., en el cráneo, ha debido admitir previamente, que la omisión del cuidado necesario por parte de M.Ch., fue "causa del resultado dañino y que este, conforme al desarrollo normal de las cosas, muy bien podía suceder" (31).

8. *Ausencia de acción.*— El elemento subjetivo de la acción es la manifestación de voluntad del autor. Ella debe ser espontánea y motivada. Sin embargo los motivos no serán tomados en consideración sino para la apreciación de la responsabilidad y de la culpabilidad del autor (32).

No pueden ser calificados de acción los movimientos reflejos, que se presentan como reacción inmediata, involuntaria a un estímulo interno o externo (33), por ejemplo, convulsiones, vómitos y en ciertas circunstancias los movimientos instintivos de defensa.

Tampoco puede considerarse acción el acto realizado bajo la influencia de una *fuerza física irresistible* (vis absoluta), la "vis compulsiva no es suficiente" (art. 85, inc. 3). "En la violencia, vis absoluta, el violentado no quiere nada; la acción no

(30) Ejecutoria del 9 de octubre de 1935, in *Anales Judiciales* 1935, p. 264.

(31) Ejecutoria del 17 de agosto de 1936, in *Revista de los Tribunales* 1936, p. 283.

(32) Ernest Hafter, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2a. edición, Berna 1946, p. 71; cf. Jiménez, *La ley y el delito*, p. 210.

(33) Jiménez, *Tratado*, T. III, p. 605; Ver bibliografía citada por este autor.

le pertenece y el resultado o cambio que ocurre en el mundo exterior no es producto de la actividad suya. Si Cayo, a empujones, hace que Ticio con su cuerpo rompa una vidriera, quien produce el daño es Cayo y tanto da que se sirva de ese cuerpo o de una piedra... En la coacción (*vis compulsiva*) las cosas ocurren de muy distinto modo y la diferencia fundamental consiste en que mientras en la violencia no intervenía para nada la voluntad, en la coacción si interviene, aún cuando ella padezca una deformación que la afecta profundamente. Hay coacción cuando alguien es *obligado* a hacer o dejar de hacer algo por medio de torturas, padecimientos o amenazas" (34). De la misma manera, no son acción los movimientos llevados a cabo en estado inconsciente; por ejemplo, sueño profundo, delirio de fiebre, sueño profundo producido por narcóticos, la embriaguez extrema debida al alcohol. Estos últimos casos deben ser analizados de acuerdo a las circunstancias de cada caso particular. Si son estados en que la falta de conciencia no es total, sino que el agente sólo sufre una "grave alteración de la conciencia", no puede decirse que no haya acción. Este estado produce sólo la inimputabilidad del agente, quien es capaz de accionar (art. 85, inc. 1). En relación con los actos realizados en estado hipnótico se discute mucho. Algunos autores consideran que no existe acción y que el hipnotizado se convierte en un instrumento sin voluntad en poder del hipnotizador. Este se hace responsable, a título de autor mediato, de los actos delictivos cometidos por el hipnotizado (35).

III. TIPICIDAD

9. *Tipo legal*.— Todo código penal enumera, en su parte especial, actos de cierta gravedad y cuyos autores merecen una sanción. El legislador escoge pues entre la infinidad de comportamientos humanos factibles sólo aquellos de que ha de ocuparse el Derecho penal. Esta labor la cumple el legislador mediante la elaboración de los llamados tipos legales.

En Derecho penal se designó, en primer lugar, con el término "tipo" al conjunto de todos los presupuestos, cuya exis-

(34) Soler, Derecho penal, T. I, p. 288.

(35) Cf. Jiménez, Tratado, T. III, p. 706 y s.; Petters-Preisendaz, *Praktische Strafrechtsfalle mit Losung*, 13.ª edición, Berlín 1968, p. 11; Schonke-Schroder, *Strafgesetzbuch*, p. 176, nº 29.

tencia es necesaria para aplicar, de modo concreto, una sanción penal. Es decir, todas las circunstancias (antijuricidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad, etc.) que fundamentan la consecuencia jurídica (sanción). No es en este sentido en el que nosotros hablaremos del tipo legal; nos referimos más bien a la descripción concreta del acto prohibido realizada por el legislador en el precepto de la norma jurídico-penal (36).

Una propia teoría del tipo se fundó, por primera vez, por Beling (37). Este autor consideró al tipo como la mera descripción objetiva de una conducta determinada, totalmente extraña a todo juicio de valor jurídico (antijuricidad y culpabilidad). Todo elemento subjetivo, al que recurre el legislador para realizar tal descripción, pertenece —según Beling— a la culpabilidad. Oponiendo de esta manera, al tipo objetivo un tipo subjetivo (culpabilidad).

Esta concepción de Beling fue criticada por pretender separar, radicalmente, los aspectos objetivos y subjetivos del delito. Los trabajos de Nagler, Graf zu Dohna, Max E. Mayer, Sauer y Mezger, demostraron la existencia de elementos normativos y subjetivos del tipo y de la antijuricidad. La separación entre tipo objetivo y subjetivo deviene difusa y se hace imposible equiparar el tipo objetivo a la antijuricidad.

Un criterio totalmente opuesto al sostenido por Beling y a la concepción dominante en la doctrina actual, es defendido por los representantes de la teoría finalista de la acción. Partiendo de la afirmación que la acción se caracteriza, fundamentalmente, por estar orientada hacia un fin determinado (38), ellos consideran a la intención como un elemento de la acción y por tanto del tipo legal. Por esta razón, los finalistas distinguen de un lado una parte objetiva del tipo (referida a la acción, resultado, sujeto activo y pasivo, etc.) y, del otro, una parte subjetiva (referida al dolo, tendencias, etc.) (39).

10. *Tipicidad y antijuricidad.*— La adecuación de un acto a la descripción legal comporta la violación de la norma prohibi-

(36) Welzel, *Strafrecht*, p. 76; Schonke-Schroder, *Strafgesetzbuch*, p. 10.

(37) Ernest Beling fué el que lo concibió, por primera vez, de esta manera: *Lehre von Verbrechen* (1906); *Esquema del Derecho Penal — La doctrina del tipo*; traducción de Sebastián Soler., Buenos Aires 1944.

(38) Ver supra nº 5.

(39) Welzel, *Lehrbuch*, p. 59 y s.; Maurach, *Strafrecht*, p. 245 y s.; Günter Stra-
tenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil (Die Straftat)*, 1971, p. 77 y s. Ver: Baumann,
Strafrecht, p. 129 y s.

tiva o preceptiva que presupone la disposición penal. Pero esto no significa todavía que dicho acto sea antijurídico. Estando conformado el ordenamiento jurídico no sólo de prohibiciones y mandatos, sino también de "preceptos permisivos", es posible que un acto típico no sea antijurídico. Por ejemplo, la muerte intencional de un hombre causada en legítima defensa, se conforma al tipo legal del artículo 150; pero no es ilícita por que la norma del artículo 85 inciso 2º la justifica. La antijuricidad de un acto típico se deducirá de la combinación de normas prohibitivas y permisivas. Teniendo en cuenta que la conducta típica es "antinormativa" (40) y que, ordinariamente, comporta la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico importante, se debe afirmar que el tipo legal constituye una valoración penal independiente, la cual representa una señal que indica donde comienza el límite de una norma prohibitiva sancionada penalmente (41). El legislador indica en el tipo legal todos los elementos de los cuales se deduce, en todo caso, de manera provisional, la específica naturaleza prohibida del comportamiento delictuoso determinado. El tipo legal proporciona de esta manera un indicio, una presunción *juris tantum* de la antijuricidad.

Edmundo Mezger sostiene un criterio opuesto. El afirma que el tipo legal es "fundamento real y de validez ("ratio essendi") de la antijuricidad (42) y define el delito como un acto "típicamente antijurídico..."; pero siempre hace la reserva de que el acto no esté justificado. "Si tal ocurre —dice el mismo Mezger— la acción *no es antijurídica*, a pesar de su tipicidad" (43). Esto ha permitido afirmar a Welzel que tal concepción es sólo aparentemente distinta a la que considera la tipicidad como un indicio de la antijuricidad (44). Además, se ha objetado a Mezger que su teoría lleva "inevitablemente a crear una antijuricidad penal (45).

La adecuación de un comportamiento humano a un tipo legal ha sido reconocida por la doctrina como una característica primordial del delito. La doctrina denomina a esta característica con el término *tipicidad*.

(40) Welzel, *Strafrecht*, p. 47; Stratenwerth, p. 67; Jescheck, *Lehrbuch*, p. 217.

(41) Jescheck, *Lehrbuch*, p. 217.

(42) *Tratado de Derecho Penal*, Madrid 1955, T. I, p. 376.

(43) Mezger-Biel, *Strafrecht*, p. 107.

(44) *Strafrecht*, p. 49 y 50.

(45) Jiménez, *La ley y el delito*, p. 239; Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho Penal*, Santiago de Chile 196, T. I, p. 317.

11. *El bien jurídico.*— Para comprender la naturaleza y esencia del tipo legal es necesario analizar, aunque brevemente, las nociones de bien jurídico y de norma.

El rol que tiene el Derecho penal en la protección del orden social tiene como objetivo la conservación de ciertos bienes jurídicos vitales para la comunidad. El reconocimiento y jerarquía de los bienes depende no sólo de la estructura social, sino de las variables tendencias de la época (46).

Los bienes jurídicos se encuentran al centro de todo tipo legal, y son directamente puestos en peligro o lesionados por los actos delictuosos. Los bienes jurídicos no deben, sin embargo, confundirse con los objetos sobre los cuales recae la acción delictuosa; por ejemplo, en el tipo legal de robo, el bien jurídico es la propiedad, y el "objeto" la cosa mueble ajena. Algunas veces el bien jurídico y el objeto de la acción se confunden; por ejemplo : en el homicidio.

Encontrándose el bien jurídico en el centro de la disposición penal, ésta no podrá ser interpretada correctamente sin determinar y analizar el bien jurídico.

12. *La norma.*— El Derecho penal, sin embargo, no reprime toda lesión producida a un bien jurídico, sino tan sólo algunas de entre ellas; tal sucede en nuestro Código penal que no impone penas al autor de cualquier lesión contra el patrimonio ajeno; lo hace sólo en caso de "robo", "hurto", "rapiña", "apropiación ilícita", "estafa", etc. Aquí el legislador realiza una graduación tomando en consideración la gravedad y modalidad de los ataques contra el bien jurídico patrimonio. Esta graduación es sólo posible gracias a las normas.

Las normas constituyen un sistema de *mandatos* destinados al mantenimiento del bien jurídico. Tales mandatos pueden prohibir ciertos comportamientos o exigir de los sujetos acciones positivas (no matar, socorrer a persona en peligro, por ejemplo).

Estos mandatos reciben a partir de Binding y de Max E. Mayer (47) el nombre de "normas" o "normas de cultura".

Estas normas son el material del que el legislador parte para elaborar la disposición jurídico-penal. El legislador enlaza el incumplimiento del mandato de la norma a una sanción penal.

(46) Maurach, *Strafrecht*, p. 213-214.

(47) Karl Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig 1872; Max E. Mayer, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2a. edición 1923.

Dando de esta manera a la norma una fuerza real que no tenía (48). Es a través del tipo legal que el legislador cumple esta labor.

Esta breve exposición nos permite deducir las funciones fundamentales del tipo legal: ser expresión y garantía del principio de la legalidad (49) y separar claramente el injusto punible del no punible.

13. *Elementos del tipo legal.*— En la elaboración de los tipos legales, el legislador emplea *elementos descriptivos y normativos*; que sirven para individualizar tanto circunstancias externas (objetivas) como aquellas pertenecientes al mundo interno de las personas (subjetivas) (50).

Los elementos descriptivos son conceptos tomados del lenguaje común o jurídico, que se refieren a “determinados estados y procesos, corporales y anímicos”, y que han de ser “comprobados caso por caso por el juez cognitivamente” (51). Por ejemplo, “matar” (art. 150), “persona” (art. 156), “cosa mueble” (art. 237), “sustancias nocivas” (art. 274), “para ponerla en circulación” (art. 369).

Los elementos normativos “se refieren, por el contrario, a aquellos datos que no pueden ser, generalmente, representados e imaginados sin presuponer lógicamente a una norma” (52). Según Mezger “se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial “valoración” de la situación de hecho (53).

La apreciación del juez puede limitarse a una situación de hecho; por ejemplo, “falsa deposición sobre los hechos de la causa” (art. 334), “puesto en peligro la vida o la salud de las personas” (art. 261, 262, 263).

Ella puede también consistir en una estimación: por ejemplo, la “conducta contraria al honor” (art. 187).

(48) Maurach, *Strafrecht*, p. 251.

(49) Novoa Monreal, *Curso*, T. I, p. 309.

(50) Jescheck, *Lehrbuch*, p. 183; Baumann, *Strafrecht*, p. 113; Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona 1966, Este último autor afirma: “A los acontecimientos individuales, estado o demás “datos” que —cada vez determinados de modo general— constituyen en suma —y lo constituyen en una conexión especialmente configurada— un supuesto de hecho, los llamados elementos del supuesto de hecho”, p. 191.

(51) Mezger, *Tratado*, T. I, p. 388.

(52) Karl Englisch, *Die Normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, in *Festschrift für Edmund Mezger*, 1954, p. 147; citado por Jescheck, *Lehrbuch*, p. 184.

(53) *Tratado*, T. I, p. 38.

Esta apreciación del juez puede tener un fundamento jurídico: así, la noción de "cosa mueble ajena" (art. 237), o el "funcionario" (art. 434). En ciertos casos ella reposa sobre la experiencia y sobre criterios morales y culturales, como el concepto de "objetos obscenos" (art. 209, 210), de "actos contrario al pudor" (art. 200), de "maltratar o descuidar" (art. 184).

En otros casos, ciertos tipos legales contienen elementos estrechamente ligados a la noción de antijuricidad. Para apreciarlos, el juez formula un verdadero juicio normativo. Jiménez de Asúa estima que se trata de "impaciencias del legislador" y que estos elementos normativos deben ser comprendidos restrictivamente. En su opinión, estos elementos dan al juez un poder muy grande, haciendo demasiada elástica la definición legal (54). Estos elementos están indicados en las disposiciones legales por los términos siguientes: "ilegítimo" (art. 237), "indebidamente" (art. 297), "sin derecho" o "demanda ilícita" (art. 223, 230, 249, 216).

La distinción entre elementos descriptivos y normativos es bastante vaga. En buena cuenta debe, más bien, hablarse de elementos preponderantemente descriptivos o normativos. El elemento "cosa" del artículo 237, no es puramente descriptivo, ya que el intérprete debe desarrollar una actividad valorativa para fijar su amplitud. Al respecto, Karl Larenz manifiesta: "No considero que esta diferencia sea feliz. Si por elementos "descriptivos" se entiende sólo los hechos accesibles a la percepción, y por "normativos" los *predicados de valor*, entonces quedan excluidos tanto el sentido inteligible de las acciones humanas y de las declaraciones, como las relaciones jurídicas. Si se incluyen también en los elementos "normativos", entonces no se distingue con la suficiente claridad su diferencia de los predicados de valor. En definitiva, *todos* los elementos del supuesto de hecho son, en un sentido amplio, "normativos": precisamente como elementos del supuesto de hecho están referidos al sentido de la norma jurídica" (55). Este último criterio fue sostenido por Erik Wolf y Mezger reconoció expresamente, que era exacto; al mismo tiempo que subraya la conveniencia, por "razones de Derecho público (político) - (de) destacar den-

(54) Tratado, T. III, p. 181; ver del mismo autor: *La ley y el delito*, p. 257; cf. Baumann, *Strafrecht*, p. 271: "Es evidente que los elementos descriptivos del tipo legal consolidan la igualdad y seguridad jurídicas; los elementos normativos, por el contrario, las ponen en peligro".

(55) Larenz, *Metodología*, p. 191, nota nº 66.

tro de lo posible y del modo más claro los elementos “descriptivos” de los tipos penales, para con ello rechazar en tales casos el “juicio valorativo” con su secuela de indeterminación y subjetivismo, a menudo peligroso” (56).

La distinción entre elementos subjetivos y objetivos del tipo se hace en relación al autor. Así, se consideran objetivos todos aquellos estados y procesos que se hallan fuera del dominio interno del autor; por ejemplo, la acción descrita por los verbos típicos (matar, sustraer, apropiarse, no prestar ayuda, falsificar, etc.); sus modalidades (ser ejecutada sobre territorio nacional —art. 298, 301— o en el extranjero —art. 397); los medios utilizados (violencia o intimidación —art. 249—, astucia o engaño —art. 244— explosivos — art. 264); el objeto del delito (cosa mueble —art. 240 y 243).

Mención aparte merecen las referencias al sujeto activo del delito. La mayor parte de las disposiciones de la parte especial del Código comienzan por la expresión: “quien...” o “el que...” para indicar el *autor del delito* (sujeto activo). Algunas designan un autor determinado: en este caso, se trata de los llamados delitos especiales; por ejemplo, violación de deberes de función o de profesión, que no puede ser cometida sino por los miembros de una autoridad, los funcionarios, los oficiales públicos, los eclesiásticos, abogados, etc. En general, las disposiciones que no preveen condiciones particulares en relación al sujeto pasivo del delito, por ejemplo, “matarse a *otro*” en el homicidio (art. 150), “mujer” en el rapto (art. 228). Existen sin embargo disposiciones que indican un sujeto pasivo determinado; por ejemplo, “a una autoridad o a un funcionario” (art. 321), “un menor de dieciseis años” (art. 200), “acreedores” (art. 252).

Se consideran elementos subjetivos, por el contrario, a las referencias que el tipo contiene al mundo interno o anímico del autor. Las condiciones subjetivas pueden orientarse hacia la culpabilidad o la antijuricidad del acto. En este último caso, ellas son designadas como “elementos subjetivos de la antijuricidad”. Estos elementos forman parte del tipo legal cuando son mencionados en él expresamente (57). Los juristas han discutido mucho en torno a la naturaleza y a la función de estos elementos, y los partidarios de la teoría finalista de la acción, les

(56) Mezger, Tratado, T. I, p. 389.

(57) Jiménez, Tratado, T. III, p. 729.

atribuyen una importancia excesiva (58). Nosotros estimamos que no es necesario sobreestimar su rol.

Hay elementos subjetivos de la antijuricidad en los casos siguientes: "se procure o procure a otro un provecho ilícito" (art. 244), "ilícito propósito" (art. 230), "propósito de provocar una guerra" (art. 291).

La separación entre elementos subjetivos y objetivos, no es tan precisa. Diversos elementos colocados en el grupo objetivo se hallan impregnados de un fuerte subjetivismo. El comprender, por ejemplo, el verbo típico "apropiar" (art. 240) en el sentido de establecer relaciones equivalentes o análogas a las del propietario, significa aceptar tardíamente un elemento subjetivo del tipo. De esta manera, deviene casi imposible separar tajantemente los elementos del tipo en objetivos y subjetivos (59).

11. *Clases de tipos legales.*—Según cómo el legislador ha elaborado, en la parte especial del Código penal, los tipos legales, se distinguen diferentes clases de tipos, las cuales tienen una gran importancia para la interpretación de las disposiciones legales y para la clasificación de las infracciones.

1.—De acuerdo a las relaciones entre la acción y el "objeto" sobre el que recae esa acción, se distinguen: a) *delito material*: el tipo legal presupone la producción de un resultado externo distinto a la acción; ejemplo: el homicidio por negligencia (art. 156); b) *delito formal*: el tipo describe únicamente la acción del autor, sin que un resultado externo, independiente física y temporalmente de la acción, tenga lugar; ejemplo: la violación de domicilio (art. 230).

2.—En relación con la intensidad del daño causado al "objeto" de la acción, se diferenciará entre: a) *delito de lesión*: el tipo legal prevé un daño real al objeto sobre el que recae la acción; ejemplo, el homicidio (art. 150); b) *delito de peligro*: el tipo legal exige la creación de un peligro (posibilidad de dañar) como resultado de la acción; ejemplo, exposición y abandono de persona en peligro (art. 179).

3.—Si se consideran las formas fundamentales de conducta humana, se distinguirá entre *delitos de comisión, de omisión y de comisión por omisión* (60).

(58) Cf. Mezger-Bleil, *Strafrecht*, p. 100 y s.; Jescheck, *Lehrbuch*, p. 212 y s.; Baumann, *Strafrecht*, p. 271 y s.; ver Welzel, *Strafrecht*, p. 74 y s.

(59) Jescheck, *Lehrbuch*, p. 185; Baumann, *Strafrecht*, p. 115.

(60) ver *supra* nº 6.

4.—De acuerdo al número de bienes jurídicos protegidos con el tipo legal, hay *delitos simples* (un solo bien jurídico es lesionado; ejemplo, lesiones (art. 165): integridad corporal) y *delitos complejos* (varios bienes jurídicos son afectados; por ejemplo, rapiña (art. 239): patrimonio, libertad, la vida o la salud).

5.—En relación al número de acciones descritas en el tipo legal, se habla de *tipos simples* (en ellos se describe una sola acción, como sucede por ejemplo con el robo (art. 239) y la bigamia (art. 214); de *tipos alternativos* (en cada uno de ellos se describen acciones. La sanción es impuesta al autor de cualquiera de esas acciones. “Gramaticalmente esos tipos quedan caracterizados casi siempre por el empleo de la conjunción “o” que aparece entre los verbos rectores o las diferentes conductas”) (61); ejemplos, el delito de calumnia (art. 186), de encubrimiento (art. 234); de tipos acumulativos (en ellos se describe varias conductas que deben ser cometidas para la sanción se imponga).

6.—Según la calidad del sujeto activo, hay que considerar los delitos especiales (*delictum proprium*) y los delitos de propia mano. En los *delitos especiales* la autoría está limitada a un determinado grupo de personas (militares, funcionarios, eclesiásticos, etc.); por ejemplo, el delito de abuso de autoridad (art. 337). Los delitos de propia mano sólo pueden ser cometidos por el autor del delito en persona, y no, por tanto, sirviéndose de la intervención de otro sujeto (62); por ejemplo, el delito de seducción (art. 201), de prevaricato (art. 354).

15. *La sistemática de los tipos legales en la ley.*— Las disposiciones penales de la parte especial del Código no son independientes unas de otras; ellas tienen entre sí, por el contrario, determinadas relaciones internas.

Existe la relación entre *tipos básicos*, calificados y privilegiados. Los primeros contienen una descripción, que sirve de base a otros tipos derivados, como sucede con el homicidio simple (art. 150) y la injuria (art. 188). Los *tipos calificados* agregan al tipo básico otros elementos que conducen a la agravación de la pena; por ejemplo, el parricidio (art. 151), la calumnia (art. 186) y los *tipos privilegiados* agregan al tipo básico otros

(61) Novoa Monreal, Curso, T. I, p. 323.

(62) Ver: Maurach, Strafrecht, p. 218.

elementos que conducen a una disminución de la gravedad de la pena; por ejemplo, el homicidio por emoción violenta (art. 153), las injurias recíprocas (art. 189).

16. *Jurisprudencia.*— La comprobación de que un acto se adecua o no a un tipo legal debe ser realizada con mucho cuidado. Un error puede conducir a reprimir como delito un acto que no ha sido previsto como tal en una ley o no perseguir penalmente al autor de un acto, en realidad típico. Tipificar, aunque sea de manera provisional, es lo que hace el juez instructor al momento de decidir si procede abrir instrucción (63). Al dictar sentencia, el juzgador debe cuidar mucho de no desfigurar los tipos legales. De suceder esto, estaríamos frente a un atentado contra el "principio de la legalidad".

No es correcta, por ejemplo, absolver a los acusados de haber tenido relaciones sexuales con una menor de trece años, alegando que "el delito contra el honor sexual sólo es justiciable con todo el rigor de la ley, cuando se practica en agravio de una menor de 16 años, cuya edad no ofrece ninguna duda y que ha observado antes *una conducta moral* (64). Esta última condición no es un elemento del tipo legal del artículo 199 y su presencia no es necesaria para reprimir al agente. Si los autores se equivocaron en cuanto a la edad, como se admitió en el proceso, hubiese sido de aplicar el artículo 87. Pero, esta disposición sólo permite disminuir la pena por debajo del mínimo legal. La absolución parece que fué pronunciada teniendo en cuenta que la menor era inmoral.

Tampoco es acertado, reprimir al padre o al hermano mayor que practica, sin emplear "violencia o grave amenaza", el acto sexual con la hija o la hermana (mayores de 16 años, ahora de 14); pero lo hacen abusando de la autoridad que tienen sobre las víctimas y que se deriva de las estrechas relaciones familiares que los unen. La Corte Suprema ha admitido que en estos casos es de aplicación el artículo 196, porque la manera de proceder antes descrita constituye una especie de "violencia". Este razonamiento no es una mera interpretación (ni extensiva), pues sobrepasa el posible sentido literal del texto legal. Además, si el término "violencia" abarca estos casos no se entendería

(63) El artículo 77 del Código de procedimientos penales estatuye que "el juez sólo abrirá la instrucción si cree que el hecho denunciado constituye un delito y que la acción penal no ha prescrito...".

(64) Anales Judiciales 1939.

porque el legislador mencionó la "amenaza grave", que con mucha mayor razón debería considerarse ya comprendida. En realidad, la Corte Suprema recurre a la analogía y lo hace por razones extra legales: "es no sólo contrario a la moral, sino que es un acto, manifiestamente punible, porque va contra las bases sustanciales de nuestra organización social, jurídicamente organizada", el no reprimir este acto "importaría hacer ambiente para que los delitos incestuosos queden también impunes; y esto no puede ser..." (65). Lo cierto es que nuestro Código penal no contiene disposición alguna que contenga el denominado "delito de incesto", como si sucede en otras legislaciones (66). Por más inmoral o antisocial que sea un acto no puede ser reprimido, sino cuando haya sido previsto de manera expresa e inequívoca en una ley previa (art. 3).

IV. LA ANTIJURICIDAD

17. *Definición.*— Es un acto ilícito cuando comporta la violación de una norma establecida o admitida por el Estado. Estas normas implican prohibiciones o mandatos, cuyo rol esencial es proteger los bienes jurídicos. La antijuricidad debe ser concebida tanto desde un punto de vista formal como material (67), ya que la violación de la norma (aspecto formal) implica siempre la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (aspecto material).

La antijuricidad es una noción propia de todo el orden jurídico (68). No es posible concebir una antijuricidad específica

(65) Anales Judiciales 1964, p. 272. Ejecutoria del 6 abril 1964.

(66) Por ejemplo, el Código penal suizo en su artículo 213 dice "L'acte sexuel entre ascendants et descendants, ou entre frere et soeur germains, consanguins ou utérins, sera puni de la réclusion pour trois ans au plus ou de l'emprisonnement pour un mois au moins" — "Celui qui aura commis l'acte sexuel avec un descendant mineur agé de plus de seize ans sera puni de la réclusion pour dix ans au plus". — "Les mineurs n'encourront aucune peine s'ils ont été séduits par une personne majeure". — "L'action pénale se prescrit par deux ans". Este delito ya había sido previsto en el anteproyecto de 1908 (art. 137) y en los proyectos posteriores. El legislador peruano que utilizó como modelos a estos trabajos legislativos y que conoció, por tanto, estas disposiciones, no la incorporó en nuestro Código.

(67) Jiménez, Tratado, T. III, p. 869 y s.; la diferencia entre antijuricidad formal y material fue defendida por Franz von Liszt: Tratado de Derecho Penal, 1a. edición, traducción de Jiménez de Asúa, Madrid 1916, T. II, p. 324; Jeschek Lehrbuch, p. 159; Jean Darbellay, Théorie générale de l'illicéité en droit civil en droit pénal Fribourg 1955, p. 110 y s.

(68) Maurach, Strafrecht, p. 297 y 298; contra: Hafter, Lehrbuch, T. I, p. 95; Darbellay, Théorie générale, p. 88 y s. (especialmente p. 101 y 102).

para cada dominio del derecho. Esto no significa, de ninguna manera, que los efectos sean los mismos: en derecho civil, ella da lugar a la reparación del daño; en derecho penal, al contrario, ella es una condición indispensable para imponer una sanción.

Cuando el legislador elabora los tipos legales en la parte especial del Código, configura actos "que forman parte del *bloque injusto* del cual se talla una parte, delimitándola, con el fin de que quede perfectamente encerrado en fronteras *lo que por ser injusto se castiga* (69). Esta técnica legislativa permite no formular una definición positiva de la antijuricidad en la parte general del Código. El legislador se limita a señalar las circunstancias que hacen lícitos los actos que reúnen los requisitos fijados en la definición legal de la infracción (tipo legal). En la práctica, la teoría de la antijuricidad se reduce a la constatación de la existencia o ausencia de una causa de justificación en el caso particular.

18. *La antijuricidad y el tipo legal.*— La descripción y selección de actos ilícitos mediante los tipos legales, no son realizados por el legislador en términos absolutos. Por el contrario, él sólo "proporciona una tosca imagen del suceso" (70). Esto da lugar a que numerosos actos de la vida diaria, conformes al orden jurídico, estén "en sí" sujetos al efecto del tipo legal, debiendo recurrirse a las causas de justificación "para aportar una prueba de derecho positivo de la juricidad de estas acciones" (71).

Todo acto típico (conforme a un tipo legal) no es ilícito; por ejemplo: la muerte causada por el autor en legítima defensa. De esta manera la adecuación de un acto a un tipo legal, constituye sólo un indicio del carácter antijurídico del acto (72).

19. *Carácter objetivo de la antijuricidad.*— El juicio de valor que afirma el carácter antijurídico del acto no es formulado en relación con la personalidad del autor, sino que se refiere al acto mismo. Por esta razón se habla, en doctrina, del carácter objetivo de la antijuricidad. Este criterio, predominante en la doctrina penal moderna, permite distinguir, claramente, la antijuricidad de la culpabilidad. Como lo veremos más

(69) Jiménez, Tratado, T. III, p. 773.

(70) Maurach, Strafrecht, p. 286.

(71) Maurach, Strafrecht, p. 286; cf. Jiménez, Tratado, T. III, p. 772.

(72) Ver supra Nº 10.

adelante, la culpabilidad es un juicio de valor (de reproche) referente al autor; sin embargo, no es de olvidar que el legislador se refiere, con frecuencia, en los tipos legales, a la voluntad del autor; voluntad que hace aparecer el acto como conforme o contrario al Derecho. Se trata de los discutidos "elementos subjetivos de la antijuricidad", y a los que nos hemos referido al tratar de los elementos del tipo legal (73). Por ejemplo, en el artículo 369 "Será reprimido con . . . , el que indebidamente fabricare moneda de curso legal en la República *para ponerla en circulación como auténtica . . .*" constatamos que la afirmación del carácter antijurídico depende de que la voluntad del autor se oriente hacia poner en circulación, como auténtica, la moneda indebidamente fabricada. Otro ejemplo de elemento subjetivo del injusto nos lo proporciona el artículo 206, cuando estatuye: "El que, *con propósito de lucro*, favoreciere la prostitución o corrupción de un menor . . ." y el artículo 320: "El que con *ilícito propósito* usurpare una función pública sin título o nombramiento . . .".

El reconocimiento de estos elementos subjetivos no es óbice para que se niegue el carácter objetivo de la antijuricidad ni para rechazar la distinción entre culpabilidad y antijuricidad.

Los elementos subjetivos tienen un rol importante en la teoría de la tentativa y en las diferentes causas de justificación.

20. *Causas de justificación.*— Las causas de justificación, que permiten declarar conforme al derecho actos que se adecúan a la descripción contenida en los tipos legales, son casos excepcionales, en los cuales la norma no puede ser respetada (74). El orden jurídico permite entonces su violación. El admite, en consecuencia, la lesión del bien jurídico protegido.

Habiendo admitido el carácter unitario de la antijuricidad (75), nosotros consideramos que las causas de justificación tienen como fuente todo el orden jurídico, y no tan sólo la ley penal (76). Esta concepción ha sido profundizada por los juristas alemanes debido a que su Código penal enumeraba de una manera incompleta las causas de justificación. La jurisprudencia alemana ha admitido, por ejemplo, que el artículo 20 del

(73). Ver supra Nº 13.

(74) Maurach, *Strafrecht*, p. 295.

(75) Ver supra Nº 17.

(76) Germann, *Verbrechen*, p. 211; Jescheck, *Lehrbuch*, p. 220; Maurach, *Strafrecht*, p. 297.

proyecto del Código penal de 1925 debe ser considerado como derecho vigente (77). En nuestro Código penal está expresamente previsto que la ley en general es el fundamento de las causas de justificación (art. 85 n° 5), sin embargo, la ley no es todo el ordenamiento jurídico, de manera que la justificación de un acto ilícito puede ser buscada fuera de la ley. La doctrina lo admite, ella emplea la expresión "*causas de justificación supra legales*". Su necesidad se desprende del hecho que la enumeración que hace la ley de las causas de justificación no es exhaustiva (78). Su admisión no significa una violación o un abandono del principio de la legalidad, puesto que ellas limitan el poder represivo (79).

En los Códigos penales modernos, sus autores han tenido cuidado de normar separadamente las causas de justificación, de irresponsabilidad, de inculpabilidad y de falta de acción. El legislador peruano no ha adoptado la misma técnica. El ha preferido seguir la del antiguo código penal peruano de 1863, inspirada en el código penal español de 1848-50. El agrupa bajo un mismo título: "Causas que eliminan o atenuan la represión", las causas de irresponsabilidad y de responsabilidad limitada (art. 85 n° 1 y art. 90), las causas de justificación (la legítima defensa: art. 85 n° 2, el estado de necesidad: art. 85 n° 3 in fine, el acto permitido por la ley y el cumplimiento de los deberes de función o de profesión: art. 85 n° 4, el acto ordenado por la ley o por una orden obligatoria emanada de una autoridad competente: art. 85 n° 5), las causas que eliminan la acción (fuerza física irresistible: art. 85 n° 3, ab initio) y las causas de inculpabilidad (art. 85 n° 3, segunda fase). Es evidente que esta manera de legislar sobre los aspectos negativos de los elementos de la infracción no es conforme a los principios de la ciencia penal y de la técnica legislativa.

21. *La legítima defensa.*— Ella constituye la causa de justificación por excelencia, y es admitida por todas las legislaciones. El derecho positivo y la doctrina no discrepan, en principio, sobre las principales condiciones de su realización.

El legislador peruano ha previsto la legítima defensa en el

(77) Reichsgericht 61, p. 247, citado por Maurach, Strafrecht, p. 298. El mencionado artículo disponía: "no se da una acción punible cuando la antijuricidad del hecho está excluida por el Derecho público o por el derecho civil".

(78) Germann, Verbrechen, p. 211.

(79) Jescheck, Lehrbuch, p. 220 221; cf. Germann, Verbrechen, p. 211.



artículo 85 n° 3, del código penal. El se ha inspirado fundamentalmente de los números 4 y 5 del artículo 8 del Código penal derogado. Las modificaciones que él realiza son, en nuestra opinión, de inspiración suiza.

72. *Requisitos de la legítima defensa: agresión ilegítima.*— Según nuestro Código, la legítima defensa supone una agresión que implica una lesión o la puesta en peligro de un bien (lato sensu) legalmente protegido. Ella debe ser la obra de una persona física que actúa positiva o negativamente (comisión u omisión). No se trata de cualquier agresión. Es necesario que ella sea ilícita, es decir, contraria al derecho, aún si ella no constituye una de las infracciones enumeradas en la parte especial del Código (80).

El autor de la agresión puede ser un irresponsable o una persona no culpable (81). Alberto Sommaruga considera, por el contrario y siguiendo a Manzini, que “es indispensable que provenga (la agresión) de un sujeto capaz, dotado del discernimiento suficiente como para comprender el carácter antijurídico de su comportamiento” (82). La Corte Suprema ha admitido la legítima defensa en favor de la madre que reaccionó contra un sujeto “sordomudo” e “imbecil-agresivo” que trató de abusar de su menor hija; sosteniendo de esta manera el criterio, generalmente, aceptado en doctrina (83).

No actúa en legítima defensa quien “a los pocos momentos” de ser herido arroja una pedrada en la cabeza de quien lo lesionó. La Corte Suprema ha resuelto, correctamente, que no es de admitir la existencia de esta causa de justificación “si se tiene en cuenta que la agresión (reacción) . . . se produjo, no en acto *simultáneo* . . . sino cuando había transcurrido algún tiempo, y cuando ya había *quedado concluido* el ataque . . .” (84). Tampoco se puede hablar de agresión ilegítima, cuando se da

(80) Thormann-von Overbeck, Das schweizerische Strafgesetzbuch — Kommentar, Allgemeine Bestimmungen, Zürich 1940, p. 140; Hafter, Lehrbuch, p. 145.

(81) Paul Logoz, Commentaire du Code pénal suisse, Neuchatel-Paris, partie générale, p. 133; Bouzat et Pinatel estiman que frente a un irresponsable la defensa pierde su carácter de justificante y que no es sino un caso de estado de necesidad, in *Traité de Droit pénal et criminologie*, T. I (Droit pénal générale), 2a. edición, Paris 1970, p. 362.

(82) La legítima defensa en la doctrina y en el Código penal peruano, in *Revista de Derecho y Ciencias Política*, Lima 1951, p. 541. Ver: Francesco Antolisei, *Manual de Derecho Penal, Parte general*, Buenos Aires 1960, p. 218 y 219.

(83) Ejecutoria del 10 de setiembre de 1959, in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1960, p. 89.

(84) Ejecutoria del 12 de mayo de 1938; in *Revista de los Tribunales* 1938, p. 295.

un acometimiento recíproco; por ejemplo, pendencia (85). Si la lesión del bien jurídico no necesita ser simultánea, tampoco debe ser consumada (86). El Código penal nuestro expresa sólo implícitamente esta condición cuando dice: "impedir o rechazar el ataque" Esta expresión supone, evidentemente, una lesión presente o inminente. Una persona amenazada por un tercero de un peligro futuro y lejano no puede reaccionar invocando la legítima defensa. No se puede tampoco considerar como un acto de legítima defensa el ataque dirigido contra el delincuente que fuga después de cometer su fechoría.

Por el contrario, está permitido tomar las medidas necesarias para garantizar cierta seguridad (defensas mecánicas). La instalación de estos medios de defensa debe ser hecha de manera que funcionen sólo en el momento en que se produzca el ataque. Además, no deben representar un peligro para la colectividad o los terceros respetuosos del derecho y deben ser proporcionados a las circunstancias (87). Algunos juristas prefieren considerar que en estos casos se da el "*ejercicio de un derecho*" y de que no debe admitirse la legítima defensa (ejemplo, ejercicio del derecho de propiedad) (88).

El bien que el agresor trata de lesionar puede ser bien jurídicamente protegido. Nuestro Código no comprende en la noción de legítima defensa a los ataques contra los bienes del Estado (89).

La legítima defensa es la obra del titular del bien jurídico atacado o de un tercero. Nuestro Código estatuye textualmente: "El que obra en defensa de su persona o derechos, o de la persona o derechos de otro...".

Quien está en legítima defensa no está obligado a inhibirse a repeler la agresión ilícita; por ejemplo, mediante la fuga o pi-

(85) Ejecutoria del 4 de noviembre de 1957, in *Revista de Jurisprudencia peruana* 1958, p. 338; ver: *Revista de los Tribunales* 1939, p. 60.

(86) Cf. Schwander, *Strafgesetzbuch*, p. 83; Germann, *Verbrechen*, p. 215; Waiblin-ger, *Les faits justificatifs*, in *Feuilles juridiques suisses*, n° 1205, p. 6; Thormann-von Overbeck, *Kommentar*, p. 140; Mezger-Bleil, *Strafrecht*, p. 130; Baumann, *Strafrecht*, p. 289; Jiménez, *La ley y el delito* p. 294; Bramont, *Código penal*, p. 74; Soler, *Derecho penal*, T. I, p. 364.

(87) Cf. Logoz, *Commentaires*, p. 134; Hafter, *Lehrbuch*, p. 144: "Nur dürfen sie nicht eine Gefährdung der Allgemeinheit darstellen". Ver: Jiménez, *Tratado*, T. IV, p. 228 y s.

(88) Cf. Soler, *Derecho penal*, T. I, p. 339.

(89) Germann, *Verbrechen*, p. 216; Schwander, *Strafgesetzbuch*, p. 83. Los juristas alemanes aceptan, por el contrario, la legítima defensa para repeler ataques contra los bienes del Estado, salvo cuando se trata de nociones muy amplias como: "orden público", "bien público", cf., Jescheck, *Lehrbuch*, p. 288; Mezger-Bleil, *Strafrecht*, p. 131.

diendo la intervención de la policía. Quien actúa en legítima defensa debe tener la voluntad de defender el bien atacado. El debe, pues, conocer la situación excepcional en la cual se encuentra. Se trata, evidentemente, de un elemento subjetivo de la legítima defensa (90). Por el contrario, si las condiciones objetivas y subjetivas de la legítima defensa son realizadas, no hay lugar a considerar los otros móviles del autor al momento del acto. Por último, el acto de defensa debe ser necesario para rechazar la agresión ilícita.

El autor puede desconocer la existencia del peligro que lo amenaza (agresión o haber querido emplear la legítima defensa como pretexto para obrar impunemente). Será castigado a título de homicidio por negligencia quien —ignorando que se halla fácticamente en estado de legítima defensa— mata a su agresor por descuido —por ejemplo, se le dispara el arma de fuego que limpiaba; aún cuando, objetivamente, sólo este accidente podía impedir el ataque inminente de parte de la víctima (91). Si no hay ánimo de defensa nos hallamos ante el denominado “pretexto de legítima defensa” (92).

23. *La necesidad racional del medio empleado para impedir el peligro.*— Este es el segundo requisito exigido por nuestro legislador para que se de la legítima defensa. Quien rechaza un ataque ilícito no está facultado para recurrir a cualquier medio y causar cualquier daño a quien lo agrede de esa manera. Por ejemplo, eliminar físicamente al agresor para proteger un bien de poco valor. Esta concepción, propia a las legislaciones latinas, es desconocida en Alemania donde el legislador no ha establecido la necesidad de comparar los bienes en conflicto. Se ha contentado con consagrar el dicho: “el derecho no retrocede ante lo injusto”. La doctrina y la jurisprudencia tratan de corregir este defecto de la legislación mediante la prohibición del “abuso de derecho” (93).

Este requisito implica, de la manera como está previsto en el Código penal, que el acto de defensa sea necesario. Debe existir proporcionalidad entre los bienes en conflicto, y cierta equivalencia entre los medios que se emplean para rechazar el ata-

(90) Germann, *verbrechen*, p. 216; Walblinger, *Feuilles Juridiques suisses*, n° 1205, p. 7; Jiménez, *La ley y el delito*, p. 295; Baumann, *Strafrecht*, p. 291.

(91) Walblinger, *Feuilles Juridiques suisses*, n° 1205, p. 7.

(92) Jiménez, *La ley y el delito*, p. 295.

(93) Mezger-Blel, *Strafrecht*, p. 132.

que y los utilizados por el agresor. Sin embargo, la correspondencia no debe ser absoluta, o determinada en forma matemática. Correspondencia que será examinada en la concreta situación en que se realiza la defensa, evitando todo formalismo. Se tomarán en consideración la intensidad de la agresión, la peligrosidad del agresor y la disponibilidad de medios que pueden ser utilizados. No es necesaria ni proporcional, por ejemplo, la acción del campesino que tira contra niños para defender sus cultivos de todo daño. Quien no tiene a su disposición los medios apropiados para protegerse o preservar sus bienes de poco valor, debe renunciar a rechazar el ataque. La necesidad —como dice Jiménez de Asúa— “no se refiere a la mera proporción sino a la existencia misma de la legítima defensa y, si falta, la invalida (94).

En la literatura penal moderna, se sostiene que el criterio a emplearse para determinar la necesidad de la legítima defensa y la proporcionalidad de los medios debe ser de *naturaleza objetiva* y a establecerse *ex ante*. Por estas razones, Jiménez de Asúa sostuvo —modificando su anterior opinión— que “*para que se dé la legítima defensa perfecta ha de existir proporcionalidad entre la repulsa y el peligro causado por el ataque, medida individualmente, en cada caso, pero no subjetivamente, sino conforme al criterio objetivado del hombre razonable que en ese instante y circunstancias se ve agredido* (95). Si por culpa, temor u ofuscación, el agredido daña un bien jurídico del agresor netamente superior, no podrá alegar la legítima defensa para justificar su acción. El habrá obrado ilícitamente y sancionado en proporción a su culpabilidad; de acuerdo al artículo (96.) Si se excedió “*en circunstancias inculpables*”, no será sancionado; pero, no por haber actuado lícitamente, sino sin culpabilidad (97).

La Corte Suprema no exige una proporcionalidad matemática entre los medios de defensa y de ataque. Además, tiene muy en cuenta la proporcionalidad de los bienes en conflicto para aceptar la legítima defensa. De esta manera ha decidido que “no puede haber proporción (entre) la ofensa, recibir en la cara una copa de aguardiente, y el agravio, fractura en los

(94) Tratado, T. IV, p. 213.

(95) Tratado, T. IV, p. 219.

(96) Ver supra nº 25.

(97) Cf. Jiménez, Tratado, T. IV, p. 219.

huesos de la nariz" (98). Para la determinación de la "necesidad racional del medio empleado", nuestro máximo Tribunal considera la naturaleza del ataque ("brusco y continuado") y la disponibilidad de medios ("el cuchillo fué el único medio a su alcance en ese momento desesperado"). Sin embargo, su criterio de apreciación no es *objetivo y ex ante*, ya que admite que al agresor no se le puede exigir "*que reflexione sobre las consecuencias del acto que va a practicar, y mida la proporción que deba existir entre la forma en que se le ataca y la forma en que se defiende*" (99). Por esta vía, se puede llegar a considerar como justificados casos de "exceso de legítima defensa" o de "defensa legítima putativa".

24. *Falta de provocación suficiente.*— Nuestro Código contiene una tercera condición, la "falta de provocación suficiente de parte del que hace la defensa". No se trata de una característica de la agresión ilegítima; esta interpretación concluiría afirmando lo superfluo de esta tercera condición legal. Creemos que el legislador ha querido indicar que quien está en legítima defensa no debe haber provocado la agresión mediante una amenaza de cierta gravedad.

Examinamos, con relación a este problema, los dos casos siguientes: primero, el autor provoca intencionalmente la agresión, con el objeto de obrar en beneficio de la legítima defensa. Esta será excluída en razón a la inexistencia de una situación de peligro no culpable; en consecuencia, el pseudo atacado será perseguido como autor de un delito intencional. En segundo lugar, el autor provoca, intencionalmente o por negligencia, una agresión, pero sin la determinación previa de lesionar los bienes jurídicos del agresor. Comentando una disposición del Código penal argentino parecida a la de nuestro Código, Sebastián Soler habla al respecto de "exceso en la causa", sin dejar de señalar que "la gran mayoría de los autores se pronuncian en este caso por la total impunidad, porque juzgan que una agresión no pierde el carácter de tal por el hecho de que sea provocada" (100).

25. *Artículo 90 del Código Penal.*— Este numeral estatuye: "En los casos del artículo 85, cuando no concurren los requisitos

(98) Ejecutoria del 17 de noviembre de 1952, in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1952, p. 3121.

(99) Ejecutorias del 31 de julio de 1939 y del 15 de junio de 1940, in *Revista de los Tribunales* 1939, p. 229 y *Anales Judiciales* 1940, p. 82, respectivamente.

(100) *Derecho penal*, T. I, p. 367 y s.

necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez puede disminuir la pena prudencialmente hasta los límites inferiores al *minimum legal*".

Esta disposición de origen español es deficiente; por cuanto, coloca a un mismo nivel a todos los elementos que son necesarios para que se dé, por ejemplo, la legítima defensa. Así, no será de aplicación este artículo 90 si no existe una "agresión ilegítima". La existencia misma de la legítima defensa depende de la presencia de este requisito. En la práctica, se aplica a los casos en que hay exceso en el ejercicio de una justificante. En una ejecutoria del 26 de abril de 1952, la Corte Suprema establece que "la pena prevista para el homicidio simple se atenúa si el autor ha cometido el delito tratando de defenderse o rechazar una agresión, pero excediéndose en la defensa al emplear un arma que no guardaba relación con el instrumento usado por su contendor" (101). Pero aún en estos casos, la Corte Suprema ha considerado necesario establecer algún límite. Considera que sólo "si el medio de defensa es excesivo, no procede la aplicación del artículo 90 del Código penal" (102). La atenuación de la pena se funda, sobre todo, en el "estado de ánimo en el cual el agredido ha podido actuar". Esta circunstancia disminuye su culpabilidad, el reproche que se le formula disminuye en intensidad. Si el estado de excitación o de sobrecoimiento provoca una grave alteración de la consciencia, estaríamos frente a un caso de inimputabilidad (art. 85, inc. 1º).

Los errores que sobre las condiciones objetivas, los límites o la existencia misma de la legítima defensa en que incurra el sujeto activo deben ser examinados de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 87 del Código penal.

26. *El estado de necesidad.*— Puede ser concebido teóricamente como una situación de peligro (presente o inminente), en la que la lesión de un bien jurídicamente protegido aparece como el único medio para salvar un bien del agente (103).

Así concebido, el estado de necesidad comprende la legítima defensa. Esta no es sino un caso especial del estado de necesidad. Sin embargo, en el estado de necesidad propiamente dicho, el bien lesionado y el bien preservado son igualmente pro-

(101) in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1952, p. 2318.

(102) Ejecutoria del 30 de abril de 1951, in *Revista del Foro* 1951, p. 139.

(103) Walter Spillmann, *Die Strafausschliessungsgründe im schweizerischen Strafgesetzbuch*, tesis doctoral, Zürich 1960, p. 21; Hafer, *Lehrbuch*, p. 151; Jiménez, *La ley y el delito*, p. 302; Maurach, *Strafgesetzbuch*, p. 320.

tegidos por la ley. El titular del bien jurídico que ha sido lesionado no merece este daño. En la legítima defensa, por el contrario, el bien jurídico lesionado pertenece al autor de la agresión ilícita quien merece tal lesión (104).

El bien jurídico dañado pertenece a un tercero inocente. Se equivoca, por tanto, la Corte Suprema cuando afirma que quien acepta un desafío para batirse en duelo actúa en estado de necesidad incompleto al verse amenazado por su contrincante, quien rastrilló su arma dos veces antes de iniciarse el singular combate (105). Estamos ante un caso de estado de necesidad, por el contrario, cuando X amenaza de muerte, esgrimiendo un cuchillo a su esposa Y. Esta huye de la cocina, donde tenía lugar la disputa, y decidiendo rápidamente la estrecha y empinada escalera que conduce al primer piso, por la cual su suegra comenzaba precisamente a subir, agarrándose de los pasamanos. Con el objeto de abrirse paso, Y tira de un brazo a su suegra, la empuja a un lado y continúa su carrera. La anciana señora (madre de X) pierde el equilibrio y cae; muriendo horas después, a causa de las lesiones que le ocasionara la caída (106).

Según el artículo 85 inc. 3º in fine de nuestro Código (art. 60 inc. del proyecto de 1916), está exento de pena quien actúa en la necesidad de preservarse de un peligro inminente e imposible de evitar de otra manera, si de acuerdo a las circunstancias en que el acto ha sido cometido, el sacrificio del bien amenazado no podía, razonablemente, ser exigido al autor del acto.

Esta disposición es de inspiración suiza. El legislador peruano no ha seguido, desgraciadamente, en todos los puntos la fórmula suiza.

27. *Requisitos del estado de necesidad: peligro inminente imposible de evitar de otra manera.*— El estado de necesidad supone la existencia de un peligro inminente, ocasionado por un fenómeno natural o por una actividad humana.

Algunos autores han pretendido fundamentar la diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad considerando que mientras en la primera el peligro proviene del obrar huma-

(104) Cf. Logoz, Commentaires, p. 138; Soler, Derecho penal, T. I, p. 359 y 374.

(105) Ejecutoria del 17 de noviembre de 1957, in Revista de Jurisprudencia Peruana 1958, p. 98.

(106) Bundesgerichtsentscheid 1949, IV, p. 49, este caso, conocido en Suiza como el "caso Humberset", ha sido magníficamente analizado por Peter Noll en Die Rechtsfertigungsgründe des Strafgesetzbuch, Zurich 1963-4, p. 27.

no, en el segundo tendría su origen en un suceso natural, o en todo caso, ajeno a la acción de una persona culpable. Nosotros rechazamos por falsa esta concepción. El agente que lesiona un tercero inocente para huir de un criminal que lo persigue, actúa en estado de necesidad que justifica su acto (107).

El peligro debe ser imposible de evitar de otra manera. Es decir, que el acto del autor debe ser necesario; debe constituir el único medio para alejar el peligro. Quien obra por necesidad está obligado, antes de lesionar el bien jurídico de un tercero a determinar si él no puede preservar de otra manera su bien en peligro. Si es factible, él debe huir del peligro. El estado de necesidad tiene evidentemente un carácter subsidiario (108).

Respecto a la inminencia del peligro y a la subsidiaridad del estado de necesidad, la Corte Suprema recurre, a veces, a criterios bastantes amplios. Por ejemplo, en su ejecutoria del 23 de octubre de 1939 (109) admite que no merece ser reprimido penalmente el acusado —enfermo de tuberculosis a la laringe— que se apropia del dinero producto de las ventas, que se le habían encargado; debido a que actúa en estado de necesidad.

El propietario del bien amenazado no debe tener el deber, jurídico de hacer frente al peligro (guía de montaña, soldado, bombero, etc.) (110).

28. *Bienes en conflicto.*— El Código penal derogado permitía la protección de todo bien, pero no autorizaba sino la lesión de bienes de menos valor; su artículo 8 inc. 7º declara exentos de responsabilidad criminal al agente “que en la propiedad ajena causa un mal para evitar otro mayor, siempre que éste sea efectivo y no pueda emplear otro medio menos perjudicial”.

El Código vigente faculta a quien se encuentra en estado de necesidad a proteger cualquiera de sus bienes que estén en peligro y a lesionar un bien ajeno (111) para salvar el suyo. No admite la protección de bienes pertenecientes a una tercera persona. Esta restricción se debe a que el legislador no ha podido desligarse de la influencia española. La fórmula suiza, más confor-

(107) Ver supra nº 26.

(108) Cf. Thormann-von Overbeck, *Kommentar*, p. 145; Germann, *Verbrechen*, p. 219; Jiménez, *La ley y el delito*, p. 311; Soler, *Derecho Penal*, T. I, p. 379. Ver supra nº 22.

(109) in *Revista de los Tribunales* 1939, p. 372.

(110) Cf. Logoz, *Commentaires*, p. 138; Spillman, *Die Strafausschliessungsgrunde*, p. 21; Germann, *Verbrechen*, p. 219; Jiménez, *La ley y el delito*, 311; Soler, *Derecho penal*, T. I, p. 379.

(111) Ver infra nº 26.



me a las exigencias de la realidad, es por el contrario, bastante amplia como para permitir la protección de los intereses públicos (112).

29. *Proporcionalidad de los bienes.*— El campo de aplicación del estado de necesidad debe ser limitado para evitar abusos. Con este objeto se recurre al “principio de la proporcionalidad de los bienes que se encuentran en conflicto”. El valor del bien jurídico lesionado por el autor del acto no debe ser en ningún caso más valioso que el bien preservado.

Nuestro Código no establece expresamente esta condición, pero ella puede considerarse implícitamente contenida en la frase: “si en las circunstancias en que ha cometido el acto no podía razonablemente exigirse del autor el sacrificio del bien amenazado”.

La proporcionalidad de los bienes debe ser apreciada, como en el caso de la legítima defensa (113) desde el punto de vista objetivo. Es decir, considerando lo que en esa situación difícil haría un hombre razonable. Sin que este comporte no tener en cuenta lo que pasa en el ánimo del que actúa en dicha situación (114). Esto se desprende de la frase utilizada por el legislador: “no podía razonablemente exigirse del autor”.

Por el exceso en la reacción, puede ser responsabilizado el agente de acuerdo a su culpabilidad.

30. *Naturaleza jurídica del estado de necesidad.*— Si todos los juristas están de acuerdo en establecer esta limitación, ellos difieren en cuanto a la naturaleza jurídica del estado de necesidad. Este problema depende, justamente, del valor de los bienes en conflicto. Algunos conciben el estado de necesidad como una causa de justificación, y afirman que el bien preservado debe ser más importante o, al menos, igual al bien lesionado (115). Otros autores estiman que si los bienes son de igual valor, ya no se trata de una causa de justificación, sino de una causa de inculpabilidad (116).

(112) Germann, Verbrechen, p. 219: “Die notstandsfähigen Güter sind in Gesetz nicht limitativ aufgezählt. Denkbar ist aber auch der Schutz öffentlicher Interessen”

(113) Ver supra nº 23.

(114) Ver: Jiménez, Tratado, T. IV, p. 405.

(115) Schwander, Strafgesetzbuch, p. 82; Germann, Verbrechen, p. 53, 218 y 219; Hafter, Lehrbuch, p. 156; Logoz, Commentaires, p. 141.

(116) Noll, Die Rechtfertigungsgründe, p. 27; Ernest Brager, Der Notstand im schweizerischen Strafrecht, tesis doctoral, Berna, 1937. Thormann von Overbeck, Kommentar, p. 145 y 146, sostienen que el estado de necesidad excluye únicamente la pena cuando

Fieles a las ideas de Jiménez de Asúa, los juristas peruanos admiten esta distinción entre estado de necesidad-*causa* de justificación y estado de necesidad-*causa* de inculpabilidad (117). Esta discusión reviste una particular importancia práctica, por ejemplo: en el dominio de la participación.

La proporcionalidad de los bienes es generalmente apreciada desde un plano subjetivo; es decir, tratando de colocarse en la situación del autor. Este criterio es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia peruana (118).

31. *Aspecto subjetivo*.— El legislador peruano exige, igualmente, que el autor obre con la voluntad de salvar uno de sus bienes en peligro; él debe pues tener conciencia del peligro en que se encuentra ese bien.

La disposición que comentamos, expresa esta condición al afirmar: “el que obra por la necesidad de preservar de un peligro...”. Se trata sin duda alguna de un elemento subjetivo.

32. *Exceso en la legítima defensa*.— Si las condiciones del estado de necesidad no se dan en el caso particular es de aplicación el artículo 90; se tratará generalmente de los casos de “excesos” (119).

Los errores del autor sobre las condiciones objetivas del estado de necesidad, sobre sus límites, su existencia, serán apreciados de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 87.

33. *Causas de justificación comprendidas en el inciso 4º del artículo 85*.— El legislador ha previsto en dicho inciso que no puede ser castigado quien practica un acto permitido por la ley o el que procede en cumplimiento de sus deberes de función o de profesión. Es una disposición de clara influencia suiza. Las modificaciones del modelo suizo realizadas por nuestro legislador son debidas a que, de acuerdo al Código italiano de 1889 (art. 49 nº 1), el artículo 85 inciso 5º de nuestro Código declara impune a quien actúe por disposición de la ley o en cumpli-

los bienes en conflicto son de igual valor. Ver Schroder, Die Not als Rechtsfertigungs und Entschuldigungsgrund im deutsch, und schweiz. Strafrecht, in Revue Pénale Suisse 1960, p. 12 y s.

(117) Bramont, Código penal, p. 179. Ver: Jiménez, La ley y el delito, p. 309 y Tratado, T. IV, p. 331 y 340.

(118) Bramont, Código penal, p. 180; ejecutoria del 23 de octubre de 1939, in Revista de los Tribunales 1939, p. 372.

(119) Ver supra nº 25.

miento de una orden obligatoria de la autoridad competente (120). De esta manera, el legislador ha querido mejorar y completar las disposiciones contenidas en el antiguo código penal, en los incisos 9, 10 y 11 del artículo 8. Nuestro proyecto de 1916 estaba aún ligado a estas disposiciones y muy influenciado por la legislación española (art. 60 incisos 7º 8º y 9º). La influencia suiza ha determinado, sin duda alguna, un sensible progreso de la actual legislación en relación con la anterior.

Los juristas suizos frecuentemente han criticado el artículo 32 de su Código penal (semejante al artículo 31 del proyecto suizo de 1918 que es fuente legal del nuestro), ellos estiman que esta disposición constituye una simple declaración general y una referencia a todas las demás reglas del orden jurídico. Stooss ha estimado que esta disposición sirve para recordar a los jueces suizos, quienes no tienen necesariamente, una formación jurídica, la existencia de otras causas de justificación, además de las mencionadas expresamente por el Código mismo (121). A pesar de su texto bastante amplio, esta disposición es incompleta, por que ella no dice nada del consentimiento de la víctima, por ejemplo.

34. *Acto permitido por la ley (artículo 85 inc. 5º ab initio)*— Cuando la ley ordena un acto, ella crea un deber. Si el autor se limita a cumplir con este deber, y comete un acto que reúne las condiciones señaladas por una disposición de la parte especial del Código, su acto no puede serle reprochado. Su acto es lícito. Sería ilógico que el orden jurídico impusiese a una persona la obligación de actuar y hacerla, al mismo tiempo, penalmente responsable de su comportamiento (122).

El conflicto entre el deber de testimoniar y la prohibición de difamar, o la obligación de respetar el secreto profesional, tienen una gran importancia práctica. Lo mismo sucede entre el deber de informar o de denunciar y la obligación de guardar el secreto profesional. Destaquemos que se trata frecuentemente de un conflicto de deberes. En este caso, la solución es la que enseña Binding: "si hay conflicto de deberes, actúa lícitamente

(120) Esta disposición hace recordar el artículo 53 del Código ginebrino de 1874: "No hay infracción cuando el acto fuere ordenado por la ley y por la autoridad competente".

(121) Carl Stooss, *Rechtswidrigkeit und Verbrechen*, in *Revue Pénale Suisse* 1897, p. 223; Thormann-von Overbeck, *Kommentar*, p. 137.

(122) Bettiol, *Diritto penale*, p. 290.

quien cumple el deber más importante o uno de ellos, si se trata de deberes de la misma importancia" (123).

35. *Acto permitido por la ley (artículo 85 inc. 4º ab initio).*— Cuando la ley declara un acto permitido, ella reconoce a los individuos el derecho de actuar de esta manera. Es evidente que si este acto constituye un comportamiento calificado de delito por la ley, el autor no puede ser penado, puesto que él actúa ejerciendo un derecho. Este principio responde a una exigencia lógica. Sería absurdo reconocer, de un lado a una persona la libertad de actuar en nombre de un interés determinado y, de otra parte, de calificar tal actividad de ilícita (124). Por ejemplo, el derecho de propiedad consagrado en el artículo 850 del Código Civil, autoriza a su titular a cumplir ciertos actos para gozar de su bien y para defenderlo. Este derecho no es sin embargo absoluto.

El derecho de corrección surge de las relaciones familiares y de tutela. Cuando el derecho de corrección es ejercido por un maestro, en el cuadro de su actividad pedagógica y en la medida que la ley lo autoriza, se trata más bien de un deber de profesión (125). El titular de este derecho puede, con un fin educativo, emplear medios coactivos que lesionan la integridad física, la libertad o el honor del menor (126). En todo caso, el ejercicio de este derecho debe siempre adecuarse a los fines perseguidos. Los malos tratamientos de cierta gravedad no serán jamás justificados por la existencia de un pretendido derecho de corrección (127). El Código civil en su artículo 398 inc. 3º preve que el titular de la patria potestad tiene el derecho de corregir moderadamente al menor. Si él se excede, su acto es ilícito (128).

36. *Cumplimiento de un deber de función o de profesión (artículo 85 inc. 4º in fine).*— Tampoco un acto realizado en el cumplimiento de un deber de función o de profesión es ilícito.

La mención expresa de estos deberes, al lado de los actos ordenados o permitidos por la ley, se justifica, puesto que ellos

(123) Noll, Die Rechtsfertigungsgründe, p. 37; Hafter, Lehrbuch, p. 166.

(124) Bettiol, Diritto Penale, p. 285.

(125) Noll, Die Rechtsfertigungsgründe, p. 38.

(126) Germann, Verbrechen, p. 316; J. Kaufmann, Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher, tesis doctoral, Zürich 1909, p. 15.

(127) Walblinger, Feuilles Juridiques Sulsses, nº 1204, p. 7; Hafter, Lehrbuch, p. 163; Logoz, Commentaires, p. 127.

(128) Bramont, Código penal, p. 183.

pueden provenir de una norma jurídica no escrita. Si el legislador hubiese estimado que ellos sólo podían ser establecidos por la ley, no habría tenido necesidad de enumerarlos expresamente (129): nos encontramos pues frente a una referencia a las normas legales y consuetudinarias.

No basta para justificar un acto, la existencia de un deber de función. Es indispensable que el autor permanezca dentro de los límites de su derecho. Si el funcionario abusa de sus poderes, su acto no es lícito. Como el deber de función, el deber de profesión no puede ser aislado de toda norma jurídica (legal o consuetudinaria). Esta referencia a los deberes de profesión es igualmente una referencia a las ordenes o a los permisos contenidos en todo el orden jurídico, en general (130).

Vivas discusiones se han producido en torno a la actividad profesional de los médicos y, especialmente, a sus intervenciones quirúrgicas. Se ha admitido, tradicionalmente, que una operación quirúrgica, es una acción que cumple con las condiciones de un tipo legal, y que es necesario recurrir a una causa de justificación.

Se consideró como la causa de justificación aplicable a estos casos "el reconocimiento y la promoción por parte del Estado de ciertas profesiones" (131).

Hoy en día, por el contrario, tales actos no son considerados como ajustados a la definición de la infracción, tal como el legislador ha formulado en la parte especial del Código. No es pues necesario invocar una causa de justificación para sustraer al autor de la justicia penal. Desde este punto de vista, el problema pertenece más a la teoría del tipo legal que a la teoría de la antijuricidad.

37. *Orden obligatoria de autoridad competente expedida en el ejercicio de sus funciones (artículo 85 inc. 5º in fine).*— Quien obra en cumplimiento de una orden obligatoria, expedida, en ejercicio de sus funciones, por autoridad competente, no es punible. Es necesario distinguir si la orden de la autoridad competente es conforme o no a derecho. En el primer caso, su cumplimiento constituye una causa de justificación, ya que el acto ordenado tiende a realizar la voluntad del sistema jurídico mis-

(129) Noll, Die Rechtsfertigungsgründe, p. 38; Logoz, Commentaires, p. 138.

(130) Hafter, Lehrbuch, p. 160.

(131) Lozog, Commentaires, p. 129; cf. Hafter, Lehrbuch, p. 165.

mo (132). Por el contrario, si la orden es ilícita, el subordinado que la ejecuta comete un acto ilícito del mismo modo que el superior que la dicta. Pero, el subordinado no incurrirá en reproche alguno si ésta obligado a obedecer.

No se trata de calificar el acto, sino al autor; es decir, determinar su culpabilidad. El superior (autor mediato) será castigado en razón de la infracción cometida por el subordinado al cumplir la orden obligatoria ilícita. La doctrina dominante estima que esta concepción "diferenciadora" permite comprender mejor las disposiciones del Código. Además, ella está implícitamente enunciada en el artículo 86 que dispone: "En el último caso del artículo anterior, la represión del delito podrá ser aplicada al que por su orden hubiera determinado a otro a obrar", es decir que el juez no podrá penar al superior si su orden es conforme al derecho, aún cuando su ejecución implique la comisión objetiva de una infracción por el subordinado (133).

V. LA IMPUTABILIDAD

38. *Generalidades.*— Un acto antijurídico y típico por sí solo no es suficiente para castigar a su autor. Es necesario que pueda ser considerado como proveniente del autor. Esto es, que pueda serle imputado tanto objetiva como subjetivamente (134). La realización de un resultado delictuoso —muerte, lesión o daño a la propiedad— no basta; solo la relación personal íntima entre el agente y el comportamiento delictuoso podría fundar la imposición de la pena. Jiménez de Asúa dice correctamente que "la imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona" (135).

La mayor parte de los juristas renuncian, actualmente, a fundar la noción de responsabilidad exclusivamente sobre el determinismo o el indeterminismo. Si se parte de una concepción puramente indeterminista, se concluye afirmando que los actos son debidos al libre albedrío del hombre, cuya personalidad no

(132) Maurach, *Strafrecht*, p. 352.

(133) Contra Bettiol, *Diritto penale*, p. 291 a 295. Ver: Soler, *Derecho Penal*, T. I. p. 270 a 278, quien considera la obediencia obligatoria, de la parte del subordinado que no tiene el derecho de rechazar su ejecución, como una circunstancia que hace desaparecer la acción.

(134) Mezger, *Tratado*, p. 280; cf. Jescheck, p. 266; Francois Clerc, *Introduction a l'étude du Code Pénal suisse*, p. 69.

(135) Jiménez, *La ley y el delito*, p. 326. cf. Hafter, *Strafrecht und Schuld*, Rektoratsrede, Zürich 1923, p. ;.

es influenciada ni por sus propias predisposiciones, ni por el medio ambiente. La amenaza penal no tendría en consecuencia ningún efecto sobre él. Sería imosible considerar responsable al autor y de castigarlo.

A igual conclusión se llega, si se parte de una concepción determinista. Desde este punto de vista, el hombre estaría sometido a las fuerzas naturales y su voluntad sería sólo un reflejo de estas fuerzas. El hombre estaría obligado a actuar de cierta manera, sin poder hacerlo de otro modo. Estas dos concepciones deben ser rechazadas. Todo comportamiento humano está condicionado por factores externos. Pero el autor es capaz, en cierta medida, de conocer la significación de su acto y de orientar su voluntad según juicios de apreciación (136). La Psicología moderna ha desarrollado la teoría de la personalidad estratificada, que complementa la solución intermedia que es necesario seguir para mejor explicar los actos humanos (137). Su capacidad de autodeterminación le permite al hombre controlar, conforme a las circunstancias sociales, su impulso a realizar ciertos actos. Es este elemento el que justifica el reproche que se hace al autor por su comportamiento y la pena que se le impone.

39. *Técnica legislativa.*— El legislador, consciente de las innumerables dificultades que comporta la elaboración en la ley, de una definición positiva de la imputabilidad, se limita a establecer las condiciones necesarias para considerar al autor como inimputable (138). Siguiendo, una vez más, al codificador suizo, nuestro legislador ha declarado exento de pena a quien “comete el hecho punible en estado de enfermedad mental, de idiotez o de una grave alteración de la conciencia, y no posee en el momento de obrar la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación” (art. 85). Esta disposición consagra la fórmula “biopsicológica”: para declarar inimputable a una persona, no basta constatar la existencia de un estado anormal (enfermedad mental o grave alteración de la conciencia), si no que es necesario comprobar que ha determinado su incapacidad para com-

(136) Maurach, *Strafrecht*, p. 427; Germann, *Verbrechen*, p. 120, nota 158.

(137) Cf. Jescheck, *Lehrbuch*, p. 272 y 273; Maurach, *Strafrecht*, p. 427 y 428.

(138) Raramente se encuentra en los Códigos penales una definición positiva de la imputabilidad. El artículo 85, inciso 2, del Código penal italiano estatuye: “Es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer”.

prender el carácter ilícito del acto o para orientar correctamente su comportamiento. De esta manera, se dejó de lado la fórmula puramente biológica del Código anterior, que en su artículo 8º, inciso 1º declaraba exento de "responsabilidad criminal" al que obraba en "estado de demencia o locura" (139).

Hoy en día, se tiende a denominar esta fórmula: "psico-normativa"; debido a que sus elementos tienen una particularidad netamente valorativa (140). Mezger-Blei llegan a sostener que dichos elementos serían mejor designados con los términos "descriptivos y normativos", por lo que la fórmula debería denominarse "descriptivo-normativa" (141).

40. *Noción de imputabilidad.*— Se deduce de la concepción negativa de la imputabilidad admitida por el legislador, la siguiente noción positiva: una persona es imputable cuando posee la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto (142) y la facultad de determinarse conforme a esta apreciación.

Destaquemos, en primer lugar, que el legislador emplea los términos "facultad de apreciar el carácter delictuoso" y no los de "apreciación del carácter delictuoso". Se trata de la *capacidad intelectual* del individuo para conocer sus deberes, para darse cuenta de la inserción de su propia persona en el orden jurídico y para comprender las exigencias de la sociedad frente a los individuos que la forman (consideraciones mutuas, necesidad de la represión eventual de la violación de las normas sociales) (143). Sin embargo, esta capacidad no se confunde con la conciencia de la antijuricidad del acto (144) o de su carácter punible. Ella consiste más bien en un desarrollo de la razón, en la existencia de una cierta conciencia propia, en el conocimiento del deber, no sólo ético sino también legal (145).

Cuando el legislador alude a la facultad de determinarse, él se refiere a la voluntad. No se trata de aceptar el libre albedrío sino de reconocer al hombre consciente de sus deberes

(139) En relación con los menores se descartó el criterio del discernimiento.

(140) Cf. Jescheck, Lehrbuch, p. 288, nota 17.

(141) Strafrecht, p. 169.

(142) Jiménez, la unificación del Derecho penal en suiza, Madrid 1916, p. 136.

(143) Pierre Jolidon, L'appréciation de la responsabilité selon le Code Pénal Suisse. tesis doctoral, Berna 1956, p. 35 y 36; Welzel, Strafrecht, Lehrbuch, p. 148; Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 42a. edición, Berlín 1959, p. 21.

(144) Jiménez, La unificación, p. 136.

(145) Thormann-von Overbeck, Kommentar, p. 70.



la capacidad de obrar según sus móviles. (146). Esta facultad no es considerada ni como una entidad abstracta, ni como una simple función puramente psicológica. Se trata del "potencial voluntario mínimo que permite al individuo controlar, en concreto y efectivamente, su comportamiento según las normas de conducta admitidas, de manera general, por la sociedad en la que vive (147). La ley considera que la inteligencia le basta al hombre normal para darse cuenta de que su acto es contrario al orden jurídico, y que su voluntad le permite conformar su acto a ese orden. Ella impone, pues, una pena sólo a quien es capaz de conocer las exigencias del orden jurídico (factor intelectual) y de conformar a éstas su actividad (factor volitivo).

Según la fórmula empleada por el legislador, el examen de la facultad del autor para apreciar el carácter delictuoso del acto precede al examen de la facultad de determinarse conforme a esta apreciación. La ausencia o existencia de esta última facultad se determinará sólo después de haber comprobado la existencia de la facultad de apreciar el carácter ilícito del acto.

41. *Inimputabilidad*.— Nuestro legislador considera que un individuo es inimputable, cuando es enfermo mental, idiota o sufre una grave alteración de la consciencia, que le impide comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación. Basta que una de estas dos facultades falte para que el agente sea considerado inimputable.

Se debe tener cuidado de no dar a los términos empleados en la ley el sentido exacto que tienen en medicina. Además, la psiquiatría moderna no emplea tales expresiones o ha modificado su significación. La idiotez, por ejemplo, es el grado más grave de la oligofrenia (atraso mental) que está comprendida en la noción de enfermedad mental (148) de manera que hubiese bastado mencionar ésta en la ley. El sentido de esos términos es el que les da el profano en medicina —el jurista y el legislador— en el habla corriente. El punto de vista del legislador está determinado por las condiciones sociales. En esta perspectiva, él aplica el término "enfermedad mental" a los fenómenos síquicos que le parecen cualitativamente aberrantes, cuyo carácter reviste proporciones groseramente chocantes y que permanecen absolutamente ajenos y como impermeables a

(146) Cf. Jiménez, La ley y el delito, p. 333; Thormann-von Overbeck, Kommentar, p. 70.

(147) Jolidon, L'appréciation de la responsabilité, p. 41 y 42.

(148) Schwandes, Strafgesetzbuch, p. 103.

sus esfuerzos de comprensión y de asimilación vital. El profano no diferencia tampoco entre perturbaciones de naturaleza intelectual y de naturaleza afectiva (149). Este parece ser, igualmente, el criterio utilizado por la Corte Suprema para admitir la inimputabilidad. En una conocida ejecutoria sostiene que si bien los peritajes médico-legales "no llegan a definir como anormal a la acusada, calificándola sólo de extravagante, queda no obstante sumido el espíritu en las mayores perplejidades para decidirse a tratarla como persona responsable del doble filicidio..." (150).

El profano califica la idiotez como una perturbación psíquica, que logra un grado tal que el sujeto es casi completamente inapto para obrar como un individuo dotado de capacidades intelectuales, pudiendo las otras funciones psíquicas permanecer intactas (151). El concepto legal de enfermedad mental es, pues, más amplio que el adoptado por la ciencia médica (152). En relación con la grave alteración de la conciencia, el profano, si bien no puede dar una definición de la conciencia, parte de la idea que el ser humano está dotado de cierto poder de reflexión; este poder significa que el hombre obra sabiendo lo que hace. Si circunstancias particulares perturban esta reflexión, que no le permite darse cuenta de lo que hace en el momento que actúa, existirá una perturbación de su conciencia (153); es decir, de su propia conciencia o de la conciencia de los hechos exteriores (154). Esta perturbación de la conciencia no tiene un origen patológico; por ejemplo: los estados intermedios de ebriedad la profunda fatiga, la hipnosis. El legislador emplea con justeza el término de grave alteración de la conciencia y no de ausencia total de conciencia; si ésta falta no hay acción, pues, la voluntad no existe (155).

En los primeros años, siguientes a la fecha en que fue puesto en vigencia el actual Código penal, es posible afirmar que la Corte Suprema sostuvo un criterio equivocado sobre la grave al-

(149) Jolldon, *L'appréciation de la responsabilité*, p. 21, siguiendo a la obra de Binder *Die Geisteskrankheit im Recht*.

(150) *Anales Judiciales* 1943, p. 445.

(151) Jolldon, *L'appréciation de la responsabilité*, p. 22.

(152) Cf. Maurach, *Strafrecht*, p. 432; Mezger-Blei, *Strafrecht*, p. 172; Jescheck, *Lehrbuch*, p. 289.

(153) Logoz, *Commentaires*, p. 40.

(154) Cf. Mezger-Blei, *Strafrecht*, p. 171; Maurach, *Strafrecht*, p. 433; Jescheck, *Lehrbuch*, p. 289.

(155) Un inimputable puede actuar, luego la inimputabilidad no se identifica con la capacidad de acción; cf. Logoz, *Commentaires*, p. 40; contra Karl Binding, *Die Normen*, T. II, p. 117.

teración de la conciencia. En una ejecutoria del 8 de julio de 1929 expresó que no debía confundirse la emoción violenta a que hace referencia el artículo 153, "con la grave alteración de la conciencia propia de los estados patológicos que anulan el discernimiento y la libre determinación, por lo que la ley los considera en el mismo plano que los estados de enajenación o enfermedad mental eximentes de pena" (156). Este criterio restringido fue luego abandonado. La Corte Suprema hizo suyos los siguientes argumentos del Señor Fiscal: "si bien el concepto de grave alteración de la conciencia no puede tomarse en sentido restrictivo, ya que son muchos los factores que la producen. Los impulsos patológicos de los dementes, de los alcohólicos, los epilépticos. Pero hay también estados psíquicos que producen una reacción inmediata instintiva e involuntaria y este estado de conciencia constituye la emoción... es pues evidente que dadas las condiciones personales y las circunstancias que rodearon la perpetración del evento, L. V. (el acusado) no se encontraba en situación de apreciar el carácter delictuoso de su acto..." (157). Es interesante, igualmente, revisar el fallo en que se absuelve a una madre soltera que —rechazada por sus familiares y amigos— abandona a su hijo recién nacido. Se sostiene en el Dictamen fiscal, conforme al cual se pronuncia la Corte Suprema, que "es lógico suponer que tales repudios afectasen profundamente el ánimo de la acusada" y que "así no resulta aventurado sostener que la acusada obró bajo el imperio de una grave alteración de la conciencia..." (158). Sin embargo, es de destacar que no en todos los casos era correcto recurrir a la "grave alteración de la conciencia" para no penar al acusado. Los dictámenes emitidos por los Fiscales Supremos son confusos y frecuentemente inexactos. Esto se nota, por ejemplo, en el siguiente párrafo: "La acusada es indígena, de *mentalidad retrasada* y carece de antecedentes. No tuvo intención de causar ningún daño; los hechos *ocurrieron de manera casual* y originado por la actitud del agraviado (no pasarle alimentos a su hijo). La encausada por su misma ignorancia (!) y su estado mental (no padecía de enfermedad mental) sufrió grave alteración de su conciencia" (159).

(156) in Anales Judiciales 1959, p. 81.

(157) Ejecutoria del 13 de noviembre de 1952, in Revista del Foro, Lima 1953, p. 266.

(158) Ejecutoria del 28 de octubre de 1949, in Revista de Jurisprudencia 1949, p. 939; ver, igualmente, ejecutoria del 3 de octubre de 1958, in Revista del Foro 1958, p. 671.

(159) in Revista del Foro 1958, p. 672.

42. *La "actio libera in causa"*.— La imputabilidad del autor se determina en el momento del acto. Esta regla se aplica sin excepción en el derecho penal moderno. La "actio libera in causa" no constituye sino una excepción aparente.

Hay actio libera in causa, cuando el autor se ha puesto, culpablemente, en un estado de inimputabilidad o de imputabilidad restringida, con la intención de cometer una infracción, concebida y decidida por él en sangre fría (actio libera in causa intencional), o que él se pone en ese estado, pudiendo y debiendo saber que se hacía incapaz de usar de la prudencia y previsión exigibles en la vida ordinaria, y esto sabiendo que tendrá que afrontar un deber y para cuyo cumplimiento necesita de todas sus facultades (actio libera in causa culposa) (160).

Se encuentra en el primer caso, por ejemplo, el autor que se droga para darse el coraje de cometer una infracción; por el contrario, en el segundo caso, el autor persiste en conducir su auto a pesar de las notorias manifestaciones de cansancio y atropella a un tercero. El autor ha actuado entonces culpablemente, antes de encontrarse en un estado de inimputabilidad.

Nuestro Código no contiene disposición alguna sobre la actio libera in causa. Sin embargo el conjunto de sus artículos permite resolver el problema en el sentido que venimos explicando (161).

43. *Duda sobre el estado mental del agente*.— El artículo 93 de nuestro Código estatuye que en el caso de duda sobre el estado mental del autor del delito, el juez instructor o el tribunal ordenará su examen por peritos. Este examen es obligatorio cuando se trate de epilépticos o sordo mudos. Los peritos informarán sobre el estado mental y expresarán si procede el internamiento en un hospicio o en un hospital, o si hay peligro para la seguridad o el orden público. Esta disposición reproduce con fidelidad el art. 17 del anteproyecto suizo de 1916.

La fórmula adoptada por el legislador para la determinación de la inimputabilidad, reconoce a la labor de los expertos una singular importancia. Ellos son sus auxiliares indispensables para determinar la imputabilidad del inculpado y la medida de

(160) Ver: Zürcher, *Motifs* 1908, p. 45; Stooss, *Der Allgemeinen Teil des schweiz. Strafgesetzentwurfs... den Beschlüssen des Nationalrats*, in *Revue Pénale Suisse* 1929, p. 130, nota 1; Jean Graven, *Le probleme de la responsabilité pénale*, publicado por la *Association Internationale de droit comparé*, n° 158, p. 10; Hafter, *Lehrbuch*, p. 112 y 113; Clerc, *Introduction*, p. 76.

(161) Jiménez de Asúa, *El Derecho penal en la República del Perú*, Lima 1926, p. 17.

seguridad aplicable. Pero en definitiva, es el juez quien decide sobre la imputabilidad del agente. Evidentemente, él no puede rechazar o ignorar, arbitrariamente, el informe del experto.

El artículo 83 del Código penal peruano, que no figuraba en el proyecto Maúrtua de 1916, estatuye que "el agente de infracción no intencional ni culposa será también reprimible, en los casos de peligro social, cuando la ley lo prescribe expresamente, substituyendo a la pena la medida de seguridad o educativa más adecuada determinada por la ley".

Si la influencia positivista es patente en esta disposición, ella no contiene, sin embargo, el principio de la responsabilidad social preconizada por el artículo 18 del proyecto italiano de 1918 (162). Se trata, en realidad, de una especie de responsabilidad sin culpa de los inimputables peligrosos (163). El legislador peruano ha querido —así como ha fundado, expresamente, la aplicación de la pena sobre la imputabilidad y la culpabilidad en los artículos 51, 81, 82 y 85 inc. 1º— simplemente precisar en el artículo 83 que el estado peligroso constituye la base para la aplicación de toda medida de seguridad y de prevención. Desde un punto de vista científico, esta disposición es inexacta, puesto que hace depender la aplicación de tales medidas de la no culpabilidad del autor del acto delictuoso; de otra parte, no se debe olvidar que nuestro legislador hace depender el internamiento y la hospitalización de delincuentes mentalmente anormales de la noción de responsabilidad. Esto prueba que el legislador peruano no ha comprendido la significación y los alcances de las instituciones tomadas del proyecto italiano y de los proyectos suizos (164).

44. *La llamada "imputabilidad disminuida".*— La distinción entre individuos psicológicamente normales y anormales no es nítida (165). La siquiatria reconoce, desde hace algún tiempo, que hay zonas intermedias entre la normalidad y la anormalidad; zona en la que se encuentran los individuos claramente disminuidos en sus capacidades psíquicas.

(162) "Los autores y coparticipes son siempre legalmente responsables, salvo los casos en que el acto sea justificado".

(163) Manuel G. Abastos, El delincuente en el Código de Maúrtua, in *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima 1937-8, p. 11; Bramont, Código penal, p. 162.

(164) José Hurtado Pozo, La reforma parcial del Código penal suizo (ley federal del 18 de marzo de 1971), in *Derecho*, Lima 1972.

(165) Hafter, *Strafrech und Schuld*, p. 11.

Frente a este gran problema, la doctrina clásica adopta una fórmula, que es a la vez lógica en sus principios y práctica por su simplicidad. Ella preconiza atenuar la pena de los delincuentes en razón de la disminución de su estado mental comprobado por los expertos. Claro está, que esta disminución de su estado mental no alcanza las proporciones de los estados que acarrear la imputabilidad (enfermedad mental, idiotez o grave alteración de la conciencia) (166).

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

45. *Técnica legislativa.*— El legislador español había previsto, desde 1848 un sistema original de circunstancias que eximen o atenúan la pena. El consideraba las circunstancias eximentes que no reúnen todas las condiciones exigidas por la ley como circunstancias de atenuación (eximentes imperfectas). Nuestro Código penal de 1863 aceptó esta concepción.

El Código actual adopta la misma técnica. Destaquemos que el Código derogado, de inspiración netamente española, reconocía la existencia de estados intermedios entre la enfermedad y la salud mentales, atribuyéndoles la calidad de circunstancias de atenuación.

Otros legisladores, por el contrario, comprendieron muy bien que era necesario distinguir expresamente la categoría de delincuentes que, al momento de cometer la infracción, no eran plenamente imputables. De esta manera surge la noción de la "imputabilidad disminuida". Por ser fuente de nuestro Código penal, nos referimos nuevamente al anteproyecto suizo de 1915 para señalar que su artículo 14 estatuyó que "si, a causa de una perturbación en su salud mental o de su conciencia, o a causa de un desarrollo mental incompleto, el delincuente, en el momento de obrar no poseía plenamente la facultad de apreciar

(166) Quintano Ripollés, Compendio de Derecho Penal, Madrid 1958, T. I, p. 277 y s.



el carácter delictuoso de su acto o de determinarse conforme a esta apreciación, el juez atenuará libremente la pena". Para evitar los inconvenientes de la concepción puramente clásica, el legislador suizo incorporó a su ley las medidas de seguridad para estos delincuentes.

Nuestro legislador ha aceptado implícitamente esta concepción, cuando dispone en el artículo 90 del Código que "En los casos del artículo 85, cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir la pena prudencialmente hasta límites inferiores al *minimum legal*".

"La imputabilidad disminuida" no es una categoría intermedia entre la imputabilidad y la inimputabilidad. Por el contrario, los delincuentes limitados en su imputabilidad son capaces de obrar culpablemente y pueden pues, ser castigados como los autores considerados imputables. Pero, el juez debe tener en consideración que su capacidad de resistir a los impulsos criminales es más débil que la de los individuos normales.

El juez constatará, primero, la existencia o no existencia de la imputabilidad. Después de constatar que el autor es imputable, él indagará sobre la posible existencia de una disminución en la imputabilidad. Si la respuesta es afirmativa, el juez atenuará la pena. Pero si el delincuente de imputabilidad disminuida ofrece peligro para la seguridad o el orden público, y se hace necesario internarlo en un hospital o en un hospicio el juez —conforme al art. 91— suspenderá la ejecución de la pena y ordenará el tratamiento o la hospitalización del condenado.

La disminución de la capacidad penal del agente se deberá, generalmente, a la concurrencia de perturbaciones en la salud mental o en la consciencia, o también a un desarrollo mental incompleto. Estos estados que no llegan a hacer desaparecer las facultades de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse de acuerdo a esta apreciación, condicionan su debilitamiento. Pero no toda disminución de tales facultades es suficiente para admitir la existencia de la imputabilidad restringida. Ella debe ser relativamente importante (167), pues la noción de hombre normal es concebida de manera amplia. Las

(167) El Código penal alemán establecía, expresamente, esta condición: "War die Fähigkeit, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln zur Zeit der Tat aus einem dieser Gründe erheblich vermindert...". Cf. Schonke-Schroder, *Strafgesetzbuch*, p. 450.

pequeñas anomalías no hacen salir, según la ley, al hombre normal de los límites de la normalidad (168).

En nuestro medio se reconoce, con frecuencia, la presencia de una imputabilidad restringida en los casos de "relativa embriaguez"; por considerar que el agente actúa "sin perder totalmente el control de sus actos" (169). También, han habido casos en que esta disminución en la imputabilidad se ha hecho depender de "deficiencias mentales" (170). Es interesante analizar la ejecutoria del 5 de enero de 1966, en la que "se condena a la pena de internamiento al autor de doble homicidio perpetrado en agravio de su medio hermano y su cuñada... siendo el sujeto de *personalidad psicopática*, imputable, que goza de lucidez completa mostrando rasgos de agresividad, teniendo como atenuante su condición de primario, su relativo estado de embriaguez y escasa cultura" (171 y 172).

Algunos juristas consideran que la atenuación de la pena reconocida para los casos de imputabilidad disminuida, es debida a que este estado implica una disminución de la culpabilidad y por esta razón la disposición que la regula debería figurar entre las que norman la "aplicación judicial de las penas" (173).

VI. CULPABILIDAD

46. *No hay pena sin culpabilidad.*— Un acto típico, antijurídico e imputable a una persona no basta para castigar al autor. Es necesario que el agente haya actuado culpablemente. No hay pena sin culpabilidad (174). Este principio fundamental no implica ni una confusión entre el derecho y la moral, ni una sobreestimación de la culpa en detrimento de la lesión del bien jurídico.

La culpabilidad supone la atribución del acto a su autor y la constatación del carácter antijurídico del acto. Afirmar la

(168) Cf. Schwander, *Strafgeszbuch*, p. 107; Logoz, *Commentaires*, p. 44.

(169) Ejecutoria del 28 de mayo de 1951, in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1951, p. 414 y 540.

(170) Ejecutoria del 12 de enero de 1949, in *Anales Judiciales* 1949, p. 225.

(171 y 172) in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1966, p. 396; respecto a psicopatas e inimputable ver: Norberto Spolansky, *Imputabilidad y comprensión de la criminalidad*, comentario a fallo, in *Revista de Derecho penal y criminología* 1968, p. 83 y s.

(173) Baumann, *Strafrecht*, p. 372 y 373; Mezger-Blel, *Strafrecht*, p. 183, Maurach, *Strafrecht*, p. 445. Ver: Logoz, *Commentaires*, p. 43.

(174) Hafter, *Lehrbuch*, p. 101; Mezger, *La culpa en el moderno Derecho Penal*, Valladolid 1956, p. 2; Mezger-Blel, *Studienbuch*, p. 158; Bettiol, *Diritto Penale*, p. 329.

culpabilidad del autor, es reprochar su comportamiento antijurídico (175). Teniendo en cuenta que todo acto antijurídico punible es considerado en sí mismo, la culpabilidad penal se determinará en relación con cada uno de los actos tomados aisladamente. Las nociones de "culpabilidad del carácter" o de "culpabilidad potencial" son extrañas al derecho penal moderno. Para determinar la culpabilidad, es necesario tener en cuenta los móviles, el carácter, los sentimientos y otras relaciones personales del autor (176).

A pesar de reconocer la primacía del principio "no hay pena sin culpabilidad", algunas legislaciones penales contemporáneas conservan ciertos rezagos de la responsabilidad sin culpabilidad. En el Código Penal peruano encontramos varios ejemplos, así los artículos 87 (error de hecho y de derecho), 383 (faltas), 169 y 170 (delito de riña) y 229 inc. 4º (secuestro calificado). Merece, según nosotros, una observación especial el artículo 167, que estatuye "Cuando el delincuente hubiere causado un resultado grave que no quiso causar ni pudo prevenir, la pena podrá ser disminuída prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir". El legislador se ha inspirado en el artículo 115 del ante-proyecto suizo de 1916 y que figura actualmente en el Código penal (art. 124). En derecho suizo, las consecuencias fortuitas de la lesión corporal no serán tomadas en cuenta para fijar la pena, puesto que ellas no han sido queridas ni previstas por el agente. Este deber del juez no se infiere claramente de la lectura de la disposición peruana; ya que, de una parte, nuestro legislador no ha concedido al juez sino la facultad de disminuir la pena y, de otra parte, la redacción ambigua hace pensar en una simple circunstancia atenuante de la pena. Si el legislador hubiese, con fidelidad, seguido el modelo suizo, nosotros estaríamos obligados a afirmar que el artículo 167 no es sino la confirmación expresa del principio "no hay pena sin culpabilidad" y que esta afirmación ha parecido útil a causa de las costumbres de los tribunales que aplicaban el código derogado (177). Sin embargo, esta disposición, en concordancia con el artículo 84 (cuyo texto se orien-

(175) Mezger-Bleil, *Strafrecht*, p. 160: "Mit dem Schuldurteil erheben wir gegen den Täter aus seinem rechtswidrigen Verhalten einen persönlichen Verwurf"; cf. Welzel, *Strafrecht*, p. 133; Jescheck, *Lehrbuch*, p. 281; Bettiol, *Diritto Penale*, p. 334.

(176) Germann, *Verbrechen*, p. 174; cf. Jiménez, *Tratado*, T. V, p. 232 y 233; Binding, *Die Normen*, T. II, p. 283; Baumann, *Strafrecht*, p. 347; Armin Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, Karlsruhe 1961, p. 187; Welzel, *Strafrecht*, p. 137.

(177) Logoz, *Commentaires*, p. 53.

ta hacía la admisión de la responsabilidad objetiva), permitiría al juez agravar la pena en razón del daño más grave no querido ni previsible.

La jurisprudencia de la Corte Suprema es contradictoria, ya que no aplica en todos los casos el principio de la culpabilidad. Considera, equivocadamente, que se trata de imponer una pena "prudencial" o de "disminuir prudencialmente la pena" (178). Pero, en realidad, no se trata de esto, por cuanto el autor —por no actuar culpablemente— no merece ser castigado por el resultado más grave. En otras palabras, el agente debe ser castigado sólo por el daño que quiso causar (leve o grave) y, en caso de que se de un resultado más grave, si se le puede imputar título de culpa (formas preterintencionales). Se equivoca, igualmente la Corte Suprema cuando estima que el artículo 167 regula el "delito preterintencional" (179). Como hemos dicho anteriormente, este artículo no es sino una ratificación del principio de culpabilidad. Su presencia limita la declaración general contenida en el artículo 84, ab initio.

47. *Teorías sobre la culpabilidad.*— Si la unanimidad existe en torno a la prioridad del principio "no hay pena sin culpabilidad", divergencias subsisten en cuanto a la naturaleza de la culpabilidad. Según la *teoría psicológica*, la culpabilidad es un vínculo de carácter subjetivo que une el acto delictuoso a su autor (180). Este vínculo psicológico toma la forma de dolo o de culpa. Una de las críticas que se hace a esta concepción se basa sobre la imposibilidad de admitir la noción de culpa inconsciente, en la cual precisamente el vínculo psicológico no existe (181).

La teoría normativa de la culpabilidad niega, por el contrario, que la culpabilidad sea sólo una relación de naturaleza psicológica entre el autor y su acto. De acuerdo a los defensores de esta concepción, la culpabilidad es un juicio de reproche formulado contra el autor por su comportamiento antijurídico. Se

(178) Ejecutorias del 12 de mayo de 1938, in *Anales Judiciales* 1938, p. 210; del 12 de febrero de 1942, in *Anales Judiciales* 1942, p. 97; del 16 de febrero de 1950, in *Revista del Foro* 1959, p. 371; del 18 de octubre de 1951, in *Rev. del Foro*, 1952, p. 1729.

(179) in *Anales Judiciales* 1948, p. 271.

(180) Ricardo Núñez, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires 1965, 2a. edición T. II, p. 247; Gustav Radbruch, *Über den Schuldbegriff*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1904, p. 338-348; Theodor Rittler, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Stuttgart 1967, p. 101 y s.; Schwander, *Strafgesetzbuch*, p. 88.

(181) Cf. A. Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, p. 21, 31 y s.; Baumann, *Strafrecht*, p. 356; Jescheck, *Lehrbuch*, p. 276; Jiménez, *Tratado*, T. V, p. 155.

trata de un juicio de valor jurídico y no sólo moral (182). Es evidente que este juicio de valor reposa sobre el estado psicológico (no relación psicológica), puesto que un simple juicio de valor in abstracto no puede jamás justificar la imposición de una pena. Es pues inexacto afirmar que, según la concepción normativa, la culpabilidad del delincuente "se encuentra en la cabeza de los otros" (183). La culpabilidad, jurídicamente hablando, es ante todo un estado psicológico sobre el que reposa un juicio de reproche. Ella se encuentra en la cabeza del propio delincuente y no en la de quien formula el juicio de reproche (184). Esta concepción ha sido duramente atacada por los partidarios de *la teoría finalista de la acción*, quienes lo reprochan, en primer lugar, de querer elaborar la noción de culpabilidad con elementos de naturaleza diferente. En su opinión, la culpabilidad no puede comprender al mismo tiempo el objeto del juicio de valor (estado psicológico) y el juicio de valor mismo. Ellos consideran que es necesario desembarazar la culpabilidad de este aspecto psicológico. La culpabilidad sería entonces exclusivamente un juicio de valor sobre el proceso de motivación del autor (185).

48. *Formas de culpabilidad: el dolo.*— El Código penal admite la existencia de dos formas autónomas de culpabilidad: el dolo y la culpa. La preterintención no constituye en ella misma una forma de culpabilidad, sino una mixtura de dolo y de culpa (186).

El dolo es la forma más grave de la culpabilidad. El estudio de la evolución de su concepto significa, en cierta medida, regresar al estudio de la culpabilidad en general.

Se ha tratado de determinar la naturaleza del dolo de dos maneras diferentes: *la teoría de la voluntad* afirma que el dolo consiste en querer el resultado delictuoso; *la teoría de la representación*, por el contrario, se aleja de esta concepción demasia-

(182) Mezger, La culpa, p. 14 y s.; Mezger-Blei, Strafrecht, p. 156 y 158.

(183) Rosenfeld, Schuld und Vorsatz im von Lisztischen Lehrbuch, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1911. p. 466.

(184) Mezger, Tratado, T. II, p. 248-250; Mezger-Blei, Strafrecht, p. 157.

(185) Maurach, Strafrecht, p. 368 y 369; Welzel, Strafrecht, p. 135; del mismo autor: Das Neue Bild des Strafrechtssystems, 4a. edición, 1961, p. 41 y s.; Stratenwerth, Strafrecht, p. 148-150.

(186) El legislador italiano ha definido la preterintención en el artículo 43 in. 2: "es preterintencional, más allá de la intención, si de la acción u omisión deriva un daño o un peligro más grave que el querido por el agente".

da estrecha, y admite que el delincuente obra con dolo, cuando él se representa el resultado delictuoso.

Las divergencias doctrinales han sido sin duda alguna exageradas. Se han destacado oposiciones que no correspondían a la realidad y que son una deformación del pensamiento de los autores. Nadie ha afirmado que el dolo sería la sola voluntad de producir un resultado delictuoso o que él sería únicamente una representación de este resultado. Las doctrinas son más relativas. El dolo está constituido en realidad por dos elementos, uno intelectual (consciencia) y el otro volitivo (voluntad).

49. *Art. 81 del Código penal.*— El legislador peruano ha definido, expresamente, el dolo. El artículo 81, párrafo segundo, estatuye que la infracción es intencional, cuando ella ha sido cometida por acción u omisión consciente y voluntaria. El origen suizo de esta disposición es admitido por el legislador mismo en la exposición de motivos (187) sin precisar sin embargo expresamente la fuente.

Es necesario recordar que el artículo 18 del proyecto de 1918 del Código penal suizo estatuyó: "Celui-la commet intentionnellement un crime ou un délit, qui le *commet* avec conscience et volonté". Esta definición figuraba, igualmente, en los anteproyectos de 1908 y de 1916, aunque no en términos idénticos. El artículo 19, inciso 2, del anteproyecto de 1908 disponía: "Celui-la commet un délit avec intention, qui *agit* le sachant et le voulant". Esta diferencia es debida a los esfuerzos desplegados para traducir correctamente el texto alemán: "Vorsätzlich verübt ein Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt". Al respecto, Gautier afirmó: "es de observar que el segundo párrafo del artículo 19 está mal traducido. El texto francés no es fiel al texto alemán. Podría traducirse esta regla de la siguiente manera: "Celui-là commet un délit avec intention, qui en réalise les éléments le sachant et le voulant" (188). En efecto, el autor obra dolosamente cuando es consciente y quiere el acto y el resultado (lato sensu).

El proyecto peruano de 1916 no contenía disposición alguna en la que se establecía lo que es el dolo. La definición dada en el artículo 81, párrafo 2º de nuestro Código no concuerda, plenamente, con el numeral del proyecto suizo de 1918, parece más ins-

(187) in Código penal, editado por Espino Perez, p. 25.

(188) Proces Verbal de la 2eme Commission d'experts, Zürich 1913, p. 146.

pirarse en el texto del anteproyecto de 1908 (ver párrafo anterior). También es posible que el legislador haya comprendido mal el texto de los proyectos posteriores, equivocándose en la traducción.

50. *Elementos del dolo.*— Según nuestro Código, los elementos del dolo son la consciencia y la voluntad. La doctrina los califica de elementos intelectual y volitivo.

La consciencia significa el conocimiento, por parte del agente, de todas las condiciones contenidas en el tipo legal (189). El autor debe ser consciente de realizar el acto delictuoso, de producir el resultado, de crear una relación de causalidad entre ambos, y de conocer todos los otros elementos esenciales al tipo (por ejemplo, la calidad de la víctima, la naturaleza del objeto sobre el que se ejecuta la acción o los medios a emplear, las circunstancias del acto). No es necesario, por el contrario, que el agente conozca su propia responsabilidad, el grado de realización de su acto, las condiciones objetivas de la represión y el carácter punible de su acto.

En nuestra opinión, *la consciencia del carácter ilícito* del acto se impone igualmente (190). Esto no implica el conocimiento de la disposición penal o del carácter punible del acto, pero el actor debe saber que su acto infrinje la norma que sirve de base a la disposición penal, en otros términos que su acto contradice las exigencias sociales y que por esto es jurídicamente prohibido (191). Que el autor estime su acto contrario a la moral, tampoco es necesario.

La doctrina penal moderna rechaza pues de una manera absoluta la aplicación del principio "error juris nocet". Las divergencias subsisten en relación con el lugar que debe ser atribuido a la "consciencia de la antijuricidad" dentro de la estructura del delito. Algunos juristas afirman que ella es un elemento de la culpabilidad distinta e independiente del dolo (Teoría de la culpabilidad). Sus defensores, los más decididos, son los partidarios de la teoría finalista (Welzel, Maurach, Niese) y algunos defensores de la teoría normativa (Bockelmann, Graf zu Dohna, Kohlarusch-Lange). Otros, los defensores de las teorías norma-

(189) ver supra nº 13.

(190) Emil Lerch, *Tatirrtum und Rechtsirrtum in schweiz. Strafrecht*, in *Revue Pénale suisse* 1951, p. 168 s.; Mezger-Blei, *Strafrecht*, p. 204 y s.; contra: Stooss, *Vorsatz und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit*, in *Revue Pénale Suisse* 1899, p. 168 y s.; Mezger-Blei, *Strafrecht*, p. 194.

(191) Maurach, *Strafrecht*, 474; Jescheck, *Lehrbuch*, p. 297 y 298.

tiva y psicológica, estiman que este elemento es parte del dolo (Teoría del dolo). Esta concepción es admitida por los autores peruanos. La Corte Suprema, en su jurisprudencia, tiende a no considerar la consciencia de la antijuricidad como un elemento del dolo, en razón a que el Código no reconoce el error de derecho no culpable como una causa de inculpabilidad (art. 87).

El otro elemento del dolo es *la voluntad*, que comprende precisamente el conocimiento de los elementos del acto y de su carácter ilícito. Es imposible querer lo que no se conoce. Este elemento del dolo no debe ser comprendido de una manera restringida.

La doctrina distingue dos *clases de dolo*: el dolo directo y el dolo eventual. Hay *dolo directo*, cuando el autor dirige inmediatamente su voluntad sobre el resultado que él se representa como cierto. El actúa queriendo realmente causar el resultado; por ejemplo: Juan quiere matar a Andrés y dispara contra él. La voluntad homicida de Juan es evidente, a pesar de la posible inhabilidad del agente que impediría la producción del resultado. Tampoco es necesario que el resultado ilícito sea el objetivo final del comportamiento del autor (192).

El agente quiere también el resultado ilícito, cuando él lo considera seguro y lo ha aceptado conscientemente como consecuencia necesaria de su acto. Sobre la base de estas consideraciones, algunos juristas han distinguido el dolo directo de primer grado del dolo directo de segundo grado (193). La mayor parte de juristas se rebelan contra esta distinción y estiman que se trata de una sola clase de dolo (194).

En algunos casos, la voluntad no está tan claramente expresada: el autor preve (se representa) la posible producción del resultado ilícito; pero, se decide, a pesar de todo, a continuar la ejecución de su acto. De esta manera, él se acomoda, se conforma al resultado, puesto que no quiere poner fin a su comportamiento peligroso. Este criterio está en oposición a la opinión de los sostenedores de la "teoría del consentimiento".

51. *Caso fortuito*.— El límite de la culpabilidad es señalado por el *caso fortuito*, que "es el confín donde comienza lo

(192) Mezger-Blei, Strafrecht, p. 188: "Auch was nur Durchgang zu weiteren Zielen ist, ist unmittelbar gewollt".

(193) Jiménez, Tratado, T. V, p. 566; Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, p. 221; Jescheck, Lehrbuch, p. 198.

(194) Schoncke-Schroder, Strafgesetzbuch, p. 494; cf. Stratenwerth., Strafrecht, p. 102 y s.; Baumann, Strafrecht, p. 390.



imprevisible" (195). Caso fortuito no significa ausencia de causa, ni se debe pensar únicamente en un suceso de la naturaleza. El caso fortuito siempre esta en relación con un hacer u omitir humano. Lo que caracteriza el caso fortuito es la "imprevisibilidad del acontecimiento, que se produce en relación causal con la actividad de un hombre o con su omisión (196). Sólo puede hablarse de culpabilidad en caso de un suceso previsible. Esta previsibilidad está en relación con las condiciones del sujeto que actúa. Es posible imaginar, entonces, que un hecho puede "ser fortuito respecto a un individuo, pero culposo —luego culpable— respecto a otro: todo depende de la posibilidad concreta de representación (197). En este sentido se pronuncia la Corte Suprema, en su ejecutoria del 17 de noviembre de 1972. Dice textualmente: "que como aparece de autos, el hecho materia de juzgamiento fue enteramente casual y no atribuible a imprevisión culpable del acusado; que, en efecto, la víctima, luego de satisfacer una necesidad en el corral de su casa, sin hacer indicación o advertencia alguna al acusado, a quien había visto que estaba preparado con un arma de fuego para disparar sobre un gato negro... tomó una ruta distinta a aquella por la que debía salir, la que no era visible por el acusado, por encontrarse detrás de un cerco de madera... no era previsible por el acusado" (198). Sin embargo, se equivoca cuando para terminar afirma que "el hecho resulta fortuito, ya que tampoco se advierte... vinculación de causa a efecto entre el comportamiento de agente y el resultado producido" (199). No es de que falte la relación de causalidad, sino que es imposible —debido a las circunstancias— exigir al agente un comportamiento distinto: falta la culpabilidad.

52. *El error.*— Se trata de una falsa representación de la realidad o de su ignorancia (200). Tradicionalmente, en la doctrina y en la legislación se consideran dos clase de error: error de

(195) Jiménez, Tratado, T. VI, p. 232.

(196) Jiménez, Tratado, T. VI, p. 218.

(197) Bettiol, Diritto Penale, p. 438.

(198) Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República, Lima 1972, n° 5-7, p. 287.

(199) Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República, n° 5-7, p. 288.

(200) Psicológica y filosóficamente, se distingue la ignorancia del error. La primera es una ausencia total de representación de la realidad; el segundo es su falso conocimiento. En derecho, se les atribuye el mismo significado. No existe ninguna razón práctica para distinguirlos.

hecho y error de derecho. Modernamente, se prefiere hablar de error de tipo y de error de prohibición. Nosotós consideramos correcto este último criterio; sin embargo, utilizamos la anterior terminología debido a que la emplea nuestro Código penal.

El *error de hecho* se presenta cuando el agente tiene una equivocada representación de una circunstancia de hecho a que se hace referencia en el tipo legal, a través de los denominados "elementos subjetivos y normativos" (201). El error puede ser cometido en relación con la calidad de la víctima (por ejemplo, edad de un menor que sufre un atentado contra el honor sexual), con la naturaleza del objeto sobre el que recae la acción delictuosa (el carácter ajeno de la cosa mueble en el delito de hurto), con las circunstancias agravantes o atenuantes específicas.

El error sobre las condiciones de inimputabilidad o sobre las condiciones objetivas de punibilidad no será tomado en consideración (202).

El autor que desconoce el carácter ilícito de su acto, obra bajo la influencia de un *error de derecho*. El es consciente de todos los elementos objetivos de su acto ilícito, pero le considera permitido. El error de derecho es, pues, una falsa apreciación jurídica de la realidad conocida. El error de derecho reposa en la ignorancia, en el conocimiento deficiente de la norma o sobre el *hecho* de que el autor crea en la existencia de una causa justificante. En cuanto a esto último, se distinguen tres casos: el autor cree, por error, en la existencia de una circunstancia de justificación que el ordenamiento jurídico no considera; él desconoce los límites de una justificante reconocida por el ordenamiento jurídico y, por último, considera por error que se presentan las circunstancias materiales de una justificante. Para algunos autores, éste último caso es, en realidad, un error de hecho. Para otros, debe ser considerado como un error de derecho. En nuestra opinión, ésta es la posición correcta (203).

Cuando el error (de hecho o de derecho) no es debido a la culpa del agente, se puede decir que desaparece el dolo. Si por el contrario, el autor podía evitar el error tomando las medidas de precaución necesarias; él puede ser perseguido a título de culpa, siempre y cuando la ley reprima —expresamente— su acto en tales condiciones (204).

(201) Ver supra nº 23.

(202) Hafter, Lehrbuch, p. 122, nota 1.

(203) Maurach, Strafrecht, p. 472 y 473; ver Jescheck, Lehrbuch, p. 303 y 304.

(204) Lerch, Revue Pénale Suisse 1951, p. 165, Schwander, Strafgesetzbuch, p. 91.

53. *El artículo 87.*— El párrafo primero de esta disposición (innovación sin precedentes en nuestra legislación), estatuye que si la infracción ha sido cometida “por una errónea apreciación de los hechos no proveniente de negligencia, o por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito, el juez podrá disminuir la pena hasta límites inferiores al *minimum legal*”. El legislador peruano ha atribuido a esta clase de error sólo el carácter de atenuante de la pena. Se trata de un caso de responsabilidad objetiva, ya que la pena es impuesta en razón de la simple producción de un resultado ilícito. Si el error se debe a la negligencia del agente, no es de aplicación el artículo 87. En estas circunstancias, el autor podría ser castigado aún cuando la ley no reprime su acto a título de culpa. Sin embargo, el juez deberá tener en cuenta este hecho al momento de individualizar la pena, la que deberá ser inferior a la que corresponda a la forma intencional. No puede sostenerse la impunidad, porque una forma menos grave (no culpable) es reprimida. Por ejemplo, quien atente contra el honor sexual de un menor, consciente de la edad del menor, podrá ser reprimido con una pena superior a dos años de reclusión o de prisión (art. 199); si este conocimiento le falta en razón de un error sobre los hechos no culpable, le juez deberá castigarlo imponiéndole una pena por debajo de dicho *minimum legal*. Esta disminución de la pena no funciona si el autor incurre, por culpa, en el error. No se puede pensar que el legislador quiso dejar impune a este agente (que actúa culposamente) y reprimir a quien procedió sin culpabilidad. El artículo 87 no permite eximir la pena al agente, sino sólo disminuir el castigo: siempre y cuando no sea culpable. Sólo se puede dejar de castigar al que obra bajo la influencia de un error debido a su culpa, si es que se aplica rigurosamente el párrafo primero del artículo 82: “el agente de infracción no intencional, es punible en los casos taxativamente establecidos por la ley, cuando el daño o el peligro es ocasionado por negligencia”. No conocemos ejecutoria en la que la Corte Suprema se pronuncie sobre este problema.

En su segundo párrafo, el artículo 87 estatuye que “La ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de los delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión”. El legislador peruano consagra de esta manera, aunque parcialmente, el adagio “ninguno puede alegar ignorancia de la ley”. Al mismo tiempo adopta otra ficción consistente en

suponer que los autores de delitos reprimidos con pena de penitenciaría conocen siempre el carácter ilícito de su acto. El origen de esta disposición es el artículo 6 del viejo Código penal de 1863, en el que se establecía que la ignorancia de la ley no eximía de responsabilidad.

En la Exposición de motivos, el legislador ha tratado de justificar esta disposición diciendo que "la ignorancia de la ley penal no modifica en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión, porque esos delitos pueden llamarse naturales y estar en todas las conciencias. Es excusable la ignorancia solamente en aquellos casos, continúa diciendo, que no implican violación fundamental de los principios de moral universal y que pueden estimarse como creaciones de la ley" (205). Este criterio es incorrecto en cuanto hace depender los efectos de la ignorancia de la ley penal (error de derecho) de la gravedad de la pena; gravedad que no es determinada, sobre todo hoy en día, teniendo en cuenta que si el hecho delictuoso es "natural" o una "creación de la ley". De otro lado, esta distinción de abolengo positivista (recuerda a la definición del delito natural de Garofalo) no es exacta.

De esta manera, nuestro legislador consagra —luego de desconocer la verdadera naturaleza del error de derecho— un principio arcaico y abandona el moderno principio de la individualización de la pena.

54. *Jurisprudencia.*— La Corte Suprema no ha tenido en cuenta, siempre, la clara distinción que señala el artículo 87 entre la "errónea apreciación de los hechos" (error facti) y el "error o ignorancia no culpable sobre el carácter delictuoso del acto" (error juris). En su ejecutoria del 24 de mayo de 1948, se pronuncia de conformidad con la opinión del Señor Fiscal, quien sostenía que "el error de apreciación a que se refiere el Código es sobre el carácter delictuoso de un acto. Si el violador repara en la edad de su víctima, para graduar su responsabilidad, esta sería mayor porque a sabiendas y bajo cálculos fríos realiza el hecho punible" (206). El Tribunal Correccional había estimado que la menor agraviada (14 años y seis meses de edad) tenía un desarrollo físico que no corresponde a su edad y que el acusado sufrió una errónea apreciación de los hechos,

(205) in Código penal, editado por Espino Perez, p. 25.

(206) in Revista de Jurisprudencia Peruana 1948, p. 348.

por lo que le impuso —aplicando el artículo 87— una pena por debajo del *mínimum* legal.

En el mismo sentido, se pronuncia en su ejecutoria del 16 de agosto de 1972: “el error en la apreciación de los hechos, a que alude el artículo 87 del Código penal, se refiere al carácter delictuoso del acto que el agente considera como lícito, pero no a sus circunstancias calificativas ni menos a las condiciones personales de la víctima, tales como su desarrollo físico, edad, etc., que el fallo recurrido ha meritado” (207).

La Corte Suprema ha tenido ocasión de opinar sobre el error de derecho al pronunciarse sobre delitos cometidos por salvajes (art. 44) y en caso de delitos de violación cometidos por indígenas al seguir la costumbre del “servinacuy”. Respecto a los primeros, afirmó en su Ejecutoria del 26 de abril de 1939 que “debe tenerse en cuenta las normas de los artículos 44 y 87 del Código penal, ya que se trata de sujetos a los que la ley considera en una condición especial, por estar al margen de la civilización” (208). Aquí es patente lo injusto de la disposición que obliga castigar a personas que, con certeza, desconocen completamente el carácter ilícito de su acto. En relación con los segundos, ha sostenido criterios opuestos. En algunas ejecutorias, sostuvo que habiendo sido entregada la menor (menos de 16 años) por los padres al acusado mediante el “servinacuy” (matrimonio de prueba), “cuya ceremonia tuvo lugar de acuerdo con la costumbre tradicional generalizada entre el campesinado indio” y que consiste en el consentimiento de los padres para que la hija cohabite con el novio; es de aplicar el artículo 87, ya que se trata de una infracción cometida por “ignorancia o error no culpable sobre el carácter delictuoso del acto que el agente consideró como lícito” (209). En otras ejecutorias, sostiene que “si bien el “servinacuy” es una costumbre ancestral que todavía perdura en algunos pueblos del país, sin embargo no se le puede considerar como una circunstancia eximente de responsabilidad por no estar considerado como tal dentro de nuestra legislación penal, el que tan sólo puede ser apreciado dentro de

(207) Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República, nº 3, p. 159.

(208) in Revista del Foro 1939, p. 587.

(209) Ejecutoria del 12 de mayo de 1943, in Anales Judiciales 1943, p. 17. Es interesante leer la ejecutoria del 10 de enero de 1940, en la que la Corte Suprema admite que “para salvar el inconveniente legal (los menores de 15 años no se podían casar sin permiso judicial), los padres acordaron que el acusado llevara a la menor a su casa... en tales circunstancias la infracción cometida cae dentro de lo dispuesto en el artículo 87º, in Anales Judiciales 1943, p. 441.

las circunstancias que establece el artículo 51 del Código penal" (circunstancias objetivas y subjetivas de peligrosidad) (210). La Corte Suprema hace uso de un criterio estrictamente formalista y deja de lado el análisis de la existencia del error de derecho (art. 87)). De modo que esta ejecutoria se alinea junto a las citadas al inicio de este acápite (211).

55. *Técnica legislativa.*— En caso de revisión del Código penal, se debe modificar el artículo 87, en el sentido de que el error de hecho o de derecho no culpable hace desaparecer el dolo y, por ende, no se puede penar al agente. Este criterio no ha sido admitido por la Comisión revisora que concluyó sus trabajos en 1972. Incurre en el error, además, de referirse a la "ignorancia sobre el carácter delictuoso de un acto" y no al "error" y, por último, sigue teniendo en cuenta que "la errónea apreciación de los hechos" *no provenga de culpa*. Por otro lado, ha eliminado —correctamente— el segundo párrafo del texto original y ha incorporado un nuevo artículo, en el que regula el caso de que el error de hecho ha sido provocado por un tercero. Esta última disposición, que reproduce casi textualmente el artículo 48 del Código italiano vigente, se revela incompleto. Esto es debido a que no se ha considerado que el artículo 47 del mencionado código no es igual al artículo 87 del texto revisado de nuestro Código. El último párrafo del artículo 47 del Código italiano trata del error que recae sobre una ley no penal y que determina un error sobre el hecho que constituye la infracción. Tampoco se ha tenido en cuenta, al momento de hacer la transcripción del artículo italiano, que el artículo 5º del mismo Código prohíbe invocar como excusa la ignorancia de la ley (error de derecho) (212). Una correcta regulación de este problema ha sido realizada, por ejemplo, por el legislador alemán al reformar su Código penal (213)

Para terminar, recordemos que de acuerdo a la correcta Doctrina, si el autor actuó bajo la influencia de una errónea apreciación de las circunstancias de hecho o sobre el carácter delictuoso del acto, no puede estimarse que obró dolosamente. En relación con los tipos agravados, el error sobre la circunstancia agravante hace desaparecer la agravación, pero deja subsis-

(210) Boletín Judicial de la Corte Suprema, nº 4, p. 211.

(211) Ver supra, nº 53.

(212) Ver: Bettiol, *Diritto Penale*, p. 447 y s.

(213) Artículos 16 (Irrtum über Tatumstände) y 17 (Verbotsirrtum), in *Bundesgesetzblatt*, nº 56, Bonn, 10 julio 1969.

tente el dolo en relación al tipo básico. En caso de que el error sea debido a la culpa del agente —siempre doctrinalmente—, éste podrá ser reprimido si es que la ley reprime la forma culpable de su comportamiento delictuoso. Al respecto, es interesante recordar que éste no es el caso del delito de violación de menores en nuestro Código (art. 199), razón por la que no debería ser sancionado quien por error (debido a culpa) tiene acceso carnal con un menor creyéndolo mayor (214). En las legislaciones en que predomina plenamente el principio “no hay pena sin culpabilidad”, se ha establecido una disposición particular. Así, el párrafo tercero del artículo 191 del Código penal suizo estatuye: “La pena será prisión si el delincuente ha obrado admitiendo por error que su víctima tenía 16 años por lo menos, a pesar de que hubiera podido evitarlo usando de la atención debida” (215).

56. *El error sobre los hechos no esenciales.*— Esta clase de error no tiene ninguna influencia sobre la culpabilidad del autor.

El autor puede confundir el objeto que quiere lesionar o poner en peligro con otro (error in objecto). El error “in personam” es un caso particular de “error in objecto”. En doctrina, se admite generalmente que esta clase de error es irrelevante cuando el bien amenazado y el bien realmente lesionado son igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico (216); por ejemplo, cuando B cree matar a A, pero en realidad causa la muerte de C. B comete un homicidio intencional.

La “*aberratio ictus*” no constituye, en realidad, un error (217). El ejemplo clásico es el del autor que quiere matar a X, tira contra él, pero alcanza a Y, quien se encontraba a su lado. El cambio en el resultado es debido a una alteración inesperada de los hechos, de la relación de causalidad entre el acto y el resultado. Por esto, algunos autores hablan de “desviación del golpe”. En este caso, desde que el agente tenía la voluntad de matar a una persona y la posibilidad de variación de los hechos estaba dentro del marco de causalidad adecuada (218), el delito doloso está consumado. El artículo 150 de nuestro Código penal no califica de homicidio el hecho de matar a un in-

(214) Ver supra nº 54.

(215) Ver H.H. Cooper, el error facti y el artículo 199 del Código penal, in *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, 1971

(216) Germann, *Verbrechen*, p. 46; Hafter, *Lehrbuch*, p. 185 y 186.

(217) Logoz, *Commentaires*, p. 76.

(218) Ver supra nº 57.

dividuo determinado, sino a cualquier persona (219). Si por el contrario, el resultado buscado y el producido realmente no son equivalentes, se dará un concurso ideal entre tentativa de un delito doloso y un delito culposo (220).

57. *El artículo 87.*— Según el párrafo primero de este dispositivo “el delito es punible, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o sea distinta la persona a quien se propuso ofender”. Esta disposición tiene como fuente legal el artículo 7 de nuestro Código derogado, de origen español.

José Viterbo Arias sostiene, al comentar el artículo 7 de nuestro anterior Código, que radicando la legitimidad de la pena en el mero hecho de una alteración en el orden de derecho, “causada con intención reprobable en sí misma y no sólo por el fin a que iba encaminada; es forzoso convenir en que se debe imponer castigo aún cuando varíe el mal que el delincuente se propuso causar” (221). Esta opinión se refiere como se desprende de los ejemplos dados por el autor, al error “in personam” (222) y, dentro de este marco, es correcta. En cuanto a los casos en que “los delitos varíen de gravedad o de naturaleza por culpa de su agente: el que mata cuando se propuso herir; el que por incendiar una casa ocasiona la muerte de los que moraban en ella”, sostiene J. Viterbo Arias que “son responsables de las vidas que quitaron” (223). Pero, esta responsabilidad es reconocida por el simple hecho de que el agente produjo el resultado más grave al actuar ilícitamente. Estamos frente a un caso de responsabilidad por el mero resultado. El mismo autor señala con justeza que “no es, sin embargo, nuestro Código (1863) tan explícito como debiera en este punto de tanta gravedad, pues no establece un precepto general que permita graduar la responsabilidad del delincuente y precisarse el daño que haya de imputarse” (224).

En nuestro Código penal vigente, si existen normas de carácter general sobre la culpabilidad: artículos 81 (dolo), 82 (culpa), 51 (culpabilidad y peligrosidad) y de carácter particular, por ejemplo, artículos 164 (aborto preterintencional), 165 in fine (lesiones seguidas de muerte), 166 párrafo 2º (lesiones

-
- (219) Bramont, Código penal, p. 164; Clerc, Introduction, p. 64.
 (220) Schwander, Strafgesetzbuch, p. 92.
 (221) Exposición Comentada, T. I, p. 54.
 (222) Ver supra nº 56.
 (223) Exposición comentada, T. I, p. 55.
 (224) Exposición comentada, T. I, p. 55.

leves seguidas de lesiones graves), 166 párrafo final (lesiones leves seguidas de muerte), 167 (lesiones seguidas de resultado fortuito), 185 (maltrato de menores seguidos de lesiones graves o de muerte), 203 (delito contra la libertad y el honor sexuales seguido de muerte o lesiones graves), etc. Dentro de este contexto, se debe afirmar que el artículo 84, párrafo 1º, que repite el texto del artículo 7 del Código derogado, debe ser interpretado de manera diferente; ya que el legislador tiende a restringir la amplitud de la fórmula, exigiendo que el autor sea responsabilizado por el daño más grave cuando "pudo preverlo"; es decir, cuando sea preterintencional (dolo en el inicio, culpa en el resultado) (225). Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema es, sobre este punto, confusa. En su ejecutoria del 4 de enero de 1944, afirma que "se comprende que sobrevino la muerte como consecuencia de actos encaminados a la posesión sexual de la joven por el agente culpable; que al variar en sus resultados la intención criminosa no deja de ser punible el delito perpetrado, conforme al principio contenido en el artículo 84 del Código penal, por lo que la responsabilidad (del acusado) cae bajo la sanción del artículo 150..., debiendo tenerse en cuenta esa especial circunstancia para la exacta adecuación de la pena (226). Esta sentencia demuestra que nuestra Corte Suprema, en este caso, siguió el criterio imperante durante la vigencia de nuestro Código derogado. No tuvo en cuenta el nuevo contexto en que estaba incorporada esta disposición. Su raciocinio es muy semejante al de José Viterbo Arias (227). En esa ocasión, un Vocal emitió un voto singular, en el que sostuvo "que el móvil de los actos de violencia ejecutados por el acusado no ha podido ser el homicidio, sino que es la sensualidad agresiva la que produjo la muerte... pero que estando al propósito del actor y al resultado de los hechos... es indudable que ellos están sancionados por el artículo 203 del Código penal" (228). Este criterio parece ser el que, finalmente, se ha impuesto; ya que en la ejecutoria del 11 de octubre de 1972, se dice: "la muerte de la menor agraviada, se produjo como consecuen-

(225) Ver nº 48.

(226) in Anales Judiciales 1943, p. 407.

(227) Analizado en este mismo numeral.

(228) Esta disposición señala que "En los casos de los artículos 195 a 202, la pena será penitenciaria no menor de cinco años, si los actos cometidos causaren la muerte de la víctima y si el delincuente pudo prever este resultado; y penitenciaria no menor de tres años si los actos cometidos causaren un grave daño a la salud de la víctima y si el delincuente pudo prever este resultado, o se entregó a actos de crueldad".

cia de la asfixia que le causó aquel al taponarle la boca y nariz para evitar que la agraviada gritara cuando era víctima del yacimiento carnal a que la sometió en forma brutal... se concluye que no se han cometido los delitos de homicidio y contra el honor sexual en forma independiente, sino que se trata del caso a que se refiere el artículo 203 del Código penal" (229).

También la corte suprema ha invocado (aunque sin la debida corrección) el artículo 84 al juzgar los casos en que el resultado producido es de una especie diferente al querido. Así, estima que ha de aplicarse cuando se "arroja un globo lleno de agua a una persona que no jugaba carnaval y que en su propio domicilio está dedicada a su trabajo" y va "hacer blanco en el vaso de Kola que tenía en las manos "una menor, el que al romperse le causó una herida en la nariz". Ya que, "es evidente que constituye una ofensa" arrojar un globo en esas condiciones y "el acto que practicó (el acusado) aunque haya dado resultado duntinto del que él se propuso constituye delito". Pero, en lugar de afirmar que se trata de un acto doloso (como lo hizo en otros casos), sostiene que se trata de un delito culposo (230). De esta manera, se aproxima a la solución correcta, consistente en admitir un concurso ideal entre la tentativa de la infracción querida y la comisión culposa del resultado producido (231).

En su segunda parte, el artículo 84 estatuye que "no se tomarán en cuenta las circunstancias agravantes que derivan de la cualidad del ofendido y se considerarán, al contrario, para los efectos de la represión, las circunstancias subjetivas en las cuales ha deliberado y ejecutado el delito y las cualidades inherentes a la persona contra la cual su acción estaba dirigida". Esto significa que el delito es también realizado cuando el autor, precisamente a causa de un error sobre los hechos o de una modificación de la relación de causalidad, ha lesionado a una persona distinta. El juez fijará la pena sin tener en cuenta las circunstancias agravantes que derivan de la persona lesionada; por ejemplo, si un hijo mata a su padre creyendo que es un tercero, será castigado por homicidio, mas no por parricidio (art. 151); si él mata a un tercero, por el contrario, en circunstancias que quería la muerte de su padre, el autor será condenado como parricida, pues el artículo 84 dispone que el juez tomará en consi-

(229) Boletín Judicial de la Corte Suprema, nº 5-7, p. 289.

(230) in Anales Judiciales 1940, p. 180.

(231) Ver: ejecutoria del 31 de julio de 1939, in Revista de los Tribunales 1939, p. 465.

deración para fijar la pena, los elementos subjetivos que han determinado al autor a ejecutar su acto y las circunstancias personales del sujeto al que se quiso lesionar realmente. La fuente legal de esta disposición es el artículo 14 del proyecto italiano de 1918 (232). El legislador peruano ha preferido la solución positivista. La Corte Suprema, en nuestra opinión, no ha interpretado correctamente esta disposición. Así, opina que “funciona el artículo 84 Código penal, que autoriza a considerar las circunstancias atenuantes y hace desaparecer las agravantes. Como lo sostiene el Tribunal sentenciador, el delito investigado y juzgado, es el de lesiones que causaron la muerte de la ofendida (esposa del agente) y cuyo resultado, en forma relativa, pudo prever el acusado...”, quien arrojó “no una sino muchas piedras a su suegro”. (233).

58. *Artículo 85, inciso tercero.*— Según esta norma está exento de pena el que obra “impulsado por amenaza de sufrir un mal inminente y grave”. En este caso la voluntad con la que actúa el autor se haya viciada. No hace desaparecer la voluntad, sino que limita, restringe su libertad. La fuerza física irresistible, por el contrario, la elimina totalmente; por esto, se afirma que el sometido a la “vis absoluta” no actúa. El es en realidad un instrumento de quien ejerce la fuerza física irresistible (234). Tampoco, debe ser confundida esta circunstancia con el estado de necesidad (335). La persona coaccionada obra bajo la presión anímica producida por la amenaza que se le formula. En realidad, a ella no se le puede exigir —en tales circunstancias— un comportamiento distinto. Por esto, es totalmente correcto considerar a la coacción como una de las “causas de inculpabilidad que se originan en la *no exigibilidad de otra conducta*” (236). El Derecho no exige comportamientos heroicos; no puede pretender que el común de las gentes se sacrifique a uno de los suyos para evitar la producción de un da-

(232) “Quando alcuno per errore o per altro accidente commette un delitto in pregiudizio di persone diversa de quella contro la quale aveva diretta la propria azione, non sono poste a carico di lui le circostanze aggravanti che derivano dalla qualità dell'offeso o danneggiato e gli sono valutate, agli effetti della sanzione, le circostanze soggettive nelle quali ha deliberato ed eseguito il delitto e in qualità inerenti alla persona contra la quale l'azione era diretta”. Ver: Enrico Ferri, *Relazione sul Progetto preliminare di codice penale*, Roma 1921, p. 33.

(233) Ejecutoria del 25 de noviembre de 1940, in *Anales Judiciales* 1940 p. 180.

(234) Ver supra nº 8.

(235) Ver Bettiol, *Diritto Penale*, p. 311.

(236) Jiménez, *Tratado*, T. VI, p. 883.

ño a un tercero. Amenaza "es la condicional promesa de un mal pendiente de la voluntad del sujeto amenazante" (237). La condición es que el mal se ejecutará en caso de que el coactado no cumpla con la exigencia del agente amenazante. El mal con que se amenaza debe ser grave e inminente. La gravedad puede depender de la naturaleza del bien jurídico o de la magnitud del daño. La producción del mal no debe ser remoto y no debe depender de causas extrañas a la voluntad del coaccionador. Ricardo Núñez dice que "el mal es inminente cuando es efectivo y de realización inmediata" (238).

La producción del mal no sólo puede ser orientada hacia la persona o bienes del amenazado; también puede consistir en un peligro para la persona o bienes de un tercero. Es de tener en cuenta que el amenazado no esté obligado a afrontar el mal (239).

La inculpabilidad y no punibilidad del coaccionado no implican la impunidad de quien lo coaccionó. Todo lo contrario, éste responde por el acto delictuoso que obligó a ejecutar.

59. *La culpa*.— Ha sido tradicionalmente considerada con el dolo como una especie de la culpabilidad. Esta concepción ha sido muy discutida en la doctrina moderna, y los defensores de la teoría de la acción finalista la rechazan categóricamente. Ellos afirman que la distinción entre actos delictuosos dolosos y los delitos culposos es ajena a la determinación de la culpabilidad. De esta manera, los finalistas modifican completamente las nociones de dolo y de culpa (240). Esta concepción ha influido bastante la jurisprudencia alemana, y sus adversarios han debido tenerla en cuenta. Por ejemplo, el profesor Jescheck sostiene que la culpa no es una forma de la culpabilidad, sino también un tipo particular de acto punible con estructura propia tanto en el dominio de la culpabilidad como en el de la antijuricidad (241). El autor de una infracción cometida culposamente es castigado sólo cuando la ley lo establece expresa-

(237) Maurach, *Strafrecht*.

(238) *Derecho Penal*, T. II, p. 126.

(239) Ver: Jiménez, *Tratado*, T. VI, p. 882; consultar bibliografía citada por este autor.

(240) Ver: Welzel, *Strafrecht*, p. 122 y s.; del mismo autor: *Fahrlässigkeit und Verbrechen*, 1961; Maurach, *Strafrecht*, p. 468 y s.; W. Niese, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen 1951, p. 60.

(241) Es la concepción actualmente dominante en Alemania, cf. Jescheck, *Lehrbuch*, p. 374, nota 6; Mezger-Blei, *Strafrecht*, p. 214.

mente (art. 81 inc. 1º). Junto a la infracción dolosa, el legislador regulará pues de manera expresa el delito culposo (242).

60. *Artículo 82.*— El párrafo segundo de este artículo estatuye: “Comete delito por negligencia, el que, por una imprevisión culpable, obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. La imprevisión es culpable, cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal”. Nuestro legislador ha empleado, en la parte especial del Código, para describir los delitos culposos, el llamado “simple tipo causal”. Por ejemplo, en el artículo 156 al prever el homicidio por negligencia, establece: “El que, por negligencia, causare la muerte de una persona, será reprimido . . .”.

Sin embargo, el legislador no sólo ha prohibido un resultado dañino; él ha proscrito, sobretudo, la realización de un comportamiento peligroso que puede producir la lesión de un bien jurídico. Como en el caso de las infracciones dolosas, este comportamiento es un acto consciente y voluntario y constituye la causa adecuada del resultado dañino.

No se puede deducir la existencia de una culpa punible de la sola producción del resultado. En otros términos, el resultado no es una condición objetiva de la represión, ya que se encuentra en una relación directa de causalidad con el acto del agente (243).

61. *En todas las disposiciones* de la parte especial, que describen delitos culposos, el orden jurídico impone tácitamente a los miembros de la comunidad *la atención necesaria* para evitar ciertos resultados dañinos. El autor debe tener cuidado del peligro y adecuar correctamente su comportamiento, considerando las condiciones de la acción, sus causas y consecuencias y las circunstancias de hecho que la acompañan.

(242) La fuente legal de la disposición peruana es el art. 19, inciso 1º, del anteproyecto suizo de 1916. El Código penal alemán no contenía una disposición parecida. Los juristas alemanes admiten la represión de los delitos cometidos por negligencia si la interpretación de la ley lo permite sin ninguna duda: Schoncke-Schroder, *Strafgesetzbuch*, p. 519; Jescheck, *Lehrbuch*, p. 377; Baumann, *Strafrecht*, p. 436 y 437. El nuevo texto del artículo 15 del Código penal alemán dice: “Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht”.

(243) Hand Dubs, *Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht*, in *Revue Pénale Suisse* 1962, p. 35; Schwander, *Strafgesetzbuch*, p. 69 y 94; Jean Graven, *Comment le droit suisse réprime-t-il les infractions par négligence?*, in *Revue internationale de criminologie et de police technique* 1966, p. 183.

Este deber es, sin duda alguna, directamente proporcionado a la importancia del bien jurídico protegido y al grado de peligro (244). Una vez que ha tomado consciencia del peligro (245), el autor debe, normalmente, abstenerse de actuar, si no puede evitar que el resultado no se produzca. Si este acto, es, sin embargo, permitido en razón de su utilidad social, el autor deberá tomar las medidas de precaución, de control y de vigilancia que exigen la circunstancias; es el caso, por ejemplo, de recurrir a medios de transporte muy rápidos. Si la realización del acto exige una preparación o conocimientos particulares, el agente debe, previamente, informarse o adquirir la capacidad y la experiencia necesaria para cumplir el acto sin que el resultado delictuoso se produzca (246).

La observación objetiva (*ex ante*) del comportamiento del autor —abstracción hecha de su situación personal o de su capacidad— permite determinar si él ha respetado el deber general de atención, que es exigido por el orden jurídico. La violación de este deber permite establecer el carácter ilícito del acto, no la culpabilidad del autor. Partiendo de esta afirmación, es justo ver en la fórmula de nuestro Código (“La imprevisión es culpable cuando el autor no ha usado las precauciones exigidas por las circunstancias”) una indicación relativa a la antijuricidad (247).

62. *La apreciación de la culpabilidad.*— Esta apreciación depende, por el contrario, de la facultad del autor de reconocer y de cumplir el deber de atención consistente en prever, luego evitar el resultado ilícito. Esta capacidad depende esencialmente del agente, de su formación, su instrucción, sus facultades intelectuales, su memoria, su capacidad profesional y su estado psíquico en el momento del acto (248).

Si el resultado era imprevisible o inevitable no será imputado al autor, ya que aun cuando él hubiese tomado todas las

(244) Jescheck, Lehrbuch, p. 383.

(245) Es sólo necesario, en principio, que el autor pueda reconocer el peligro.

(246) Walter Mayer, Les problèmes posés dans le droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles, in *Revue internationale de droit pénal* 1961, p. 1114; Graven, *Revue internationale de criminologie*, 1966, p. 184.

(247) Schwander, *Strafgesetzbuch*, p. 71 y 94; cf. Germann, *Vorsatz probleme dargestellt auf Grund kritischer Analyse der neueren Judikatur des schweiz. Bundesgerichts*, in *Revue Pénale Suisse* 1961, p. 388, nota 7 in fine; Baumann, *Strafrecht*, p. 441 y 442; Jescheck, *Lehrbuch*, p. 375; Mezger-Blel, *Strafrecht*, p. 215 y 217; Kohlrausch-Lange, *Strafgesetzbuch*, p. 225.

(248) Jescheck, p. 394; Germann, *Verbrechen*, p. 182; Dubs, *Revue Pénale suisse* 1962, p. 36-38; Thormann-von Overbech, *Kommentar*, p. 101; Logoz, *Commentaires*, p. 69.

precauciones, el resultado dañino se habría producido. La inobservancia de las medidas de precaución es generalmente debida a un error sobre los hechos o sobre el carácter ilícito del acto. Considerar el error como la esencia misma de la culpa sería sin embargo inexacto. El juicio sobre la culpabilidad no descansa sobre el error; sino, por el contrario, sobre la voluntad del deber de atención que da lugar al error, y por consecuencia, al resultado. Además, no hay culpa en todos los casos en que el autor ha actuado por error (249).

63. *Caso de culpa.*— Considerando que la falta de atención del agente afecta a la previsión del resultado o a la posibilidad de evitarlo, la doctrina distingue dos clases de culpa: la culpa consciente y la culpa inconsciente. Esta terminología es discutible, pues ella sugiere como posible una “culpabilidad inconsciente”. Sería más exacto hablar de “culpa con representación” y de “culpa sin representación” (250).

En la *culpa consciente*, el autor se representa el peligro, pero lo subestima y piensa poder evitarlo; ella comporta en realidad un vacío en la voluntad del autor, quien a sabiendas no tiene en cuenta la eventualidad del resultado. Es de distinguir entre esta clase de culpa y el dolo eventual. En ambos el autor se representa como posible el resultado dañoso; pero, mientras que en el dolo eventual el autor se conforma, se adecua al resultado; en la culpa consciente, el agente aleja de su espíritu tal representación, espera que no tendrá lugar el resultado (251).

Por el contrario, hay *culpa inconsciente* cuando el autor ignora la eventualidad del resultado. El autor ha faltado a su deber de atención. Esta clase de culpa revela una falta de perspicacia y de voluntad de parte del autor o su mal uso. El legislador peruano ha consagrado esta distinción en el artículo 82 párrafo segundo (“Comete delito por negligencia, el que, . . . obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto . . .”). Estas dos clases de culpa no constituyen grados diferentes de culpabilidad. Es imposible afirmar, a priori, que la culpa consciente sea más grave que la negligencia inconsciente (252).

(249) Quintano Ripollés, Derecho penal de la culpa, p. 256 257.

(250) Jiménez, La ley y el delito, p. 378.

(251) ver supra nº 50.

(252) Logoz, Commentaires, p. 71; Schwander, Strafgesetzbuch, p. 96; Baumann, Strafrecht, p. 445.

La jurisprudencia de la Corte Suprema referente a los delitos culposos no es del todo coherente. Pero, en muchas de sus resoluciones nuestro máximo tribunal señala, correctamente, las condiciones necesarias para considerar que ha existido culpa. Estima, por ejemplo, que es indispensable que el autor haya realizado una *acción directamente vinculada con el resultado* y que, en las circunstancias en que actuó, *haya podido preverlo*. De esta manera, sostiene que el delito culposo “siempre supone la acción directa del responsable, sea por omisión, descuido o negligencia” y considera que el agente “sin cultura, no podía haber previsto la gravedad del hecho para buscar una atención médica inmediata” (253). En reiteradas ejecutorias afirma, adecuadamente, que la imprevisión causante del resultado sea “culpable”. Los criterios aplicados son —con bastante frecuencia— correctos mereciendo destacarse que no hace depender el reproche de culpabilidad de la simple violación de disposiciones reglamentarias. Por el contrario, el respeto a tales disposiciones, le permite afirmar la inculpabilidad del agente. Así, por ejemplo, absuelve a un acusado, afirmando que “no incurrió en ninguna infracción del Reglamento de Tránsito y que el lamentable accidente procede de caso fortuito” (254). Existen casos, sin embargo, en que la Corte Suprema se aleja de esta opinión y tiene en cuenta, sobre todo, la relación de causalidad existente entre el acto y el resultado (255).

64. *Los reglamentos y ordenanzas de policía.*— Estos preceptos tienen por objetivo prevenir los comportamientos peligrosos. Su inobservancia no significa, necesariamente, un daño o una falta de atención. Sin embargo, esta violación de las medidas de seguridad constituye un indicio de la falta, de parte del autor, de atención necesaria para impedir el resultado (256). Considerar responsable a una persona de la lesión de un bien jurídico, por el hecho que fue causada mediante un acto contrario a una disposición reglamentaria, es consagrar el viejo principio del “*versari in re illicita*”, contrario a los principios modernos de la culpabilidad y de la individualización de la pena.

(253) Ejecutoria del 28 de setiembre de 1950, in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1950, p. 1407.

(254) Ejecutoria del 27 de abril de 1950, in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1950, p. 624.

(255) Ejecutoria del 22 de agosto de 1958, in *Revista del Foro* 1958, p. 669.

(256) Logoz, *Commentaires*, p. 69; Thormann-von Overbech, *Kommentar*, p. 100.