

El Homicidio en el Código Penal Peruano

Por: LUIS A. BRAMONT ARIAS

Catedrático Principal Titular de
Derecho Penal

INTRODUCCION A LA PARTE ESPECIAL

SUMARIO.— 1º La Parte General y la Parte Especial del Código Penal: su coimplicación.— 2º La Parte Especial como sistema discontinuo de ilicitudes.— 3º Cuestión acerca de la nomenclatura.— 4º Clasificación de los delitos. El bien jurídico protegido como criterio de clasificación. Interpretación teleológica y axiológica de la noción de bien jurídico.— 5º Clasificación de las infracciones según el Código penal peruano y sus leyes complementarias.— 6º Concepto del delito singular.— 7º Esquema del delito singular.

1º La Parte General y la Parte Especial del Código Penal: su coimplicación.

Desde hace mucho tiempo, dentro de la sistemática del Derecho Penal, se ha adoptado la división de éste, en dos partes: la *general* y la *especial*. La Parte General comprende la doctrina general que concierne a la Ley penal, al delito, al delincuente y a la sanción. La Parte Especial, describe y clasifica los diversos delitos catalogados por la Ley.

A esta división científica corresponde otra de los Códigos penales modernos: la primera parte de los Códigos contiene la síntesis, los moldes genéricos; la segunda parte, el análisis, los moldes particulares, esto es, los delitos *in specie* y las faltas o contravenciones (1).

(1) El C. P. francés de 1810 adoptó la vieja clasificación romana de delitos públicos y privados, aunque con distinta significación. En el Derecho romano, los delitos públicos eran los que podían ser acusados por cualquier ciudadano, porque todos estaban interesados en su persecución y castigo; los delitos privados eran los que solamente po-

La distinción entre una Parte General y otra Parte Especial del Derecho Penal, adquirió personería y singular acogida con la publicación de la obra de FRANCISCO CARRARA: "Programa del Curso de Derecho Criminal".

Justo es anotar que los penalistas anteriores a CARRARA habían descuidado el estudio de la Parte Especial, y conferido una gran importancia a la Parte General. CARRARA, en cambio, de acuerdo a su construcción jurídico-penal que considera el delito como *ente jurídico*, logró despertar el interés por el estudio de la Parte Especial; y nos hizo ver que la Parte General guarda estrecha armonía con la Parte Especial, tan es así que, por ejemplo, la teoría personal relativa a los daños del delito de la Parte General, se constituye, en la Parte Especial, en elemento indispensable para la construcción de los delitos en particular.

Con el advenimiento de la Escuela Positiva italiana se reinicia el predominio del estudio de la Parte General sobre la Especial, en vista que esta doctrina cultiva en alto grado los problemas generales de la Ciencia punitiva, en sus diversas manifestaciones. Recordamos el frustrado intento legislativo del Proyecto de Código penal italiano de 1921, compuesto por ENRIQUE FERRI, que demuestra la incapacidad de los positivistas para elaborar una Parte Especial de cierta altura.

En Alemania, FRANZ VON LISZT, en la segunda edición de su famoso *Tratado de Derecho Penal*, aparecida en 1884, recogió las contribuciones de la Escuela Positiva italiana, y otorgó, igualmente, un destacado desarrollo a la Parte General a costa de la Especial.

dían ser perseguidos por los ofendidos, únicos interesados en su castigo. En el Derecho francés, los crímenes públicos eran los que dañaban el buen orden y la seguridad pública; y los crímenes privados, aquellos que interesaban más a las personas ofendidas. De ahí que en la legislación francesa, los crímenes se clasifican en dos grupos principales: contra la cosa pública y contra los particulares. Igual clasificación hizo el C. P. español de 1822, inspirado en uno anterior de Louisiana. El Proyecto de C. P. peruano de don Manuel Lorenzo de Vidaurre, presentado al Congreso Nacional de 1828, distingue los delitos en públicos y privados, de acuerdo a la clasificación postulada por JEREMIAS BENTHAM. El legislador peruano de 1863, según anota CARLOS ZAVALA LOAIZA ("Sinópsis histórica de la Legislación penal en el Perú", en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año V, Nº 1, Lima, 1941, p. 26), tomó por modelo el español de 1848 —que había modificado la división del C. de 1823—, y clasificó los delitos en particular según los bienes vulnerados: contra la religión; contra la seguridad exterior del Estado; contra la seguridad interior del Estado; contra la seguridad pública; delitos pecuniarios a los empleados públicos; de las falsedades; contra las personas; contra la honestidad; contra el honor; contra el estado civil de las personas; contra la libertad y seguridad personal, inviolabilidad del domicilio y otras garantías individuales; y contra la propiedad intelectual.

CARLOS BINDING (1841-1920) fué el que empezó a estudiar la Parte Especial con arreglo al criterio fijado en la Parte General, esto es, utiliza los materiales de la Parte General para profundizar en el estudio de los delitos en particular, así como para construir una técnica y un sistema de la Parte Especial. El sistema de BINDING distingue: 1º) el mandato jurídico, es decir, la norma de la Ley penal, o sea, de la sanción: la primera fundamenta el derecho del Estado a ser obedecido y el deber del súbdito a obedecer, y su lesión constituye el presupuesto decisivo de la pena; 2º) el delito en sentido amplio (infracción de la Norma) y delito en sentido estricto (infracción de la Norma, protegida por la Ley penal); 3º) las figuras de delito en *género y especie delictivas*, no siempre de fácil logro esta separación, pues, por ejemplo, en los delitos contra las personas se determina de un modo sencillo el *género* —homicidio simple— y la *especie* —asesinato, especie agravada—, habiendo igualmente especies privilegiadas —la emoción violenta, el infanticidio; y 4º) la culpabilidad y el dolo.

La moderna Dogmática jurídico-penal es la que mejor ha planteado el problema de la relación entre la Parte General y la Especial del Derecho Penal. Comienza con la publicación de la famosa obra de ERNESTO BELING: "La doctrina del delito-tipo", en 1906 (2).

BELING sostiene que la *tipicidad* sirve de paso de unión entre la Teoría General y la Especial del Derecho Penal. Con el descubrimiento de la tipicidad, no conceptuada al modo antiguo, esto es, como la suma de todos los caracteres del delito, sino al igual que la antijuricidad y la culpabilidad, se consigue la construcción de una Teoría General de la Parte Especial del Derecho Penal, que significa que pasan al dominio de la Parte Especial los elementos elaborados en la Teoría Jurídica del delito.

En momentos, pues, en que los conocimientos humanos se inclinan hacia la unidad científica, se observa que no es tan profunda la distinción entre la Parte General y la Parte Especial del Derecho Penal.

(2) ERNEST von BELING: "Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo", trad. del alemán por SEBASTIAN SOLER, Editorial DEPALMA, Buenos Aires, 1944.

EDMUNDO MEZGER, en 1931, en el Prólogo a la primera edición de su "Tratado de Derecho Penal", reconoce que "el deslinde neto y terminante entre una parte general del Derecho punitivo y otro especial, amenaza derrumbarse, en virtud de la moderna teoría del tipo" (3), esto es, que su creador coloca ya los diferentes delitos en el sistema general, pero que él solamente recoge las líneas básicas necesarias para la comprensión de las diferentes acciones punibles, reservando para más adelante una ojeada en la que se expongan los rasgos fundamentales sobre las mismas; y en 1932, en el Prólogo a la segunda edición de la misma obra, anota que "la teoría del tipo se eleva por momentos a piedra angular de la dogmática jurídico-penal y a lazo de unión entre la Parte general y especial de nuestra disciplina" (4). En 1936, con ocasión del homenaje al profesor TRAEGER, publica un folleto relacionado con una *Teoría general de la Parte especial*, en que demuestra la insuficiencia de la separación del Derecho Penal, en Parte general y Parte especial. "Se divide el Derecho Penal, dice MEZGER, en una Parte general y una Parte especial. La presente investigación se desenvuelve sobre un terreno colocado entre ambas partes, y con ello se demuestra lo extraño e incompleto de esta separación: sobre el terreno de una Teoría general de la Parte especial. Tenemos en la sistemática de los delitos en particular y en el estudio particular sobre la técnica de los tipos penales, un material precioso para la citada Teoría; en gran parte se trata, por tanto, de un nuevo campo científico inexplorado. Y solamente esta exploración es accesible haciendo una penetración científica en los delitos en particular. Pero igualmente importante, quizá más importante aun que esto, sea lo siguiente: apoyar una tal teoría sobre las preguntas o cuestiones de la hasta ahora llamada Parte general. También el estudio minucioso de las características subjetivas y normativas de la tipicidad —de lo que tratamos en el presente folleto— son esenciales para un exacto conocimiento de la teoría de la antijuricidad y de la culpabilidad"

(3) EDMUNDO MEZGER: "Tratado de Derecho Penal", Segunda edición, trad. de JOSE ARTURO RODRIGUEZ MUÑOZ, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, p. 12.

(4) EDMUNDO MEZGER: "Tratado de Derecho Penal", op. cit. p. 16.

(5). Desde luego, MEZGER amplía su estudio en su conocido *Tratado de Derecho Penal*.

ERIK WOLF también se preocupó por la estructuración de una Parte general de la Parte especial, en su trabajo "Die Typen der Tatbestandsmässigkeit", publicado en 1931. WOLF observó que mientras la Parte general del Derecho penal alemán poseía un método sistemático suficientemente creado, la Parte especial había quedado en manos de comentaristas o de autores que, con mayor o menor acierto, realizaban una labor de glosadores, es decir, que elaboraban una sistematización de los bienes jurídicos de las figuras delictivas, pero sin embarcarse en empresas de más alto calaje; por lo que, a juicio de WOLF, la construcción del sistema de la Parte especial debería levantarse sobre el concepto del *tipo* y sus características (6).

Por su parte, FILIPPO GRISPIGNI, en el Prefacio a la segunda edición italiana, vol. I, de su "Derecho Penal italiano", escribe que "en lo que atañe al *método*, no solamente en esta edición se mantiene el carácter rigurosamente técnico-jurídico, sino que en el segundo volumen se lleva a cabo una audaz aplicación de él, intentando ofrecer una teoría general del delictotipo objetivo, que debería, de acuerdo con las intenciones del autor, señalar —en lo atinente a la parte especial— el pasaje de la exégesis a la dogmática, que es la única verdadera ciencia del derecho" (7).

Los estudios de BELING, MEZGER, WOLF y GRISPIGNI, acerca de los tipos legales, el análisis de sus referencias (sujeto, objeto y modalidades de la acción) y elementos subjetivos y normativos, la clasificación de los mismos, y la síntesis que se logra al estudiar su composición, constituyen una serie de principios comunes que permiten tratarlos en una Parte general específica de los delitos.

Hay autores que han escrito con otro sentido, una "Introducción" al iniciar el estudio de los delitos *in specie*. Algunos lo

(5) EDMUNDO MEZGER: "Von den strafrechtlichen Tatbeständen", Stille, Berlín, 1936, p. 3, cit. por JUAN DEL ROSAL, en "Estudios Penales", Madrid, 1948, ps. 47-48.

(6) ERIK WOLF: "Typen der Tatbestandsmässigkeit", Hirt Breslau, 1931, cit. por JUAN DEL ROSAL, en op. cit., p. 48.

(7) FILIPPO GRISPIGNI: "Derecho Penal italiano", vol. I, trad. del italiano por ISIDRO DE BENEDETTI, Editorial DEPALMA, Buenos Aires, 1948, p. XLI.

han hecho con el propósito de destacar la importancia del estudio y clasificación de los delitos en particular. Así, por ejemplo, FRANCISCO CARRARA, en el tomo III de su obra "Programa del Curso de Derecho Criminal"; SALVAGNO, en su "Curso de Derecho Penal"; NELSON HUNGRIA, en el vol. V de sus "Comentarios al Código Penal"; JOSE RAFAEL MENDOZA, en su "Curso de Derecho Penal venezolano", Parte especial; y GUSTAVO LABATUT GLENA, en el tomo II de su "Derecho Penal". Otros elaboran la "Introducción", con el objeto de alcanzar un mejor conocimiento dogmático de los delitos en particular. Así, SEBASTIAN SOLER, en el tomo III de su "Derecho Penal argentino"; CARLOS FONTAN BALESTRA, en el tomo I de la Parte especial de su "Manual de Derecho Penal"; y nuestro compatriota ANGEL GUSTAVO CORNEJO, en el tomo II de su "Derecho Penal", Parte especial.

La elaboración del estudio de la Parte especial del Derecho penal en nuestros días, reconoce diversas contribuciones, entre ellas la de GRAF ZU DOHNA, la de MAYER, la de WELZEL.

Nosotros vamos a poner nuestra máxima atención sobre la más moderna de todas ellas: el *Tratado de Derecho Penal* de LUIS JIMENEZ DE ASUA.

A juicio de LUIS JIMENEZ DE ASUA es un tanto prematuro el empeño de MEZGER de proclamar "caducado" el tajante deslinde entre Parte general y especial, pero admite que la división no es tan "cortante" como antes, "no solamente por la presencia de principios generales en los "tipos", sino por la indeclinable necesidad de hacer referencias en la Parte general de las figuras delictivas que los Códigos definen en su texto, si queremos construir una verdadera dogmática" (8).

JIMENEZ DE ASUA coincide con el parecer de BELING, quien al tratar de la *doctrina del delito-tipo* sostuvo que el delito-tipo es un concepto fundamental que domina al Derecho Penal en toda su extensión y profundidad, y esto resulta del hecho que "sin referencia a una figura autónoma de delito, toda disquisición jurídico-penal cae en el vacío (con la supresión de toda "Parte especial" del Derecho Penal, no habría más Derecho Penal, presuponiendo, naturalmente, el mantenimiento del princi-

(8) LUIS JIMENEZ DE ASUA: "Tratado de Derecho Penal", t. I, Editorial LOSADA, S. A., Buenos Aires, 1950, p. 194.



pio "nulla poena sine lege"), porque esas figuras de delito, a su vez, nos remiten precisamente a los delitos tipos (9).

De la opinión de BELING, sobre el concluyente papel de la Parte Especial, se deduce la necesidad de invocar los delitos *in specie* para que la doctrina del tipo reciba su plena eficacia.

Por ello, JIMENEZ DE ASUA observa que se disminuye considerablemente la importancia *científica* de la Parte Especial aunque sea de sumo interés *práctico* hacer su exposición y comentario. Si se edifica con fortuna y detalle, la Parte General de un Tratado, el estudio particular de los delitos queda reducido a mera exégesis.

Del *Tratado* de JIMENEZ DE ASUA, para la finalidad que nos hemos propuesto, sólo nos interesa esquematizar cuanto dice en torno a la noción del delito, de especial importancia para el estudio de los delitos en particular.

Este esquema podría componerse de los siguientes puntos: a) Concepto y esencia del delito; b) La acción; c) La relación de causalidad; d) La división de las acciones delictivas; e) Los delitos de omisión en general; y f) Los delitos de comisión por omisión.

a) JIMENEZ DE ASUA se enfrenta, en primer lugar, con el problema de la definición del delito; incursiona en el campo etimológico, hace la clasificación en grupos ordenados y nos da a conocer las principales definiciones sobre el delito. JIMENEZ DE ASUA, por su parte, establece sus propias definiciones desde el punto de vista dogmático y material. En orden a la Dogmática dice que el delito es "un acto típicamente antijurídico, imputable y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella". Desde el punto de vista material el delito es, en su concepto, "la conducta considerada por el legislador como contraria a una norma de cultura reconocida por el Estado y lesiva de los bienes jurídicamente protegidos, procedente de un hombre imputable que manifiesta con su agresión, peligrosidad social", definición que fué propuesta por JIMENEZ DE ASUA en el II Congreso Internacional de Criminología, realizado en París en

(9) ERNST von BELING: "Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo", op. cit., p. 12.

setiembre de 1950, e inspirada en las concepciones filosófica-jurídicas de MAX ERNESTO MAYER y en la fórmula de la peligrosidad enunciada por GAROFALO.

De manera que, a juicio de JIMENEZ DE ASUA, las características del delito serían éstas: actividad; adecuación típica; antijuricidad; imputabilidad; culpabilidad; penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad.

Ahora bien; el acto, tal como lo concibe JIMENEZ DE ASUA, independiente de la tipicidad, es más bien el soporte natural del delito; la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad; y las condiciones objetivas son adventicias e inconstantes. Por tanto, la esencia técnico-jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito.

Advierte JIMENEZ DE ASUA que en los momentos actuales se quiere acabar con la división de requisitos, proclamándose la *unidad* del delito o su índole de *totalidad*. Afirma que los autores que propugnan la diferencia entre los elementos del delito, jamás han negado que el fenómeno del delito viva existencia conjunta; pero que es necesario estudiar analíticamente el delito para comprender bien la gran síntesis en que consisten la acción y omisión que las leyes sancionan, porque sólo así se logra escapar del confusionismo y de la tiranía política.

b) El primer carácter del delito es ser un *acto*. El acto puede definirse como *la manifestación de voluntad que, mediante acción u omisión, causa un cambio en el mundo exterior*.

Afirma JIMENEZ DE ASUA que el acto sólo proviene del hombre y que la llamada persona moral no puede cometer delitos; y con respecto al *resultado*, como cambio en el mundo exterior, sostiene que éste puede consistir en un daño material o en mutaciones de orden moral: el *peligro corrido* que señaló CARRARA. Para el Profesor español, no hay delitos sin resultado: la vieja categoría de delitos formales, como delitos sin resultado, es falsa, pues lo que acontece es que, en ciertas infracciones, la manifestación de voluntad y el resultado aparecen contemporáneamente y con aspectos inseparables.

c) Entre la manifestación exterior y el resultado ha de existir una *relación de causalidad*. Mantiene JIMENEZ DE ASUA la teoría correcta de la *equivalencia de las condiciones*, aunque

para determinar la responsabilidad penal este supuesto no es por sí solo suficiente, y ha de tenerse además en cuenta la *relevancia jurídica de la conexión causal*, que ha de determinarse en cada tipo, esto es, la adecuación típica de la causa; y, por otra parte, la *culpabilidad* del sujeto en orden al resultado, que es un tercer momento de índole subjetiva y por ende de naturaleza totalmente distinta a los dos anteriores.

Con arreglo a este concepto JIMENEZ DE ASUA desenvuelve algunos delitos de la Parte Especial, aun cuando acentúa el criterio que la fijación de la causalidad únicamente fundamenta el lado objetivo de la responsabilidad penal.

d) JIMENEZ DE ASUA reduce a cinco puntos las distintas divisiones de las infracciones delictivas: 1º Las divisiones históricas; 2º La división de las infracciones por su gravedad (clasificación tripartita y bipartita), así como de las contravenciones o faltas (atendida su naturaleza o a virtud de la diferenciación ontológica basada en criterios naturales, o en referencia a la antijuricidad, al mero riesgo, o a la gravedad, adscribiéndose a la tesis de la distinción cuantitativa; 3º La división de los delitos por su ilicitud y motivación (delitos comunes y políticos "stricto sensu" o evolutivos —comprendiéndose en los últimos a los políticos stricto sensu, anarquistas y sociales—; delitos por convicción y pasionales) 4º La clasificación por el bien jurídico lesionado y por el paciente; y 5º Las clasificaciones deducidas de la contemplación del delito como acto, del modo de ejecutarlos (delitos violentos, fraudulentos y de imprenta), o atendiendo a la acción para perseguirlos (persegüibles de oficio o públicos, a virtud de querrela o privados y por denuncia privada o mixtos), así como al momento de su comprobación (flagrantes y no flagrantes).

e) JIMENEZ DE ASUA desarrolla la doctrina sobre la *omisión*, como aspecto del acto. Establece que la *simple omisión* se concreta en un no hacer un movimiento corporal que debía producir un cambio en el mundo exterior, que por la inacción queda inerte, y vulnera normas imperativas (que imponen el deber de actuar: "socorrerás"). ASUA examina los distintos delitos de omisión de la Parte Especial, así como aquellos casos en que aparece la concurrencia de la forma de comisión por omisión.

f) Con referencia a los delitos de *comisión por omisión*, JIMENEZ DE ASUA entiende que existen cuando se logra una ver-

dadera mutación sobre el mundo exterior, no haciendo aquello que se espera del agente. Partiendo de la posibilidad de cometer delitos descritos en las leyes como delitos de acción, mediante conductas materialmente homicidas, niega que el ejemplo-tipo del delito de comisión por omisión ofrecido por numerosos autores, o sea el de la madre lactante que con deliberado propósito de causar la muerte de su hijo no le amamanta ni proporciona alimentos hasta que fallece por inanición, constituye un delito de comisión por omisión, sino que es un verdadero delito de acción ejecutado por medios omisivos, "La ley no toma nota taxativa de los medios con que se cometa homicidios e infanticidios. Igual se denomina homicidio la muerte dada con un revólver que la que se causa con un cuchillo o una piedra. Al derecho no le interesa de modo tan principal el medio usado. Lo mismo es infanticidio por acción la muerte de un recién nacido dado por su madre, con las manos apretadas en torno al débil cuello, que mediante la dolosa privación de alimentos".

Según JIMENEZ DE ASUA: "Los verdaderos delitos de comisión por omisión están causados por quienes tienen un deber de actuar y no interrumpen la sucesión del acontecimiento que ellos conocen cuando está ya en marcha. Por ejemplo: el caso del criado que se contrata para cuidar a un ciego y que al ver que éste, a quien dejó plantado en la plaza pública, se pone de pie para cruzar la calzada de la calle próxima, no le impide hacerlo al ver que avanza silenciosamente un vehículo a toda marcha, concibiendo entonces el propósito de dejar morir al desvalido a quien odia por su trato altanero. El momento subjetivo interviene en el primer caso —en el de la madre infanticida— al comienzo de los hechos que constituyen el delito, y por eso puede ser un delito de acción; mientras en el segundo ejemplo —el del criado que no avisa al ciego o le detiene en su marcha, dejándole que le atropelle el vehículo—, el momento subjetivo sobreviene cuando ya había comenzado el acontecimiento que produce el resultado querido y por ello debe ser un delito de comisión por omisión".

Los elementos de la Parte General del Derecho Penal suministra, pues, los instrumentos de trabajo de la Parte Especial, a efecto que ésta sea, en su estructura y elaboración, seria y de rigor científico, como toda auténtica interpretación penal

que quiere realizar el ideal de justicia, que constituye una de las más legítimas aspiraciones de los pueblos.

Si esto es así, el desarrollo de la Parte Especial tiene que ser menos considerable, más esquemática que el de la Parte General. No es que se confiera escasa importancia o ningún interés a la Parte Especial, sino que su indagación dogmática ya ha quedado hecha, en forma científica, al estudiar los problemas de la Parte General. En efecto, las exposiciones de la Parte General sobre los elementos del delito (acción, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y penalidad) son válidas para todas y cada una de las figuras contenidas en la Parte Especial, sea homicidio, aborto, lesiones, etc. Así, al hacer el estudio particular de un delito, no habría por qué repetir cuanto se ha dicho a propósito de la causalidad, injusto, dolo eventual, error, etc., en el análisis de la Parte General. Cuando FRANCISCO CARRARA afirmó que el homicidio consistía en “la destrucción del hombre injustamente cometido por otro hombre”, incurrió en un doble pleonasma, puesto que la “ilegitimidad” está presente en todos los casos, y el hecho ha de ser necesariamente la obra de un “hombre”, para que en Derecho Penal exista acción. Si las aclaraciones de CARRARA fueran admitidas en el homicidio, también habría que adoptarlas en los demás delitos; pero entonces no alcanzaríamos a comprender cuál es la finalidad que persigue el estudio de la Parte General del Derecho Penal.

La Parte Especial, en consecuencia, se limita a analizar los elementos propios y exclusivos de cada figura, y a situar cada delito en la categoría que le corresponde conforme a la acción (formal o material) o a la culpabilidad requerida (dolo o culpa).

2º—*La Parte Especial como sistema discontinuo de ilicitudes*

✦ Todas las leyes describen conductas humanas. Esa descripción no es, ni puede ser, integral ni exhaustiva.

El Derecho positivo es incapaz de prever la totalidad de los conceptos humanos. Esa incapacidad de preverlo todo, está implícitamente confesada en el art. XXIII del Tít. Prel. del C. C., cuando establece: “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicar los principios del derecho”. La admisión de la analogía cons-

tituye el reconocimiento efectivo de que los textos legales no previeron determinada conducta cumplida en la vida real.

Cuando el Juez en lo Civil se encuentra frente a un caso que no encuadra dentro de ningún precepto legal, forzosamente ha de acudir a la aplicación de normas análogas y decidir el caso a favor de una u otra de las partes —demandante o demandado—, puesto que su obligación es la de juzgar y juzgar siempre. En este sentido, se dice, que el orden jurídico civil es un sistema sin discontinuidades, que regula *todas las relaciones entre los particulares*.

En el orden penal no ocurre lo mismo: la ley contiene la descripción de las acciones delictivas, *de las únicas conductas incriminadas*; las demás carecen de relevancia en el orden penal. El Juez en lo Penal, si bien no puede negarse a juzgar, carece de libertad de decidirse por cualquiera de las partes, porque le ha sido impuesta una solución ineludible: pronunciarse a favor del acusado. El principio "Nullum crimen, nulla poena sine lege", inscrito constitucionalmente en los arts. 24 y 25 de la Carta Fundamental, y legislativamente en el art. 3° del C.P., le impone absolver al reo: un malhechor solamente puede ser penado cuando su conducta está, previamente, descrita en la ley, y sancionada con una pena. Si no reúne estas condiciones, se dice que se trata de entuerto no previsto por la ley, de una zona de libertad en la que nadie puede ser reprimido. En este sentido, *el Derecho Penal es un sistema discontinuo de ilicitudes*, o en otros términos, en Derecho Penal de descripción es imprescindible en todo caso, es decir, es constitucionalmente imperativa y exhaustiva, y por lo tanto lo es, con exigencia dogmática (derivada de disposiciones consignadas en el Código político), la adecuación de *toda* conducta punible como tal, a esa descripción. Todo precepto penal determina una limitación jurídica de la *libertad individual*; y cada delito, un desconocimiento de tal limitación.

Además, expresa SEBASTIAN SOLER, "es característico del Derecho penal liberal el hecho de que él se funda exclusivamente en la acción. Un hecho, para constituir delito, tiene que manifestarse en el mundo objetivo, de manera que en éste el delincuente procure realizar aquello que la norma no quiere que ocurra. Por ello, todos los delitos constituyen un *tipo de acción*, ya que la acción es el único modo por el cual el hombre puede

modificar el mundo externo. Es característica del concepto moderno de delito esta exigencia de exterioridad. El delito no es, pues, ni un estado ni una cualidad de la persona. Es profundamente repugnante al sentido moderno del derecho, y formalmente violatorio del principio de justicia, el intento de someter a sanciones de naturaleza penal a una categoría de hombres, nada más que por una cualidad personal. Como consecuencia de este requisito, el Derecho penal moderno se encuentra formulado necesariamente en una serie de descripciones que se refieren a *acciones* circumsriptas, definidas, típicas, en una palabra" (10). ↴

3º. Cuestión acerca de la nomenclatura.

Es imprescindible fijar, cuando menos de modo esquemático, los conceptos de "delito-tipo", "tipo", "tipicidad", "adecuación", "antijuricidad", "condicionalidad objetiva" y "peligrosidad", como asunto previo a la dilucidación del Curso que desarrollamos.

Delito - tipo, para ERNESTO VON BELING, es el "*Tatbestand*" del párrafo 59 del Código penal alemán. *Tatbestand* es un sustantivo compuesto de *Tat*, hecho, y *bestehen*, consistir. El *Tatbestand* (en sentido general, "estado de las cosas") de un delito sería, pues, aquello en que el delito consiste, o de que el delito consta, el conjunto de sus elementos constitutivos, para diferenciar y separar lo que en una definición legal son verdaderos elementos, de lo que sólo constituyen *circunstancias*, posibles, pero no necesarias.

Delito-tipo es algo así como el corazón o el núcleo central de un delito; idea central que rige toda una serie de delitos; abstracción o esquema, que tiene la importancia de reunir en un concepto los elementos esenciales de un tipo, de una figura o de una serie de figuras delictivas. El ejemplo que siempre citaba BELING era el delito de lesiones seguidas de muerte (arts. 165 y 166, últimos párrafos), o sea, lo que los argentinos llaman homicidio preterintencional. Este delito (lesiones seguidas de muerte), que entre nosotros está incluido dentro del título de lesiones, en Argentina está dentro del capítulo de homicidio,

(10) SEBASTIAN SOLER.— "Derecho penal argentino", t. II, Editorial "LA LEY", Buenos Aires, 1945, p. 165.

consiste en "si la víctima hubiere muerto a consecuencia de la lesión y si el delincuente pudo prever este resultado". Para BELING, el delito-tipo de las lesiones seguidas de muerte, es el delito de lesiones, esto es, la idea de daño en el cuerpo o en la salud. Ese es el *Tatbestand* legal del delito. Hacia esa idea central se orienta tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo de la acción (11).

El *tipo* de delito es el "deliktstypus" de los alemanes o la "figura de delito", como diríamos en castellano, o sea los agregados que se hacen al delito-tipo, las circunstancias y elementos de cada concreto delito. La figura delictiva de las lesiones seguidas de muerte (homicidio preterintencional) sería, entonces, el delito-tipo ("Tatbestand") lesiones, más un resultado (circunstancia), meramente objetiva, que no pertenece al "Tatbestand" (la muerte subsiguiente del herido). El delito-tipo de las lesiones seguidas de muerte no es, pues, el homicidio, sino la lesión; y dentro del tipo lesiones —leves o graves (figuras delictivas)— queda incluido el de lesiones seguidas de muerte.

La doctrina, para el estudio del tipo penal, agrupa los elementos en tres categorías: *elementos objetivos*, *elementos subjetivos* y *elementos normativos*.

Los *elementos objetivos* son referencias a cosas, a personas o modos de obrar, nociones todas ellas susceptibles de ser determinadas especial y temporalmente, perceptibles por los sentidos, y que deben ser apreciados por el Juez mediante la simple actividad del conocimiento. Se contraen a una situación de hecho independiente de la voluntad, y aun de la acción propiamente dicha, del sujeto. Así, la muerte de una persona y su existencia previa, en el homicidio (art. 150); la "morada o casa de negocio ajena" en la violación de domicilio (art. 230); la "cosa mueble" en el hurto (art. 237) o en la rapiña (art. 239); etc.

Los *elementos subjetivos* son aquellos que se refieren a ciertos conocimientos y a estados de ánimo o a situaciones o condiciones personales. Así, la expresión "a sabiendas" o conocimiento del parentesco (art. 151); la "emoción violenta" (art. 153); el "estado puerperal" (art. 155); la condición de empleado de

(11) ERNEST von BELING.— "Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo", traducción del alemán por SEBASTIAN SOLER, Editorial DEPALMA, Buenos Aires, 1944, p. 9 y ss. de "La doctrina del delito-tipo".

correos o telégrafos o teléfonos (art. 362), que se trate de un Juez (art. 354), o de un mandatario judicial (art. 357), o en numerosos casos, de funcionario público (art. 337 y ss., por ejemplo).

El elemento subjetivo del tipo no se confunde con el elemento subjetivo del delito. Por ejemplo, el art. 214, sanciona "al que, siendo libre, contrajera matrimonio, *a sabiendas*, con persona casada". Si ese conocimiento de la situación de "casado" fuera el elemento subjetivo del delito —culpabilidad—, demostrada su presencia, habría delito. Sin embargo, puede ocurrir que un soltero contraiga matrimonio con una persona casada, y no obstante ello no haya delito por ausencia de culpabilidad; por ejemplo, el caso del que hubiera obrado por coacción o por error insalvable con respecto a otra circunstancia esencial, como podría ser la condición del funcionario ante quien se celebra el matrimonio. SEBASTIAN SOLER, (12), por su parte, ilustra que cuando el art. 151 del C.P. habla de la muerte del ascendiente, descendiente o cónyuge "a sabiendas", alude a un elemento subjetivo del tipo, mas no a un elemento subjetivo del delito. En efecto, puede ocurrir que alguien mate al padre "a sabiendas", y no obstante no sea culpable, para lo cual basta pensar en las hipótesis de la coacción y del error, casos en los que es posible matar al padre "a sabiendas" que lo es y que, sin embargo, sea la ausencia de culpabilidad el motivo de inexistencia del delito de parricidio.

Cuando el elemento subjetivo del tipo se confunde con el elemento subjetivo del delito, se le asigna la denominación de *dolo específico*. No estamos de acuerdo con este criterio. Si el elemento subjetivo del tipo fuese una especie del dolo sería necesario la concurrencia del género (dolo genérico) para aceptar la de la especie (dolo específico), lo cual no es cierto, pues acabamos de demostrar que es posible la presencia del elemento subjetivo del tipo, con ausencia del elemento subjetivo del delito.

Los *elementos normativos* son los que importan una valoración jurídica o cultural. Por ejemplo, en el hurto (art. 237), la ley habla de apoderamiento de una cosa mueble "ajena". El que usa una cosa, sea ajena o propia, es algo que no se decide en el mundo del ser; es algo que solamente se puede decir desde el

(12) SEBASTIAN SOLER.— "Análisis de la figura delictiva", en "CRIMINALIA", Año XI, Nº 7, julio 1945, ps. 444-445.

punto de vista del examen de relaciones estrictamente jurídicas, de manera que al apreciar la cosa como ajena o propia, interviene un elemento normativo en la figura. Otros elementos normativos no funcionan jurídicamente; así en el caso de la joven de "conducta irreprochable" (art. 201), se hace una valoración no jurídica sino simplemente empírico-cultural, porque depende del ambiente, la consideración, en este caso, de lo que se entiende por mujer honesta y que varía según el lugar o el tiempo.

Los elementos normativos pertenecen al tipo, pero no a la acción del sujeto: el autor del hecho no los realiza. La cosa es "ajena" en los delitos de hurto, robo o rapiña, sin que en ello haya intervenido el agente o sin que tenga significación la intervención que pueda haber tenido, pues lo que solamente interesa es que la cosa "es" ajena; y lo mismo ocurre en el abuso de autoridad, cargo o función, (art. 211), el carácter de empleado (art. 362), de funcionario (arts. 364 y 365). También, en los casos de valoración cultural: el acto contrario al pudor (art. 200), la conducta irreprochable (art. 201), la obscenidad de las imágenes o dibujos (art. 209), la valoración biológica de la salud (art. 166), el hecho, la calidad o la conducta perjudicial al honor en la difamación (art. 187), etc.

La *tipicidad sensu stricto* (*Typicität*), es un elemento esencial del delito, que consiste en la descripción hecha por el legislador, que se resuelve en la fórmula "nullum crimen sine tipicidad". Las imágenes rectoras están como colgando de una cuerda, mejor dicho, están en el Código penal como en un libro de figuras. Sólo el legislador puede añadir nuevas hojas al libro, cambiar los dibujos, quitar las láminas.

La importancia de la tipicidad estriba en que "no hay delito sin tipicidad". Este principio constituye una de las bases del Derecho penal liberal, y su posición pugna abiertamente con la analogía, que abandera la fase que LUIS JIMENEZ DE ASUA denomina: "destructiva de la tipicidad". El principio "nullum crimen sine lege" protege determinados campos, pues la zona entre una y otra incriminación, es zona de libertad, y las acciones que en ella caigan son acciones penalmente irrelevantes.

La base, el fundamento de nuestro Derecho penal liberal, lo encontramos en el art. 57 de la Constitución del Estado, al proteger la libertad, pues no podrá privársenos de ella sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente estable-

cidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, es decir, traduce el principio "nullum crimen sine lege", que actualmente se enuncia, orientado por la teoría de BELING: "no hay delito sin tipicidad", principio que consideramos reforzado con el dogma de hacer lo que la ley no prohíbe, consagrado en el art. 24 de la Constitución (13).

Es conocida la evolución del concepto de tipicidad. En su primera fase, en 1906, con ERNESTO VON BELING, la tipicidad tiene una función *meramente descriptiva*, absolutamente separada de la antijuricidad y de la culpabilidad. La segunda fase, expuesta por MAX ERNESTO MAYER, en su "Tratado de Derecho penal", en 1915, mantiene la independencia entre la tipicidad y la antijuricidad, pero se sostiene que el hecho de que una conducta sea típica, es ya un *indicio de su antijuricidad*. La tercera fase, representada por EDMUNDO MEZGER en su "Tratado de Derecho penal", en 1931, dota a la tipicidad de una función desmesurada, en el sentido que la tipicidad es mucho más que indicio, mucho más que *ratio cognoscendi* de la antijuricidad; es la base real de la tipicidad, su *ratio essendi*, su razón de ser.

A juicio de LUIS JIMENEZ DE ASUA "la tipicidad no es *ratio essendi* de la antijuricidad, sino más bien un indicio de ella, como MAYER expuso con acierto, o a lo sumo función de concreción y de conocimiento de la antijuricidad a los efectos penales. De mera concreción cuando, existiendo la norma anteriormente, la tipicidad delimita y enmarca la antijuricidad; y de conocimiento, cuando coinciden en el tiempo la aparición de la antijuricidad y del tipo" (14).

La *adecuación típica* (Tatbestandsmassigkeit) es la subordinación, el encuadramiento, la subsunción del hecho de la vida real en la figura legal.

El encuadramiento de un hecho a determinada figura delictiva, no siempre es cosa sencilla que resulte del examen superficial y mecánico de la ley. Las figuras y los tipos no son valores numéricos, ni puros conceptos lógicos; son normas dotadas de un contenido que crea un complejo sistema de relaciones entre un tipo y otro. De suerte que para llegar a un encua-

(13) LUIS A. BRAMONT ARIAS.— "LA LEY PENAL. Curso de Dogmática Jurídica", Imprenta del Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, Lima, 1950, p. 8 y ss.

(14) LUIS JIMENEZ DE ASUA.— "Tratado de Derecho Penal".

dramiento correcto, es necesario saber a qué tipo se debe atender de entre los muchos que reclaman aplicación a un hecho, lo que con frecuencia importa una operación compleja de interpretación, sea porque el hecho puede ser considerado desde diversos puntos de vista legales, sea porque varias leyes pretenden funcionar simultáneamente.

La *antijuricidad* es lo contrario al Derecho. No existe delito sin antijuricidad. La muerte de un hombre por otro hombre, sólo constituye homicidio cuando es antijurídico. No es suficiente que una acción u omisión se superponga o identifique formalmente con la descripción contenida en la ley; es indispensable, además, que se produzca un conflicto entre el hecho y el derecho, para que surja el delito.

Interesa acentuar que existen figuras delictivas que indican las circunstancias que hacen desaparecer la antijuricidad. Por ejemplo, el art. 163 dice: "No es reprimible el aborto practicado por un médico con consentimiento de la mujer encinta, si no hubiera otro medio de salvar la vida de la madre o de evitar en su salud un mal grave y permanente".

Oportunamente veremos que el art. 163 no ofrece mayores dificultades de interpretación, si bien ha sido objeto de crítica por parte de algunos comentaristas, quienes lo juzgan una inútil repetición, porque estiman que el aborto necesario o aborto terapéutico no es sino un caso de estado de necesidad, previsto en el inc. 3º del art. 85.

Las causas de justificación fueron referidas al comienzo a determinado delito o grupo de ellos. En la primera fase de la historia, predominó lo *específico* del concepto jurídico-penal sobre lo *general*. En cualquier libro de Derecho penal de este tiempo, observamos que el aspecto general del concepto, por ejemplo, las causas de justificación o de inculpabilidad dan su área científica en vista del delito especial. La legítima defensa, por ejemplo, aparece en relación con la figura del delito de homicidio, sin hacerla extensiva, como concepto general, a otros delitos, a pesar de que se trata de una *causa de justificación*.

Al conferirse a las causas de justificación un carácter general, fué indispensable la elaboración de una fórmula que abarcara todos los tipos delictivos previstos en la Parte especial del Código. Pero resulta, a veces, que esa fórmula peca por excesiva o por insuficiente, en cuanto a los requisitos para cada tipo

delictivo, por lo que el legislador ha optado por recurrir a normas particulares, como es el caso del art. 163.

La condicionalidad objetiva, como elemento del delito, fué una aportación de ERNESTO VON BELING. Las define así: "Son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuricidad y que no tienen carácter de culpabilidad" (15). Así, por ejemplo, la instigación al suicidio encierra, sin duda alguna, un modo de acción (instigar), que debe, como es natural, ser antijurídica y culpable; pero para que sea punible, la ley (art. 157), requiere otra circunstancia, cuya concurrencia no es referible a ninguna de esas exigencias. Es preciso además, que el suicidio instigado se efectúe o, a lo menos, se tente; con lo cual una circunstancia exterior a la acción funciona como condición objetiva para que un hecho concluído en todos sus elementos genéricos sea punible. Análogamente, quien por actos hostiles, no aprobados por el Gobierno, diere motivo al peligro de una declaración de guerra, "será reprimido con prisión no mayor de cinco años y multa de la renta de tres a treinta días", conforme a la primera parte del art. 299 del C.P.; y la pena se elevará, según reza la segunda parte del propio artículo, a "penitenciaria no menor de tres años y multa de la renta de treinta a noventa días", si de las hostilidades resultare la guerra, en razón de una circunstancia objetiva, que no depende de su autor y a base de un hecho típicamente antijurídico. Otros ejemplos podrían citarse: el resultado de muerte o lesiones graves, como agravantes de la instigación, ya en sí punible (art. 172); el resultado muerte o lesiones graves, como agravantes de la provocación al duelo mediando interés pecuniario o inmoral (art. 174); el hecho de que la conspiración sea descubierta antes de empezar su ejecución, como condición objetiva que atenúa la pena (art. 310); "si llegare a tener efecto la rebelión o la sedición", para la punibilidad agravada de la seducción de tropas (art. 311). O sea, en suma, que cuando una figura contiene una condición objetiva de punibilidad, está, según BELING, concebida en los siguientes términos: "El que hace tal cosa (una acción antijurídica y culpable) será castigado, cuando se dé tal o cual circunstancia".

(15) Véase LUIS JIMENEZ DE ASUA.— "La ley y el delito". Curso de Dogmática penal. Editorial "ANDRES BELLO", Caracas, 1945, p. 522.

El criterio de BELING de que las condiciones objetivas de punibilidad son independientes y, por tanto, diversas de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, se halla hoy en completa revisión, como lo demuestran los trabajos de LEOPOLDO ZIMMERL, ERICH LAND, OTTORINO VANNINI, GUILLERMO SABATINI, MARCELO FINZI y FRANCISCO CARNELUTTI.

Todos los caracteres del delito, en realidad, son condiciones objetivas de punibilidad: los requisitos del acto típico, antijurídico y culpable, resultan en última instancia, presupuestos o condiciones para que se aplique una pena.

La causa de exclusión de pena, en las denominadas condiciones objetivas de punibilidad, es la ausencia de tipo, y es así porque estas condiciones son también elementos objetivos del tipo, cuya diferencia respecto a los demás, es sólo cuantitativa. Tanto la muerte, en el homicidio, como el suicidio o su tentativa, en la instigación del art. 157, se producen, en última instancia, por razones que son independientes de lo que está en la posibilidad de hacer del autor. Así, en el delito de "instigación" a que otro se quite la vida, la consumación del suicidio no puede ser una condición objetiva de punibilidad, sino la propia esencia de la instigación y el mandato, pues si el delito no se consuma, el instigador o mandante no es responsable.

Por eso, a juicio de LUIS JIMENEZ DE ASUA, son condiciones objetivas de punibilidad "los presupuestos procesales expresa o tácitamente exigidos en las leyes punitivas, al describir y penar una concreta figura de delito" (16). Ejemplos típicos serían el art. 212 del C.P. que exige para que pueda ser penado el delito de adulterio, que previamente se haya obtenido el divorcio por adulterio; y el art. 252 en cuanto dispone que para reprimir el delito de quiebra, sus autores han de ser "declarados en quiebra", conforme a la L.P. de Q.

En consecuencia, por tratarse de verdaderos elementos del tipo, no será pasible de pena ninguna de las personas que intervienen en el hecho, ni siquiera a título de reparación civil.

El concepto de *peligrosidad* es muy difícil de expresarlo en una definición exacta. A ello se opone la diversidad de pareceres entre los escritores. La escuela positiva italiana, a partir de RAFAEL GAROFALO, aceptó la fórmula de la peligrosidad como fundamento de la responsabilidad penal, esto es, si el delincuente

(16) LUIS JIMENEZ DE ASUA.— "La ley y el delito", op. cit., p. 531.

no manifiesta peligrosidad, la aplicación de las sanciones es innecesaria, por inútil. GAROFALO concibió la fórmula de temibilidad del individuo para caracterizar la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del criminal. Según EUGENIO FLORIAN, otro positivista, se podrá decir que la peligrosidad es el título mediante el cual se perfecciona la responsabilidad criminal. A juicio de LUIS JIMENEZ DE ASUA todo lo que puede decirse con respecto a la noción que se han formado los autores sobre la peligrosidad del delincuente, es que consiste en *la probabilidad de que un individuo cometerá o podrá cometer un delito* (17).

La pretensión positivista de generalizar el principio no corresponde a la forma en que ha sido legislado en el Código peruano, y de *lege ferenda*, como dice SEBASTIAN SOLER, "se muestra deficiente, falsa y peligrosa, pues conduce a la destrucción de las figuras delictivas, y en nombre de un error científico, reduce la represión a un plano político de inseguridad, toda vez que no existe procedimiento alguno que permita pronosticar la delincuencia posible de un sujeto determinado" (18).

Pero ¿cuál será entonces el sentido de la peligrosidad?

Los autores han ideado el sistema de la *peligrosidad necesaria o presunta de los delincuentes*.

La teoría de la *peligrosidad necesaria de los delincuentes*, enunciada por ENRIQUE FERRI, afirma que el hecho de darse un delito entre los antecedentes de un sujeto, importa un dato tan relevante para la peligrosidad, que ya no puede dudarse de ella. Armado de tal principio, el Estado diría al delincuente: "Tu has cometido un delito y, en consecuencia, por eso mismo, eres un peligroso, es decir, probablemente cometerás otro; en consecuencia, yo te aplico una sanción por el delito, y además, por ese "probablemente". Y como esa probabilidad surge necesariamente del hecho cometido, comprobado éste, queda comprobada la otra, sin que puedas desvincular esta íntima relación por prueba alguna". O sea, la comisión de un delito importa *juris et de jure*, la presunción de la peligrosidad del autor.

(17) LUIS JIMENEZ DE ASUA.— "El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno", Madrid, Reus, 1920, ps. 23-24; "El estado peligroso, nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo", Madrid, Imp. Juan Pueyo, 1922.

(18) SEBASTIAN SOLER.— "Derecho penal argentino", t. II, op. cit., ps. 480-481.

Según la teoría de la *peligrosidad presunta de los delincuentes*, elaborada por FELIPE GRISPIGNI, el delito es un elemento relevantísimo para apreciar la existencia del estado peligroso. Para este criterio, el razonamiento del Estado sería éste: "Tu has cometido un delito y es tanta la influencia de este hecho sobre la probabilidad de que cometas otro, que mientras tu no me pruebes lo contrario, te presumiré peligroso". Es decir, la comisión de un delito, importa, *juris tantum*, la presunción de la peligrosidad del autor.

La teoría de FERRI y la de GRISPIGNI, que no es otra cosa que un matiz de la primera, son falsas en la mayoría de los casos, pues un reducido tanto por ciento de delincuentes primarios comete un segundo delito. Es por ello, que SEBASTIAN SOLER expresa que "únicamente una comprensión muy superficial de las cuestiones jurídicas y políticas que la represión plantea, puede llevar a la aceptación de la peligrosidad como fundamento y límite de toda sanción criminal" (19).

El Código penal peruano no admite la tesis de los criminalistas italianos sobre peligrosidad: el principio subjetivista de la peligrosidad del delincuente, es un criterio coadyuvante, que juega de la siguiente manera:

a) Como criterio de peligrosidad general (no específicamente delictiva), es la que da motivo a la imposición de la medida de seguridad del art. 89, concordante con el 83, al sujeto que ha delinquido y resulta exento de pena, pero que ofrece peligro para la seguridad o el orden públicos. El peligro que el sujeto se dañe a sí mismo o dañe a los demás, es el presupuesto para la aplicación, por el juez penal, de una medida de seguridad, conforme a los arts. 189 y 190 del C. de P. P. El juez hará cesar el internamiento, el tratamiento o la hospitalización cuando la causa haya desaparecido, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos (art. 94 del C.P.).

b) En la hipótesis de delincuentes imputables, la peligrosidad del sujeto es uno de los criterios a que el juez debe atender, a objeto de fijar el monto de la pena aplicable, con arreglo a lo dispuesto por el art. 51. Queda entendido que la peligrosidad del delincuente no es el criterio único al que la ley atiende,

(19) SEBASTIAN SOLER.— "Derecho penal argentino", t. II, op. cit., p. 481.

según aparece de la simple lectura del art. 51, y especialmente de su separación en dos incisos.

c) En materia de menores (arts. 137-147), cuando la ley habla de "peligro" no considera esta expresión en un sentido subjetivo, sino objetivo. El juez aplica la medida educativa, si resulta peligroso dejar al sujeto en su medio, con lo cual atiende más al peligro en que el menor se podría encontrar, que a la peligrosidad de éste.

d) Finalmente, la ley hace referencia a la peligrosidad del sujeto en el caso de delito imposible (art. 99), lo que sí importa aceptar un criterio subjetivista, pues la responsabilidad se basa en la peligrosidad del sujeto.

El criterio expuesto, y otros más, demuestran que dentro de la sistemática del Código penal peruano, la pretensión generalizadora de la fórmula del estado peligroso, como base o principio de la responsabilidad penal, carece de fundamento, y que sólo desempeña un papel coadyuvante con las otras bases de la sanción.

4º *Clasificación de los delitos. El bien jurídico protegido como criterio de clasificación. Interpretación teleológica y axiológica de la noción de bien jurídico. Valor de las rúbricas en la interpretación de la Ley penal.*

Otras de las tareas del Derecho penal con relación a los delitos en particular, es la de *clasificarlos*, esto es, la de reunir en grupos, paradigmas y categorías los varios tipos de delitos existentes y los nuevos que cada día se crean; o si se quiere en otros términos, la ordenación *a posteriori*, en jerarquías, de las diversas figuras de delitos que la conciencia histórico-jurídica va forjando, no ya por abstractas exigencias lógicas, sino por necesidades prácticas y políticas de la represión (el homicidio, el aborto, las lesiones, el honor, la libertad, la bigamia, la supresión y alteración del estado civil, la sustracción de menores, el hurto, el robo, la rapiña, las apropiaciones ilícitas, las estafas, etc.).

La clasificación de los delitos no responde a una necesidad lógica efectiva, sino a necesidades históricas contingentes y a comodidades y oportunidades de carácter práctico; por lo que más que un problema científico, es un problema de técnica legislativa, en cuanto se propone facilitar al que lee un Código la

identificación del carácter delictivo de un hecho, la norma que lo rige y la sanción establecida (20).

Las diversas clasificaciones de los delitos no responden a una definitiva certeza científica, sino que constituyen meras ayudas mnemotécnicas para la mejor consulta de las leyes. Nada perdería el Derecho penal, si las infracciones estuvieran distribuidas, no de modo sistemático, sino con arreglo a cualquier otro orden, por ejemplo, alfabético.

La clasificación hoy más acogida es la que toma por base la naturaleza del *bien jurídico protegido*.

El ordenamiento jurídico tiene por razón de ser y por objeto la conservación de los bienes individuales y colectivos que los hombres han creado y aspiran a conservar mediante el normal desenvolvimiento de sus actividades en el seno de la comunidad.

El Derecho penal, como que forma parte de ese ordenamiento jurídico, no puede sustraerse a esa función conservadora o de tutela. Sus normas, al describir las acciones u omisiones que incriminan y al amenazar a quienes en ellas incurran con la imposición de una pena, no hace otra cosa que prevenir la comisión de delitos, esto es, de formas de conducta dañosas o peligrosas para los bienes individuales o sociales que el ordenamiento jurídico se propone proteger.

De esta concepción conservadora del Derecho penal se ha desprendido la *teoría del bien jurídico protegido*, según la cual la Ley penal, mediante la incriminación de determinadas acciones u omisiones, se propone proteger los bienes que esas formas de conducta dañan, disminuyen o ponen en peligro (21).

El bien jurídico protegido llena una función *sistematizadora* de la Ley penal: agrupa en torno a cada uno de los bienes garantizados, las figuras delictivas que se consideran dañosas o peligrosas para los mismos. De esta manera se erige en el criterio o base de *clasificación* de las infracciones penales.

BECCARIA fué el que acogió la clasificación de las infracciones penales conforme al bien jurídico protegido. BECCARIA, al lado de las contravenciones (que son "acciones contrarias a lo

(20) Véase, GIUSEPPE MAGGIORE: "Derecho penal", Parte especial, vol. III, Editorial TEMIS, Bogotá, 1955, p. 9.

(21) Véase, ALFREDO J. MOLINARIO: "El bien jurídico garantizado con la incriminación de los delitos contra el orden público o la paz pública", op. cit., p. 6.

que cada uno está obligado a hacer o a no hacer, en vista del bien público”), distingue dos categorías de delitos: “los que destruyen inmediatamente la sociedad o a quien la representa, y los que ofenden la seguridad pública de un ciudadano en su vida, su honor o sus bienes” (22).

FILANGIERI, por su parte, sigue a BECCARIA, cuando considera que “la división general de los delitos consiste en reducirlos a algunas clases con relación al *objeto* de ellos” (23).

FRANCESCO CARRARA perfeccionó la clasificación, al distinguir los *delitos naturales* de los *delitos sociales*. Delitos naturales son los que vulneran *derechos y bienes* disfrutados por el hombre en su calidad de hombre, prescindiendo de su estado social (como son la vida, la integridad personal, la libertad personal, el honor, la familia y la propiedad); y delitos sociales son los que atacan bienes pertenecientes a todos los coasociados, del ciudadano más que del individuo (como son la justicia, la moral, la tranquilidad, la salud, la religión, la fe pública, la regalía y el Estado). CARRARA coloca los derechos naturales antes que los sociales, porque la creación del Estado debe considerarse como una idea posterior, nacida después que los individuos han adquirido la consciencia del derecho de defenderse contra las agresiones ajenas (24).

La clasificación de los delitos según el bien o interés jurídico lesionado, es sustentado por CARRARA (25), que la consideró la única aceptable, por ser “adecuada”, dado que permite clasificar todas las tesis posibles y no puede existir delito donde no hay lesión del derecho; porque “no es arbitraria”, ya que no la puede cambiar el juez ni legislador; “es permanente” en todo país y en todo tiempo, por ser absoluta la naturaleza del derecho, y “no es falsa”, pues aunque una idéntica materialidad recaiga sobre diversos títulos, ello ocurre porque un mismo hecho material ataca diversos derechos, de los cuales debe buscarse la *prevalencia*, para determinar el título.

(22) CESAR BECCARIA: “Del delito y de la pena”, trad. de M. DOPPELHEIM, Casa Editorial SOPENA, Barcelona, s/f., p. 90.

(23) FILANGIERE: “Scienza della legislazione”, cap. XLIII.

(24) FRANCESCO CARRARA.— “Programa del curso de Derecho criminal”, Parte especial, vol. I, trad. de SEBASTIAN SOLER, Editorial DEPALMA, Buenos Aires, 1945, párag. 1081 y 1085.

(25) FRANCESCO CARRARA.— “Programa del curso de Derecho criminal”, Parte especial, vol. I, op. cit.

La escuela positiva italiana sigue el mismo criterio. La adhesión que le presta ENRIQUE FERRI no contiene reserva alguna. La manifiesta diciendo que la escuela clásica indicó el *verdadero y sustancial* criterio, en el objeto jurídico del delito y, en el objeto jurídico específico, esto es, en el derecho o bien jurídico ofendido por la acción delictiva.

El tema del bien o interés jurídico protegido, ha sido estudiado especialmente por ARTURO ROCCO (26), quien los divide en bienes o intereses jurídicos del individuo, de la familia, de la sociedad, del Estado y de la sociedad de Estados.

Los Códigos penales, en su Parte especial (por ej., el C. P. del Brasil de 1942), en su Libro II (C.P. argentino de 1921, Uruguayo de 1933 y Peruano de 1924), enumeran taxativamente los delitos. Al hacerlo así, agrupan esas figuras delictivas en diversas categorías, cada una de las cuales va precedida de una rúbrica distinta. En los Códigos argentino, uruguayo o peruano, aparecen expresiones con las que se designan colectivamente a todos los casos legales en los mismos previstos. Así, delitos contra la personalidad física y moral del individuo (Código uruguayo), o contra las personas (Código argentino), o contra la vida, el cuerpo o la salud (Código peruano), delitos contra el honor, contra la libertad, contra la fe pública, etc.

Con estas y otras expresiones las leyes penales determinan concretamente cuál es el bien jurídico que se proponen proteger o tutelar, incriminando las formas de conducta que pueden dañarlo, disminuirlo o ponerlo en peligro.

Aquí se plantea un pequeño problema de interpretación: *¿Cuál es el valor de los "nomen juris", de los títulos o rúbricas empleados por la ley? ¿Son ellos parte integrante de la ley penal o sólo tienen en ella una función sistemática análoga al papel que desempeñan los índices de los libros?*

Creemos que los títulos o rúbricas forman parte de la Ley penal. La Ley penal es un todo, único e indivisible; su contenido no puede fraccionarse, de un lado, en elementos que concurren a formarla, y de otra parte, en títulos o rúbricas que, por no constituir una proposición completa, sino meros enunciados, generalmente sin verbo, que no expresan un pensamiento per-

(26) ARTURO ROCCO.— "El objeto del delito y de la tutela jurídica penal", en "Obras jurídicas", vol. I, Roma, 1932.

fecto, no revestirían la condición de normas o parte integrante de la Ley (27).

Los títulos o rúbricas son importantes en la *interpretación de la Ley penal*. Por más que cada una de las figuras delictivas tenga una existencia autónoma y sea del todo independiente de las demás, es innegable que las que han sido agrupadas en un mismo título de la Ley penal, tienen algo de común entre ellas: la identidad del bien jurídico que dañan, disminuyen o ponen en peligro.

Las figuras delictivas constituyen, en su totalidad, un archipiélago de ilicitudes, en que cada figura es una isla separada de las demás por zonas de libertad. Y así como todas las islas que forman un archipiélago, se asientan en una plataforma continental común, todas las incriminaciones agrupadas bajo un mismo título del Libro II del C. P. tienen también un objeto común: proteger un mismo e idéntico bien jurídico.

La determinación del bien jurídico tutelado reviste una relevante importancia en la interpretación de la Ley penal. Aun cuando una forma de conducta parezca ajustarse adecuadamente a alguna de las descripciones de la Ley, es evidente que si ella no daña, disminuye o pone en peligro el bien jurídico enunciado como objeto de la tutela penal, no constituye ni puede ser sancionada como delito, puesto que faltaría, en este caso, el objeto o finalidad de la incriminación.

Para la exacta determinación del bien jurídico protegido por cada grupo de incriminaciones, no es suficiente la expresión genérica empleada por la Ley en las rúbricas. Es necesario, además, el examen del *fin* de la Ley, averiguar la *función* para que fué creada la Ley, explorar la *formación teleológica* de los conceptos. A la determinación del bien jurídico garantizado en una categoría de delitos, no se llega únicamente por la simple lectura o comprensión de los títulos o rúbricas de los Códigos, sino por la sistemática y total interpretación del orden jurídico (28).

(27) Conf. ALFREDO J. MOLINARIO: "El bien jurídico garantizado con la incriminación de los delitos contra el orden público o la paz pública", "Impresora Uruguaya", S. A., Montevideo, 1949, p. 8.

(28) Véase, LUIS A. BRAMONT ARIAS: "La Ley penal". Curso de Dogmática Jurídica. Imp. del Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, Lima-Perú, 1950, p. 86.

5º *La clasificación de las infracciones según el Código penal peruano y sus leyes complementarias.*

El Código penal reparte todas las infracciones en dos grandes categorías: *delitos y faltas*, y los expone en los Libros Segundo y Tercero.

Los delitos y las faltas están clasificados a base del criterio del *bien jurídico protegido* y, por tanto, según el interés jurídico lesionado o expuesto a peligro mediante el hecho incriminado, y no a tenor de las modalidades exteriores de los hechos o de los medios empleados o de los motivos del agente.

Los delitos se agrupan en quince secciones, subdivididos en títulos. La *sección* está constituida a base de la más genérica consideración del interés tutelado (ejemplo: delitos contra la vida, el cuerpo y la salud); y el *título* se funda en una específica consideración del interés mismo (ejemplos: homicidio, aborto, lesiones, riña, duelo, exponer a peligro o abandonar personas en peligro). Se llega así a la unidad elemental, el *artículo*, en la que el interés que califica toda clase, está considerado de un modo enteramente específico y tal, que no consiente ulteriores distinciones.

Los bienes jurídicos que el Código ha tomado en consideración para la constitución de las más generales categorías de los delitos, son los relativos: a *la vida, el cuerpo y la salud*, en relación a individuos determinados, en lo que atañe a la incolumidad de la persona física; al *honor*, en lo que hace a la inviolabilidad de la personalidad moral de cualquiera; a *las buenas costumbres*, en lo que se refiere a la libertad y al honor sexuales, y a la moralidad sexual; a *la familia*, respecto de los hechos contrarios a la disciplina ético-jurídica del matrimonio, al estado civil de las personas y al ejercicio de la patria potestad o tutoría de menores; a *la libertad*, en cuanto a la libertad de la persona física, a la inviolabilidad de su domicilio, a la inviolabilidad de la correspondencia y al ejercicio del derecho de reunión; al *patrimonio*, en lo que respecta a la seguridad de la posesión de los muebles contra el ilegítimo posesionamiento, a la inviolabilidad de los derechos patrimoniales en general contra la violencia y el fraude, a la inviolabilidad de la propiedad inmobiliaria contra las usurpaciones, a la incolumidad de los bienes patrimoniales en general contra los daños; a *la seguridad pública*, esto es, al conjunto de las condiciones, garantizadas por el orden

jurídico que aseguran la vida, la integridad personal, la salud, el bienestar y la propiedad, como bienes de todos y de cada uno, independientemente de su pertenencia a determinados individuos; a la *tranquilidad pública*, es decir al orden público y a la paz interna, en cuanto pueden ser perturbados o menoscabados por intimidaciones públicas, incitaciones a la delincuencia, motines, vilipendios y demás ofensas de carácter antirreligioso, y vilipendios o violaciones de tumbas, funerales o cadáveres; al *Estado y la defensa nacional*, o sea, a la incolumidad, a la autonomía, a la independencia y al prestigio del Estado; a *los Poderes del Estado y a la autoridad de la Constitución*, respecto de los atentados contra la constitución del Estado y a la insurrección armada contra los Poderes del Estado y contra los funcionarios o empleados públicos de departamentos, provincia o distrito; a la *voluntad popular*, contra los ataques al derecho de voto, a la corrupción electoral y al fraude electoral; a la *autoridad pública*, respecto de la usurpación de funciones, violencia y amenaza contra los funcionarios, sustracción de objetos custodiados por la autoridad, ruptura de sellos, abstención de comparecer o de prestar declaración, sustracción o inutilización de objetos destinados a servir de prueba, injuria o amenaza al funcionario público y perturbación del orden en los cuerpos colegiados; a la *administración de la justicia*, en cuanto a su normal funcionamiento y al sometimiento de los particulares a la jurisdicción y a sus decisiones; a *los deberes de función y a los deberes profesionales*, con respecto a la disciplina, a la probidad, desinterés, fidelidad, capacidad, competencia, seguridad, libertad y decoro funcionales; a la *fe pública*, o sea a la confianza colectiva recíproca en que se desenvuelven determinadas relaciones sociales, como son las atinentes a los documentos, a los medios simbólicos de pública autenticación o certificación, y a la circulación monetaria, sellos, timbres y marcas oficiales; a la *economía pública, a la industria y al comercio* contra los hechos violentos o fraudulentos lesivos de intereses económicos generales, o de la disciplina colectiva del trabajo, o de la libertad o de la probidad comercial e industrial.

A base de los referidos bienes jurídicos protegidos, el Código penal distribuye los delitos en las siguientes grandes categorías, que constituyen las quince "Secciones" del Libro Segundo, subdivididos en "Títulos":

Sección Primera.— *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud* (art. 150 a 185). Título I. Homicidio.— Tít. II. Aborto.— Tít. III. Lesiones.— Tít. IV. Riña. Tít. V. Duelo.— Tít. VI. Exponer a peligro o abandonar personas en peligro.

Sección Segunda.— *Delitos contra el honor* (art. 186 a 195).

Sección Tercera.— *Delitos contra las buenas costumbres* (art. 196 a 211).— Título I. Delitos contra la libertad y el honor sexuales.— Tít. II. Delitos de corrupción.— Tít. III. Disposiciones comunes a los dos Títulos anteriores.

Sección Cuarta.— *Delitos contra la familia* (art. 212 a 221).— Título I. Adulterio.— Tít. II. Matrimonios ilegales.— Tít. III. Supresión y alteración de estado civil.— Tít. IV. Substracción de menores.

Sección Quinta.— *Delitos contra la libertad* (art. 222 a 236).— Título I. Delitos contra la libertad individual.— Tit. II. Rapto de mujeres y de menores.— Tít. III. Violación de domicilio.— Tít. IV. Violación del secreto de la correspondencia.— Tít. V. Delitos contra la libertad individual.

Sección Sexta.— *Delitos contra el patrimonio* (art. 237 a 260).— Título I. Robo.— Tít. II. Apropiaciones ilícitas.— Tít. III. Encubrimiento.— Tít. IV. Estafas y otras defraudaciones.— Tít. V. Extorsión.— Tít. VI. Delitos en la quiebra y en las deudas.— Tít. VII. Usurpación.— Tít. VIII. Daños.— Tít. IX Disposiciones generales.

Sección Séptima.— *Delitos contra la seguridad pública* (art. 261 a 280).— Título I. Incendios y otros estragos.— Tít. II. Delitos contra las comunicaciones públicas.— Tít. III Piratería.— Tít. IV. Delitos contra la salud pública.

Sección Octava.— *Delitos contra la tranquilidad pública* (art. 281 a 288).

Sección Novena.— *Delitos contra el Estado y la defensa nacional* (art. 289 a 301).— Título I. Traición y atentados con-

tra la seguridad militar.— Tít. II. Delitos que comprometen las relaciones exteriores del Estado.

Sección Décima.— *Delitos contra los Poderes del Estado y la autoridad de la Constitución* (art. 302 a 313).— Título I. Rebelión.— Tít. II. Sedición.— Tít. III. Disposiciones comunes a los dos títulos precedentes.

Sección Undécima.— *Delitos contra la voluntad popular* (art. 314 a 319).

Sección Duodécima.— *Delitos contra la autoridad pública* (art. 320 a 329).— Título I. Usurpación de autoridad.— Tít. II. Violencia y resistencia a la autoridad.— Tít. III. Desacato.

Sección Décima Tercera.— *Delitos contra la administración de justicia* (art. 330 a 336).

Sección Décima Cuarta.— *Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales* (art. 337 a 363).— Título I. Abuso de autoridad.— Tít. II. Concusión.— Tít. III. Peculado.— Tít. IV. Corrupción de funcionarios.— Tít. V. Prevaricato.— Tít. VI. Denegación y retardo de justicia.— Tít. VII. Delitos de empleados postales y de telégrafos.— Tít. VIII. Violación de secretos de empleo y de profesión.

Sección Décima Quinta.— *Delitos contra la fé pública* (art. 364 a 382).— Título I. Falsificación de documentos en general.— Tít. II. Falsificación de moneda, sellos, timbres y marcas oficiales.— Tít. III. Disposiciones comunes a los dos títulos anteriores.

Los Códigos actuales reparten los delitos por la objetividad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, pero no siguen un criterio uniforme de prelación. Unos prefieren comenzar por los delitos contra el Estado; otros optan por los delitos contra el individuo. Ejemplo de los primeros, es el Código italiano, de los segundos los más de los Códigos americanos. La prioridad de los delitos contra el Estado sobre el individuo, cuadra en los regímenes totalitarios y comunistas. La precedencia de los delitos contra el individuo sobre los delitos contra el Estado, es más

compatible con los regímenes democráticos. En los países democráticos predomina el individuo sobre el Estado; en los totalitarios, el Estado sobre el individuo. Aunque no variaría ni la ordenación de los delitos, ni la sanción correspondiente, si un país democrático comenzara por los delitos contra el Estado —por ejemplo, Chile, Paraguay, Panamá, Venezuela, Uruguay o Colombia—, o un país totalitario empezara por los delitos contra el individuo, una acertada técnica legislativa se opone a aquel método (29).

El Código peruano es secuaz del criterio que se encabeza por los delitos contra el individuo, no solamente por la organización democrática nacional, sino hasta por consideraciones criminológicas: los delitos contra el individuo son los más frecuentes, los que aportan más contingentes a las cifras de la criminalidad; en cambio, los delitos contra el Estado constituyen la anécdota de la efeméride criminal.

Con el propósito de obtener una mayor sistematización se ha superpuesto otro criterio para clasificar los delitos: el *del sujeto pasivo titular del bien jurídico lesionado*. De esta suerte se clasifican los delitos en cuatro grupos, según que el sujeto pasivo sea el *individuo*, la *familia*, la *sociedad* o el *Estado*.

El Código peruano no consigna de manera expresa esta distinción, pero aunque pueda oponerse algunos reparos, surge implícita. Los delitos de las Secciones Primera, Segunda y Tercera, que comprenden los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, contra el honor y las buenas costumbres, atañen a los que hieren los bienes jurídicos de los particulares, así como los delitos de la Sección Quinta, contra la libertad, y los de la Sección Sexta, contra el patrimonio. Los delitos de la Sección Cuarta (distribuidos en cuatro títulos: adulterio, matrimonios ilegales, supresión y alteración del estado civil, y sustracción de menores) se vinculan a los que vulneran los bienes jurídicos de la familia. Los delitos de las Secciones Séptima, Octava y Décima Quinta (que contienen los delitos contra la seguridad pública, contra la tranquilidad pública y contra la fé pública) pertenecen a los que lesionan los bienes jurídicos de la sociedad. Pertenecen a la categoría de los delitos que atentan contra los bienes jurídicos

(29) JOSE PECO.— "Proyecto de Código penal". Exposición de Motivos. Presentado a la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, el 21 de setiembre de 1941. La Plata, 1942.



del Estado, los esparcidos en las Secciones Novena, Décima, Undécima, Décima Tercera y Décima Cuarta, rubricados como delitos contra el Estado y la autoridad de la Constitución, contra la voluntad popular, contra la autoridad pública, contra la administración de justicia y contra los deberes de función y los deberes profesionales.

Las leyes especiales que complementan las disposiciones del Código penal distinguen los *delitos contra la economía pública* (Leyes Nos. 8951, de 3 de setiembre de 1939; 10551, de 14 de abril de 1946; 10906, de 3 de diciembre de 1948; y 11078, de 5 de agosto de 1949); *delito de abigeato* (Ley N° 10202, de 22 de junio de 1945); *delitos de imprenta* (Leyes Nos. 10309, de 14 de diciembre de 1945, y 10310, de 14 de diciembre de 1945), y *delito de tráfico ilícito de estupefacientes* (Ley N° 11005, de 22 de mayo de 1949).

En el desarrollo de esta obra seguiremos las clasificaciones establecidas por el Código, porque tienen un gran valor exegético. No es necesaria la compleja reelaboración metódica que nos impone el estudio de la Parte general. La exposición de la Parte especial, puede seguir, más o menos, fielmente el orden de los artículos del Código penal, entre otras razones, por el carácter discontinuo de cada infracción (1).

(1) La parte complementaria aparecerá en el año XXIII, 1959.