

LUIS E. ROY FREYRE

- Catedrático Principal de Derecho Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (desde 1959).
- Doctor en Derecho Público (1962).
- Miembro de la Comisión Redactora de Código Penal Tipo para Latinoamérica (desde 1965).

LUIS E. ROY FREYRE

DERECHO PENAL

TOMO I
PARTE ESPECIAL

DELITOS CONTRA LA VIDA
EL CUERPO Y LA SALUD
DELITOS CONTRA EL HONOR

2a EDICION
(REVISADA Y AMPLIADA)



Editorial y Distribuidora de Libros S.A.

Av. Sucre 1313 - Pueblo Libre - Lima. Telf. 61-7264

1a. Edición 1974
2a. Edición 1986

Derechos Reservados
según Ley 13714

Impreso en el Perú

A : LUIS A. BRAMONT ARIAS,
como testimonio de agradecimiento.

Para : ALFONSO REYES ECHANDIA,
nuestro querido amigo y brillante penalista
colombiano. **In Memoriam.**

PROLOGO

a la 1a. Edición

El 28 de Julio del año en curso nuestro vigente Código Penal cumplirá 50 años desde la fecha en que fuera promulgado. Sucesivas leyes punitivas especiales han estado destinadas a complementar o adecuar las prescripciones del texto codificado a las nuevas exigencias que planteaba la realidad peruana. No obstante el medio siglo de vida transcurrido, la experiencia obtenida de su aplicación ha venido a confirmar la opinión doctrinaria que, desde su nacimiento, lo calificara como uno de los mejores documentos legislativos de su género.

Nuestro siempre amigo, otrora alumno y hoy compañero en la Cátedra sanmarquina, Luis. E. Roy Freyre, sin habérselo propuesto, tal vez está rindiendo el mejor homenaje al codificador de 1924. Con un lenguaje elegante y una precisión técnica, que evidencia dominio de la ciencia penal, ha dado inicio a su labor de publicista entregando a la estampa el primer tomo de una obra que está llamada a ser, en nuestro medio, la más completa sobre la materia.

En verdad, no nos ha sorprendido esta positiva manifestación de la inquietud intelectual de Roy Freyre. Desde el año 1959, fecha en que le ofreciéramos la merecida oportunidad de que se iniciara en la docencia universitaria, estábamos seguros del buen éxito que obtendría como estudioso del Derecho. Lo que no esperábamos era que, precisamente, en los momentos de mayor responsabilidad en el ejercicio de su actividad como Abogado penalista, se decidiera a desarrollar, sin desmedro de los intereses que patrocina en los estrados judiciales, la dedicación y el esfuerzo que demandan componer y dar a luz una publicación científica. Los afanes de la actividad profesional son responsables de haber frustrado más de una vocación docente. Felizmente, Roy Freyre ha sabido conjugar con habilidad la satisfacción de ambas preocupaciones.

El estudio de dogmática jurídica, emprendido por el autor de la obra que presentamos, le ubica por mérito propio entre los más significativos representantes de la joven generación de penalistas Latinoamericanos. Ojalá que algún día podamos ser testigos de toda la dimensión que Roy Freyre se ha propuesto darle a su tarea de publicista.

Vaya mi profundo agradecimiento al autor por haberme dedicado su obra. La gratitud que me testimonia, al mismo tiempo que me produce orgullo y satisfacción, habla también del alto pedestal en que su calidad moral ha sabido colocar nuestra amistad.

*LUIS A. BRAMONT ARIAS
Director del Programa Académico de Derecho
de la U.N.M.S.M.*

NUESTRA PALABRA

Cuando recién nos iniciábamos en la docencia universitaria, allá por el año 1959, el Prof. Luis A. Bramont Arias tuvo la amabilidad de hacerme compartir el honor de dar juntos a publicidad la primera edición del "Programa y Bibliografía del Primer Curso de Derecho Penal". Encargado de hacer el "Prefacio", mi entusiasmo juvenil me llevó a ofrecer llenar de contenido, es decir, a prometer el desarrollo comentado de la temática jurídico-penal, entonces tan sólo enunciada. Tal vez, en un reproche que solamente a mi persona alcanza, haya demorado más de lo debido en comprender que aquéllo era un verdadero compromiso asumido con la juventud universitaria.

Hoy, muy cerca a las cuatro olimpiadas de ejercicio de la cátedra sanmarquina, decididamente hemos dejado de lado el prurito perfeccionista que amenazaba con mantener estas páginas en el limbo. Reforzada nuestra formación docente por lo que pudiera haber significado una experiencia ganada en el desempeño de la actividad profesional en los estrados judiciales, nos hemos animado en dar a la prensa el primer volumen de una obra que ha sido concebida, hasta su terminación, en no menos de cinco tomos.

Es evidente que en nuestro medio se hace sentir, con más urgencia de satisfacer, la necesidad de un comentario de la Parte Especial del C.P. de 1924. Las peculiaridades de las distintas legislaciones penales se presentan precisamente en los delitos en particular, siendo de mayor uniformidad las instituciones de la Parte General, las mismas que pueden ser satisfactoriamente estudiadas en cualquier comentario sistemático de algún texto legal extranjero. Tal es la razón que nos obliga a comenzar este trabajo con el análisis dogmático de la Parte Especial, sin renunciar de manera alguna al estudio oportuno de la Parte General, tema en el que, inclusive, nos encontramos mejor preparados debido a la mayor dedicación que nos demandara las explicaciones de cátedra.

Esta obra no tendría más destinatarios que al estudiante de leyes y al profesional interesado en el mejor conocimiento de nuestra disciplina científica, sin otra mira que el más conveniente ejercicio de la defensa. Sin embargo, nuestro más caro anhelo no estaría plenamente alcanzado si sólo sirviera como un instrumento para la mejor inteligencia de la ley penal. Si contribuyera a formar un inalterable sentimiento por la juridicidad, única garantía de la libertad y la seguridad civil, sería la mejor recompensa para el autor.

Finalmente, no puedo dejar de expresar mi agradecimiento al alumno y amigo Sr. Emilio R. Chávez F. Málaga, quien ha tenido la gentileza de corregir las pruebas, colaboración que aprecio con sinceridad.

Lima, Enero 1974.

Luis E. Roy Freyre

NOTA A LA 2a. EDICION

El Derecho Peruano, tanto Público como Privado, no ha sido materia de estudios interpretativos sistemáticos y completos. Esta observación en manera alguna pretende desconocer el mérito que corresponde a los inteligentes, esforzados y perseverantes juristas nacionales, como José León Barandiarán, Raúl Ferrero Rebagliati, Jorge Eugenio Castañeda, Domingo García Rada, Mario Alzamora Valdez y Luis A. Bramont Arias, que han producido excelentes obras de investigación que todos los Abogados hemos tenido oportunidad de conocer.

Pensamos que la escasez de estudios sobre la dogmática jurídica patria tiene que haber repercutido desfavorablemente en la formación intelectual y ética del profesional de la Abogacía, así como en la tarea propia de la Administración de Justicia. Ocurre que cuando la voluntad de la ley no ha sido suficientemente explicitada i analizada por los intérpretes, ya sea porque la misión investigadora o docente no fructificó en libros, o no fue complementada por el surgimiento de otras auténticas vocaciones, entonces la exégesis i la aplicación de la norma jurídica hipotética a los hechos de la vida real quedan expuestas al equívoco, a la arbitrariedad o al azar, sin más esperanzas de correctivos que no sean la honestidad de estirpe y el sentido común del Abogado o Magistrado Judicial. El anotado defecto en la bibliografía nacional no siempre puede suplirse, por desgracia, con los trabajos de autores extranjeros en razón a las dificultades manifiestas para importar libros y pagar sus elevados precios.

Existiendo en el Perú calificados juristas que, por falta de estímulo o facilidad suficientes, no publican sus investigaciones, o las mantienen truncadas, creemos que bien podría el Ilustre Colegio de Abogados de Lima asumir también una función mágica. Adquiriendo los derechos de autor, o por cualquier otra vía contractual, nuestra institución puede y debe invitar a los in-

investigadores del Derecho para que entreguen a publicidad los necesarios "Manuales" sobre cada una de las distintas áreas de la Ciencia Jurídica. En esta forma nuestro gremio fortalecería sus vínculos con las Universidades de la República y contribuiría a la unificación de la enseñanza del Derecho.

La 2a. Edición de esta obra, debidamente revisada y ampliada, tiene como destino llegar a los colegas y estudiantes de Derecho portando la misma fe de siempre. Fe, sobre todo, en que con nuestra actividad en la docencia contribuimos de alguna manera, sin hacer política partidaria, a la estructuración de la democracia en el Perú, entendida ésta como un sistema de gobierno en el que se respeta la titularidad de la persona humana como sujeto indeterminado de derechos ciertos y universales.

Chaclacayo, 13 de Octubre de 1985

El autor

INDICE GENERAL

	Pág.
Dedicatoria	5
Prólogo a la 1a. Edición	7
Nuestra Palabra	9
Nota a la 2a. Edición	11

CODIGO PENAL

LIBRO SEGUNDO

DELITOS

1.— El delito: elemento del Derecho Penal. 2.— La Parte General y la Parte Especial en los Cs. Ps. 3.— La Parte General y la Parte Especial en la doctrina penal. 4.— Teoría de la llamada “Parte General de la Parte Especial”. 5.— La Parte Especial: manifestación de una política criminal. 6.— La Parte Especial en el Derecho Penal Peruano. 7.— “Delitos”: rubro del Libro Segundo del C.P. 8.— Criterio seguido para la clasificación de los delitos. 9.— Taxonomías propuestas para el estudio de los delitos. 10.— Esquema del delito singular	25
--	----

SECCION PRIMERA

DELITOS CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD

11.— Los alcances del rubro. 12.— ¿Tiene importancia la ubicación preferencial?. 13.— Tipos delictivos contenidos en la Sección Primera. 14.— Papel de la Medicina Legal	49
--	----

TITULO I

HOMICIDIO

- 15.— Definición. 16.— Otros “actos de matar”. 17.— El homicidio como tema del Derecho Penal. 18.— Morfología del Título 59

HOMICIDIO SIMPLE

(Art. 150)

- 19.— Fuente. 20.— La fórmula. 21.— La razón del “nomen iuris”. 22.— Innecesaria consignación de la “intencionalidad”. 23.— Definición dogmática. 24.— Bien jurídico. 25.— Sujetos. 26.— Elementos constitutivos. 27.— Medios empleados. 28.— Tentativa y consumación. 29.— Participación. 30.— Caso de error en la persona. 31.— *Aberratio ictus seu personae*. 32.— *Aberratio delicti*. 33.— Penalidad .. 65

PARRICIDIO

(Art. 151)

- 34.— Origen de la denominación. 35.— Conceptos del Derecho Privado en el Derecho Penal. 36.— Bases de la agravación. 37.— Sustantividad o adjetividad de la figura. 38.— Definición. 39.— Fuente. 40.— Sujetos. 41.— Elementos constitutivos. 42.— Nulidad de matrimonio, anulabilidad y separación de cuerpos. 43.— Tentativa y consumación. 44.— Participación. 45.— Casos de concurso aparente. 46.— Caso de concurso ideal de delitos. 47.— Penalidad 102

ASESINATO

(Art. 152)

- 48.— Las reformas sucesivas. 49.— Límites de la última reforma. 50.— El “nomen iuris”. 51.— Naturaleza. 52.— Fuente. 53.— La fórmula. 54.— Sujetos. 55.— Elementos constitutivos. 56.— Homicidio por ferocidad. 57.— Homicidio por lucro. 58.— Homicidio para facilitar otro delito. 59.— Homicidio para ocultar otro delito. 60.— Homicidio con crueldad. 61.— Homicidio por perfidia. 62.— Homicidio por veneno. 63.— Homicidio por fuego, explosión u otro medio catastrófico. 64.— Penalidad 128

HOMICIDIO POR EMOCION VIOLENTA EXCUSABLE
(Art. 153)

65.— Fuente. 66.— Precedente legislativo nacional. 67.— Denominaciones. 68.— Emoción y pasión. 69.— Sujetos. 70.— Elementos constitutivos. 71.— Examen de las circunstancias excusantes. 72.— Emoción violenta e imputabilidad. 73.— Penalidad 167

PARRICIDIO POR EMOCION VIOLENTA EXCUSABLE
(Art. 154)

74.— Fuente. 75.— Sujetos. 76.— Elementos constitutivos. 77.— Concurrencia de atenuante y agravante. 78.— Caso de conyugicidio. 79.— Penalidad 193

INFANTICIDIO
(Art. 155)

80.— Definición. 81.— Fuente. 82.— La “ratio essendi” del privilegio penal. 83.— Autonomía de la figura. 84.— Sujetos. 85.— Elementos constitutivos. 86.— Participación. 87.— Imputabilidad y estado puerperal. 88.— Un caso de atipicidad en la Jurisprudencia chilena. 89.— Penalidad 196

HOMICIDIO POR NEGLIGENCIA
(Art. 156)

90.— Denominaciones. 91.— Fuente. 92.— Sistemática. 93.— Definición. 94.— Sujetos. 95.— Elementos constitutivos. 96.— El momento omisivo. 97.— Negligencia, imprudencia e impericia. 98.— Imposibilidad de tentativa. 99.— Imposibilidad de participación. 100.— Las agravantes. 101.— El riesgo moderno y el delito culposos. 102.— Penalidad 217

INSTIGACION Y AYUDA AL SUICIDIO
(Art. 157)

103.— Impunidad del suicidio. 104.— Fuente. 105.— Sustantividad del texto legal. 106.— Sujetos. 107.— Elementos constitutivos. 108.— Imposibilidad de tentativa. 109.— Po-

sibilidad de participación. 110.— El homicidio piadoso.	
111.— Penalidad	233

REPARACION CIVIL EN HOMICIDIO (Art. 158)

112.— Carácter especial de la norma. 113.— Justificación del texto. 114.— Fuente. 115.— Ubicación del texto.	
116.— Modalidades	246

TITULO II

ABORTO

117.— Concepto. 118.— Definición. 119.— Criterios para su clasificación. 119 bis.— Morfología del Título	249
--	-----

AUTO-ABORTO (Art. 159)

120.— Denominaciones. 121.— Fuente. 122.— Bien jurídico. 123.— Objeto material. 124.— Sujetos. 125.— Elementos constitutivos. 126.— Tentativa. 127.— Participación. 128.— Penalidad	253
---	-----

ABORTO CONSENTIDO (Art. 160).

129.— Fuente. 130.— Sujetos. 131.— Elementos constitutivos. 132.— Muerte preterintencional. 133.— Tentativa. 134.— Participación. 135.— Penalidad	260
---	-----

ABORTO NO CONSENTIDO (Art. 161)

136.— Fuente. 137.— Sujetos. 138.— Elementos constitutivos. 138 bis.— Muerte preterintencional. 139.— Penalidad.	268
--	-----

ABORTO ABUSIVO (Art. 162)

140.— Fuente. 141.— Carácter enunciativo del texto penal. 142.— Misión de las profesiones sanitarias. 143.— Un caso	
---	--

de atenuación. 144.— El caso de cooperación profesional. 145.— La punibilidad de la intervención profesional. 146.— Penalidad 272

ABORTO TERAPEUTICO
(Art. 163)

147.— Fuente. 148.— Justificación técnica del texto penal. 149.— Disposiciones del Código Sanitario. 150.— Definición. 151.— Conflicto entre dos intereses. 152.— Requisitos. 153.— Otras justificantes en la legislación penal comparada. 154.— El aborto terapéutico en la legislación penal latinoamericana. 155.— El aborto terapéutico en el Art. 120 del C.P. suizo de 1937. 155 bis.— El aborto terapéutico y la Iglesia Católica 276

ABORTO PRETERINTENCIONAL
(Art. 164)

156.— Fuente. 157.— Naturaleza subjetiva de la figura. 158.— Sujetos. 159.— Elementos constitutivos. 160.— Imposibilidad de tentativa. 161.— Legislación comparada. 162.— Penalidad 290

TITULO III

LESIONES

163.— Concepto. 164.— Definición. 165.— Criterios de clasificación. 166.— Morfología del Título 294

LESIONES GRAVES
(Art. 165)

167.— Fuente. 168.— Bien jurídico. 169.— Sujetos. 170.— Elementos constitutivos. 171.— Tentativa.— 172.— Participación. 173.— Absorción o exclusión de las lesiones. 174.— Morfología del artículo comentado. 175.— Heridas que pongan en peligro la vida. 176.— Mutilación del cuerpo, de uno de sus miembros u órganos importantes. 177.— Lesiones que hagan impropio para su función a uno de los miembros u órganos importantes. 178.— Lesiones que causen

incapacidad permanente para el trabajo. 179.— Lesiones que causen invalidez permanente para el trabajo. 180.— Lesiones que causen enfermedad mental permanente. 181.— Lesiones que desfiguren de una manera grave y permanente.— 182.— Lesiones que causen cualquier otro daño grave a la integridad corporal, o a la salud física o mental. 183.— Lesiones graves seguidas de muerte. 184.— Penalidad	304
--	-----

LESIONES MENOS GRAVES

(Art. 166)

185.— Fuente. 186.— Figuras delictivas. 187.— Lesiones menos graves en sentido estricto. 188.— Lesiones preterintencionales. 189.— Lesiones menos graves seguidas de muerte. 190.— Penalidad	323
--	-----

LESIONES CON RESULTADO FORTUITO

(Art. 167)

191.— Fuente. 192.— El presupuesto culpabilista. 193.— Delimitación del concepto de “caso fortuito”. 194.— Elementos constitutivos. 195.— Penalidad	328
---	-----

LESIONES POR NEGLIGENCIA

(Art. 168)

196.— Fuente. 196 bis.— Apreciación crítica de la última modificación. 196 ter.— Sujetos.— 197.— Elementos constitutivos. 198.— La acción penal. 199.— Penalidad	338
--	-----

TÍTULO IV

RIÑA

200.— Una aclaración. 201.— Delimitación conceptual. 202.— Sistema punitivo de “vasos comunicantes”. 203.— Autonomía del delito de riña. 204.— Improcedencia de la legítima defensa. 205.— Morfología del Título	343
--	-----

RIÑA SIMPLE

(Art. 169)

206.— Fuente. 207.— Sujetos. 208.— Elementos constitutivos.— 209.— Intervención en riña ajena. 210.— ¿Condición objetiva de punibilidad? 211.— Penalidad 352

RIÑA COMPLEJA

(Art. 170)

212.— Fuente. 213.— Denominación. 214.— Supuestos previstos. 215.— Sujetos. 216.— Elementos constitutivos. 217.— ¿Complicidad en el delito de participación en riña?. 218.— Penalidad 358

TÍTULO V

DUELO

219.— Concepto. 220.— Características del duelo. 221.— Morfología del Título 367

DUELO REGULAR

(Art. 171)

222.— Fuente. 223.— Sujetos. 224.— Elementos constitutivos. 225.— ¿Tentativa punible?. 226.— Consumación. 227.— Penalidad 371

INSTIGACION AL DUELO

(Art. 172)

228.— Fuente. 229.— Sujetos. 230.— Figuras delictivas. 231.— Elementos constitutivos de la “instigación a batirse”. 232.— Elementos constitutivos del “vilipendio por causa caballeresca”. 232 bis.— Penalidad 373

DUELO IRREGULAR

(Art. 173)

233.— Fuente. 234.— Sujetos. 235.— Elementos constitutivos. 236.— Penalidad 377

INMORALIDAD Y DESLEALTAD EN EL DUELO

(Art. 174)

237.— Fuente.	238.— Figuras delictivas.	239.— Duelo por móvil pecuniario o inmoral.	240.— Deslealtad del duelista.	
241.— Connivencia de padrinos.	242.— Penalidad		381

PADRINOS PUNIBLES

(Art. 175)

243.— Fuente.	244.— Sujetos.	245.— Elementos constitutivos.	246.— Penalidad	385
---------------	----------------	--------------------------------	-----------------	-------	-----

PADRINOS NO PUNIBLES

(Art. 176)

247.— Fuente.	248.— Impunismo de los padrinos		387
---------------	---------------------------------	-------	--	-----

AGRAVANTES ESPECIFICAS

(Art. 177)

249.— Fuente.	250.— Circunstancias agravantes específicas.			
251.— Penalidad			388

ATENUANTES ESPECIFICAS

(Art. 178)

252.— Fuente.	253.— Circunstancias atenuantes específicas.			
253 bis.— Penalidad			389

TITULO VI**EXPONER A PELIGRO O ABANDONAR PERSONAS EN PELIGRO**

254.— Ambito conceptual del rubro.	255.— Clasificación de los delitos de peligro.	256.— ¿El dolo de peligro es una especie de dolo?.	257.— ¿Tentativa en los delitos de peligro?.	
258.— Morfología del Título			393

EXPOSICION Y ABANDONO PELIGROSOS
(Art. 179)

259.— Fuente. 260.— Sujetos. 261.— Las figuras delictivas.
262.— Elementos constitutivos. 263.— Consumación.
264.— Concurso ideal de delitos. 265.— Penalidad 398

AGRAVANTE CON RELACION AL RESULTADO
(Art. 180)

266.— Fuente. 267.— ¿Es un caso calificado por el resulta-
do? 404

AGRAVANTE CON RELACION AL PARENTESCO
(Art. 181)

268.— Fuente. 269.— Naturaleza del parentesco. 270.— Pe-
nalidad 406

INDOLENCIA CULPABLE
(Art. 182)

271.— Fuente. 272.— Sujetos. 273.— Elementos constituti-
vos. 274.— Consumación. 275.— Penalidad 407

OMISION DE SOCORRO
(Art. 183)

276.— Fuente. 277.— Sujetos. 278.— Elementos constituti-
vos. 279.— Consumación. 280.— Penalidad 409

ABUSO DE TUTELA
(Art. 184)

281.— Fuente. 282.— Sujetos. 283.— Elementos constituti-
vos. 284.— Penalidad 413

EXCESO DE FATIGA
(Art. 185)

285.— Fuente. 286.— Sujetos. 287.— Bien jurídico. 288.—
Elementos constitutivos. 288 bis.— Penalidad 417

SECCION SEGUNDA

DELITOS CONTRA EL HONOR

288 *ter.*— Independencia del rubro. 289.— Concepto del honor. 290.— Concepto subjetivo del honor. 291.— Concepto objetivo del honor. 292.— El criterio de la legislación patria. 292 *bis.*— Titulares del bien jurídico. 293.— El “animus iniuriandi”. 294.— Otras clases de “animus”. 295.— Naturaleza jurídica. 296.— Morfología de la Sección 421

CALUMNIA

(Art. 186)

297.— Fuente. 298.— Sujetos. 299.— Elementos constitutivos. 300.— Diferencia con la figura del Art. 330 del C.P. 301.— Penalidad 437

DIFAMACION

(Art. 187)

302.— Fuente. 303.— Sujetos. 304.— Elementos constitutivos.— 305.— Penalidad 440

INJURIA

(Art. 188)

306.— Fuente. 307.— Sujetos. 308.— Elementos constitutivos. 309.— Penalidad 444

INJURIAS RECIPROCAS

(Art. 189)

310.— Fuente. 311.— Sujetos. 312.— Elementos constitutivos. 313.— Penalidad. 314.— Caso de legítima defensa . . . 447

IMPROCEDENCIA DE LA PRUEBA Y SUS EXCEPCIONES

(Art. 190)

315.— Fuente. 316.— La regla. 317.— Las excepciones . . . 450

INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA
(Art. 191)

318.— Fuente. 319.— La “ratio essendi” de la norma 456

INJURIAS EN JUICIO
(Art. 192)

320.— Fuente. 321.— Naturaleza y fundamento de la exención de pena. 321 bis.— Requisitos para la exención de pena. 322.— La sanción disciplinaria 458

DIFAMACION E INJURIA ENCUBIERTAS
(Art. 193)

322 bis.—Fuente. 323.— Difamación e injuria encubiertas. 324.— Difamación e injuria equívocas. 324 bis.— Penalidad. 462

SUSTITUCION DE LA PENA
(Art. 194)

325.— Fuente. 326.— Fundamento del texto. 327.— La derogatoria del dispositivo 466

ACCION PRIVADA
(Art. 195)

328.— Fuente. 329.— Aspecto procesal. 330.— Caso de fallecimiento del ofendido. 331.— Observación crítica 467

APENDICES para Abogados y estudiantes de Derecho 473
Indice onomástico 519

CODIGO PENAL
LIBRO SEGUNDO
DELITOS

1.-- EL DELITO: ELEMENTO DEL DERECHO PENAL

En la constitución de la ciencia del Derecho Penal sustantivo contemporáneo distinguimos la presencia nítida de cuatro elementos: el **delito**, el **delincuente**, la **víctima** (1) y la **sanción** (pena basada en la culpabilidad y medida de seguridad adecuada a la peligrosidad del autor, según el "sistema de la doble vía"). Para el estudio del Libro Segundo del C.P. de 1924, que nos hemos propuesto comentar en su integridad, interesa destacar ahora al elemento **delito** con el fin de precisar, entre las otras nociones que la expresión tiene, cuál es su auténtico sentido jurídico-penal.

(1) En el año 1946 el Prof. HANS VON HENTIG, quien había sido docente de Criminología en la Universidad de Bonn y por la fecha mencionada enseñaba la materia de sus investigaciones en la Universidad de Yale, dio a publicidad su libro titulado **The Criminal and his Victim**. Es en el mencionado estudio donde la víctima aparece considerada, por primera vez en el ámbito de las ciencias penales, como una factor criminógeno. Desde entonces ha ido cobrando cada vez mayor importancia el examen de la conducta de la víctima en el fenómeno de la delincuencia. Como se sabe, delincuente y víctima conforman una **pareja criminal** que es antagónica generalmente (como cuando existe una resistencia expresa o presunta del agraviado), y sólo es coadyuvante en determinados casos (sucede así cuando la participación del agraviado tiene un papel decisivo en la comisión de la infracción punible). Hoy se discute si aquellos estudios demandados por el examen del comportamiento de la víctima han dado realmente lugar al nacimiento de una nueva ciencia (la que habría de denominarse **Victimología**), o si se trata nada más que de otro capítulo de la Criminología. La primera tesis ha sido sostenida por el jurista israelí B. MENDELSON. La segunda posición tiene como su mentor al Maestro LUIS JIMENEZ DE ASUA (véase el trabajo de este autor: "**La llamada Victimología**", en **Estudios de Derecho Penal y Criminología**, Volumen I, Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1961, p. 19 ss). Nosotros aquí nos hemos limitado a presentar la iniciativa de incluir a la víctima como un nuevo elemento del Derecho Penal.

Todas y cada una de las perspectivas desde las que se puede enfocar el examen del delito (considerándolo ya sea como un fenómeno exclusivamente físico, o como un hecho del individuo cometido en la vida social, o como un acontecimiento humano susceptible de reconstruirse en base a pruebas, o como una creación cultural reguladora de la intervención del Estado), suponen distintas atalayas de estudio que han dado origen a ciencias independientes en método, terminología y objetivo, pero que se encuentran conexas entre sí. En efecto, para acreditar nuestra afirmación existen:

a).— La **Criminalística**, disciplina científica integrada por un conjunto de técnicas heterogéneas tendientes al descubrimiento del delito considerado como un hecho que al quedar plasmado o traducido en la realidad, con el carácter de producto objetivado y circunstanciado de una conducta, permite también arribar a la identificación de su autor. En un caso de homicidio, por ejemplo, casi siempre el autor o autores dejan elementos materiales de prueba en el lugar de los acontecimientos, ya sea en el cadáver mismo (algunas observables externamente como las lesiones **pre-mortem** y **post-mortem**, y otras sólo reveladas por la necropsia médico-legal), o sobre la víctima (importancia del examen de los vestidos), así como también alrededor del agraviado (desórdenes de objetos, instrumentos o medios de comisión del homicidio, huellas dactilares o de pisadas, manchas de sangre o de esperma, etc.).

b).— La **Criminología**, ciencia que tiene por objeto el estudio del delito desde un punto de vista causal-explicativo; es decir, examina las causas exógenas y endógenas del fenómeno de la criminalidad en general, así como la interinfluencia de ambas etiologías en la conformación del **complexus** de la personalidad del delincuente individualizado.

c).— El **Derecho Procesal Penal**, que se ocupa del delito observándolo como un hecho humano concreto producido en la sociedad, tiene como meta probar su comisión e identificar a los autores señalando sus responsabilidades en el marco de un proceso judicial debidamente reglado y con las garantías necesarias para la defensa del reo, dándose así cumplimiento al principio jurídico **nulla poena sine iudicio** (Art. 233, Inc. 9, de la Constitución de 1979; y, Art. 1o del C.P.).

d).— El **Derecho Penal**, que tratando al delito como un ente normativo, lo aprecia técnicamente como una descripción hipotética

tética y sucinta que la ley hace de una conducta antijurídica realizada por persona imputable y culpable, sometiéndola a la aplicación de una pena por parte del Estado (**ius puniendi**) (2). No obstante el concepto expuesto, hoy existen autorizadas voces que proclaman que el Derecho Penal sustantivo o material contemporáneo no puede quedar reducido a la teoría del delito y a la pena, ya que entre estos dos términos existe un ámbito importante que ha quedado atrofiado en la dogmática clásica y neoclásica, pero no así en la concepción positiva naturalista. El aludido campo, casi siempre escamoteado por la investigación jurídica de metodología deductiva, es nada menos que el relativo al **delincuente**. Ha sido BUSTOS, el penalista latinoamericano mejor informado sobre nuestra ciencia, quien últimamente ha señalado la necesidad de impulsar el desarrollo de este sector indebidamente preterido (3).

(2) VINCENZO MANZINI escribe al respecto: "El delito, considerado en su noción formal (concepto), es el hecho individual con el que se viola un precepto jurídico provisto de aquella sanción específica de coerción indirecta que es la 'pena' en sentido propio. Considerado en su noción sustancial (contenido), el delito es una acción u omisión, imputable a una persona, lesiva o peligrosa para un interés penalmente tutelado, constituida por determinados elementos, y eventualmente subordinada a ciertas condiciones de punibilidad o acompañada de determinadas circunstancias" (**Tratado de Derecho Penal**, Tomo 2, Primera Parte, Teorías Generales, Volumen II, Ediar Editores, Bs. As., 1948, p. 3 s.). En concepto de HANS-HEINRICH JESCHECK, es delito "el injusto determinado en sus elementos por el tipo de la ley penal y conminado con pena, por razón del cual su autor merece un reproche de culpabilidad" (**Tratado de Derecho Penal**, Parte General, Volumen Primero, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1981, p.18).

(3) BUSTOS RAMIREZ, JUAN: **Bases críticas de un Nuevo Derecho Penal**, Edit. Temis, Bogotá, 1982, p. 113. Estas son sus palabras con las que indica el sentido del tramo inicial correspondiente al itinerario que propone seguir: "La imputabilidad sería el primer aspecto a estudiar e investigar dentro de una teoría sobre el delincuente, que está por llevarse a cabo en su totalidad y que la dogmática tradicional ha realizado en forma por parcial, incompleta y confusa, que tiene su raíz fundamentalmente en el hecho de tratar de mantener una concepción cerrada sobre el delito, que incluye como presupuesto el dogma eticizante de la culpabilidad y no su problemática de principio de garantía, que como tal no dice relación inmediata con el hecho o el delito, sino con el individuo y el reconocimiento de su dignidad como persona. En definitiva, pues, un reexamen crítico de la imputabilidad nos lleva necesariamente a la conclusión de que en el Derecho Penal hay tres niveles a estudiar: el de la teoría del delito, el de la teoría del delincuente y el de la teoría de la pena. El segundo nivel ha sido pasado completamente por alto por la dogmática penal, pese a que ya desde el siglo pasado las corrientes criminológicas y político-criminales habían puesto de relieve su significación para comprender el fenómeno criminal y penal. Por ello mismo es que la dogmática penal, como ya hemos señalado anteriormente, se encontraba frente a contradicciones y dificultades imposibles de superar, ya que prescindía o confundía totalmente la teoría del delincuente. La culpabilidad sirvió como velo encubridor de una teoría sobre el delincuente" (p. 113 s.). Resulta oportuno recordar aquí, advertimos por nuestra parte, lo que ENRIQUE FERRI escribió

Una docena de años antes, en 1970, GIMBERNAT ORDEIG nos llamó la atención, preocupado como entonces se mostraba por el destino de la dogmática jurídico-penal, respecto al hecho de que en amplios círculos científicos de la República Federal de Alemania habían caído en descrédito la culpabilidad, la pena, la legislación penal y consecuentemente también el Derecho Penal. La advertencia, presentada como punto de arranque para su tema de meditación, la sustentaba con citas de autores germanos de reciente predicamento (RICHARD SCHMID y CARL NEDELMANN, entre otros). El motivo de tal desprestigio radicaría en que las tendencias dominantes en la ciencia del Derecho Penal de la actualidad se habrían aferrado a la pura teoría, menospreciando así los datos de experiencia proporcionados por la Psicología, la Psiquiatría y la Criminología; es decir, existiría un innegable olvido del **hombre criminal** y también un equivocado tratamiento del fenómeno **delito** en la medida en que se le considera como un problema exclusivamente jurídico (3 bis). Hubo de corresponder, al mismo autor

en el año 1925 (cuatro años antes de su muerte en Roma), en el Prefacio de la quinta edición de una de sus más famosas monografías: "Reducida esta ciencia (la de los delitos y de las penas) al frío examen de la lógica abstracta sobre el delito como entidad jurídica, se puede aplicar un rigor técnico más acentuado a la construcción de la dogmática jurídica, siguiendo, en oposición a las características del genio latino, el ejemplo de lo abstracto y abstruso del carácter germánico, pero con ello se desposee a la ciencia penal de aquel espíritu palpitante por el que se diferencia de las demás ramas de la enciclopedia del Derecho. En todas las disciplinas contenidas en el Derecho privado y también el público, la relación o el negocio jurídico constituye la materia casi exclusiva de la investigación lógica, excepción hecha de aquellos casos que se apartan de lo común y que entrañan condiciones poco frecuentes en el sujeto de derecho (incapacidad, violencia, fraude, etc.). Sólo en la ciencia penal los materiales para la investigación proceden del hombre, vivo y actuante, ya que también el delito, por él cometido, debe ser analizado como **infracción jurídica**, pero siempre después de que se examine por el legislador y por el Juez, como expresión más o menos antisocial de una personalidad humana más o menos peligrosa. El individuo delincuente es el protagonista de la ciencia, de la ley y de la justicia penales. El método galileano —continúa FERRI— aplicado por la Escuela Positiva, que es la genuina expresión del pensamiento italiano, ha renovado, reavivándola, la ciencia de los delitos y de las penas, uniendo en un feliz consorcio el estudio y la evaluación jurídico-social del **hombre delincuente** con el soberbio y elocuente análisis jurídico del **delito**, que realizaron los criminalistas de la Escuela Clásica" (**Homicidio-Suicidio**, Madrid, Editorial Reus S. A., 1934, p. VI s.). ¡Cuán justas son estas palabras escritas por FERRI en la postrimería de su fecunda existencia!

(3 bis). He aquí el primer párrafo del interesante estudio de GIMBERNAT ORDEIG publicado con motivo de la edición del Libro de Homenaje al Prof. LUIS JIMENEZ DE ASUA, en donde hace una extensa cita de SCHMID: "Recientemente, RICHARD SCHMID ha calificado de 'funesto' que en Alemania 'lo penal se entendiera casi exclusivamente como tarea jurídica y que como tal fuera también cultivado'. 'La acción criminal, continúa SCHMID, era un problema jurídico de subsunción; y de acuerdo con

español citado, el encargo de precisar y poner en relieve cuál es el papel teórico-práctico que cumple la dogmática jurídico-penal, sin que su encumbramiento signifique desmedro de la importancia que tiene el estudio del delincuente para la ciencia penal (3 ter).

2.— LA PARTE GENERAL Y LA PARTE ESPECIAL EN LOS Cs. Ps.

A mediados del siglo XVIII, es decir, desde antes que el Derecho Penal adquiriera rango científico, los Cs. Ps. de Europa comenzaron a presentar una Parte General y otra Especial. Esta ten-

ello se formó, seleccionó y aleccionó al personal de la justicia penal. Floreció la ciencia del **derecho penal**. El delito no era un problema humano, no era un problema político, sino un problema jurídico. . . En lugar de volverse hacia el hombre criminal, en Alemania —a diferencia de lo que sucedía en la mayoría de los restantes Estados civilizados— la disciplina del derecho penal se cultivó *l'art pour l'art*. por así decir, siendo elaborada con toda clase de sutilezas jurídicas. Entre tanto, los característicos efectos protectores del derecho penal en un Estado de derecho, al convertirse en evidentes, habían perdido relevancia; en otras partes, el hombre criminal se había convertido en el principal problema científico y político; pero entre nosotros de ello apenas se ocupaba la justicia penal oficial ni la doctrina universitaria. De las acciones criminales se destilaban las distintas opiniones doctrinales, teorías y definiciones que tenían que ser aprendidas de memoria por los futuros jueces, fiscales y defensores. A la justicia penal no le importaba el efecto de la pena sobre el delincuente. Detrás de esta artística fachada jurídica se escondía la misma oposición al progreso y al cambio que hicieron que la burguesía y el funcionario alemanes acabaran por aliarse con el nacionalsocialismo del que esperaban que conservara lo existente, fortaleciera el ejercicio estatal del poder y se alejara del 'falso humanitarismo' ('¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?'; véase en: **Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho**, Ediciones Pannedille, Bs. As., 1970, p. 495 s.).

(3 ter) Para GIMBERNAT ORDEIG la dogmática debe averiguar qué es lo que dice el derecho, o en palabras de ENGISCH, a quien cita, "nos debe enseñar lo que es debido en base al derecho". En criterio del Prof. español, la dogmática jurídico-penal "averigua el contenido del derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un derecho penal del que —por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico— se desconoce su alcance y su límite". A continuación agrega, para ejemplificar su afirmación: "En un país de gran nivel científico-jurídico, como lo es Alemania, para enterarse lo que dice el derecho de obligaciones o el derecho penal alemanes, no hay más que acudir a uno de los muchos manuales o comentarios: ahí se expone qué es lo

dencia divisoria, que tiene sólidos fundamentos como luego veremos, se acentúa con la influencia que tuvo el C.P. francés de 1810 cuya Parte General, principalmente, se constituyó en el modelo de la codificación penal europea del siglo XIX (4).

La bifurcación de los Cs. Ps. en una Parte General y otra Parte Especial, conforme explica JESCHECK, es una exigencia de **técnica legislativa** que ha llegado a tener **importancia práctica** en cuanto permite a la ley penal cumplir su función de garantía (sólo son punibles las conductas descriptas como delitos en la Parte Especial). Para el citado tratadista alemán, la **diferenciación** de las materias que deben incluirse en la Parte General o en la Parte Especial del C.P., puede hacerse siguiendo un criterio formal y otro

que rige sobre la base del Código Civil o al Código Penal. En otros países de dogmática menos desarrollada el contenido de los manuales y comentarios es muy distinto: los supuestos dudosos (muchas veces sin que se tenga siquiera conciencia de que existen o de las dudas que ofrecen) son resueltos inconexadamente, de caso en caso, contradictoriamente, y nadie puede decir, de antemano, cuál es el tratamiento jurídico que van a recibir: la respuesta que el jurista tiene que dar con excesiva e insoportable frecuencia, cuando le preguntan qué es lo que dice el derecho penal sobre este o sobre el otro supuesto, es: "no lo sé" (op. cit., p. 518 s.).

(4) Nuestro C.P. de 1863, inspirado indudablemente en el texto punitivo español de 1850, como éste a su vez lo estuviera en el C.P. francés de 1810, contenía tres partes importantes: **Libro Primero** ("De los delitos, de los delinquentes y de las penas en general"); **Libro Segundo** ("De los delitos y de sus penas"); y, **Libro Tercero** ("De las faltas y sus penas"). JOSE VITERBO ARIAS, el comentarista del texto ahora abrogado, escribió acertadamente que el Libro Primero "contiene la parte fundamental del Código: puede afirmarse que sus disposiciones bastarían para que el sentimiento de lo justo, guiado por una inteligencia clara y despreocupada, fallase con acierto sobre cada acto criminal que se presentara". A continuación, refiriéndose a los libros restantes, decía que ambos constituyen "una simple adaptación de los principios generales del (Libro) Primero a casos particulares" (**Exposición Comentada y Comparada del Código Penal del Perú de 1863**, Tomo 1º, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1900, p. XXXIV). Esta importancia de la Parte General también había sido destacada con anterioridad por otros juristas peruanos. En efecto: con fecha 20 de Mayo de 1859 la Comisión Codificadora en Materia Penal, presidida por JOSE SIMEON TEJEDA, presentó al Congreso un Proyecto de C.P. como resultado de la revisión de otro similar que fuera preparado por una Comisión nombrada por el Congreso de 1853. En la respectiva Nota de Remisión se decía lo siguiente: "La Comisión se ha detenido en dar una ligera idea sobre la estructura del primer libro, porque es la clave de todo código, y porque en sus artículos se encuentra lo más sustancial de la obra. No sería fácil proceder del mismo modo al dar cuenta de los dos últimos libros en los que si algún mérito corresponde a la Comisión, será el de haber procurado lo concerniente al orden, enlace, buen método y claridad en la redacción que es su principal ornato. Por este motivo solamente indicará respecto de ellos las alteraciones que ha practicado y las mejoras reales que ha introducido de acuerdo siempre con las exigencias de la sociedad y con los principios del derecho" (Véase en: CARLOS ZAVALA LOAIZA; **Sinopsis Histórica de la Legislación Penal en el Perú**, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1941, p. 31 s.).

material. Desde un punto de vista **formal** pertenecen a la Parte General todas aquellas reglas que pueden ser importantes para los preceptos penales de la Parte Especial y que precisamente por eso se pueden “extraer” de ésta; mientras que la Parte Especial contiene clases concretas de delitos y disposiciones complementarias referentes a las mismas. Por otro lado, desde una perspectiva **material**, la Parte Especial contiene descripciones de delitos y preceptos constitutivos de los hechos punibles, todo lo cual permite la fundamentación del injusto penal; en cambio la Parte General, con sus prescripciones relativas al injusto (por ejemplo: causas de justificación, tentativa, participación), sólo cumple una función complementaria de los tipos delictivos, pero jamás tiene una importancia autónoma fundamentadora de lo injusto (5).

En síntesis, decimos nosotros: la Parte General es abstracta, derivada y subsidiaria en relación con la Parte Especial; caracterizada ésta por su concreción, primogenitura y autonomía existencial.

3.— LA PARTE GENERAL Y LA PARTE ESPECIAL EN LA DOCTRINA PENAL

El Maestro CARRARA, con su ingente autoridad, había advertido que la parte general de una ciencia es el estudio de la identidad de las distintas especies; mientras que la parte especial es el examen de las diferencias entre cada una de las especies, así como también de la unidad armónica a que las características de identidad general las vinculan (6). Esta relación integradora, entre una y otra parte, es la que hoy se pone de manifiesto en la ciencia del Derecho Penal. No obstante, es necesario explicar que no siempre pudo ocurrir de esta manera. Si examinamos, aunque fuere solamente, la historia de la legislación penal comparada, constataremos que la Parte Especial de los textos punitivos, entendida como la suma de las disposiciones legales que describen los delitos en particular con sus respectivas penas, precedió temporalmente al surgimiento de la Parte General. La mayoría de las leyes penales correspondientes a la etapa pre-científica del Derecho Penal,

(5) JESCHECK: op. cit., Volumen Primero, p. 25 s.

(6) CARRARA, FRANCESCO: *Programa de Derecho Criminal*, Edit. Temis, Bogotá, 1957, § 1085, Nota No. 1 in fine, El título en la edición original italiana es: *Programma del corso di diritto criminale dettato nella Regia Università di Pisa*, monumental obra comenzada a publicar en 1859.

orientada tan sólo por la exigencia de regular la vida práctica diaria, se limitó, por entonces, a recoger el hecho humano fragmentario, circunstanciado y demandante de una respuesta social. Ocurrió, posteriormente, que la urgencia y preocupación por sistematizar las normas penales comprometedoras de intereses tan preciados como la vida misma (caso de señalarse la pena de muerte), la libertad, el honor y el patrimonio del procesado, permitió comprobar la existencia de principios comunes a todos los delitos, principios que fueron extraídos de lo que hoy conocemos como Parte Especial, para conformar luego, por separado, la Parte General.

La realidad genética del Derecho Penal (primero nace la Parte Especial y sólo con posterioridad emerge la Parte General), tenía forzosamente que reflejarse en su evolución técnico-legislativa y en su desarrollo científico (7). Los penalistas españoles DEL ROSAL, COBO y MOURULLO consideran que tanto en el devenir histórico de los Cs. Ps., como también en la doctrina, pueden distinguirse las siguientes fases que explican las relaciones entre la Parte Especial y la Parte General, así como sus respectivos surgimientos:

a).— **Primera fase: Predominio de la Parte Especial.** Comprende el tiempo transcurrido desde las primeras leyes penales hasta mediados del siglo XVIII. Durante esta época ni el esfuerzo del legislador, ni la meditación del penalista lograron remontarse por encima de un casuismo propio para solventar las exigencias simplemente utilitarias. La doctrina penal de entonces, cuando existió, fue: o la específica expresión de una corriente filosófica sin eficacia pragmática (pura especulación); o, en su defecto, el resultado de la escasa visión de los prácticos (puro culto a la Jurisprudencia). DEL ROSAL, COBO y MOURULLO sostienen que si durante este período despunta tal o cual causa de justificación (estado de necesidad o legítima defensa), o alguna forma de culpabilidad (dolo o culpa), siempre estará referida concretamente a un delito determinado; es decir, no hará extensiva sus consecuencias jurídicas a otras figuras delictivas. El penalista de antaño, por tanto, elaboraba lo que vendría a ser hoy la Parte General del Derecho Penal, colocado de cara a la realidad alucinante y práctica de la Parte Especial (8).

(7) POLITOFF, SERGIO; GRISOLIA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN: *Derecho Penal Chileno*, Parte Especial, Tomo I, 1971, p. 22.

(8) DEL ROSAL, JUAN; COBO, MANUEL; MOURULLO, GONZALO R.: *Derecho Penal Español*, Parte Especial, Madrid, 1962, p. 45 s.

b).— **Segunda fase: Destaque de la Parte General.** Abarca desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta fines del siglo XIX. En la trayectoria de este período la producción científica consigue superar a la legislativa. Sea suficiente, para acreditar esta afirmación, mencionar aquí los nombres de FEUERBACH, MITTERMAIER y MERKEL, cuyas investigaciones fueron decisivas para la edificación científica de la dogmática penal alemana. No obstante que los esfuerzos de estos penalistas estuvieron dirigidos principalmente a la explicación docente de textos penales germanos y a procurar reformas legislativas acordes con la realidad, tuvieron también el vuelo intelectual suficiente para desprenderse de la Parte Especial y tratar temas fundamentales de la Parte General. Así, por ejemplo, refiriéndose a MERKEL señala JIMENEZ DE ASUA que fue uno de los primeros penalistas en esclarecer el problema del bien jurídico y en dar sólidas bases a la antijuricidad (9). Cabe señalar, por otro lado, en lo que a Italia respecta, que los estudios emprendidos por ROMAGNOSI, ROSSI y CARMIGNANI lograron ventaja para la Parte General. Fue al publicar CARRARA la Parte Especial de su *Programma* (que se inicia en 1863), cuando se logra una singular paridad científica con la Parte General (cuyo prestigio y robustez también incrementara, anteriormente, al dar a publicidad su correspondiente estudio de 1859).

c).— **Tercera fase: Dominio absoluto de la Parte General.** Comprende desde principios del siglo XX y se extiende hasta la actualidad. En lo que va de esta época, la Parte General de la ciencia penal ha conseguido sistematizar, en un grado superlativo, el estudio del concepto “delito”, descomponiendo su noción en un conjunto de elementos portadores de ingredientes objetivos, subjetivos y valorativos susceptibles de ser apreciados tanto positiva como negativamente (fases) todo lo cual se reintegra para conformar una armoniosa y subyugante construcción teórica que tiene sólidos cimientos en la legislación penal contemporánea. Este resultado se ha logrado en razón a que los cultivadores de la ciencia penal que han escrito en la presente centuria, en su afán de fundamentar la concordancia entre el derecho de la sociedad a defenderse y el derecho del individuo a la libertad, dedicaron sus meditaciones más profundas a la Parte General, relegando a un segundo plano a la Parte Especial por considerarla sólo merecedora de algunos

(9) JIMENEZ DE ASUA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Editorial Losada S.A., Bs. As., 1950, p. 327.

comentarios exegéticos, sin mayor rigor científico, dado el destino práctico y profesional a que se le confinó (10). DEL ROSAL, COBO y MOURULLO explican la preponderancia del estudio del sector general de la ciencia penal sobre el otro especial atribuyéndola a uno de los efectos de la Escuela Positiva, aunque notamos que la hacen sin mucha convicción. Conocido es que esta tendencia doctrinaria, eminentemente italiana, propugnó por el examen de los problemas de política criminal e hizo omisión de la Parte Especial, conferida, por lo regular, a las preocupaciones del práctico (11). El criterio de los mencionados autores españoles encuentra respaldo en la influencia que tuvo en la doctrina el Proyecto de Código Penal italiano de 1921, documento pre-legislativo que fue la obra de FERRI y que sólo contenía el Libro I con el membrete de "Normas Generales". No obstante, observamos que en Alemania, país ajeno a las influencias que en otros lugares ejerció la Escuela Positiva, también se acentuó más la investigación de la Parte General, conforme prueban los trabajos de BINDING, BELING, MAYER, MEZGER, WELZEL y JESCHECK. En el Derecho Penal alemán del siglo que transcurre, de indudable importancia en el reforzamiento teórico de nuestra ciencia, al parecer sólo MAURACH constituye una excepción a la moderna corriente de prioridades: primero escribió la Parte Especial y después, sobre esta base, realiza un insuperable estudio de la Parte General.

4.— TEORIA DE LA LLAMADA "PARTE GENERAL DE LA PARTE ESPECIAL"

Gracias a los trabajos publicados por MEZGER (1926), WOLF (1931) y WURTEMBERGER (1932), la ciencia penal alemana emprendió un notable esfuerzo por tender un puente de unión entre la Parte General y la Parte Especial, aproximación que entonces se pensaba permitiría un estudio sistemático de los delitos en particular que estuviese por encima de la simple exégesis. En este sentido, se trató de buscar los elementos característicos de cada tipo penal (**subjetivos** y **normativos**), así como la identificación del bien jurídico que se protegía, barruntando que de esta

(10) DEL ROSAL, JUAN: *Estudios Penales*, Madrid, 1948, p. 18 ss. QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Tomo I, Edit. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1962, p. 2 ss. JIMENEZ DE ASUA, LUIS: *Códigos Penales Iberoamericanos* (Estudios de Legislación Comparada), Volumen Primero, Edit. Andrés Bello, Caracas, 1946, p. 398.

(11) DEL ROSAL y otros: op. cit., Parte Especial, p. 54.

manera se colocaban las bases para la anhelada construcción sistemática de la Parte Especial.

Puede afirmarse, como señalan POLITOFF, GRISOLIA y BUSTOS, que no obstante la sugestividad del asunto, la mayoría de los penalistas se manifiesta contraria a la idea de una "Parte General de la Parte Especial". La explicación tal vez se encuentre en la dificultad para poner los hitos que delimiten el ámbito de investigación que comprendería esta "tercera parte" del Derecho Penal. Según los citados autores chilenos, en algunas ocasiones la pretendida "tercera parte" parece confundirse con la simple repetición de la Parte General sólo que expuesta en forma ininteligible, dejando a salvo el plausible propósito de pasar de una fase puramente expositiva y exegética a otra etapa de sistematización y estudio dogmático de los delitos (12). En todo caso, como indican acertadamente, los dos grandes temas que se ofrecen como primeros in-

(12) POLITOFF y otros: op. cit., Tomo I, p. 24. Sostienen inteligentemente estos penalistas: "Sin insistir demasiado en aspectos ordenadores que, al fin y al cabo, pudieran obedecer a un simple prurito estético, es el caso que en el tratamiento de la Parte Especial hay algunos 'puntos firmes' que es necesario tener presente: 1º Objeto de la Parte Especial son los delitos en particular. De acuerdo con el principio de reserva legal constitucionalmente garantizado, la ley penal concreta en determinados tipos de ilicitud las conductas contrarias a las normas que conmina con pena. La Parte Especial la constituye, pues, un sistema discontinuo de ilicitudes. Este sistema es el propio y verdadero Derecho Penal; sólo a través y en función de sus concreciones *reales* reciben aplicación práctica los principios comunes de la teoría del delito y de la pena, deducidos histórica y lógicamente (consideración abstracta) de aquél material primario. 2º Esto explica que el estudio de la Parte Especial tenga un carácter necesariamente fragmentario. Cada delito previsto por la ley es el producto de una decisión del legislador conforme a una determinada política criminal forzosamente subordinada a la conservación de los valores fundamentales. Responde, por tanto, a una individualidad irreductible en su modo particular de conducta punible. Es tarea dogmática de la Parte Especial el estudio diferenciado de cada hecho punible en su rica y compleja diversidad. 3º Lo anterior no excluye, sin embargo, que en el trance de superar la mera exégesis hacia métodos dogmáticos (la verdadera ciencia del Derecho), se adopte un tratamiento lo más orgánico posible de la materia, destacando las relaciones de recíproca interdependencia, buscando los elementos que permitan ciertas legítimas generalizaciones y los criterios de uniforme aplicación. La adecuada **sistematización** de la materia es un paso primordial en este sentido. 4º Por consiguiente, los criterios de clasificación y de método son aspectos que necesariamente deben abordarse y exponerse, aunque sólo sea en sus líneas más esenciales, antes de entrar al estudio particular de los delitos. A falta de una teoría general de la Parte Especial y mientras ésta se discute, el tema debe ser abordado en una 'introducción' como, en el hecho, lo hacen la inmensa mayoría de los autores. Es muy posible que sea ésta, en definitiva, la mejor forma de satisfacer dicha necesidad. En todo caso, más que predicar teorías un tanto abstrusas y desdibujadas cuya utilidad no ha podido aún ser plenamente acreditada, lo que importa sobremanera, en el estado actual de nuestra ciencia, es **hacer Parte Especial**" (p. 27 s.).

tegrantes de esta posible teoría general son: el de la **técnica del tipo penal** y el de la **objetividad del delito**.

En nuestra opinión, la búsqueda de conceptos jurídicos superiores que permitan un estudio sistematizado de los delitos en particular no puede llevarnos a edificar una pretendida "Parte General de la Parte Especial" que esté ubicada fuera de los predios correspondientes a lo que hoy conocemos como la Parte General del Derecho Penal. En otras palabras: constituye una quimera averiguar, fuera de los lares tradicionalmente conocidos del Derecho Penal, por la existencia de conceptos con mayor rango de abstracción a los que ya están o pudieran encontrarse, explícita o implícitamente, en la Parte General. En cambio, sí es posible investigar respecto a conceptos, de jerarquía sólo relativamente superior, que sean aplicables a grupos de delitos caracterizados por tener un mismo bien jurídico susceptible de ser lesionado o puesto en peligro.

5.— LA PARTE ESPECIAL: MANIFESTACION DE UNA POLITICA CRIMINAL

El Profesor RODRIGUEZ DEVESA ha escrito que la Parte Especial de los Cs. Ps. es el resultado, consciente o inconsciente, de una cierta política criminal en la medida en que la inclusión o exclusión de determinadas hipótesis de conductas en el repertorio de los delitos, así como la más grave o más benigna penalidad que se le asigne a los hechos previstos en la ley, representan los frutos de una decisión tomada por el legislador en virtud de una serie de razones (12 bis). La política criminal que se adopte, según observamos, puede ser acertada o aberrante. En nuestra opinión es:

a).— **acertada**, cuando el legislador guarda absoluto respeto al principio de tipicidad para prever como delictivas aquellas conductas que lesionan o exponen a peligro los intereses que verdaderamente preocupan a la comunidad, procurando enervar las causas de la criminalidad y también persiguiendo resocializar al delincuente valiéndose de la aplicación de los conocimientos científicos que fueren concordantes con la dignidad humana. El abuso del poder en el ejercicio del **ius puniendi** por parte del Estado y el **fetichismo legalista** estarían, así, superados sin riesgos para la colectividad.

(12 bis) RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA: **Derecho Penal Español**, Parte Especial, Sexta edición, Madrid, 1975, p. 6.

b).— **aberrante**, cuando se hipertrofia la Parte Especial ya sea mediante el uso desembozado de la analogía o la utilización encubierta de ésta a través de tipos penales caracterizados por su vaguedad, castigando de esta forma comportamientos que la ley no ha previsto de manera expresa e inequívoca y confiando exclusivamente en el poder intimidante de la pena para garantizar intereses que no siempre son los generales. La historia, que ha querido ser inmisericordemente impactante, nos ha mostrado la más repugnante degeneración del Derecho Penal allí mismo donde más esfuerzo se había consagrado a su sistematización científica. Sabemos que en la Alemania de la época de Hitler correspondió a la ideología nacional-socialista, si tal puede llamarse a un catálogo de propuestas paranoicas, la edificación de los sofismas del sano sentimiento del pueblo y de la superioridad racial aria como principios rectores de la analogía y de la interpretación de las leyes, ambos contruídos nada menos que sobre los escombros de la tipicidad. Por ser aleccionador no debemos olvidar, como observara RADBRUCH, que el nacional-socialismo se aseguró la sujeción de los juristas proclamando el respeto al principio: “ante todo se han de cumplir las leyes” (12 ter). La indoblegable aspiración del hombre por la libertad hizo que se alzara una lucha espiritual contra tal laya de positivismo jurídico. Se partió entonces de la idea que existen leyes que no son solamente defectuosas, sino, también la negación misma del Derecho. En tal emergencia, nuevamente se hizo necesario anunciar que hay un Derecho por encima de las leyes y que la validez real de una norma jurídica se debe fundamentalmente a su aceptación y aplicación en una comunidad humana.

El Derecho Penal está indisolublemente ligado a la vida práctica. Su Parte Especial registra, singularmente, las temperaturas económica y política de una sociedad. No obstante, si bien la formal estatución de los delitos y penas importa mucho a la seguridad civil, ocurre que para lograr justicia se requiere también de un procedimiento investigatorio técnicamente reglado, de un mejor conocimiento del infractor de la norma y, lo que parece ser de subida importancia, de una integridad moral a toda prueba por parte del órgano administrador de justicia. No le faltaba razón a BOKELMANN cuando en 1953, refiriéndose al período nacional-socialista, dijo en una conferencia que la arbitrariedad estatal de

(12 ter) RADBRUCH, GUSTAV: “Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las Leyes”. Véase en el libro: *Derecho injusto y Derecho justo*, Madrid, 1971, p. 3 ss.

aquella época no consistió en la suspensión del orden jurídico, sino, en la corrupción de las autoridades encargadas de vigilar por su ejecución (12 **quater**).

6.— LA PARTE ESPECIAL EN EL DERECHO PENAL PERUANO

Comencemos por presentar nuestro parecer sobre la Parte Especial: es la porción más vital del territorio del Derecho Penal, en donde, con motivo de la descripción de las ilicitudes en especie, se actualizan, concretizan, confrontan, reconsideran y complementan los enunciados de la Parte General referentes a los delitos y a sus penalidades. Los conceptos que contiene la Parte Especial no son el resultado de una suma o yuxtaposición de las disposiciones de la Parte General aplicadas a conformar los delitos en particular. Se trata de productos distintos, aunque evidentemente correlacionados a la Parte General, en los que se advierte un **novum** como consecuencia de una importantísima tarea de valoración en la que encuentra (o debe encontrar) la norma particular su razón de existir, valoración muchas veces sacrificada en holocausto a los perentorios afanes por conseguir la obligatoriedad y ejecutoriedad de una regla. En este sentido observamos, por ejemplo, que la Parte General demanda la descripción expresa e inequívoca de la conducta punible, pero se abstiene de darnos algún criterio para decidir **cuál debe ser esa conducta que necesita estar prevista**. Por otro lado, en la Parte General también están indicados cuáles son los elementos constitutivos del dolo y de la culpa, en cambio **no nos precisa en qué casos**, además de sancionarse las especies dolosas, debe hacerse lo mismo con las formas negligentes. Por último, la Parte General señala las penas y sus amplios extremos, pero no da ningún método para apreciar y precisar cuál debe ser la determinación legal específica (distinta a la judicial) correspondiente **para cada delito abstractamente previsto**.

Creemos, en realidad, que la Parte Especial merece más meditación de la que hasta el momento se le ha dispensado. Su función descriptiva del delito e indicativa de la pena, con la que se arriesga y compromete la libertad al mismo tiempo que se la defiende, requiere de criterios comunes para agrupar delitos con miras de una mejor sistematización e interpretación de la ley penal.

(12 **quater**) Citado por HANS WELZEL en su estudio titulado: "El problema de la validez del Derecho". Véase en el libro: **Derecho injusto y Derecho justo**, op. cit., p. 75.

El innegable fin práctico de la Parte Especial, al que en manera alguna debe aludirse con un sentido despectivo como si fuere el reverso de otro más filosófico, viene a ser la más clara manifestación de la misma esencia de **relatio ad homines** que caracteriza a todo el Derecho, ciencia concebida para solventar también el aspecto normativo-sustantivo de los arduos y complejos problemas periódicamente planteados por el fenómeno de la criminalidad.

Hoy día ningún penalista respetuoso de la libertad puede devaluar la dimensión científica que tiene la Parte Especial. No haber dedicado el esfuerzo intelectual que demanda su desenvolvimiento, como es el caso del Maestro JIMENEZ DE ASUA, constituye más bien un cargo a la limitación temporal de lo que depende de todo lo biológico, no así una discriminación que implique desprecio (13). Es un orgullo para España y Latinoamérica la subida calidad científica con la que los Profesores QUINTANO RIPOLES y SOLER han sistematizado la Parte Especial.

En el Perú han escrito sobre el contenido de la Parte Especial de la ciencia penal, haciendo mención de las personas en el orden en el que aparecieron sus respectivos trabajos, los siguientes autores: el Magistrado JOSE VITERBO ARIAS, los Profesores ANGEL GUSTAVO CORNEJO, LUIS A BRAMONT ARIAS, DOMINGO GARCIA RADA, RAUL PEÑA CABRERA y JOSE HURTADO POZO. El primero representa al solitario comentarista del C.P. de 1863, examen que realiza con citas continuas de textos punitivos europeos y latinoamericanos. El segundo es el clásico exégeta del C.P. de 1924, estudio que hace siguiendo rigurosamente el orden del articulado. BRAMONT ARIAS y GARCIA RADA han producido interesantes estudios monográficos sobre determinados delitos previsto en el C.P. o en leyes especiales. PEÑA CA-

(13) El recordado Maestro español, de cuya amistad y sapiencia disfrutamos, sobre todo con motivo de los certámenes científicos promovidos por la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, nos dice en el Prólogo de su monumental **Tratado de Derecho Penal**: "Por el momento mi plan se circunscribe a la Parte General, que será repartida en cuatro tomos —**Introducción, Filosofía y Ley Penal. Delito, y Delincuente y Sanción**—, pero no renuncio a ocuparme en la Parte Especial. Sin prisa y sin afanes de concluir la ingente faena, acaso aborde, tomo a tomo, el estudio de los delitos **in spicie**. Pero por el instante —un momento de muchos meses, asentados en una larga y pretérita teoría de años— mi proyecto se limita a las doctrinas generales de la ley penal, del delito, del delincuente y de las penas y demás sanciones, precedidas de un extenso estudio histórico, comparativo y filosófico del Derecho Penal. . . No sin temores, y consciente de la responsabilidad que contraigo, enfilo la tarea ¡Ojala tenga vida y fuerzas para contemplarla conclusa!" (**Tratado.**, op. cit., Tomo I, p. 12).

BRERA, por su parte, recientemente ha intentado un enfoque más orgánico que el criterio seguido en sus precedentes comentarios sobre la materia. HURTADO POZO, por último, ha emprendido la tarea de examinar los delitos teniendo en cuenta, para su prelación, la mayor frecuencia con que se presentan en nuestro medio. Se trata de una labor interpretativa de la ley efectuada con citas de ejecutorias y con planteamientos de política criminal. En lo que a nosotros respecta, sólo diremos que fue en el año 1974 que dimos a la estampa la primera edición de este Tomo I. A pesar que el Profesor MANUEL G. ABASTOS no se decidió a escribir sobre la Parte Especial, justo es reconocerle, siquiera a través de las modestas páginas de nuestro libro, con cuánta dedicación i calidad científica abordó en la cátedra sanmarquina, durante muchos años, el estudio y enseñanza de los delitos en particular.

7.— “DELITOS”: RUBRO DEL LIBRO SEGUNDO DEL C.P.

El vigente C.P. de 1924, tal como ocurriera en nuestro abrogado C.P. de 1863, se ocupa en el Libro Segundo de los delitos en particular y también de las penas aplicables a los casos concretos, describiendo el acto u omisión que la ley califica como infracción punible (**nullum crimen sine lege**), conforme a las exigencias contenidas tanto en la Constitución de 1979 (Art. 2º, Inc. 20, apartado d.; y, Art. 233, Inc. 8), así como en el C.P. (Art. 3º); procediendo a continuación, según mandato del texto constitucional (Art. 2º, Inc. 20, apartado d. **in fine**) y del C.P. (Art. 2º), a especificar la sanción legal que le corresponde (**nulla poena sine lege**).

El vocablo “Delitos”, que sirve de membrete al Libro que nos ocupa, debe ser interpretado en el sentido que WELZEL le atribuye al tipo (13 bis). Aquí el término “Delitos” no solamente significa la descripción de la prohibición penal que circunscribe materialmente la conducta proscrita (tipo en sentido restringido), sino, también permite comprender, aunque no se mencione de manera expresa en razón de su evidencia, que la acción u omisión descrita es antijurídica y culpable (14). Esta función circunscriptiva de

(13 bis) WELZEL HANS: **Derecho Penal Alemán**, Edit. Jur. de Chile, traducción de JUAN BUSTOS y SERGIO YAÑEZ, 1970, p. 87.

(14) Para WELZEL “la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten a una acción en un delito” (op. cit., p. 73). En la concepción del Maestro JIMENEZ DE ASUA, el delito dogmáticamente definido es “un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de

la ley penal, que presupone una tarea de estimación respecto a precisar cuáles son los intereses generales para una determinada sociedad, tiene una importancia hoy universalmente admitida en la medida en que, siendo expresa e inequívoca la descripción de cada acto u omisión, se constituye así, en una formal garantía para la seguridad civil. De esta manera la ley punitiva se convierte paradójicamente en un amparo para la libertad ciudadana, libertad expresada en las múltiples manifestaciones que puede revestir el quehacer, frente a una probable arbitrariedad atribuible a cualquier de los representantes de los Poderes que integran el Estado único ente titular contemporáneo del ejercicio indelegable del **ius puniendi**. Tal es la razón por la que ahora se afirma, con referencia tácita a la Parte Especial, constitutiva sin duda de la médula de la ciencia de los delitos y sanciones, que el Derecho Penal es un **sistema discontinuo de ilicitudes**; esto es, que entre una figura delictiva y otra hay solución de continuidad, pues cada una de estas figuras es autónoma y está meramente yuxtapuesta a otra en tal manera que su total es una suma y no un producto. Todo lo que está por fuera de la ley, es lícito; la zona entre una y otra incriminación es zona de licitud desde la perspectiva penal (15).

La hipótesis de conductas socialmente desaprobadas que contienen los ordenamientos penales en la Parte Especial integran un verdadero "catálogo de tipos delictivos", según expresión de BELING. Con terminología más gráfica ha escrito CARNELUTTI, apuntando al mismo tema, que la Parte Especial puede reducirse a "una especie de museo donde los modelos están expuestos con gran variedad". Ambos jurisconsultos, cada uno en el respectivo momento de elaboración de sus concepciones, han subrayado la es-

punibilidad, y que se haya conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de élla". Haciendo inmediatamente después de su definición referencias a las formas de aparición del delito y al sujeto delincuente, agrega: "La acción u omisión se presenta en forma perfecta o imperfecta, única o plural, y es exclusivamente atribuible al hombre" (*Tratado*, op. cit. Tomo III, 1965, p. 63). En el criterio autorizado de MANZINI "la noción del delito, abstractamente indicada por la ley en las incriminaciones singulares, representa una enunciación meramente ideal, estática, típica". Rotundamente el Académico de Italia afirma que el delito "es un hecho y no un producto o una norma jurídica; y es este hecho el que se contempla abstractamente por la ley en la noción de delito. Tal noción del hecho representa una media, un tipo, y no una realidad, aunque sea sacada de la realidad y sea creada por la realidad. . . ." (*Tratado*, op. cit., Tomo 2, Volumen II, p. 54).

(15) SOLER, SEBASTIAN: *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Bs. As., 1956, p. 40 s. BRAMONT ARIAS, LUIS A.: *La Ley Penal*, Lima, 1950, p. 14 s.

estructura del tipo penal como algo estático, establecido e inamovible que puede servir precisamente como un punto cardinal de orientación. Veamos, a continuación, para qué sirve este “catálogo” o “museo”.

Observamos que al producirse en la vida social un hecho humano dañoso o peligroso que sea motivo de justificada alarma, la reacción profesional del Fiscal, Magistrado Judicial, Abogado o Policía, es la de realizar una operación mental en la que se **comparan**: el hecho práctico acontecido en la dinámica de la realidad, de un lado; y, de otro, el esquema teórico de los delitos estáticamente previstos en la ley. Si en esta labor de cotejo encontramos que el comportamiento humano se amolda, subsume o encuadra en la “imagen rectora” legalmente establecida, entonces decimos que hay adecuación típica e indiciariamente acción punible. El aspecto **fenoménico** del delito, así, ha correspondido a su otro aspecto **preceptivo**, a la hipótesis típica perfilada por el legislador. En caso que la comparación concluyera en sentido contrario, la conducta sería **de plano** estimada como penalmente indiferente. De existir sanción aplicable en este último supuesto, por significar la conducta descartada en el cotejo una violación de alguna regla extra-penal (moral, religiosa o de convencionalismo social), la misma no podrá ser jamás la de **castigo** que corresponde y caracteriza al Derecho Penal. En esta primera etapa, según se aprecia, el problema planteado puede ser calificado de **puro derecho**: se trata de decidir si existe ley penal aplicable que motive una investigación judicial o, por el contrario, si en acatamiento del mandato constitucional (Art. 2º, Inc. 20, apartado d. **ab initio**), no hay lugar a la apertura de proceso. Nada, pues, habrá que probar aquí como cargo o descargo. En cambio, en una segunda etapa hay que determinar si el agente es o no culpable y punible por la acción u omisión legalmente prevista. La responsabilidad **probada**, o la presunción de inocencia (Art. 2º Inc. 20, apartado f. de la Constitución) está aquí referida sin duda alguna a un hecho **típico**.

Pero resulta que el C.P. no solamente nos indica cuáles son los tipos o modelos de comportamiento merecedores de penas. Además, y esto también es importante, con la misma descripción de los hechos incriminados la ley nos señala la esencia y alcance de cada una de las figuras delictivas, precisando los elementos subjetivos y normativos que, aunados a los objetivos, permiten constituir las. En este sentido, deberá entenderse que la figura legal (tipo,

modelo, **fattispecie, Tatbestand**), se encuentra integrada no sólo por el conjunto de los elementos materiales (conducta y resultados) que aparecen indicados en las distintas normas incriminadoras, sino, por el complejo de los elementos, tanto objetivos (acción y antijuridicidad), como subjetivos (imputabilidad y culpabilidad), que deben concurrir para la existencia de un determinado delito y que son deducibles también de la Parte General del C.P. (16). Hoy, por ejemplo, nos percatamos de la importancia que tiene la consignación de **elementos subjetivos específicos del tipo** para la determinación del momento consumativo del delito.

8.— CRITERIO SEGUIDO PARA LA CLASIFICACION DE LOS DELITOS

La clasificación de los delitos en especie, conforme a un criterio sistemático, es una exigencia de técnica legislativa y no un problema fundamental del Derecho Penal, que tiene la ventaja práctica de prestar un auxilio mnemónico a quien consulta el C.P. (17). Nuestro texto codificado de 1924, al igual que la totalidad de sus congéneres que se encuentran vigentes en el mundo, clasifica los delitos tomando como **principium divisionis** la naturaleza del bien jurídico tutelado. Los resultados de los esfuerzos por encontrar un nuevo y distinto punto de orientación a la tarea legislativa o a la exposición doctrinaria, presuntamente más seguro que la pauta dada por el objeto jurídico (bienes protegidos), no han convencido a la ciencia penal ni han soportado airoosamente su confrontación con las demandas de la práctica. La realidad parece no admitir, en este aspecto, más variante que aquella referente a la prelación protectora que la ley puede otorgar a un grupo de delitos sobre otros conjuntos que han sido clasificados teniendo en cuenta a los titulares de los intereses jurídicos que resultan afectados (Individuo, Sociedad y Estado, en este orden o a la inversa), preferencia que no siempre pone de manifiesto que el legislador ha seguido una política criminal orientada por ciertas concepciones económicas y sus correspondientes superestructuras ideológicas.

No obstante el carácter exclusivo de cada objeto jurídico en relación con cada figura delictiva, interesa reconocer, como lo hacen POLITOFF, GRISOLIA y BUSTOS, que un mismo bien ju-

(16) ANTOLISEI, FRANCESCO: *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Bs. As., 1960, p. 146.

(17) HUNGRIA, NELSON: *Comentários ao Código Penal*, Volumen V, Edição Rev. Forense, Río de Janeiro, 1942, p. 7.

rídico (**contenido** del objeto jurídico) puede pertenecer a la objetividad jurídica de una pluralidad de delitos (la vida con respecto al parricidio, al homicidio y al infanticidio) o un mismo hecho punible representar el ataque a varios bienes (delitos pluriofensivos; así el robo afecta al patrimonio pero también a la libertad y a la seguridad personal). Por tales motivos los citados penalistas opinan acertadamente que para formar los grupos y subgrupos que satisfagan los fines de una clasificación científicamente útil, será necesario añadir al criterio primordial del bien jurídico lesionado otras pautas complementarias deducidas de los elementos que concretan el respectivo tipo de injusto: la calidad del sujeto activo; el objeto sobre el cual recae la acción; el tiempo y lugar de ésta; el medio empleado; el móvil, los elementos subjetivos del tipo, etc. (18).

Por otro lado, la concurrencia de varios bienes jurídicos afectados por un mismo delito requiere que se precise cuál de los mismos debe estimarse preponderante a fin de poder clasificar con propiedad la hipótesis delictiva dentro de un proyecto de C.P., o para distribuir acertadamente el material a estudiarse en un orden sistemático que no siempre ha de ser el seguido por el numeral del texto codificado que el jurista interpreta.

Para terminar, agregamos que la Exposición de Motivos del Proyecto de nuestro C.P. en vigencia reconoce expresamente que la clasificación de los delitos contenida en la Parte Especial es análoga a la del Proyecto suizo de 1918 (19).

(18) POLITOFF y otros: op. cit., Tomo I, p. 33s.

(19) El Libro Segundo (Delitos) del C.P. de 1924 tiene las siguientes Secciones: **Primera**, Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; **Segunda**, Delitos contra el honor; **Tercera**, Delitos contra las buenas costumbres; **Cuarta**, Delitos contra la familia; **Quinta**, Delitos contra la libertad; **Sexta**, Delitos contra el patrimonio; **Séptima**, Delitos contra la seguridad pública; **Octava**, Delitos contra la tranquilidad pública; **Novena**, Delitos contra el Estado y la defensa nacional; **Décima**, Delitos contra los Poderes del Estado y la autoridad de la Constitución; **Undécima**, Delitos contra la voluntad popular; **Duodécima**, Delitos contra la autoridad pública; **Décimatercia**, Delitos contra la administración de justicia; **Décimacuarta**, Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales; y, **Décimaquinta**, Delitos contra la fe pública. Con relación al tema RAUL PEÑA CABREIRA ha escrito lo siguiente: "Si bien es cierto que nuestro código adopta en forma explícita el sistema del bien jurídico tutelado, también lo es, que posee un criterio implícito subyacente: delitos que atentan contra el individuo (secciones 1º, 2º, 5º, 6º); contra la familia (sección 4º); contra la sociedad (secciones 7º, 8º, 15º) y contra el Estado (secciones 9º, 10º, 11º, 13º y 14º)" (*Tratado de Derecho Penal*, Volumen II, Parte Especial, Lima, p. 30). Aparte de notar que, seguramente por un error de imprenta, no tienen

9.— TAXONOMIAS PROPUESTAS PARA EL ESTUDIO DE LOS DELITOS

En nuestro concepto existen dos:

a).— **Taxonomía legislativa**, aceptada por los autores que no tienen el ambicioso propósito de escribir un “Tratado” de ciencia jurídico-penal. Los penalistas que siguen este criterio hacen el estudio de los tipos penales respetando rigurosamente el orden numérico en que aparecen los artículos consignados en el C.P. Es el que ha merecido nuestra adhesión. Interesa que dejemos constancia, a manera de explicar nuestra citada preferencia, que un texto penal codificado tan avanzado en sus aspectos técnicos como sigue siéndolo el peruano, constituye ya de por sí un cuerpo sistemático de disposiciones legales en el que su Parte Especial, mucho más que la Parte General, es propicia a ser estudiada como vamos a hacerlo y sin que corra riesgo la correcta interpretación de la ley. Equivocada, o acertadamente, la ley ha impuesto un orden que consideramos no debe ser abandonado cuando el jurista sólo se propone desentrañar la voluntad de la norma (que por lo demás pertenece a un sistema discontinuo de ilicitudes) sin otro fin que el de procurar su correcta aplicación. Claro está que el dogmático no debe abstenerse de criticar la clasificación realizada por la ley, respecto a tal o cual delito, en caso de advertir incoherencia entre la naturaleza de la norma y la nomenclatura del rubro del C.P. donde se ha previsto la hipótesis delictiva en cuestión. No obstante, su tarea es fundamentalmente interpretativa.

b).— **Taxonomía doctrinaria**, impuesta por los ius-penalistas que estiman de mayor rango científico hacer una redistribución de la materia prima de la Parte Especial para ajustarla mejor a las exigencias de la clasificación que atiende coordinadamente al objeto jurídico y al titular de los intereses jurídicos afectados con el delito. Observamos, también, que los propugnadores de este criterio de estudio casi siempre subvierten el orden seguido por los Cs. Ps. que arrancan su Parte Especial con el catálogo de los delitos que atentan contra el Estado, prefiriendo comenzar por los que agravian a la persona humana individual. En este último sentido

ubicación aquí las Secciones 3^o y 12^o del C.P., objetamos la afirmación de que el codificador peruano haya seguido realmente algún otro criterio clasificatorio complementario (para el caso, el del titular del bien jurídico afectado). La distribución numéricamente no correlativa de las Secciones que efectúa el Prof. PEÑA CABRERA indica que el “criterio implícito subyacente” aludido, no tiene cómodo asidero en nuestro C.P.

podemos mencionar a MEZGER, QUINTANO RIPOLLES, RODRIGUEZ DEVESA, ETCHEBERRY, POLITOFF, GRISOLIA y BUSTOS.

Es interesante observar la experiencia de CARRARA sobre el tema. Escribía el Maestro de Pisa que el orden seguido para la distribución de las materias en la Parte Especial de su monumental obra (**Programma del corso di diritto criminale dettato nella Regia Università di Pisa**), se había inspirado únicamente en la idea de seguir la **cronología más verosímil del delito** en la historia humana. Consideraba que el primer pensamiento que llevó a los hombres a constituir un **sistema** de castigos contra los culpables, tuvo que ser naturalmente el de proteger en preponderante lugar sus propias vidas; amparar luego el honor y los derechos familiares y, por último, respaldar la propiedad. Conjeturando de esta manera el proceso histórico, CARRARA distribuyó los denominados delitos **naturales**. Claro está que discrepamos respetuosamente en cuanto al postrer momento de aparición asignado al interés patrimonial. Respecto al tratamiento de los delitos **sociales** siguió igual criterio. Sobre este punto decía que “como el Estado y la autoridad social fueron constituídos con el único fin de ejercer la tutela jurídica de los derechos individuales, el primer pensamiento de los coasociados tuvo necesariamente que dirigirse a la protección de la justicia pública. Esto es evidente, y de ahí que mi exposición sobre los delitos sociales comience, sin vacilaciones, por la clase de los delitos contra la moral pública, contra la tranquilidad pública, contra la salud pública, contra el culto, contra la fe pública y contra la hacienda, hasta llegar a las agresiones contra el gobierno, pues aunque éstas, en tiempos más recientes, hayan sido puestas por encima de los demás delitos, en interés de los gobernantes, no puedo convencerme de que tengan origen más antiguo que los otros, si consideramos el castigo como un acto razonable de justicia, y no como un abuso de fuerza o un desahogo de venganzas personales” (20).

Tan autorizada palabra no siempre ha servido, aun en la propia Italia, para orientar la exposición interpretativa de la Parte Especial de tal manera que se siga un criterio distinto al sistema traducido en la ordenación dispuesta por el texto codificado que se comente. Así, MANZINI y MAGGIORE, entre otros, comienzan el

(20) CARRARA: op. cit., § 1085, Nota N° 2.

estudio de los delitos en particular continuando el mismo orden establecido por el C.P. italiano de 1930, es decir, arrancan con la exégesis de los “Delitos contra la personalidad del Estado” y terminan con el examen de los “Delitos contra el patrimonio”.

10.— ESQUEMA DEL DELITO SINGULAR

El siguiente itinerario es el que, por lo regular, seguiremos en el examen de cada una de las figuras delictivas:

a).— **Descripción típica.** Consistirá en la presentación textual del artículo del C.P. en el que se encuentra estructurada la figura ilícita en estudio. La contribución de la doctrina radica aquí en el **nomen iuris** asignado como rótulo para la identificación del delito descripto. Se incrementa así, en este último sentido, el lenguaje técnico que caracteriza a toda ciencia.

b).— **Fuente.** Se tratará de identificar el origen del dispositivo legal en comentario. Su génesis puede estar en un documento pre-legislativo o legislativo, de factura nacional o extranjera, sea que esté en vigencia o se encuentre ya derogado. En alguna oportunidad nos encontraremos con un texto foráneo que sirvió de verdadera inspiración al codificador peruano. En cambio, en varias ocasiones, comprobaremos que el documento original extranjero ha sido simplemente copiado **in extenso** para luego ensamblarse, no siempre con acierto, en el cuerpo de leyes que hasta hoy constituye el C.P. de 1924.

c).— **Bien jurídico.** Es, en sentido estricto, el objeto jurídico específicamente tutelado por el dispositivo legal en exégesis. Complementado con el **fin** de la norma (la **ratio** de la incriminación), representa una pauta segura para la tarea interpretativa.

d).— **Objeto material.** Es la cosa física animada o inanimada, mueble o inmueble, de existencia natural o producto de la creación del hombre, sobre la cual recae directamente la acción delictiva.

e).— **Sujeto activo.** Es el autor, material o moral, de la acción u omisión delictiva que la ley precisa valiéndose para tal efecto de la utilización de un verbo principal. En algunos casos la ley puede demandar condiciones especiales para ser agente del delito. Cuando esta exigencia no ocurre, entonces el autor puede ser cualquier persona.

f).— **Sujeto pasivo.** Tiene esta calidad quien es la víctima del delito en su condición de titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Tal puede ser la persona humana o un ente jurídico (público o privado).

g).— **Elementos constitutivos.** Son los que integran la esencia de la figura delictiva. Pueden ser:

1).— **Materiales,** que han servido al legislador para describir la acción u omisión principal, así como sus modalidades, conductas con las que se han producido determinados efectos dañosos o peligrosos. Los elementos subjetivos y normativos del tipo deben ser tratados como **hechos**; es decir, al igual que los demás datos contenidos en la figura delictiva en cuanto no representan el resultado de una **relación comparativa** entre el acto descrito y el orden jurídico (antijuridicidad y culpabilidad).

2).— **Subjetivos,** que se utilizan para relacionar la conducta del agente con la antijuridicidad (perspectiva objetiva) o con la culpabilidad (perspectiva subjetiva).

h).— **Circunstancias.** Interesa precisar las atenuantes o agravantes específicas, indicando los casos de comunicabilidad o incommunicabilidad.

i).— **Proceso ejecutivo.** Habrá que determinar si es posible o no la tentativa, señalando el momento en que se produce la consumación o perfeccionamiento del delito.

j).— **Participación.** La gran mayoría de los delitos admite la autoría intelectual y la complicidad, razón por la cual resulta innecesaria cualquier indicación al respecto. Interesa, en cambio, resaltar los casos esporádicos en que la ley se refiere concretamente en la descripción típica a una complicidad primaria.

k).— **Penalidad.** Consiste en precisar la determinación legal de la sanción, sobre todo para los casos en que los extremos máximo o mínimo se prestan a duda por no haber sido fijado expresamente alguno de los mismos por la ley (20 bis).

(20 bis) El esquema de estudio aquí propuesto se inspira en el método seguido por MANZINI cuando hace el análisis de los delitos en particular (Véase: **Tratado.**, op. cit., Tomo 2, Volumen II, p. 13 ss.). La orientación pedagógica que hemos impreso a nuestra obra le da un carácter más informativo que constitutivo o creador. Sin procurar hacer necesariamente ciencia nos proponemos explicitar la voluntad de la ley penal para su mejor entendimiento y aplicación.

SECCION PRIMERA

DELITOS CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD

11.— LOS ALCANCES DEL RUBRO

La subsistencia biológica, la integridad física y la salud corporal o mental de la persona individual, cierta o en formación (vida humana incipiente), constituyen los intereses protegidos en esta Sección del C.P. (21). El Derecho Penal cumple parcialmente su misión al prestar un especial reforzamiento protector a la observancia de lo que es ya un mandato imperativo de la Religión y de

(21) Por Resolución Legislativa Nº 13288, de fecha 29 de Diciembre de 1959, el Congreso de la República aprobó la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, la misma que fuera previamente adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de Diciembre de 1948 y suscrita por el Perú el 11 de Diciembre del citado año. No obstante que por prescripción de su Art. V se comprometía el Perú como parte contratante, claro está que para después de la aprobación del documento internacional por el Congreso de la República, a "establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el Art. III" (asociación para cometer genocidio, la instigación directa y pública a perpetrar genocidio, así como los casos de tentativa y complicidad), hasta el momento el Estado no ha cumplido con dicha obligación. Es cierto que en el Art. II de la Convención se precisan las acciones y la intención que conforman las distintas modalidades del delito en referencia, pero también es verdad que no se les ha fijado pena alguna por la ley peruana. El Art. 109 de nuestra Constitución, en cuanto declara que el acto de genocidio no es un delito político o hecho conexo con éste, sólo sirve para decidir la procedencia de un pedido de extradición por genocidio que le fuera formulado al Estado Peruano, pero no para castigar tal conducta como un delito concreto. Una descripción típica sin sanción no es, en realidad, todavía un delito. Se trata en todo caso, para recordar un símil conocido de los penalistas, de una campana sin badajo. Tal es el motivo por el que, a diferencia de otros autores entre los que se encuentra PEÑA CABRERA (*Tratado*, op. cit. Volumen II, Parte Especial, p. 73 ss.), no examinamos aquí el presunto delito de genocidio. Dejamos constancia que en los dos Proyectos de C.P. publicados en el Diario Oficial "El Peruano" (Octubre de 1984 y Agosto de 1985) se prevé la figura de genocidio (Arts. 112 y 117, respectivamente) considerándola como un hecho punible que atenta contra la vida, el cuerpo y la salud.

la Moral de todos los tiempos. Así, a través de la amenaza potencial de la pena, o de su aplicación efectiva, garantiza el respeto de la norma de cultura "No matarás a tu prójimo", la misma que, interpretada en sentido amplio, representa la razón de ser de los dispositivos legales que luego estudiaremos.

La denominación empleada por nuestro C.P. en esta Sección es preferible a la de otros textos legales en los que, habiendo decidido el legislador poner el epígrafe "Delitos contra la persona", se advierte de inmediato la aberración que significa el quebranto de un **principium divisionis** (el del bien jurídico tutelado) al inmiscuir otro distinto (el del titular del bien jurídico afectado), aparte de constituir también un membrete menos explícito que el acogido por nuestra ley penal sustantiva (22). No cabe duda que el rubro de la Sección que tratamos indica en forma inmediata y objetiva cuáles son los bienes jurídico-vitales que han servido al codificador para determinar las figuras delictivas y sus objetos jurídicos de específica tutela.

El Derecho Penal no puede desconocer la evidencia consistente en que sobre la incolumidad del substrato biológico se asientan las funciones psicológicas y espirituales que importan al individuo y a la sociedad, así como los demás derechos distintos a la vida, todo lo cual cobra sentido y validez sólo con la garantía de que ésta será respetada.

La vida humana individual, normalmente integrada como una entidad bio-cultural es, en primera y última instancia, el centro de gravitación de toda la realidad y la medida de todas las cosas, lo que incluye en su órbita lógicamente al Derecho. El cuerpo humano es nada menos que la materia organizada para la manifestación

(22) Tal es el caso del C.P. español (Decreto 3096/1973, de 14 de Septiembre, por el que se publicó el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de Noviembre), el mismo que rotulando su Título VIII, del Libro II "Delito contra las personas", sólo se ocupa, no obstante, de los delitos de homicidio, infanticidio, aborto y lesiones, como si fueren los únicos que afectasen a las personas. Está exento de esta crítica, entre otros textos, el C.P. italiano de 1930, documento legislativo que en su Título XII, "Delitos contra la persona", trata en el Capítulo I "De los delitos contra la vida y la incolumidad individual", para luego describir en los subsiguientes Capítulos a los delitos contra el honor y la libertad individual. Similar al texto codificado italiano, en este sentido, es el caso del C.P. brasileño de 1969, todavía sin vigor, con la particularidad que incluye al delito de genocidio (Art. 151). Membrete más detallado es el del Capítulo III de la Parte Especial del C.P. ruso de 1960, "Delitos contra la vida, la salud, la libertad y la dignidad de la persona", explicable por la carencia de subdivisiones.

de una vida que es *sui generis* en la naturaleza. En cuanto a la salud, viene a ser el equilibrio orgánico-funcional del que depende la conservación de la vida y de donde emergen las actividades superiores que le dan un sentido espiritual a la existencia del Hombre (22 bis).

El amparo jurídico-penal de la vida humana individual no sólo sirve para resguardar un valor **cuantitativo** en cuanto tiene de subjetivo y singular, de inalienable e irreversible, sino, también un valor **cuantitativo** en tanto representa un interés demográfico para la sociedad. Sólo en casos muy taxativos, como en la legítima defensa, en el estado de necesidad o en el cumplimiento de la ley, por ejemplo, se considera justificada por la norma y, por ende, exento de reproche, privar de la vida o lesionar a un semejante.

12.— ¿TIENE IMPORTANCIA LA UBICACION PREFERENCIAL?

Si el Derecho Penal, en cumplimiento de su función eminentemente social, tiene por misión proteger los valores elementales de la vida en comunidad, entonces no necesita explicarse detenidamente por qué los Cs. Ps. reservan un lugar de privilegio para prestar garantía al derecho humano de vivir, amparo ejercido preventivamente a través de la pena y sin el cual parece imposible imaginarse (estando a la muy limitada eficacia de los otros medios de control social en la época actual) cómo podría vivirse en colectividad. Cabe decir aquí con el Magistrado brasileño HUNGRIA, quien al parecer siguió a VON LISZT en el aspecto que pondremos de relieve.

(22 bis) Poniendo en evidencia la verdadera dimensión del problema que puede plantear la protección jurídico-penal de los bienes que nos ocupa, ha escrito WOLFGANG SCHONE, Asistente de la Universidad de Bonn, lo siguiente: "La vida y la integridad corporal del hombre pertenecen a los pocos bienes jurídicos sobre cuya existencia hay unidad de pareceres, por lo menos en lo fundamental, más allá de las fronteras nacionales. El hombre, como pilar del ordenamiento jurídico, es al mismo tiempo su más alto valor, y merece por ello, su especial protección. La gravitación de este pensamiento no debe hacernos olvidar que su concretización implica una gran cantidad de problemas. Ya la exacta determinación de los criterios de bien jurídico, presenta dificultades. Se plantean también interrogantes axiológicas, dogmáticas y de política jurídica, en relación con la naturaleza y ámbito de la protección. Finalmente, el avance de la tecnificación y la industrialización se encarga de modificar constantemente las condiciones de vida y con ello se crean nuevos riesgos para el bien jurídico, cuya protección con los medios ya conocidos hasta ahora, no está en absoluto garantizada. Todo esto da pábulo suficiente para replantearse problemas ya clásicos, pero en absoluto definitivamente resueltos, relativos a la protección de la vida y de la integridad física" ("La protección de la vida y la integridad corporal en la Reforma Penal Alemana"; véase en: *Revista de Ciencias Penales*, Chile, Tercera Epoca, Enero-Abril 1973, N^o 1, Tomo XXXII, p. 140).

ve enseguida, que exceptuando los hechos peligrosos para los intereses específicos del Estado, todo los delitos constituyen, en último análisis, lesión o peligro contra la persona humana; pero, como también anota el citado autor latinoamericano, la vida es en verdad el presupuesto de la personalidad y el supremo bien individual: tutelando los bienes físicos del individuo (la vida y la integridad corporal), la ley penal está sirviendo a los propios intereses del Estado (23).

Se ha querido ver en la prelación ordinal que los Cs. Ps. otorgan a los delitos contra la vida individual, o contra la persona física, una manifestación de democracia y, al contrario, una prueba de dictadura o autoritarismo en el hecho de anteponerles la tutela penal del Estado a través de la descripción de los delitos que afectan al ente público por excelencia. Este criterio interpretativo no es del todo certero, siendo su valor al respecto meramente indiciario (24). El orden de las Secciones, Títulos o Capítulos de un C.P. no implica necesariamente el reconocimiento oficial de una respetada jerarquía de valores culturales, políticos o sociales. La perspectiva que sobre el tema ofrece un texto punitivo, por sí mismo, no da más que para la emisión de un juicio abstracto, sujeto a los correctivos impuestos por la realidad. El Profesor JIMENEZ DE ASUA, por ejemplo, al comentar en 1926 el plan seguido en la Parte Especial por nuestro vigente C.P., dijo que ya para entonces estaba abandonada la vieja sistemática acogida por el texto codificado español de 1848 y mantenida en las reformas de 1850 y 1870 en cuanto comenzaba la Parte Especial por los delitos que dañan al Estado, puesto que la "nueva tendencia" era reconocer en el indi-

(23) HUNGRÍA: op. cit., Volumen V, p. 14.

(24) En la República hermana del Brasil debió entrar en vigencia, con fecha 1º de Agosto de 1970, en sustitución del texto de 1940 (que hasta ahora rige), un nuevo C.P. promulgado el 1º de Diciembre de 1969, cuya Parte Especial comienza nada menos que con "Dos crímenes contra as pessoas", no obstante que para la citada fecha continuaría soportando uno de los regímenes políticos de facto (castrense por su origen y dominio en el control del Poder Ejecutivo), que se caracterizaba para ser catalogado entre los más nefastos y autoritarios que haya tenido Latinoamérica en el Siglo XX. Por supuesto que esta crítica nada tiene que ver con las excelencias personales y científicas del desaparecido Magistrado Supremo NELSON HUNGRÍA, autor del Proyecto que sirvió de base al texto entonces dictado, ni con el recientemente fallecido Prof. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, ambos jus-penalistas miembros de las Comisiones Revisoras del aludido Proyecto, quienes se limitaron a prestar sus valiosas contribuciones como experimentados investigadores del Derecho Penal, sin compromisos políticos que pudieran afectar, en lo más mínimo, sus reconocidas calidades de hombres respetuosos de la necesidad de vivir en democracia. Honor a sus memorias.

viduo el primer elemento que se precisa contemplar, siendo el crimen de homicidio el que se halla más profundamente impreso en la conciencia de los hombres (25). No obstante, el panorama legislativo de la actualidad pone de manifiesto la recidiva de una orientación que es distinta a la "nueva tendencia" anotada por JIMENEZ DE ASUA. La "vieja tendencia" hace su reaparición en los textos punitivos pertenecientes a las Repúblicas que integran la URSS. En Rusia, por ejemplo, los Cs. Ps. de la época postzarista comienzan la Parte Especial con los delitos contra el Estado y la propiedad socialista (26). Esta sistemática legislativa, que en su oportunidad fue ratificada por la Ley de Fundamentos (Base) de la legislación penal de la URSS y Repúblicas Federadas (27),

(25) JIMENEZ DE ASUA, LUIS: *El Derecho Penal en la República del Perú*, 1926, p. 55. Es conveniente indicar que es el año 1946, al tratar de la seriación de los delitos en espacio en los Cs. Ps., ya nos decía el célebre autor español "que si los antiguos textos legales comenzaban por los crímenes contra el Estado, es porque el racionalismo e individualismo de la Epoca de las Luces, aún no se había inscrito definitivamente en los códigos, aunque éstos sean precisamente hijos de la Ilustración. Los de época más moderna —continuaba— abren ya su repertorio de infracciones con los delitos contra las personas. Y no es de extrañar que luego, cuando los regímenes autoritarios divinizan al Estado, se vuelvan a hacer de los crímenes contra él, las más graves infracciones contra la norma" (*Códigos Penales Iberoamericanos*, op. cit., Volumen Primero, p. 399). Pocos años después se referiría al C.P. suizo promulgado el 21 de Diciembre de 1937 (que rige en todo el territorio helvético desde el 1º de Enero de 1942), con las siguientes palabras dedicadas a su Parte Especial: "Es digno de notarse su sistemática loable: comienza con los 'Delitos contra la vida y la seguridad corporal' y se ocupa a lo último de los delitos contra el Estado, voluntad popular, autoridad pública, etc." (*Tratado*, op. cit., Tomo I, 1950, p. 399).

(26) Según la concepción marxista-leninista "como parte que es de la superestructura el Derecho Penal soviético, ayuda al fortalecimiento del sistema económico de la sociedad socialista, pues al defender de los atentados socialmente peligrosos las bases económicas del socialismo, defiende el sistema de la economía socialista y la propiedad socialista. El Derecho Penal soviético es un derecho de un tipo nuevo y superior, porque defiende y protege el régimen político correspondiente a las relaciones económicas más progresistas. El Derecho Penal soviético sirve como defensa y consolidación de las bases políticas del socialismo formuladas y establecidas en la Constitución de la URSS. Este derecho constituye uno de los instrumentos del Estado de todo el pueblo soviético para la realización de la histórica tarea de la construcción del comunismo" (ZDRAVOMISLOV, B.V. y otros: *Derecho Penal Soviético*, Parte General, Edit. Temis, Bogotá, 1970, p. 9).

(27) Aprobada el 25 de Diciembre de 1958, en la II Sesión del Soviet Supremo de la URSS (V Legislatura). En el Art. 1º, bajo el rubro de "Propósitos de la Legislación Penal Soviética", se dice: "La legislación penal soviética tiene por objeto preservar de ataques delictuosos al régimen social y al Estado, la propiedad socialista, la persona y derechos de los ciudadanos y el orden legal socialista" (Véase el texto completo de la Ley de Fundamentos en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XIII, fascículo I, Enero-Marzo, MCMLX, p. 116 ss.).

no es óbice para que sus teóricos oficiales sostengan que la protección de las personas contra las agresiones criminales constituye una de las misiones principales del Derecho Penal Soviético (28). Otros Estados pertenecientes a la órbita socialista moscovita, como es el caso de la República Popular Húngara, cuyo texto punitivo ha tenido como modelo al C.P. ruso de 1960, también comienzan su Parte Especial con la descripción de los "Delitos contra el Estado" (29). En lo que a Latinoamérica respecta, el C.P. colombiano de 1980, al igual que el texto abrogado, inicia su Parte Especial con los "Delitos contra la existencia y seguridad del Estado", reservando su antepenúltimo Título XIII a los "Delitos contra la vida y la integridad personal". Se refuerza y retorna de esta manera una ordenación de la materia punitivo-legislativa, ya secular, que el Maestro JIMENEZ DE ASUA creyó superada, sin que su genio dejara de barruntar su posible reaparición.

Nuestro C.P. de 1924, inspirado en el Anteproyecto suizo de 1916 que redactara KARL STOSS (el otro Proyecto suizo de 1918 es la fuente principal e inmediata del texto nacional), ha seguido en el resguardo de los bienes jurídicos ordenados desde la perspectiva de sus titulares, el siguiente itinerario: **individuo, familia, Estado y sociedad**. La detección de algunas inobservancias de este lineamiento general motiva que le neguemos el carácter de verdadero "criterio implícito subyacente" en la clasificación de los delitos efectuada por el C.P. en sus quince Secciones (30).

Por otro lado, es de notar que muchos penalistas no le conceden importancia a la ubicación preferencial que en un texto punitivo pudiera tener tal o cual grupo de figuras delictivas, por lo que, llegado el caso, subvierten el orden impuesto por el C.P. que comentan con el objeto de principiar sus exposiciones doctrinarias de

(28) ROMASHKIN, P.: **Fundamentos de Derecho Soviético**, Moscú, 1962, p. 529. Para los teóricos del **jus puniendi** del bloque socialista "la indignación más grande del pueblo soviético la despiertan la traición a la patria, el espionaje y otros atentados contra el régimen socialista; lo mismo que el bandolerismo, el homicidio doloso, los atentados contra el patrimonio del Estado, el cohecho y otros delitos peligrosos" (ZDRAVOMISLOV, B. V. y otros: op. cit., p. 67).

(29) Véase la Exposición Ministerial de Motivos y el texto de la Ley V del año 1961, esta última jerarquizada con el rango de C.P., en: **Código Penal de la República Popular Húngara**, Editorial Corvina, Budapest, 1963.

(30) Véase la precedente Nota Nº 19.

la Parte Especial con el estudio de los delitos que atentan contra el individuo. Justificaciones al respecto no les faltan (31).

13.— TIPOS DELICTIVOS CONTENIDOS EN LA SECCION PRIMERA

Como sostiene CORNEJO, conocido comentarista de nuestro vigente C.P., la seguridad de la persona física es de interés público y este interés constituye el objeto jurídico de la tutela penal en los delitos que atentan contra el individuo (32).

Para el C.P. peruano son propiamente delitos contra la vida los de: **homicidio, instigación al suicidio, ayuda al suicidio y aborto**. Los delitos que atacan al cuerpo o a la salud son: **lesiones, exposición y abandono de personas en peligro, riña tumultuaria y duelo**. Advertimos que la muerte de la persona puede llegar a ser el resultado previsible más grave en todos los delitos últimamente mencionados, exceptuando el de riña.

14.— PAPEL DE LA MEDICINA LEGAL

La importancia de la Medicina Legal en sus aspectos de investigación **tanatológico, traumatológico, toxicológico, criminalístico**

(31) Para QUINTANO RIPOLLES las razones de situar en el pórtico de la Parte Especial las infracciones contra las personas son fundamentalmente dos: "La primera de carácter filosófico-jurídico, es la de afirmar un punto de vista humanista tan de urgencia en nuestro tiempo convaleciente de tantos paganismos estatólatras, y proclamar la persona humana, el hombre individual portador de valores materiales e ideales, como primordial del Derecho, que es vida humana objetivada, en la luminosa definición de RECASENS SICHES; bien y objeto en que los demás reposan y resultan, en cierto modo, secundarios y hasta ficticios. La segunda razón de matiz más práctico y pedagógico, es la del carácter genérico de las infracciones contra la persona individual y su estructura 'natural' a que ya CARRARA aludía" (Tratado., op. cit., Tomo I, p. 23). POLITOFF, GRISOLIA y BUSTOS escriben lo siguiente sobre el tema: "Los motivos para empezar por los delitos en contra de los intereses individuales son decisivos y en ellos coincide un gran sector de la doctrina: 1º La vida y a partir de ella la existencia individual en todas sus manifestaciones, encierra los valores primordiales sobre los que confluyen todos los demás intereses protegidos jurídicamente (VON LISZT); 2º Técnicamente, entre las figuras delictivas que afectan al individuo y las demás existe una verdadera relación de género a especie, de modo que aquéllas están implicadas en ésta con gran frecuencia. Por eso la debida comprensión de muchos delitos que afectan a la sociedad o al Estado, exige la comprensión previa de ciertos delitos en contra de los intereses individuales, de estructura 'natural', al decir de CARRARA. Mal se puede explicar la malversación si no se han estudiado el hurto y la apropiación indebida; 3º El mayor vuelo doctrinal que han alcanzado estos delitos y su importancia práctica, les confiere en alto grado un valor formativo y didáctico, aprovechable para el resto del estudio" (op. cit., Tomo I, p. 40).

(32) CORNEJO, ANGEL GUSTAVO: **Derecho Penal Especial**, Tomo I, Lib. e Imp. Gil, 1937, p. 3.

y **psiquiátrico**, es indiscutible para el mejor conocimiento y aplicación de las figuras delictivas contenidas en esta Sección del C.P. El mejor, o defectuoso, esclarecimiento de los hechos delictivos que atentan contra los derechos del hombre que tienen un carácter biológico (como la vida misma), bio-psíquico (como la salud mental), influyen en una acertada o desacertada tipificación y, por ende, en una justa o injusta sentencia. SIMONIN advierte que **para evitar juicios oscuros, condenas abusivas y errores judiciales**, el técnico del Derecho precisa ser informado por persona que estudie los fenómenos biológicos y patológicos cuando el caso judicial requiera de estos conocimientos especializados, correspondiéndole a la Medicina Legal la misión de tender un puente entre el pensar jurídico y el biológico (33).

Para comprender la magnitud de la importancia que tiene la Medicina Legal en la administración de la justicia penal sea suficiente meditar en la diferente tipificación que el Juez le dará a una muerte producida por golpe en un cráneo de constitución ósea normal y a la muerte ocasionada, también por golpe, pero en un cráneo que presentaba en la zona impactada una extrema delgadez congénita, comprometiéndose en ambos casos el cerebro. Así mismo, la decisión legal será diferente según se determine que el hecho juzgado es un infanticidio y no un aborto; un homicidio y no un suicidio; un delito de lesiones y no una falta contra el cuerpo, o viceversa. En todas las situaciones hasta aquí citadas en vía de ejemplo, el médico-legista contribuirá a precisar la naturaleza de los sucesos que luego serán apreciados y subsumidos por el Juez en un determinado dispositivo legal, salvo el caso del suicidio que no es un delito. Lógicamente, la información que la Medicina Legal pone a disposición del Juez, respecto a ciertos fenómenos biológicos y patológicos, contribuirá también a evitar la impunidad por defecto de prueba (33 bis).

(33) SIMONIN, C.: *Medicina Legal Judicial*, Edit. JIMS, Barcelona, 1966, p. 1 s.

(33 bis) Cuando se produce una muerte violenta o súbita con características que la hacen sospechosa de la comisión de un crimen, el Juez Instructor y los peritos harán el reconocimiento del cadáver antes de la inhumación, disponiendo la necropsia médico-legal (denominada también tanatopsia judicial y autopsia forense), conforme a la disposición contenida en el Art. 172 del C. de P.P. La mencionada necropsia tiene como finalidad informar al Ministerio Público (quien puede promover su realización, de acuerdo con el Art. 95, Inc. 5, del Decreto-Legislativo Nº 52) y a la Administración de Justicia respecto a cuestiones tan importantes como las relacionadas con la causa de la muerte, el momento de la producción del deceso (crono-tanato-diagnóstico), posibilidades de su-

Como escribe SIMONIN, la Medicina Legal en su sentido amplio está llamada a conocer y a estudiar las manifestaciones antisociales de carácter biológico que han sido provocadas por los instintos que agitan a los hombres (34). El Juez está encargado, en nombre de la sociedad, de hacer respetar los derechos humanos. En muchos casos, ya lo hemos dicho, tales derechos están sustentados en un fenómeno biológico.

Para terminar el tema, diremos que nuestro C. de P.P. contiene específicas indicaciones sobre pericias médico-legales que guardan conexión con las normas penales sustantivas consignadas en la Sección Primera del C.P. En el curso de estos comentarios haremos las respectivas referencias.

pervivencia si hubiera recibido la víctima atención médica oportuna, identificación del medio o instrumento utilizado para la agresión, etc.

(34) SIMONIN: op. cit., p. 67.

TITULO I

HOMICIDIO

15.— DEFINICION

La gran mayoría de los penalistas no ha podido resistir, al parecer, la tentación de elaborar una definición del homicidio. La explicación de esta actitud tal vez esté en la necesidad, en que cree encontrarse el estudioso, de precisar el contenido de uno de los tipos legales de mayor gravedad en todos los tiempos; o en el propósito de presentar sus investigaciones *prima facie* con un sello pedagógico al comenzar su exposición por el examen del homicidio. Nosotros señalamos, desde ahora, que las definiciones raramente reúnen las notas características del fenómeno que pretenden delimitar, razón por la que no siempre pueden darnos una expresión nítida, precisa y satisfactoria de lo que quieren definir. Cuanto más telegráfica pudiera ser una definición, tanto más necesitada de explicarse (quebrantándose, así, la regla de que la definición debe ser más clara que la cosa definida). Por el contrario, si la definición tuviere muchas notas delimitativas corre el peligro de hacer exclusiones arbitrarias (quebrantándose, de esta manera, la regla de que la definición no debe contener menos de lo susceptible de ser definido). Cualquiera de las alternativas anunciadas no parece dejar un buen éxito: si no se peca por exceso, se peca por defecto. Sin embargo, razones que ampara la tradición jurídico-penal, además de la metodología pedagógica, nos anima a hacer la tentativa de definir el homicidio.

La definición más antigua que al respecto se conoce es la de JULIUS CLARUS, que fuera adoptada por otros prácticos, según la cual el homicidio es la muerte de un hombre ocasionada por otro hombre. Su notorio defecto está, como anota entre otros penalistas IRURETA GOYENA, en que sobrepasa los límites del hecho definido. Ciñéndonos estrictamente a élla tendrían que figurar, en efecto, como homicidio, entre otros eventos los siguien-

tes: la muerte de una persona en legítima defensa, la ocasionada en ejecución de una condena a pena de muerte, la muerte producida por no exigibilidad de otra conducta y, finalmente, la que por ser casual o fortuita no puede imputarse a nadie (35).

Orientado por las críticas certeras que se le hicieron a CLARUS, en las que coincidieron casi todos los maestros de la época, CARMIGNANI concibió la siguiente definición considerada hoy como la fórmula clásica al respecto: **homicidium est hominis caedes ab homine iniusta patrata** (homicidio es la muerte de un hombre realizada injustamente por otro hombre). La definición presentada fue acogida por CARRARA y ha sido estimada por HUNGRIA, entre otros autores latinoamericanos, como la más preferible. En cambio IPALLOMENI y ALIMENA la califican como defectuosa. MAGGIORE, por su parte, la adjetiva de pleonástica.

El defecto radica, como anotan IPALLOMENI y CARMIGNANI, en que la definición comentada consigna el carácter injusto de la muerte causada. Si todo delito consiste en la violación de una norma jurídica, o sea, en la violación de una disposición de la ley, tiene que ser necesariamente injusto. Decir que el homicidio punible es homicidio injusto equivale a repetir lo que ya se sabe, o hacer nacer la sospecha que, exceptuando el homicidio, hay delitos justos (36).

Se sostiene que la definición de CARMIGNANI es pleonástica porque el sujeto activo de cualquier delito es siempre un hombre, además de que todo crimen tiene como presupuesto la injusticia, como ya quedó dicho anteriormente.

El Profesor HUNGRIA, al salir en defensa de la definición desfavorablemente criticada, afirma que no es demasiado explícita y que, por el contrario, nos da más bien una idea exacta de lo definido. En concepto del autor brasileño las preconizadas fórmulas sustitutivas, como la de **violenta vitae hominis ademptio** (violenta eliminación de la vida de un hombre), o la de "destrucción de la vida humana", no evitan las ambigüedades, pues tanto es eliminación o destrucción de vida humana el delito de homicidio;

(35) IRURETA GOYENA, JOSE: **El Delito de Homicidio**, Volumen II, Montevideo, 1928, p. 5 s.

(36) ALIMENA, BERNARDINO: **Delitos contra las personas**, Edit. Temis, Bogotá, 1975, p. 10 s.

cuanto también lo es la muerte de un hombre ocasionada por un animal, o la practicada por alguien en legítima defensa, o casualmente (37).

Nosotros definimos el homicidio, claro está que en sentido jurídico-penal, como **la acción imputable a persona física que ha ocasionado la muerte antijurídica y culpable de un semejante**. Los alcances expresamente limitados de esta definición excluyen los casos de muerte producida por legítima defensa, no exigibilidad de otra conducta, cumplimiento de la ley, o por caso fortuito.

Para la **esencia de hecho** del homicidio, como dice CARRARA, sólo le basta que un hombre haya muerto y que el acto injusto de otro hombre haya sido causa voluntaria de esa muerte (38).

16.— OTROS "ACTOS DE MATAR"

El Título del C.P. que tratamos no agota en su articulado la tipificación de las conductas que tienen como resultado la muerte de un hombre. Conforme ya señalara QUINTANO RIPOLLES en relación al C.P. español de 1944 (39), anotación que es válida también para el nuestro, existen en la legislación comparada otros "actos de matar" que, sin embargo, ninguno de los cuales pueden ser denominado homicidio propiamente dicho. Por tanto, procediendo el codificador peruano con buen criterio no los ha incluido en este Título. Este es el caso, por ejemplo, de la muerte producida en riña tumultuaria (Art. 170, segundo párrafo del C.P.).

Asimismo, hay en nuestro C.P., ya sea en su texto original o modificado por leyes especiales, otras hipótesis con resultado muerte que configuran tipos extraños al homicidio en sentido estricto. Tales son los casos de rapto de menor, cuando el secuestrador u otro con ocasión del secuestro mata al menor (Art. 229, modificado por el Decreto-Ley 17388); de rapiña y asalto, cuando tienen como resultados preterintencionales la muerte de ofendido (art. 239, modificado por Ley 23405); de piratería, cuando los actos de violencia u hostilidad fueren seguidos de la muerte de alguna persona que se encontrare en el buque atacado (Art. 273),

(37) HUNGRÍA: op. cit., Volumen V, p. 25.

(38) CARRARA: op. cit., § 1087.

(39) QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO: "Homicidio", véase el desarrollo de esta voz en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XI, Edit. Seix S.A., 1962, p. 120.

de terrorismo, cuando se causare preterintencionalmente la muerte del agraviado (Decreto Legislativo No. 46, Arts. 1º y 2º, Inc. e).

Observamos, por otro lado, que el codificador peruano ha insertado en este Título dos figuras delictivas que no constituyen modalidades del tipo de homicidio. Estos supuestos son los casos de instigación y ayuda al suicidio (Art. 157).

Si quisiéramos hacer resaltar alguna importante omisión en el C.P. de 1924, la misma no sería otra que la referente a la falta de previsión del homicidio piadoso, ausencia que crearía un problema de conciencia inconmensurable para aquel Magistrado que algún día tuviere que enfrentarse a un caso de extinción de la vida, por móvil de piedad, cometido por un padre sobre la persona de su hijo paciente de un cáncer terminal, por ejemplo (40). Observamos

(40) En un artículo que escribiéramos sobre "**La Reforma del Código Penal Peruano**", propusimos la siguiente fórmula para la descripción típica del homicidio inspirado en la conmiseración: "El que por un móvil de piedad matare a otro con el objeto de poner fin a graves padecimientos reputados científicamente incurables, se le impondrá pena de prisión no menor de un año, ni mayor de tres" (Véase en: **Revista del Foro**, N° 3, Lima, 1966, p. 24). En el año 1928 ANGEL GUSTAVO CORNEJO y PLACIDO JIMENEZ presentaron un Proyecto de C.P. En su Art. 199 se decía sobre el tema que nos ocupa: "Si la muerte fuere causada por petición formal de la víctima y por conmiseración, se atenuará la pena libremente". De esta manera, ocurrió que a muy pocos años después de la promulgación del C.P. de 1924, se evidenciaban ya los esfuerzos de nuestros juristas por subsanar una importante omisión del texto punitivo codificado vigente hasta hoy. Tal vez fueron obstáculos de naturaleza moral, religiosa y educativa los que influyeron para impedir que el codificador de 1924 (quien había tomado la fórmula aquella de sancionar la instigación y la ayuda al suicidio cuando en la comisión del hecho existiere únicamente un móvil innoce, de acuerdo con el Art. 102 del Proyecto helvético de 1918), acogiera la tipicidad del homicidio por petición de la víctima que contenía el Art. 101 del documento pre-legislativo suizo de 1918, con la siguiente redacción: "El que por demanda insistente y formal de otra persona le haya dado muerte, será castigado con prisión". Como puede observarse, el texto proyectado no mencionaba el móvil pietista, pero en el "Message" dirigido al Consejo Federal y a la Asamblea Federal se dice que "el móvil es aquí, frecuentemente, la compasión experimentada en relación a aquella persona que sufre sin esperanza de salvación y que suplica se le ponga fin a sus sufrimientos". A continuación se agrega que "otros casos, como el de amantes infelices que deciden darse muerte mutuamente y en el cual uno de los mismos no logra morir, no son, en realidad, sino casos de asistencia mutua al suicidio. Igual ocurre en el caso en que uno mata al otro y fracasa en el intento de suicidarse" (**Message du Conseil Fédéral a L'Assemblée Fédérale a l'appui d'un Projet de code pénal suisse, 1918, p. 35**). Esta figura privilegiada se sustenta, en consecuencia, según el Proyecto helvético citado, en un elemento **tácito** consistente en la piedad que inspira la víctima, y en otro elemento **expreso** representado por el requerimiento insistente y formal que hace el agraviado. El Art. 114 del vigente C.P. suizo recepciona exactamente la misma descripción típica de **Meurtre sur la demande de la victime**, hipótesis contenida, como sabemos ya, en el Art.

que en el Proyecto de C.P. publicado en el Diario Oficial "El Peruano", a partir del 20 de Octubre de 1984, no se preveía la figura del homicidio piadoso. En cambio, sucedió que en el texto reelaborado del mencionado Proyecto, que se difundiera restringidamente en Febrero de 1985 mediante copias mimeográficas, se propuso entonces la siguiente estipulación: Art. 120.— "El que por piedad mata a otro, sufrirá pena privativa de libertad no mayor de tres años". Una hipótesis más circunstanciada ha sido propuesta en el Proyecto de C.P. publicado en "El Peruano" a partir del 19 de Agosto de 1985. El Art. 115 de este último documento prelegislativo dice: "El que por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años". En nuestro concepto constituye una omisión, ya que el texto prefiere especificar al sujeto pasivo, no haber incluido al "herido grave".

17.— EL HOMICIDIO COMO TEMA DEL DERECHO PENAL

El homicidio representa un tema de preponderante estudio en el amplio campo de las ciencias penales y ciencias auxiliares del Derecho Penal (41). Como nuestro esfuerzo intelectual está destinado aquí al cumplimiento de finalidades dogmáticas, apreciare-

101 del tantas veces citado documento prelegislativo de la misma nacionalidad. Por otro lado, queremos anotar que el Proyecto SOLER (1979) sigue el mismo referido criterio suizo en su Art. 121, agregando que debe tratarse de "un enfermo o herido grave y probablemente incurable". En el aludido numeral del Proyecto argentino se consigna expresamente que el agente debe actuar "movido por un sentimiento de piedad". Sobre este interesante, difícil y polémico tema del homicidio piadoso, que posteriormente abordaremos para precisar su tratamiento en la legislación i prelegislación comparadas, véase el ensayo, que hoy tiene categoría de clásico, escrito por JIMENEZ DE ASUA y que lleva por título "**Eutanasia y Homicidio piadoso**", estudio publicado en un libro de brillante estilo y pletórico de sugestivos pensamientos: **Libertad de Amar y Derecho a Morir**, Bs. As. 1942, p. 401 ss.

(41) Véase al respecto: HENTIG, HANS VON: "**El Asesinato**" en **Estudios de Psicología Criminal**, Volumen II, Madrid, 1960. Del mismo autor: **Problemas de la absolución en el asesinato**, Bs. As., 1959. DI TULLIO, BENIGNO: **Principios de Criminología Clínica y Psiquiatría Forense**, Edit. Aguilar, Madrid, 1966. ALTAVILLA, ENRICO: **La Dinámica del Delito**, Tomo II, Edit. Temis, Bogotá. BROMBERG, W.: **Psicología de la Delincuencia** (Personalidad y Criminalidad), Madrid, 1966. HESNARD, A.: **Psicología del Crimen**, Edit. Zeus, Barcelona, 1963. RESTEN, RENE: **Caracterología del Criminal**, Barcelona, 1963. REIK, THEODOR: **Psicoanálisis del Crimen**, Edit. Paidós, Bs. As., 1965. FUERNEAUX, RUPERT: **Famosos Casos Criminales**, Barcelona, 1964. LLOPIS, JOSE J.: **Enigmas del Mundo del Crimen**, Barcelona, 1964. ENZENSBERGER, HANS MAGNUS: **Política y Delito**, Barcelona, 1968.

mos este **delito máximo** sólo desde el punto de vista estrictamente jurídico, esto es, como un acto humano que con el **nomen iuris** genérico de “homicidio”, comprende a varias hipótesis legales específicas. Del delincuente, indudable protagonista del Derecho Penal, solo nos ocuparemos en este examen en tanto que con su conducta produzca situaciones de manifiesta importancia jurídico-pe-

nal. Las referencias al delincuente, cuando sean necesarias hacerlas, estarán en todo caso conectadas a la acción delictiva o a la pena de las que se traten. Asumir una actitud más ambiciosa significaría inmiscuir investigaciones criminológicas, propias de una ciencia con objeto de estudio y metodología distintos al Derecho Penal, en un análisis que pretende ser de dogmática jurídica. Así, por ejemplo, al comentar el delito de infanticidio tendremos obligatoriamente que ocuparnos de su autora (sólo la madre, para la ley peruana), en razón a que el estado puerperal resulta decisivo para esta configuración delictuosa.

18.— MORFOLOGIA DEL TÍTULO

Las figuras delictivas contenidas en el presente Título son las siguientes:

- a).— Homicidio simple, (Art. 150).
- b).— Parricidio, (Art. 151).
- c).— Asesinato, (Art. 152).
- d).— Homicidio por emoción violenta excusable, (Art. 153).
- e).— Parricidio por emoción violenta excusable, (Art. 154).
- f).— Infanticidio, (Art. 155).
- g).— Homicidio culposo, (Art. 156).
- h).— Instigación al suicidio, (Art. 157).
- i).— Ayuda al suicidio, (Art. 157).

Con excepción de la instigación y de la ayuda al suicidio, que aun siendo delitos contra la vida en manera alguna pueden tener ubicación correcta bajo el rubro de “Homicidio”, todas las demás figuras delictivas del Título I presentan como elemento objetivo la acción propia de un individuo que mata a otra persona. La variante que permite explicar las diferencias está en el elemento subjetivo, el mismo que, adicionado de ciertas circunstancias, les brinda asidero a la específicas hipótesis legales.

HOMICIDIO SIMPLE

Art. 150.— “SE IMPONDRA PENITENCIARIA NO MENOR DE SEIS AÑOS AL QUE INTENCIONALMENTE MATARE A OTRO”.

COMENTARIO

19.— FUENTE

El primer dispositivo legal de la Parte Especial en análisis emerge del Art. 98 del Proyecto suizo de 1918. Es lógico pensar que si su fuente hubiese sido el Art. 103 del Anteproyecto suizo de 1916, como anteriormente supusimos (42), el texto contenido en este documento extranjero ya hubiera sido recogido por el Proyecto peruano de 1916, publicado por la Cámara de Diputados en 1918 (43), lo que no ha ocurrido así. Aun cuando el Anteproyecto y Proyecto helvéticos citados contienen idéntica descripción típica del homicidio simple (44), lo que restaría importancia a la cuestión, hemos creído conveniente hacer la aclaración anotada. HURTADO POZO indica como antecedentes a los documentos prelegislativos suizos que a continuación se especifican: Anteproyecto de 1908, Art. 64; Anteproyecto de 1915, Art. 102; y, Proyecto de 1918, Art. 98.

Modelo de síntesis, que realmente hacía innecesario buscar inspiración en cualquier fuente foránea, es el Art. 295 del Anteproyecto peruano de 1877 (45). En cuanto al precedente legislativo nacional, lo ubicamos en el Art. 230 del C.P. de 1863, de redacción idéntica a la del numeral mencionado últimamente. En realidad, el modelo aludido resultaría siendo el texto respectivo del C.P. abrogado.

(42) En la primera Edición de este Tomo I, 1974, p. 39.

(43) **La Reforma del Código Penal** (Proyecto de 1916. Presentado a la Cámara de Diputados), Tomo II, Imprenta y Librería de San Pedro, 1918. Este es el texto de su Art. 123: “Si impondrá pena de penitenciaría no menor de diez años al que matare a otro, siempre que el hecho no esté de otra manera reprimido en este Código o exento de pena”.

(44) “Celui qui aura intentionnellement tué une personne sera puni de la réclusion pour cinq ans au moins”.

(45) Art. 295.— “El que mata a otro sufrirá penitenciaría en tercer grado”.

20.— LA FORMULA

Con laconismo, que pudo ser superado si se hubiese suprimido la referencia a la **intencionalidad**, el Art. 150 tipifica el "homicidio simple", denominación apropiada con que se le conoce a esta figura delictiva por no estar específicamente circunstanciada. Las fórmulas empleadas en la legislación comparada para redactar esta hipótesis delictiva no siempre se caracterizan por su brevedad y tecnicismo. Así, por ejemplo, las descripciones contenidas en los Cs. Ps. de Paraguay (Art. 334) y Uruguay (Art. 310), incurren en pleonasmos. En cambio, por la precisión de su sentido y la brevedad de su texto, consideramos insuperable la fórmula empleada por el Art. 121 del C.P. brasileño de 1940, todavía en vigencia: "Matar algúem: Peña - reclusao, de seis a vinte anos" (46).

Desde el punto de vista del lugar que ocupa la hipótesis del homicidio simple dentro del Título I, Sección Primera del C.P., no podemos decir que es una figura delictiva residual, afirmación que sí puede hacerse al examinarla en el contexto de los Cs. Ps. de Chile y España, por ejemplo. En nuestro ordenamiento jurídico-punitivo el homicidio simple tiene un carácter primordial al constituirse en la base para la estructuración legal de otros actos de matar que, con relación al delito que nos ocupa, importan una mayor o menor gravedad.

21.— LA RAZON DEL "NOMEN IURIS"

La denominación de **homicidio simple** se explica porque circunscribe la hipótesis de la muerte causada "a otro", sin la concurrencia de expresas condiciones especiales de atenuación o agravación que sirven a la ley sustantiva para concretar y constituir otras figuras delictivas. El Art. 150, que ahora nos ocupa, viene a ser el tipo básico del homicidio; es decir, la materia prima que sirve para estructurar los derivados que adquieren autonomía legislativa con la inclusión de ciertos elementos específicos. Su naturale-

(46) Por otro lado, en el **Anteproyecto de C.P., para Venezuela (1967)**, preparado por los Profesores JIMENEZ DE ASUA y JOSE AGUSTIN MENDEZ, se emplea la siguiente fórmula en el Art. 156: "Cualquiera que dolosamente haya dado muerte a alguna persona, será penado con prisión de ocho a veinte años". Son innecesarias, en nuestro concepto, la referencia a la culpabilidad ("dolosamente") y la utilización de la palabra "persona" para aludir al sujeto pasivo. La primera está demás porque sólo las especies delictivas culposas necesitan indicarse expresamente para ser punibles (Art. 21 *in fine* del mismo documento prelegislativo); y, la segunda también sobra por suponerse que la víctima no puede ser sino otra persona.

za fundamental no sólo se evidencia por su contenido genérico y afirmativo, sino, también hasta por el lugar preponderante en que está ubicado en el C.P. con relación a otras formas de homicidio, según ya anotamos. Algunas legislaciones, como el C.P. danés de 1930 (Art. 237), no hacen la distinción apriorística entre una y otra forma de homicidio, dejando al Juez la facultad de apreciar libremente la gravedad del caso concreto y aplicar la pena que le parezca justa, dentro de la que se encuentra conminada por la ley.

El desaparecido Maestro QUINTANO RIPOLLES, comentando el Art. 407 del C.P. español, texto en el que sobra la palabra "homicida" (advertencia que hacemos de paso) nos dice que estamos frente al homicidio *strictu sensu*, figura construída sobre el presupuesto de su forma dolosa y con los demás elementos constitutivos de toda infracción que en este caso están implícitos en la escueta redacción: "El que matare a otro . . .". El citado Magistrado nos dejó la siguiente definición del homicidio simple: es la muerte voluntaria, antijurídica y culpable de un hombre por otro hombre, que no se halla específicamente prevista en otra modalidad criminal (47). Esta forma negativa de ponerle límites al concepto de homicidio simple, en la que su identificación se obtiene por un proceso de exclusión o eliminación de notas, parece resentir un tanto su naturaleza sustantiva. Observamos que el carácter de esta definición obedece a que el texto vigente del C.P. español describe la figura analizada luego de haber previsto el parricidio (Art. 405) y el asesinato (Art. 406). Nuestro C.P., siguiendo una ordenación inversa y de mejor técnica, encabeza en Título I, de la Sección Primera, con el género (homicidio simple), para tratar después de las especies, según ya advirtiéramos en estos comentarios.

22.— INNECESARIA CONSIGNACION DE LA "INTENCIONALIDAD"

Es censurable, desde una perspectiva técnico-jurídica, que en la redacción del Art. 150 se haya subrayado que la muerte del semejante debe ser ocasionada "intencionalmente". La interpretación sistemática que debe hacerse de los dispositivos del C.P., con mayor razón si pertenecen a la Parte Especial, demuestra que técnicamente es innecesario hacer referencia en la descripción típica a un elemento subjetivo equivalente aquí al dolo. De acuerdo con

(47) QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO: *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 14.

el criterio ítalo-suizo, que en materia de legislación sobre la culpa adoptó nuestro C.P. (Art. 82), lo verdaderamente importante es que en el texto codificado se indique cuándo es sancionada la forma culposa (“negligencia” es la expresión usada invariablemente por nuestro C.P.), suponiéndose, digamos que por ministerio de la ley, que todas las restantes previsiones de conductas punibles que no hacen mención expresa de la negligencia tienen indiscutiblemente el carácter de intencional. Aunque no existe en nuestro C.P. otro caso similar, el defecto técnico anotado es criticable por encontrarse nada menos que en el punto mismo de arranque de la Parte Especial. No creemos que el adverbio “intencionalmente” le otorgue un preciso contenido jurídico a la definición legal, como afirmativamente sostiene ZUÑIGA GUARDIA (47 bis). Su utilización en el Art. 98 del Proyecto suizo de 1918 tal vez se justifique en la medida en que se quiso indicar que se describía un tipo básico de homicidio intencional.

La circunstancia de que en la fuente suiza exista el mismo señalado error no exime de crítica al codificador peruano. La advertencia es necesaria en la medida en que permita tener en cuenta que hacer leyes, o proyectarlas, constituyen tareas mucho más delicadas que copiar o traducir textos extranjeros, por muy justamente celebrados que éstos fueren. El anotado defecto de técnica legislativa ha sido superado en la redacción del Art. 109 del Proyecto de C.P. publicado en “El Peruano”, a partir del 19 de Agosto de 1985.

23.- DEFINICION DOGMATICA

Atendiendo a la legislación penal peruana, podemos definir el delito de homicidio simple de la siguiente manera: **matar dolosamente a una persona, sin que concurra algún elemento constitutivo agravante o atenuante.** Debe quedar claro que una definición dogmática tiene que ser más amplia y explícita que una descripción típica.

24.- BIEN JURIDICO

El interés aquí tutelado es la vida humana interpretada en su estricto sentido **natural** o **biológico**. Se trata del bien individual supremo según la escala de valoración de todos los tiempos y de

(47 bis) ZUÑIGA GUARDIA, CARLOS IVAN: *La teoría jurídica del homicidio en el Código Penal Peruano*, Lima, 1957, p. 102.

todos los pueblos. Es algo más que el derecho a la existencia como prójimo o semejante: es la fuente de todos los restantes derechos. Sin el sustentáculo biológico, representado por la vida humana, todos los demás derechos pierden significación e importancia. Para quienes afirman que el bien jurídico protegido es el hombre considerado como unidad **bio-psicológica**, le advertimos que el siguiente paso obligado por ese camino empedrado de buenas intenciones, pero muy peligroso, les llevaría a estimar como persona sólo al integrado en unidad **bio-psico-espiritual**, criterio con el que se podría marginar de la protección penal a un buen número de componentes de la humanidad.

25.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** puede ser cualquiera, con las excepciones que permiten dar autonomía a la figura agravada del Art. 151 (parricidio) y a la figura atenuada del Art. 155 (infanticidio). El dispositivo legal comentado alude al sujeto activo con la expresión “. . . al que . . .” (48). MAGGIORE sostiene, explicando el Art. 575 del C.P. italiano (homicidio voluntario), que aun el mismo sujeto pasivo puede ser sujeto activo, como sucede en el suicidio, hecho éste que según su opinión no deja de ser un homicidio al no perder la característica de constituir la muerte violenta de un hombre, sin importar que la calidad de reo y agraviado coincidan en una misma persona (49). Tan discutible punto de vista, inclusive teniendo como objetivo la propia legislación penal italiana, no es posible sostenerlo poniéndonos frente a nuestra dogmática. La razón está en que el Art. 150 del C.P. peruano se refiere claramente a ambos sujetos con la fórmula “**al que . . . matare a otro**”, superior a la equívoca utilizada por el Código ROCCO: “**El que . . . ocasionare la muerte de un hombre . . .**”.

Sólo la persona individual puede ser sujeto activo. Aquí no tiene cabida alguna la noción de persona jurídica, moral o ideal como agente del delito. Tampoco las asociaciones ilícitas que se forman de hecho para cometer múltiples delitos (49 bis). Acep-

(48) La fórmula seguida, con algunas excepciones, por el texto codificado es: “El que . . .”.

(49) MAGGIORE, GIUSEPPE: **Derecho Penal**, Parte Especial, Volumen IV, Edit. Temis, Bogotá, 1956, p. 276.

(49 bis) Anotamos, de paso, que en nuestra legislación penal no existe la figura delictiva genérica de la **asociación ilícita** que permita sancionar a cada uno de sus inte-

tarlas como sujetos activos implicaría remover los cimientos de la moderna estructura del Derecho Penal que se apoya en una clara concepción subjetivista de la imputabilidad y también en la vigencia cada vez más acentuada del principio "**nullum crimen sine culpa**" (50).

b).— **Sujeto pasivo** es la persona de existencia visible; es decir, cualquier ser humano desde el instante en que ha nacido (abandono total del vientre materno, aun cuando subsistiere el cordón umbilical), e inclusive desde que está naciendo (emergente al mundo extrauterino), hasta que muere (biológicamente). La viabilidad del recién nacido no es presupuesto de la tutela penal de la vida. Como consecuencia de este último criterio afirmamos que el prematuramente nacido que carece de la capacidad para sobrevivir, pero que todavía sobrevive al momento de la acción que le extingue la existencia, es sujeto pasivo de homicidio simple (51). En cambio el feto, por no ser todavía una persona cierta, sino, sólo una esperanza de vida extrauterina, no es sujeto pasivo de este delito. La presunción contenida en el Art. 1º de nuestro Código Civil en el sentido de reputar al concebido como sujeto de derecho para todo lo que le favorece (52), es una ficción jurídica que permite suponer ya terminada la personalidad solamente para dar solución a problemas propios del Derecho Civil, especialmente los que se

grantes por el exclusivo hecho de pertenecer a la misma. En cambio, sí se encuentran previstos los casos específicos de asociación ilícita para el terrorismo (Art. 5º del Decreto Legislativo Nº 46), y la asociación ilícita para el narcotráfico (Art. 57 del Decreto-Ley 22095, modificado por el Decreto Legislativo Nº 122). El Proyecto de C.P. publicado en "El Peruano", a partir del 19 de Agosto de 1985, contiene una hipótesis genérica sobre esta forma de organización delictiva en su Art. 293, ubicándose el texto bajo el rubro: "Delitos contra la tranquilidad pública".

(50) Conforme: Ponencia sobre "**Autoría y Participación**", presentada por la Comisión de Trabajo Argentina a la II Reunión Plenaria de la Comisión Redactora de C.P. Tipo para Latinoamérica (Véase en: **Derecho Penal Contemporáneo**, Nº 10, 1965, México, p. 50).

(51) Conforme: POLITOFF y otros, op. cit., Tomo I, Parte Especial, p. 59. Así mismo: RODRIGUEZ DE VESA, op. cit., Parte Especial, p. 26. La viabilidad, que es indiferente para la configuración del homicidio, suele definírsele como la aptitud del recién nacido para continuar la vida extrauterina.

(52) El precepto tiene indudable respaldo constitucional. El Art. 2º, Inc. 1, de nuestro Código Político, dice que toda persona tiene derecho: "A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad. Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece". El constituyente de 1979 estimó que era un pleonismo, según parece, que se agregara la frase "a condición de que nazca vivo", ya que no hay otra manera de nacer.

relacionan con los alimentos y la sucesión hereditaria, operando esta última al cumplirse la condición de que “nazca vivo”.

El sujeto pasivo debe ser una persona viva. El que procurase dar muerte a un cadáver creyéndolo erróneamente un ser vivo, no podrá jamás consumar el delito de homicidio. En este caso, aun cuando se trata de una acción delictiva de imposible perfeccionamiento por inidoneidad del objeto de protección jurídica, se impondrá siempre una pena, la misma que puede estar por debajo de los seis años (mínimo para el homicidio simple), en atención a la peligrosidad subjetiva evidenciada por la acción del agente (53).

(53) Véase el Art. 99 del C.P. Sobre este interesante tema ha escrito el jurista argentino RICARDO LEVENE (h), lo siguiente: “Sostienen con toda razón la jurisprudencia alemana, francesa y la nuestra, que los hechos y los actos valen más por lo que significan que por sus resultados, aunque no causen concretamente un daño; en el caso del delito imposible, o como bien se dice, tentativa de delito imposible —porque el delito no se puede cometer ya que es imposible—, el sujeto ha desarrollado toda la actividad que ha estado en su mano realizar para consumar el hecho delictuoso. Ha cumplido todo el *iter criminis*, ha efectuado todos los actos que estaban a su alcance para obtener el fin perseguido. Ha habido intención criminal, y si los hechos no se han producido como él quería, estamos ante un delito frustrado por circunstancias ajenas a su voluntad, por inidoneidad de los medios empleados o porque el delito es imposible en sí. Es el supuesto de aquel que quiere robar una cartera que no contiene dinero. O el que balea un cadáver. O el de quien efectúa maniobras abortivas en una mujer que no está encinta. O el de aquel que quiere envenenar a la víctima, confundiendo el cianuro con el azúcar. El sujeto cumple una actividad criminosa, comete todos los actos que él quiere y puede cometer, pero el delito no se lleva a cabo por circunstancias ajenas a su voluntad. Se considera esto tentativa de delito imposible, y se lo sanciona en general en las legislaciones como tentativa del delito que se quiso cometer” (**El Delito de Homicidio**, Ediciones Depalma, Bs. As., 1970, p. 61 s.). Con relación al mismo asunto IRURETA GOYENA ilustra diciendo que existen dos criterios para apreciar la naturaleza y las consecuencias del delito imposible: uno subjetivo y otro objetivo. Según el criterio objetivo, denominado también clásico, el delito imposible no genera responsabilidad penal. En cambio, de acuerdo con la tesis subjetiva, mucho más moderna, propuesta por el jurista alemán VON BURI, el delito imposible sólo constituye una de las formas de frustración de la actividad criminal, jurídicamente punible. He aquí, sintéticamente expuesto por IRURETA GOYENA, el razonamiento aproximado de quienes son partidarios del criterio objetivo: “Para que exista frustración o tentativa es necesario que el acto se haya empezado a ejecutar; pero, como ontológicamente, no se ha podido comenzar a ejecutar un hecho físico y materialmente imposible, el juez o el penalista se encuentran frente a una resolución criminal escueta y como la resolución criminal, por sí sola, si no va acompañada de hechos externos de cierta intensidad, escapa a toda sanción penal, el delito imposible no resulta punible”. A este argumento, así resumido, responden los penalistas orientados por la moderna doctrina alemana sosteniendo que los hechos valen más por su significado que por lo que son, constituyendo un grandísimo error prescindir del mal que simbolizan con el pretexto de no haber ocasionado ningún mal efectivo. En opinión del citado jurista uruguayo, la mejor doctrina es la subjetiva que propugnan los tratadistas alemanes y que sigue la jurisprudencia francesa (op. cit., p. 7 ss). Nuestro C.P. (Art. 99), al igual que el Proyecto

Está claro que el extremo final de protección penal de la vida alcanza hasta el minuto en que sucede su extinción, es decir, termina en el momento mismo en que ocurre la muerte. Por el contrario, la determinación del instante a partir del cual es realmente un cadáver quien antes fue persona, se ha tornado un asunto muy discutible con motivo de los trasplantes de órganos vitales, sobre todo del corazón (53 bis). En nuestro criterio, la solución de esta incógnita dependerá de los alcances restrictivo (exclusivamente jurídico-sanitario), o extensivo (con validez también para otras áreas del Derecho) con que se interprete el concepto de "muerte" utilizado por la Ley 23415, la misma que regula los trasplantes de órganos o tejidos de cadáveres y personas vivas (53 ter). Nosotros opinamos, con valor para la dogmática peruana, que también es sujeto pasivo del delito de homicidio la persona en quien se ha producido la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral; es decir,

suizo de 1918 que le sirviera de fuente (Art. 20, primer párrafo), sigue la tesis subjetiva. Véase sobre el tema: EDUARDO NOVOA MONREAL; *El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible*, Concepción (Chile), 1963. También: RUPERTO NUÑEZ BARBERO; *El delito imposible*, Salamanca, 1963. Por último: JOSE HURTADO POZO; *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Lima, 1978, p. 325 ss.

(53 bis) El 3 de Diciembre de 1967 el Dr. CHRISTIAN BARNARD sorprendió al mundo al extraer el corazón enfermo del comerciante Louis Washkansky, con la colaboración de un numeroso equipo médico, a fin de implantarle en su lugar el de Denise Ann Darvall, una joven de veinticinco años que había quedado con el cráneo y cerebro casi completamente destrozados a consecuencia de un accidente de tránsito producido pocas horas antes del trasplante. La operación tuvo lugar en el Hospital Grotte Schuur de Ciudad del Cabo, Africa del Sur. Todo indicaba que Washkansky no tenía otra posibilidad de sobrevivir que no fuera la de someterse a la riesgosa intervención quirúrgica y que la Darvall había sufrido una lesión que hizo irreversible la paralización de las funciones de su cerebro. Washkansky falleció a los dieciocho días. A esta operación de trasplante siguió otra efectuada el 2 de Enero de 1968 en la que se implantó, por el mismo Barnard, el corazón de Clive Haupt en el pecho del dentista Philip Blaiber. El paciente logró sobrevivir, con especiales cuidados, poco más de un año.

(53 ter) La Ley 23415 fue promulgada el 1º de Junio de 1982. En su Art. 12º se derogan las disposiciones legales consignadas en la Sección Cuarta del Libro Primero del Código Sanitario (Decreto-Ley 17505), la misma que tenía el siguiente rubro "De la muerte, injerto o trasplante de órgano, tejidos y partes del organismo". La Ley 23415 tiene su Reglamento en el Decreto Supremo Nº 016-83-SA, de fecha 15 de Abril de 1983. Advertimos que nuestro C. Civil de 1984 prescribe al respecto, en su Art. 6, segundo párrafo, lo siguiente: "Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia". Pensamos, por otro lado, que el C. Civil en vigencia, al igual que hiciera el texto abrogado de 1936, conceptúa el fenómeno de la muerte, tanto en el Libro I ("Derecho de las Personas"), como en el Libro II ("Derecho de Sucesiones"), dándole un alcance que excluye la subsistencia biológica en su totalidad, es decir, sin que su sentido pueda quedar limitado a la sola comprensión de la llamada "muerte cerebral".

aquel individuo que estuviere “muerto clínicamente” (54). La ficción jurídica de considerar como “un cadáver” al descerebrado, a pesar de que la realidad indica que está vivo, no puede tener otro campo de aplicación distinto al exclusivamente terapéutico. No era necesario acudir al recurso extremo de reputar “cadáver” a un ser vivo que revelara silencio cerebral para garantizar, así, la impunidad del médico que utilizare uno de sus órganos vitales con el fin de efectuar reglamentariamente un trasplante que habrá de producir, por necesidad, la muerte biológica del mal llamado “objeto de derecho”. La causa de justificación que se refiere a **la práctica de un acto permitido por la ley**, consignada en el Art. 85, Inc. 4º, de nuestro C.P., no existe para cumplir una finalidad ornamental.

(54) El trasplante de órganos vitales o indispensables, que por su naturaleza y la función que desempeñan requiere de la muerte del sujeto que los poseía en vida (Art. 2º, Inc. c. del Decreto Supremo Nº 016-83-SA, Reglamento de la Ley 23415), planteó la necesidad jurídicamente superflua de distinguir entre la **muerte biológica** y la **muerte clínica**. Se entiende por muerte biológica a la muerte celular, aquella que se produce a diario y que se confirma por los signos exteriores inequívocos que se presentan desde pocos momentos posteriores al fallecimiento y que dentro de las veinticuatro horas subsiguientes hacen inconfundible el deceso (**fenómenos cadavéricos o signos positivos de la muerte**, siendo la putrefacción el más significativo). En otras palabras, para decirlo en los términos de nuestra ley: es la cesación definitiva e irreversible de la función cardio-respiratoria (Art. 5º de la Ley 23415). Por otro lado, la muerte clínica es un concepto médico-legal que define un acontecer más específico: es la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral (Art. 5º de la citada Ley), la misma que debe confirmarse por encefalogramas repetidos a juicio del especialista (Art. 23 del mencionado Reglamento). El silencio cerebral (**muerte encefalográfica**), es un signo negativo de la vida cuyo alcance conceptual está circunscripto al campo de los trasplantes legales de órganos y tejidos. La propia Ley 23415 hace esta delimitación al prescribir en su Art. 5º: “Se considera muerte, **para los efectos de esta ley**. . .”. Quienes pretendan darle efectos extensivos a la muerte clínica para hacerla incursionar en el Derecho Penal, le advertimos que tal concepto ni siquiera ha logrado penetrar en el área de la legislación civil: con una declaración de muerte clínica no podrá inscribirse una partida de defunción o solicitarse una declaración de herederos. A consecuencia de lo expuesto nos permitimos sostener que la persona que hubiere sido certificada como clínicamente muerta (Art. 6º de la Ley en referencia), también podrá ser, con motivo de un hecho ocurrido con posterioridad a tal certificación, sujeto pasivo de homicidio. El médico que, después de haber dado cumplimiento a los trámites legales y reglamentarios, transforme una muerte clínica en muerte biológica, estará protegido por la causal de justificación prevista en Inc. 4º del Art. 85 del C.P., puesto que se habrá limitado a practicar un acto permitido por la ley. Igual amparo alcanzará a los familiares más próximos y al Director del Establecimiento que prestasen su consentimiento para el trasplante del órgano vital (Art. 4º de la Ley 23415 y Art. 28 de su Reglamento). En cambio, si es que no se cumplieran los trámites legales para efectuar el trasplante del órgano vital y se convirtiera así, una muerte clínica en muerte biológica, entonces estaremos frente a un caso de homicidio simple, sin que al autor le alcance la protección consignada en el Inc. 3º del Art. 85 del C.P., dispositivo que sólo contempla el caso del estado de necesidad propio, pero no el de un tercero (el del recep-

26.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Preexistencia de una vida humana cierta.** El titular del derecho vital es aquí la persona humana. Como tal se le protege desde que está naciendo hasta su muerte biológica. La vida incipiente del feto y la paz de los muertos encuentran amparo en otros dispositivos del C.P. Siendo exacta, desde el punto de vista de la ciencia médica, la diferencia entre **vida** y **vitalidad** (o viabilidad), la misma no tiene ninguna trascendencia para la ley penal que ahora nos ocupa. Es suficiente la vida, no importando el grado de capacidad para vivir. Si el recién nacido está vivo, aunque no tenga vitalidad (aptitud para continuar la vida), tal existencia es

tor del órgano). Es evidente que la Ley 23415 ha recurrido, pues, a la ficción jurídica de reputar como "cadáver" a la persona clínicamente muerta sin otro fin que el sanitario específicamente regulado. Ha sido la magia de la ley peruana, pero no la naturaleza, la que ha convertido a una persona de sujeto de derecho en "objeto de derecho" (Art. 2º de la tantas veces citada Ley). No obstante, para el ordenamiento jurídico-penal que tiene diariamente que enfrentarse con la crudeza de la realidad, la persona declarada muerta clínicamente sigue siendo sujeto de derecho y, en caso de extinguírsele la vida fuera del campo delimitado por las leyes de la salud, **será sujeto pasivo de homicidio.** Nuestro criterio al respecto, consignado ya en la primera edición de este Tomo I (1974), ha sido seguido por PEÑA CABRERA (Tratado., op. cit., Volumen II, Parte Especial, p. 42), aunque sin mencionarnos. JOSE HURTADO POZO, en cambio, tiene una opinión distinta. Con su tesis no se logra llenar un supuesto vacío del C.P., sino, se deja al descubierto este hueco: la destrucción de una persona declarada clínicamente muerta, que se efectúe al margen de los reglados fines terapéuticos, será un hecho impune mientras no se prevea la correspondiente figura delictiva. He aquí su pensamiento: "Los 'restos mortales' o el 'cadáver' mencionados en la ley 23415 (Arts. 3 y 2) no pueden ser más considerados como 'persona', pasible del delito de homicidio; por más que en la ley se diga que la definición de muerte es sólo para los efectos regulados en dicha ley. ¿Cómo tratar a quien causa, dolosamente, en otra persona el estado de muerte clínica? Si no tuviese repercusiones en el dominio penal, no podría ser considerado como homicida; aun cuando sea declarada fallecida y sus órganos o tejidos utilizados en trasplantes e injertos. Esta interpretación no es correcta. Matar a otro, en el sentido de causarle la muerte clínica, ya es homicidio. Eliminar la vida vegetativa de un 'muerto clínico' no es homicidio. La destrucción de los 'restos mortales' o del 'cadáver' de una persona declarada muerta clínicamente, en detrimento de los fines altruistas a que puedan estar destinados en la clínica u hospital donde se encuentran, debe —quizás— ser reprimida penalmente; pero, para esto sería necesario elaborar un nuevo tipo legal" (**Manual de Derecho Penal**, Parte Especial I, **Homicidio y Aborto**, Lima, 1982, p. 28 s.). Adviértase que HURTADO POZO, consecuente con su punto de vista, admite que se adecúe típicamente y se castigue como **homicidio** (Art. 150 del C.P.) la **lesión grave** que inutilizó al cerebro para su función propia (Art. 165, Inc. 2 del C.P.), a la vez que transformó a su desgraciado poseedor en un "cadáver viviente" (de alguna manera tenemos que decirlo). En la doctrina penal latinoamericana tienen igual posición a la nuestra, en cuanto a considerar al llamado "muerto

real y no aparente, conforme tuvimos ya oportunidad de advertir. Nada interesa, para este efecto, que la prolongación de la vida sea artificialmente conseguida por el arte del médico y la técnica a su alcance. Después de todo, es conforme a derecho que el profesional de la Medicina emplee y desarrolle el máximo esfuerzo posible para procurar salvar una vida en peligro de extinguirse.

El ser humano puede estar gozando de buena salud o moribundo; puede pertenecer la vida a un hombre libre o a un presidiario, a un procesado absuelto o a un condenado a muerte; a un hombre con los reflejos de un campeón de box o a un descerebrado. La vida puede ser la de un genio o la de un idiota, la de un ana coreta o pertenecer a un libertino; su titular puede ser un fascista o un demócrata. Por último, puede animar un cuerpo normal o monstruoso. Nuestro C. Civil, a diferencia de otros textos como es el caso del Art. 51 del C. Civil argentino (55), no da una pauta legal para precisar el sentido físico o morfológico de "persona". En

clínicamente" como sujeto pasivo de homicidio, los siguientes autores: POLITOFF, GRISOLIA y BUSTOS (op. cit., Parte Especial, Tomo I, p. 64, nota N° 32, segundo párrafo). Así mismo: MARIANO JIMENEZ HUERTA, notable autor español que ha escrito lo siguiente: "La muerte es un fenómeno fisiológico integral que sólo se produce cuando cesan las intercorrelaciones orgánicas funcionales de aquellos órganos que hacen posible las condiciones físicas y químicas del medio interno, esto es, cuando dejan de funcionar completamente el corazón, los pulmones y el cerebro. La necesidad de contar con corazones todavía activos para realizar los trasplantes cardíacos, ha motivado la insólita audacia y el estólido absurdo de tratar de sustituir la realidad fisiológica de la muerte integral por esos deleznable conceptos de 'muerte encefalográfica', 'muerte intermedia' o 'muerte anticipada' que se asientan en este absurdo sofisma: la persona fallecida deviene en una 'conserva de vida'; es depositaria de una ultravida, sobrevida o residuos de vida, que hace posible que su corazón pueda ser utilizado después de la encefalográfica muerte. Únicamente la muerte tisular, biológica, definitiva o integral entra en consideración en la plenitud del orden jurídico para poder concluir que se ha extinguido o dejado de existir una vida humana. No creemos que pueda darse otro sentido o interpretación al fenómeno de la muerte. Los conceptos de 'muerte encefalográfica', 'muerte intermedia', 'muerte aparente' o 'muerte anticipada' son, por otra parte, antagónicos con las ideas valorativas de la comunidad reflejadas en el derecho vigente. Pero, además, dudamos mucho que puedan aceptarse ni siquiera bajo el imperio de un derecho forjado sobre la base de las más estrictas concepciones naturalísticas y tecnológicas, pues se introduciría en la vida social una inseguridad insostenible, fecunda en errores y, sobre todo, en iniquidades y abusos" ("Los trasplantes de corazón y la tutela penal del bien jurídico de la vida"; véase en el Libro publicado en Homenaje al Profesor LUIS JIMENEZ DE ASUA: **Problemas actuales de las ciencias Penales y la Filosofía del Derecho**, op. cit., p. 530 s.).

(55) Art. 51 del C. Civil argentino: "Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible".

la época antigua se distinguió, conforme observan numerosos tratadistas, entre **mostrum** (deforme, sin nada de especie humana), y **monstruosum** (defectuoso, anormal pero con cara humana). La muerte causada al primero no era homicidio; sí tenía tal carácter la ocasionada al segundo. La concepción antigua ponía en relieve la perfección física, creyendo que ser humano era el apto para ser soldado (**homo belicus**). La historia nos señala, confirmando este criterio, que el monte Taigeto en Grecia y la roca Tarpeya en Roma era los lugares utilizados para despeñar a los niños endebles o deformes.

b).— **Extinción de la vida humana.** La conducta del agente debe producir la cesación irreversible de las intercorrelaciones orgánicas funcionales del corazón, los pulmones y el cerebro. Se trata, en consecuencia, de la muerte biológica. Si el resultado fuese exclusivamente la llamada muerte cerebral o encefalográfica, el delito sería de lesiones graves (Art. 165, Inc. 2º del C.P.).

Problema interesante es el que se relaciona con la necesidad de la presencia del cadáver para que se tenga por acreditada la extinción de la vida. Según CARRARA no puede afirmarse que hay delito de homicidio mientras no se compruebe que un hombre ha muerto por obra de su semejante; ni puede decirse con certeza que un hombre ha muerto, mientras no se encuentre su cadáver, o por lo menos, mientras sus restos no sean debidamente reconocidos (56). Consideramos que la reserva del Maestro de Pisa, motivada

(56) CARRARA: op. cit., § 1088. IRURETA GOYENA observa acertadamente que los criminalistas, sin discrepancias, desechan la doctrina de CARRARA al afirmar, con toda razón, que su aceptación implicaría basar la certidumbre en la pura y exclusiva constatación visual, como si el hombre no tuviera medios supletorios de información casi tan igualmente eficaces. El citado autor uruguayo nos bosqueja un caso de su imaginación para hacernos ver con nitidez superior a la lógica del mejor discurso, la posibilidad de alcanzar la convicción de que se ha cometido un homicidio, sin contar con la presencia del cadáver. He aquí la hipótesis: "Supóngase que varios testigos que merecen crédito han visto entrar a una persona a una casa; imagínese también, para completar el ejemplo, que esas mismas personas han visto que otra, breves momentos después, le prendía fuego a esa misma casa; agreguen que esos testigos no vieron salir del edificio incendiado ni de sus dependencias luego de producido el incendio, a la persona que entró en él; integren el caso con la circunstancia de que el sujeto no ha aparecido entre los escombros, ni se ha podido obtener noticias de él pero que ha aparecido entre los escombros un botón incandescente de la ropa que usaba ese día o algún otro rastro que indicara su presencia en el edificio en el momento en que las llamas lo devoraban todo . . . En estas condiciones, ¿puede un juez racionalmente rechazar la imputación de homicidio y absolver de este delito al sujeto que fue visto tea en mano, prendiendo fuego a la casa, a título de que el cadáver del referido sujeto no ha sido hallado?" (op. cit., p. 16 s.). En la jurisprudencia

por la posibilidad de que se llegue a condenar a infelices como culpables de haber dado muerte a personas que todavía están vivas, sólo puede tener justificación en el caso que no hayan elementos indiciarios para comprobar la existencia, como cosa, de un cadáver que nuestros ojos no ven. La realidad de un hecho o de una conducta acaecida puede acreditarse no solamente por medio de los sentidos, sino, también a través de la lógica. Por vía de inducción o deducción se puede concluir que una persona ha sido muerta por otra, aunque no aparezca su cadáver. Nuestro C. de P.P. acepta expresamente esta clase de comprobación, aunque en forma indirecta, al prescribir que la sentencia condenatoria deberá ser revisada por la Corte Suprema en el siguiente caso: "Cuando después de una condena por homicidio se produzcan pruebas suficientes de que la pretendida víctima del delito vive o vivió después de cometido el hecho que motivó la sentencia" (Art. 361, Inc. 1º). La jurisprudencia peruana, desde hace treinta años, ha seguido el criterio correcto al estimar no indispensable la presencia del cadáver para tener por configurado el delito de homicidio, siempre que, claro está, supletoriamente pueda acreditarse su realidad mediante prueba indiciaria (57).

comparada tenemos el siguiente caso: John White Webster, profesor de Química en la Escuela de Medicina de la Universidad de Harvard (Boston, EE. UU.), médico de profesión, había sido visitado en su centro de trabajo por su colega el Dr. George Parkman. Nunca más volvió a vérselo al Dr. Parkman. La búsqueda consiguiente permitió que a los pocos días se encontrara una pelvis de hombre y dos partes de una pierna en la bóveda de ladrillo situada debajo del laboratorio del profesor Webster, así como también otros restos menores ubicados en el horno de dicho laboratorio. Iniciado el juicio el 19 de Marzo de 1850, el Fiscal trató de probar que los restos humanos encontrados pertenecían al Dr. Parkman, mientras que el Abogado Defensor procuraba demostrar que los mismos podían ser de cualquier persona, menos del Dr. Parkman. Un testigo de cargo declaró que quienquiera que hubiere desmembrado el cuerpo al que pertenecían los restos, era persona que sabía manejar el bisturí. El Presidente del Tribunal, LEMUEL SHAW, dirigió al Jurado un discurso que los criminalistas siguen considerando todavía como una exposición magistral de la teoría de la prueba por indicios. El veredicto fue de culpabilidad. Mucho antes del día 30 de Agosto de 1850, fecha en la que fue ejecutado, el profesor Webster confesó su delito. Había matado bajo el imperio de una emoción violenta: se enfureció cuando el Dr. Parkman lo llamó "granuja" y lo amenazó a raíz de su incumplimiento en pagarle una deuda de dinero que había prometido cancelar (Véase una condensación del caso, bajo el título "Crimen en la Universidad", en: *Historias reales de crimen y misterio*, Miami, Florida, 1964, p. 240 ss.).

(57) "Aunque no haya aparecido el cadáver de la víctima ni esté establecida la causa de la muerte, si de las demás pruebas actuadas resulta acreditada la comisión del delito y sus circunstancias, procede la condena de los autores" (Ej. Sup. 7 Diciembre 1953, en *Rev. de Jur. Per.*, 1953, p. 1502). Otra: "Aunque no haya sido encontrado el cadáver de la víctima, la amplia comprobación de la existencia del delito suple a la prue-

c).— **Que la muerte sea causada por acción, o atribuible por comisión omisiva.** Las palabras empleadas por la ley en el texto comentado hacen indudable tanto la procedencia de la forma activa como la inoperancia de la omisión propia (omisión *strictu sensu*). En cambio, es discutible que la conducta homicida pueda o no revestir la forma de la **omisión impropia** (comisión por omisión). Nosotros opinamos que la Constitución Política (Art. 2º, Inc. 20, apartado d.) y el C.P. (Art. 3º) descartan aquí a la omisión propia en cuanto prescriben que un comportamiento de tal naturaleza no podría motivar un proceso o una sentencia condenatoria si es que previamente no ha sido calificado en la ley, “de manera expresa e inequívoca”, como una infracción punible. Matar a otro por omisión propia no aparece en la descripción típica del Art. 150 del C. P. Es verdad que tampoco figura el hecho de matar a otro por comisión omisiva. No obstante esta última ausencia, sucede que la no evitación de la muerte intencionalmente querida está permitido asimilarla a su producción por acción, sin quebrantar el principio de tipicidad, cuando el agente tenía la obligación específica de actuar para impedir el resultado letal; es decir, si se encontraba en la **posición de garante**. La fuente de donde emerge la posición de garante, o sea el deber de actuar, no es otro que la ley. El Art. 2º, Inc. 20, apartado a. del Código Político, al disponer **ab initio** que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda . . .”, también está prescribiendo tácitamente, según se desprende por interpretación a **contrario sensu** que **todos están obligados a hacer lo que la ley sí manda**. En consecuencia, para nuestra dogmática, la posición de garante encuentra su fuente en la exigibilidad de cumplir con un deber jurídico de actuar frente a una situación de efectivo desvalimiento del prójimo. Así, por ejemplo, configura delito de homicidio la conducta del médico que intencionalmente se abstiene de prestarle cuidado terapéutico a un enfermo con el fin de ocasionar su muerte (58). Podemos citar, en el mismo sentido, el caso de quien intencionalmente omite prestarle socorro a su enemigo que encuentra herido en un lugar solitario, abstención que no obedece a indolencia, sino a su propósito de ocasionarle la muerte.

ba física de la exteriorización del mismo, procediendo, en consecuencia, la condena por el delito de homicidio” (Ej. Sup. 16 Diciembre 1955, en *An. Jud.*, 1955-1956, p. 125). Conviene indicar que el C. de P.P. establece en sus Arts. 173, 174 y 175 las formas como debe procederse a la identificación de un cadáver.

(58) Conforme: GUZMAN VIAL, MANUEL: “Responsabilidad penal del médico y personal paramédico en el tratamiento de la muerte próxima”, separata de la *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XXXVI, N° 2, Santiago de Chile, p. 126.

El tema en cuestión no es pacífico. Tienen mucha razón quienes afirman que no hay seguramente materia más enrevesada e incierta en la teoría del delito que la comisión por omisión y, muy particularmente, todo lo que concierne a las fuentes del deber de actuar (59).

Entre los autores peruanos, PEÑA CABRERA acepta que el homicidio pueda cometerse tanto por acción, así como por comisión omisiva. A manera de ejemplo de comisión por omisión cita el caso del lazarillo que no impide que su amo ciego se precipite al abismo (60). HURTADO POZO, por su parte, sostiene que la acción del causante de la muerte de una persona puede ser comisiva u omisiva. Agrega que cuando el agente ocasiona la muerte de la víctima, omitiendo hacer algo que está obligado a realizar por mandato legal o consensual, o por las condiciones prácticas en que se desarrolla el hecho, se presenta la forma de acción de "comisión por omisión" (61).

d).— **Relación de causalidad o de atribuibilidad normativa del resultado.** Nuestro texto codificado, siguiendo la tendencia que se ha constituido en la mejor postura que hoy adopta gran parte de la doctrina y legislación, no establece reglas sobre la causalidad. Son raros los Cs. Ps., como el italiano (Arts.40 y 41), el brasileño (Art. 13) y el etíope (Art. 24), que disciplinan tan complicada materia (62).

(59) POLITOFF y otros: op. cit., Parte Especial, Tomo I, p. 73.

(60) PEÑA CABRERA: op. cit., Volumen II, Parte Especial, p. 44.

(61) HURTADO POZO: **Manual de Derecho Penal**, op. cit., Parte Especial I, p. 38.

(62) C.P. italiano, Art. 40 (**Relación de causalidad**).— "Ninguna persona podrá ser castigada por un hecho previsto por la ley como infracción, si el resultado dañoso o peligroso del que depende la existencia de este ilícito, no es consecuencia de la acción u omisión de esa persona. No impedir un resultado que hay obligación jurídica de impedir, equivale a ocasionarlo". Art. 41 (**Concurso de causas**).— "El concurso de causas preexistentes, simultáneas y subsiguientes, aunque sean independientes de la acción u omisión del culpable, no excluye la relación de causalidad cuando por sí solas han sido suficientes para determinar el resultado. En tal caso, si la acción u omisión precedentemente cometida constituye por sí misma una infracción, se aplicará la pena establecida para esta. Las disposiciones precedentes se aplicarán aun cuando la causa preexistente simultánea o subsiguiente, consista en un hecho ilícito ajeno". C.P. brasileño de 1969, Art. 13 (**Relación de causalidad**).— "El resultado del cual depende la existencia del delito, solamente es imputable a quien lo causó. Se considera causa la acción u omisión, sin la cual el resultado no hubiera ocurrido § 1º.— La causa relativamente independiente sobrevenida excluye la imputación cuando, por sí sola, produce el resultado. Los hechos

En verdad, sólo puede hablarse de relación de causalidad en los delitos de acción en sentido estricto (de actividad o de comisión). En cambio, en los delitos de omisión (propia e impropia), se trata de establecer la atribuibilidad normativa del resultado.

La causalidad es un concepto perteneciente al mundo del *ser*, y no así al ámbito del *deber ser*. Certeramente ha escrito WELZEL que el concepto causal no tiene una entidad jurídica (normativa), no es una mera vinculación lógica y menos una relación simplemente "ideal" de diversos acontecimientos; sino, es la conexión regular en la sucesión del acontecer real, no perceptible por los sentidos, es cierto, pero sí posible de ser captada por el pensamiento y por ello, como tal, con una entidad tan real como el acontecer mismo. Agrega, a continuación, que el Derecho tiene que partir de este concepto causal "ontológico" en razón de no existir una causalidad jurídica especial (63).

Advertimos que la cuestión de la causalidad tuvo en tiempo pretérito una mayor importancia que ahora para el Derecho Penal, sobre todo debido al notorio relieve que entonces le concediera la teoría naturalista de la acción (elemento del delito). En la actualidad, al aceptarse la inexistencia de responsabilidad penal sin culpabilidad (**nullum crimen, nulla poena sine culpa**), realmente ha perdido importancia la determinación de los principios básicos de la imputabilidad física (64), pues, como ha señalado WELZEL, con la comprobación de la causalidad objetiva sólo se consigue establecer el presupuesto más elemental y el límite más externo de la res-

anteriores son imputables a quien los practicó. § 2º.— La omisión es relevante como causa cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar incumbe a quien tenía por ley obligación de cuidado, protección o vigilancia; a quien de otra forma, asumió la responsabilidad de impedir el resultado; y a quien, con su comportamiento anterior, creó el riesgo que sobreviniera". La Comisión Redactora de Código Penal Tipo para Latinoamérica, aceptando el criterio que entonces se expusiera por la Comisión de Trabajo del Brasil en la Ponencia presentada ante la II Reunión Plenaria (Méjico, 1965), se abstuvo de regular la relación de causalidad por considerar muy difícil llegar a una fórmula precisa que cumpla con las exigencias técnica y científica, prefiriendo dejar su elaboración a la doctrina. La sustentación de la ponencia citada ("El hecho punible, relación de causalidad, lugar y tiempo del delito"), no fue pacífica, pues se le opuso el Voto discordante del Ministro HUNGRIA (Véase en: **Derecho Penal Contemporáneo**, N° 10, 1965, Méjico, p. 14 ss.).

(63) WELZEL: op. cit., Parte General, p. 66.

(64) Conformes: FRAGOSO, CLAUDIO HELENO; BRUNO, ANIBAL; MORAES, BENJAMÍN; y, STEVENSON, OSCAR: "El hecho punible, relación de causalidad, lugar y tiempo del delito"; véase en: **Derecho Penal Contemporáneo**, op. cit., p. 17.

ponsabilidad penal (65). Claro está que, para comenzar, por un resultado dañoso sólo puede pretenderse hacer responsable a aquel que lo haya causado físicamente; pero si en realidad se le hará o no responsable jurídicamente al final, es un asunto que depende, más allá del problema causal objetivo, de otros presupuestos del concepto de delito, conforme aquí veremos.

En lo que respecta concretamente a la relación de causalidad en el homicidio doloso, figura delictiva en la que se plantean las más difíciles interrogantes sobre el tema que nos ocupa, debemos examinar, como enseña WELZEL, una cuestión fundamental: en qué medida la relación causal es momento integrante de la acción típica; es decir, en qué proporción la muerte causada viene a ser el resultado de un factor de dirección o de gobierno impuesto por el dolo (conciencia y voluntad) de matar. En este sentido; la primera tarea consistirá en comprobar, en un **plano objetivo**, la existencia del nexo causal. La segunda, tendrá como meta valorar, en un **plano subjetivo**, la conducta que accionó el mecanismo de la relación causal con una muerte como resultado.

Para comprobar la existencia de la relación de causalidad en un hecho punible se han expuesto varias teorías, considerándose como más certera la de la equivalencia de condiciones o de la **conditio sine qua non**. Esta doctrina aplica al Derecho la idea de que todo efecto tiene una multiplicidad de condiciones causales y que cada una de las mismas, en la vinculación etiológica, es igualmente necesaria como cualquiera de las otras para la producción del resultado. En este entendimiento, todas las condiciones tienen el mismo valor como causa. He aquí el por qué del nombre de "equivalencia". La fórmula que la traduce se expresa así: "toda condición que no puede ser suprimida mentalmente, sin que con ello desaparezca también el resultado, es causa". Así, por ejemplo, existe relación causal entre el movimiento corporal de apretar el gatillo de un revólver que dispara un tiro, y el resultado mortal, cuando el fallecimiento no hubiera tenido lugar sin este comportamiento; es decir, cuando no se puede suponer suprimido **in mente** el movimiento corporal sin que a la vez desaparezca el resultado ocurrido.

Como sucede que el tema que nos ocupa en manera alguna queda agotado con la comprobación de la causalidad física, es ne-

(65) WELZEL: op. cit., Parte General, p. 69.

cesario ahora emprender la segunda tarea ya aludida. La doctrina actualmente dominante en el Derecho Penal ha optado por introducir ciertas **limitaciones** a los criterios de la causalidad natural y considerar solamente como **típicas** (homicidas) **ciertas acciones**, no así todas las que podrían causalmente vincularse con el resultado (66). Esta actitud de prudente reserva se debe a que el Derecho Penal contemporáneo va dejando de ser, en gran medida, una disciplina que estableció la responsabilidad por el **resultado** para devenir en un ordenamiento estructurado sobre la base de **culpabilidad**. El progreso de nuestra ciencia está marcada, así, por una línea ascendente que va desde el punto de tomar en cuenta la objetividad del resultado, hasta el lugar preponderante que hoy ocupa la consideración de la subjetividad del actor. Si el hombre al accionar desata un mecanismo que produce un resultado dañoso como la muerte, por ejemplo, tal consecuencia sólo puede reprochársele en la medida en que tuvo la posibilidad de preverla y, por ende, el deber de evitarla. Tratándose de un delito intencional, como el homicidio simple, la relación causal penalmente relevante sólo viene a ser dada, como afirmaría WELZEL, por el enlace del tipo objetivo con el tipo subjetivo; esto es, la concordancia entre el curso del acontecer exterior y el dolo que lo gobierna (67).

(66) Una de las mencionadas limitaciones es la "prohibición de retroceso" (**Regresverbot**). Consiste en no tomar en cuenta aquellas condiciones que son anteriores y que van más allá del contexto de la situación en la que se produjo el resultado. No se retrocede, pues, en la búsqueda de toda la cadena causal. POLITOFF y otros ponen el siguiente ejemplo: un sujeto yace lesionado por otro, y los atroces dolores de la herida lo llevan a suicidarse. El autor de las lesiones, en la hipótesis que haya tenido la intención de matarlo, no responde de homicidio consumado, sino, solamente de homicidio frustrado (op. cit., Parte Especial, Tomo I, p. 82). Otro límite puesto es la exclusión de las condiciones **sobrevinientes**, de tal manera extraordinarias que no son de las que la experiencia común señala como acompañantes normales de la acción determinada. POLITOFF y otros autores ponen como ejemplo la conocida hipótesis del lesionado que es conducido a un hospital y muere como consecuencia de un incendio producido en el establecimiento asistencial (op. cit., Parte Especial, Tomo I, p. 82).

(67) WELZEL: op. cit., Parte General, p. 69. Por otro lado, los teóricos del Derecho Penal Socialista Soviético han criticado las concepciones de la cultura occidental sobre la relación de causalidad, especialmente las teorías de la **conditio sine quo non** y de la causalidad adecuada. Consideran los penalistas soviéticos que es anticientífico formular una concepción especial para explicar el vínculo de causalidad en el Derecho Penal, distinta de aquella que se basa totalmente en la teoría marxista-leninista de la causa como una de las categorías del materialismo dialéctico y cuyas tesis generales se aplican al estudio del problema sobre las condiciones de la responsabilidad por el daño que ocasionó el delito. Para esta concepción, "por vínculo causal en el Derecho penal entiéndase un vínculo objetivo entre la acción socialmente peligrosa y el resultado que se produjo, mo-

Si, como afirma VON LISZT al sustentar la teoría de la **conditio sine qua non**, “todas las condiciones del resultado son del mismo valor”, entonces, también tendrá que considerarse a la **concausa** como una causa en sentido jurídico. Consecuencia de la mencionada doctrina es que el resultado debe ser, igualmente, atribuído al movimiento corporal, como a su causa, cuando no se hubiese producido sin las circunstancias especiales bajo las cuales el acto fue ejecutado, o sin aquellas que sobrevinieron con posterioridad. Así, como acota JIMENEZ DE ASUA, es causa de la muerte las heridas, aunque el fallecimiento no se hubiera producido sin la debilidad de la víctima o aunque se deba al incendio del hospital donde fue conducido el lesionado (68).

Resultaría contradictorio, como vemos, aceptar la doctrina de la equivalencia de condiciones y hablar al mismo tiempo de **homicidio concausal** (69). POLITOFF y otros advierten que no cabe referirse a “un hecho que por sí solo es insuficiente para producir la muerte”, si es que realmente tenemos en cuenta que a dicha teoría causal no le interesan los “hechos por sí solos”, sino el conjunto de las condiciones, todas ellas estimadas equivalentes. Desde tal punto de vista, si la acción del agente, por ínfima que sea, al ser suprimida **in mente** acarrea la desaparición del resultado, será entonces causa de éste (70).

Nosotros, por razones prácticas, seguiremos usando la expresión **homicidio concausal**. No obstante, para evitar ser criticados de inconsecuentes, precisaremos su concepto acorde con la dogmática peruana. Por homicidio concausal entendemos la muerte im-

tivo por el cual la acción le precede al resultado, prepara y determina la posibilidad real de que aquel se produzca y es la causa principal e inmediata que inevitablemente provoca el resultado” (ZDRAVOMISLOV, B. V. y otros: **Derecho Penal Soviético**, Parte General, Edit. Temis, Bogotá, 1970, p. 133 s.). La aplicación de esta concepción socialista de la causalidad ha llevado a no pocos errores en la administración de justicia soviética, felizmente enmendados con oportunidad. Se ha comprobado que “el confundir la sucesión exterior de los acontecimientos con la relación de causalidad que hay entre ellos, conduce a una ilegal incriminación de la persona por el delito que en realidad ésta no ha cometido” (ZDRAVOMISLOV y otros: op. cit., p. 130).

(68) JIMENEZ DE ASUA: **Tratado.**, op. cit., Tomo III, 1965, p. 554.

(69) El **homicidio concausal** suele ser definido en la doctrina como la muerte ocurrida con motivo de la ejecución de un hecho por sí mismo insuficiente para producirla, resultado letal que acontece por la interferencia de otra causa, sea esta preexistente, concomitante o sobreviniente, ajena a la conciencia y voluntad del actor.

(70) POLITOFF y otros: op. cit., Parte Especial, Tomo I; p. 81.

previsible producida por una **causa mediata conocida** a la que se une otra **causa inmediata ignorada**, siendo cada una insuficiente por sí misma para generar el resultado letal. En el ámbito de la acción típica (matar a otro), sólo están comprendidos los resultados que fueron denominados por el dolo del agente (**animus necandi**), es decir, aquellos que previó. En cambio, los resultados que obedecen a causas extraordinarias no previstas, se ubicarán fuera del tipo de homicidio. Claro está que si el agente hubiera tenido el control de los hechos, incluyendo el dominio de una causa preexistente, concomitante o sobreviniente, naturalmente que responderá por delito de homicidio. Así, solo es responsable por lesiones el actor que ocasiona una muerte que no quiso causar, ni tuvo la posibilidad de prever (Art. 167 del C.P.). Pero, si el agente que pone en actividad el mecanismo de desarrollo de una causa, insuficiente por sí misma para producir la muerte, sabía que a esta tenía que unírsele una circunstancia extraordinaria, concurso con el que habrá de lograrse el resultado letal previsto, entonces su responsabilidad será por homicidio.

Por otro lado, habiendo nosotros manifestado que la acción homicida también puede revestir la forma de la **comisión por omisión**, conviene entonces examinar la posibilidad de existencia de una relación de atribuibilidad del resultado "muerte". Aquí no cabe hablar de una causalidad detectable con un criterio mecanicista, puesto que la omisión, siendo una nada en la naturaleza, nada podrá producir en el mundo del ser (**ex nihilo nihil fit**). De lo que se trata ahora es de ver si el resultado "muerte" puede o no ser atribuido, con un **criterio normativo**, a quien se abstuvo de "hacer algo" que, de haber ocurrido ese "algo" en la realidad, habría evitado el resultado letal (71).

(71) El Profesor HUNGRÍA opina que existe también la causalidad material en los delitos de omisión (propia e impropia). He aquí su punto de vista: "Es igualmente inaceptable negar la causalidad de la omisión (cuestión relevante cuando se presentan los delitos comisivos por omisión). Del hecho de tener la omisión relieve jurídico penal, solamente cuando es contraria a un deber jurídico (lo que, por lo demás, también ocurre en la acción), no se sigue que deba ser reducida a un puro concepto **normativo**. Es también un concepto **naturalístico**, pues quien deja de impedir un evento, pudiendo hacerlo, es evidentemente condición **sine qua non** y, por lo tanto, **causa** de él. Es menester distinguir entre el **momento normativo**, esto es, el momento de la violación del deber jurídico de obrar, y el **momento naturalístico**, o sea, el del "no impedimento" del evento de que se trate. Bajo este último aspecto, la omisión es, sin duda alguna, causal, desde que la **condición es causa**" (Véase en: **Derecho Penal Contemporáneo**, N^o 10, op, cit., p. 20).

Veamos. Si el agente, además de tener la posibilidad de obrar y el deber jurídico de actuar positivamente, se abstiene con **animus necandi** de realizar la conducta esperada y potencialmente capaz de evitar el resultado letal, la "muerte" le es atribuída y su caso es el de un homicida por comisión omisiva. Si se abstuvo con **animus vulnerandi**, se le atribuirán las lesiones que hubieran precedido al fallecimiento. De no existir alguno de los citados **animus**, pero sí abstención intencional de actuar positivamente, el delito podrá ser de indolencia culpable (Art. 182 del C.P.), o de omisión de socorro (Art. 183 del C.P.), pero no el de homicidio (72).

e).— **Dolo**. Para la configuración delictiva no basta determinar la presencia del nexo causal objetivo, o la existencia de la relación de atribuibilidad. Es necesario que se precise la culpabilidad del agente, esto es, que el resultado "muerte" constituya una consecuencia consciente y voluntariamente obtenida. Recordemos que muchos autores piensan que una vez fijada la regla de la no existencia de responsabilidad penal sin culpabilidad, deja de ser importante establecer en los textos legales los principios básicos de la imputabilidad física o causalidad material. Asimismo, con buen criterio se sostiene que en los delitos de comisión omisiva la responsabilidad surge no porque el agente haya causado el resultado, sino porque no lo impidió, pudiendo y debiendo desbaratarlo.

El dolo en el homicidio significa que el agente ha procedido con **animus necandi** o **animus occidendi**, es decir, dirigiendo su acción o comisión omisiva (final) con previsión del resultado letal, siendo consciente de quebrantar el deber de respetar la vida del prójimo; dominando el curso esencial de la relación de causalidad o conociendo la relación de atribuibilidad entre su conducta y el resultado, y gobernando su voluntad de realizar la acción o de

(72) Nuestra jurisprudencia ha seguido un criterio acertado en la determinación del nexo de causalidad. He aquí algunas ejecutorias: "No puede considerarse como delito de homicidio, si la muerte del agraviado se debió a lesiones que no tuvieron el carácter de mortales" (Ej. Sup. 21 Setiembre 1932, en *Rev. de los Trib.*, 1932, p. 332). Otra: "No constituye delito de homicidio, sino de lesiones, la muerte originada como efecto de las lesiones que no fueron de necesidad mortal y cuyo autor no tuvo la intención de producir el hecho (Ej. Sup. 9 Junio 1938, en *Rev. de los Trib.*, 1938, p. 218). Otra: "No procede pasar a juicio oral por delito de homicidio contra el farmacéutico que aplicó una inyección a un menor quien falleció poco después, si de la pericia médica resulta que aquél, debido a un defecto orgánico, se encontraba en situación de perder la vida por cualquier traumatismo, fatiga en el trabajo o en el juego, o simple emoción" (Ej. Sup. 23 Octubre 1962, en *Rev. Jur. del Perú*, 1962, p. 300).

omitir la conducta esperada. El dolo, es, pues, **voluntad sceleré**. No se requiere la premeditación para que se acredite la existencia de dolo (72 bis).

Advertimos que no deben confundirse con el dolo los motivos y los móviles que determinaron la comisión del homicidio. Estos factores, ambos de naturaleza psíquica, permiten precisar tanto el grado de culpabilidad individual como la adaptación de la pena al autor del delito, conforme a lo dispuesto en el Art. 51 del C.P. El móvil del homicidio, por ejemplo, puede ser egoísta o también altruísta. En este último caso, si alguien causare la muerte de otra persona que padeciere de una enfermedad dolorosa e incurable, sería de aplicación el Art. 150 del C.P., siempre que el sujeto pasivo no sea su ascendiente, descendiente o cónyuge, hipótesis éstas en las que el tipo y sanción están dados en el Art. 151 del C.P. La razón que explica la solución anotada está en que no tenemos previsto en nuestro ordenamiento jurídico-penal el delito de homicidio por piedad, ni el homicidio consentido o a petición de la víctima, figura ésta que sí se encuentra en el Proyecto suizo de 1918 (Art. 101), fuente constante del C.P. de 1924. Como veremos en su congruo lugar, nuestro vigente texto punitivo codificado sólo ha previsto una manifestación singular de la problemática de la eutanasia al describir las figuras de la instigación y de la ayuda al suicidio (73).

(72 bis) NICOLAI HARTMANN ha hecho esta luminosa síntesis del proceso relacionado con la intencionalidad o "finalidad": "El hombre tiene: 1º.— la facultad de la previsión, 2º.— la facultad de la predeterminación, que es idéntica a la facultad de la actividad dirigida a fines, 3º.— libertad; y, 4º.— el don de la vista para los valores, un órgano del valor; es decir, que puede ver lo que debe suceder y lo que no debe suceder, independientemente de que suceda en efecto" (*Introducción a la Filosofía*, U.N.A. de Méjico, 1969, p. 111).

(73) HURTADO POZO afirma, respecto al problema de la eutanasia, que el mismo se presenta como insoluble y que la unanimidad en cuanto a una decisión es imposible, al menos en el estado actual de la ciencia médica y de las diferencias éticas, religiosas y políticas existentes. Acertadamente agrega lo siguiente: "No obstante la complejidad del problema, pueden vislumbrarse tres perspectivas. En primer lugar parece conveniente permitir la eutanasia cuando la intervención médica no implica una abreviación de la vida o cuando ésta es un resultado concomitante no querido, siempre que el paciente no haya manifestado su oposición. En segundo lugar, la eutanasia pasiva que produce un acortamiento de la vida debe ser permitida cuando el paciente la pide y la prolongación de la vida sólo comporta una prolongación y aumento de los sufrimientos. Con esto se propugna el derecho de toda persona a tener una muerte natural. La objeción más grave consiste en la dificultad de admitir, aun médicamente, una situación de absoluta desesperanza con relación a la salvación o mejora del paciente. Circunstancia que impulsa a conservar

No debemos olvidar, en lo que concierne a la investigación judicial, que el Art. 72 del C. de P.P. señala que entre los objetivos que deben lograrse, durante la etapa de la instrucción, se encuentra el referente a la determinación de los móviles del delito.

Volviendo al tema del dolo en el homicidio, cabe agregar que puede ser **directo** o **eventual**. Como apunta el Maestro BRAMONT ARIAS, la determinación de la intención homicida es una **cuestión de hecho** de obligado planteamiento en esta clase de delito, dependiendo la solución motivada a la que se arribe de la apreciación que haga el criterio de conciencia del juzgador (74). La decisión sobre la intencionalidad específica es muy importante en razón a que permitirá distinguir entre la tentativa de homicidio, las lesiones dolosas y la amenaza de hecho con arma de fuego, cuchillo u otro instrumento peligroso.

27.— MEDIOS EMPLEADOS

Nuestro C.P. está conforme con la técnica legislativa moderna al no mencionar en la descripción típica los medios utilizados por el agente para producir la privación de la vida humana. Esta abstención significa que admiten subsunción en el texto comentado todas las conductas que, cualquiera fuese el medio empleado, impliquen la extinción intencional de la vitalidad del prójimo. Claro está que existen casos excepcionales en los que la potencialidad del medio para poner en peligro la vida de numerosas personas, por ejemplo, han exigido una tipicidad distinta con penalidad más severa.

Los medios para causar el homicidio pueden ser: **directos** (como cuando los instrumentos ofensivos son manejados por el propio agente al ejecutar la acción), e **indirectos** (casos en que se utiliza a un inimputable o a un animal amaestrado). También los medios admiten ser: **físicos** y **morales**.

vivo al paciente. Por último, en caso de eutanasia activa que acorta positivamente la vida del paciente atormentado no puede ser legalmente autorizada". (Manual de Derecho Penal, op. cit., Parte Especial I, p. 34).

(74) BRAMONT ARIAS, LUIS: "Homicidio simple"; véase en *Revista Policial del Perú*, Lima, Octubre 1957, p. 25 ss. Anotamos, por nuestra parte, que el Art. 285 del C. de P.P. establece que la sentencia condenatoria deberá contener, entre otros extremos, "las pruebas en que se funda la culpabilidad". Esto significa que el juzgador deberá exponer su raciocinio con respecto a la apreciación que le merece la prueba actualada, a fin de determinar si el sujeto procedió con dolo, culpa o preterintencionalidad.

En realidad, aquí el problema está centrado en la idoneidad de los medios morales para procurar la muerte. CARRARA sostiene que para la esencia de hecho del homicidio sólo basta que un hombre haya muerto y que el acto injusto de otro hombre haya sido causa voluntaria del deceso. Su tesis concluye pronunciándose por una completa equiparación de los medios morales con los medios materiales, aunque acepta las dificultades de probar la intención determinada o la eficiencia causante en relación con los primeros, pero una vez que estos datos se comprueban no habrá discusión sobre su eficacia (75).

Existe casi unanimidad en la doctrina al considerar a los medios morales como idóneos para matar. ALIMENA piensa que es exacta y justa la solución que sostiene que la muerte es también imputable o atribuible cuando la hayan ocasionado medios morales, como el dolor o el miedo (76). En cuanto a MAGGIORE (77) y GOMEZ (78), sin mayores argumentaciones jurídicas aceptan la perspectiva carrariana sobre el tema. HUNGRIA sólo está preocupado por la dificultad, a veces insuperable, de probar la causalidad, pero no tiene duda que el susto, el miedo o el dolor moral pueden causar la muerte de un hombre marcadamente predispuesto al llamado trauma psíquico (78 bis). SOLER, por su parte, dice que en principio no puede descartarse el homicidio causado por lo que se ha denominado medios morales, designación ésta que estima no del todo feliz porque con ella se hace referencia a procedimientos

(75) CARRARA: op. cit., § 1087, especialmente la Nota Nº 2 *in fine*.

(76) ALIMENA, BERNARDINO: **Delitos contra la persona**, Edit. Temis, Bogotá, 1975, p. 16. Agrega el citado autor, quien fuera Profesor de la Universidad de Nápoles, lo siguiente: "Si el dolor o el miedo pueden producir la muerte, no se ve por qué no debe condenarse al homicida que emplea uno u otro medio. ¿Y por qué no debe condenarse? ¿Quizá porque el miedo es más péfido? ¿Porque es más prudente? ¿Acaso porque el miedo no deja huellas que puedan comprobarse en la autopsia? Y de ahí por qué la respuesta afirmativa es unánime. Aun quien dio una respuesta negativa, lo hizo exclusivamente por la dificultad de la prueba. Pero esta dificultad puede ser un consejo de prudencia para el juez, pero no una razón para decretar *a priori*, la impunidad de homicidios crudelísimos". CARRARA, IMPALLOMENI y NAPODANO son mencionados como sostenedores de la tesis afirmativa. Por otro lado, ALIMENA cita a CHAVEAU y HELIE, así como también a GARRAUD, como representantes de la doctrina contraria.

(77) MAGGIORE: op. cit., Volumen IV, p. 279.

(78) GOMEZ, EUSEBIO: **Leyes Penales Anotadas**, Tomo II, Ediar, Bs. As., 1953, p. 22.

(78 bis) HUNGRIA: op. cit., Volumen V, p. 56 s.

que ejercen sobre el sujeto pasivo más bien una acción psíquica. Pone como ejemplo el caso del sujeto que, para matar a un cardíaco, decide tentar el procedimiento de comunicarle la muerte de un hijo y tiene éxito. El problema planteado, según el citado autor argentino, no es de naturaleza jurídica, sino de hecho, puede ser difícil comprobar el contenido psíquico de la acción y la relación entre ésta y la muerte, pero no puede negarse que ciertas impresiones psíquicas, aunque excepcionalmente, pueden ser causa de muerte (79). Una solitaria, pero argumentada discrepancia, encontramos en JIMENEZ HUERTA. Sustenta este autor que la forma comisiva típica, regular y característica en la perpetración del homicidio, implica el ejercicio de la violencia o la puesta en marcha de medios de inequívoca potencialidad material lesiva, cuyos efectos el hombre sí puede aquilatar y controlar. Afirma luego, el citado Profesor español, que los efectos mortíferos que hipotéticamente pueden producirse a consecuencia de sustos o disgustos, dolores o penas, aflicciones o quebrantos, si bien pueden ser previstos por la perfidia esperanzada de un hombre, no pueden ser aquilutados por la serenidad augusta de la ley. Su punto de vista, en síntesis, es que el Derecho Penal sólo ejerce sus censuras sobre los comportamientos del hombre típicamente realizados, no siendo, a su juicio, un comportamiento comisivo típico la perversa intención del agente, vale decir el medio moral, ya que carece de base fáctica (80). En realidad, el Maestro SOLER con anticipación se había encargado de hacer notar el error de posiciones similares a la de JIMENEZ HUERTA. Para el Profesor de la Universidad de Córdoba la discrepancia de opiniones con respecto al valor que tiene el empleo de medios morales proviene, principalmente, de la distinta manera de concebir la relación de vinculación entre el sujeto y su hecho: si el problema se considera desde una perspectiva estrictamente causal-física, parecerá mucho más difícil aceptar este tipo de hechos como homicidios; en cambio, si se mira el problema como caso de autoría, teniendo en cuenta que el que actúa es una persona, ello es, un ser que **calcula**, y no una causa ciega, la imputación del resultado se hace mucho más evidente (81).

(79) SOLER: op. cit. Tomo III, tercera reimpresión, 1956, p. 19 s.

(80) JIMENEZ HUERTA, MARIANO: **Derecho Penal Mexicano**, Parte Especial, Tomo II, Méjico, 1958, p. 28 ss.

(81) SOLER: op. cit., Tomo III, tercera reimpresión, 1956, p. 20.

Tratándose de los medios físicos, llamados también materiales, observamos que el uso que se les dio y el modo en que fueron empleados pueden servirnos para precisar si existió **animus necandi**, o si, por el contrario, el agente actuó sólo con **animus vulnerandi**, es decir, permite acertar en la atribución de un homicidio doloso, diferenciándolo correctamente (en la realidad) del delito de lesiones seguidas de muerte. También, como ya señaláramos, posibilita distinguir el homicidio frustrado en relación a la amenaza de hecho y a las lesiones preterintencionales.

A pesar de lo que pudiera sostenerse en contrario, las particularidades del medio físico empleado para agredir y la dirección del golpe son importantes para la apreciación de la intencionalidad del agente. La vida mental de las personas no podemos conocerla, con el grado de aproximación que exige el Derecho Penal, sin el auxilio de una atenta observación y un metódico examen de la forma cómo los pensamientos y sentimientos se manifestaron a través de la conducta. En este sentido será necesario para los fines jurídico-penales, que son siempre graves por encontrarse en compromiso la libertad, tener en cuenta el lugar del organismo en donde se ha inferido la lesión, así como la repetición de los golpes y también la naturaleza o potencia ofensiva del medio empleado.

En nuestro afán de evitar confusiones y equívocos en la adecuación típica queremos relevar, además de lo expuesto, que el medio utilizado en el homicidio simple puede ser **cualquiera**, inclusive el veneno cuando su uso estuviere exento de insidia. También pueden serlo el fuego y la explosión, siempre que no pongan en peligro la vida o la salud de un gran número de personas. Si los medios aquí referidos se emplearen con la concurrencia de los ingredientes que los transforman en circunstancias agravantes del homicidio, entonces la figura delictiva en la que se subsumirían los hechos no sería otra que la de asesinato (Art. 152), conforme veremos posteriormente en su congruo lugar.

28.— TENTATIVA Y CONSUMACION

Siendo el homicidio simple un hecho comisivo de carácter intencional y de resultado lesivo, la tentativa es posible (82). De

(82) La tentativa sólo es concebible en los delitos de comisión y en los de comisión por omisión. Con ambas formas de la acción puede ejecutarse el delito de homicidio. Como señalara LUIGI SCARANO con toda claridad, si aquella omisión que puede preceder a la acción debida que luego ha sido oportunamente ejecutada no constituye conduc-

conformidad con el Art. 97, último párrafo, del C.P. existirá tentativa propiamente dicha (denominada también **inacabada**) cuando el agente hubiere comenzado simplemente la ejecución del homicidio. Atendiendo al segundo párrafo del citado artículo, habrá delito frustrado (conocido además como tentativa **acabada**), cuando el actor hubiera puesto de su parte todo lo necesario para la consumación del homicidio, no realizado el perfeccionamiento por circunstancias ajenas a su voluntad.

Siguiendo al gran penalista chileno NOVOA MONREAL (83), diremos que los requisitos de la tentativa de homicidio son:

a).— **Animus necandi**, el mismo que debe quedar exteriorizado en una actividad material fragmentable.

b).— Que la aludida actividad material sea apta para la realización del homicidio proyectado por el agente (84).

ta antijurídica es evidente, entonces, la imposibilidad de que en tal hipótesis se configure tentativa (**La tentativa**, Edit. Temis, Bogotá, 1960, p. 293). Por otro lado, si de conformidad con el Art. 101 de nuestro C.P. el delito por omisión consiste en dejar de hacer lo que la ley penal manda, y si fuera cierto que lo que se debía hacer fue hecho oportunamente, en tal caso no existiría delito consumado ni tentado por falta del elemento objetivo mismo.

(83) NOVOA MONREAL: op. cit., p. 20 ss.

(84) HURTADO POZO, luego de citar a BRAMONT ARIAS y a quien escribe estas páginas, nos ha criticado haber seguido el criterio de NOVOA MONREAL en materia de tentativa. He aquí sus palabras: "En nuestro país se afirma con cierta permanencia que la acción desarrollada por el agente debe ser 'apta para la realización del tipo proyectado'. Sus defensores (en la página 36 de su libro aparecemos citados) siguen fielmente la opinión del profesor chileno NOVOA MONREAL. Esta exigencia es aceptable sólo si la ley dispone expresamente o si se adopta la concepción puramente objetiva de la tentativa. El primer caso es, por ejemplo, el de la Ley penal italiana. Según el Art. 56, pf. 1º del Código ROCCO: 'quien comete actos idóneos, dirigidos de manera inequívoca a cometer un delito, responde de tentativa (**delito tentato**) si la acción no se cumple o si el resultado no se verifica'. Este no es el caso de nuestra legislación —continúa HURTADO POZO—; en la que de otro lado se ha establecido la punibilidad del llamado delito imposible, que consiste, precisamente, en intentar cometer un delito por un medio o contra un objeto de naturaleza tal que la realización de este delito es absolutamente imposible". (**Manual de Derecho Penal**, Parte General, op. cit., p. 311). En respuesta afirmamos lo siguiente: si el Art. 97, segundo párrafo, de nuestro texto penal codificado permite reducir la penalidad de la tentativa de un tercio a la mitad, según la modalidad del hecho y las condiciones del agente, "cuando éste hubiera puesto de su parte todo lo necesario para la consumación no realizada por circunstancias accidentales", entonces resulta lógico interpretar que la acción debe ser **idónea** para la comisión del delito propuesto desde que la imperfección sólo es legalmente explicable por el impedimento atribuible a "circunstancias accidentales" y no a alguna de las dos esenciales que aparecen consignadas en el

c).— Que la no consumación del tipo de homicidio, a cuya realización tendía el propósito del sujeto activo, se explique ya sea por la interposición de una circunstancia accidental (homicidio frustrado), o porque el actor sólo hubo comenzado simplemente la ejecución del delito (homicidio tentado).

Por otro lado, el delito en cambio alcanza su consumación o perfeccionamiento cuando el agente lleva a su término la acción indicada por el verbo “matar”, el mismo que conforma aquí el núcleo del tipo.

29.— PARTICIPACION

La co-autoría y la complicidad no se discuten en la comisión del delito de homicidio doloso. Conforme a la prescripción contenida en el Art. 101 del C.P. peruano también es posible que se

Art. 99 del C.P. Por otro lado, el citado Art. 97, tercer párrafo, autoriza al Juez a efectuar la misma reducción de pena “cuando el agente hubiera comenzado simplemente la ejecución del delito”, inicio que en nuestro concepto supone, por naturaleza y por lógica, que la acción debe ser **apta** para conseguir el resultado proyectado, sobre todo si se tiene en cuenta que sólo la conducta posible de consumación puede realmente empezarse a ejecutar. En cuanto a la punibilidad del delito imposible, al que HURTADO POZO considera “en el fondo como una forma de tentativa” (**Manual de Derecho Penal**, Parte General, op. cit., p. 312), diremos que no es un argumento con potencia suficiente para desvirtuar la exigencia legal de que la acción, en la tentativa, deba ser apta para la realización del delito que el agente se propuso cometer. El delito imposible es más bien en la superficie (la que corresponde a la página del C.P.), no así en el fondo, una forma de tentativa. No porque el codificador peruano haya ubicado el delito imposible bajo el rubro de **Tentativa** (Título XI, Libro Primero), sin haberle procurado uno más aparente (**Degrés de realisation**, por ejemplo, como ocurre en el Proyecto suizo de 1918), vamos a decir, nada más que por el aludido motivo, que el delito inexecutable es una de sus formas. Con este criterio topográfico también tendríamos entonces que afirmar que la instigación y la ayuda al suicidio son formas de “Homicidio” por haber sido consignadas bajo este membrete. Opinamos que el criterio subjetivo seguido por nuestro texto codificado en el tratamiento del delito imposible no presupone que en materia de tentativa necesariamente se haya adoptado igual doctrina. En el mismo C.P. italiano, citado por HURTADO POZO como ejemplo de concepción puramente **objetiva** de la tentativa, nos encontramos con que en su Art. 49, último párrafo, se dice lo siguiente: “En el caso indicado en el primer apartado, el Juez podrá ordenar que el imputado absuelto sea sometido a una medida de seguridad”. El aquí referido primer apartado del Art. 49 del Código ROCCO, dice así: “La punibilidad queda también excluida cuando, por la idoneidad de la acción o por la inexistencia del objeto de la misma, es imposible el resultado dañoso o peligroso”. El hecho que nuestro C.P., siguiendo un criterio subjetivo, permita al juzgador la aplicación de una penalidad atenuada para el delito imposible, en lugar de una medida de seguridad, como sería más lógico, no autoriza a pensar que la actividad material en la **tentativa** pueda ser eventualmente **inepta** para la realización del resultado.

presenten ambas modalidades de participación en la forma omisiva. Ni en la doctrina, ni en la legislación comparada existe criterio uniforme y pacífico respecto a esta última posibilidad. WELZEL sostiene, claro está que teniendo en perspectiva a la legislación alemana, distinta en este aspecto a la nuestra, que no hay participación en los delitos de omisión impropia, ni en los delitos de comisión por omisión, lo que no significa, por ejemplo, que cada uno de los intervinientes dejen de responder como autores del delito de homicidio por omisión (85).

Tanto el que ejecutare por sí solo el homicidio simple, como los sujetos que lo perpetraren en común serán reprimidos a título de autor o coautores, según el caso, con la pena señalada en el Art. 150. La misma sanción es aplicable al que hubiese instigado a otro a la comisión del homicidio doloso, y también al autor mediato que en la ejecución del hecho se hubiere servido de una persona inimputable, utilizándola realmente como un instrumento.

Observamos que las conductas de los cómplices, que no están previstas específicamente en la Parte Especial por razón de técnica legislativa, son accesorias con respecto al comportamiento principal perteneciente al autor (integrado por la descripción típica alrededor de un verbo rector).

30.— CASO DE ERROR EN LA PERSONA

No siempre hay coincidencia entre el propósito del homicida y el resultado efectivamente ocurrido, en lo que respecta a la verdadera identidad del occiso. El sujeto activo, afectado por un error de hecho, puede tomar equivocadamente a un tercero como si realmente fuese aquel individuo al que se propone ultimar (error *in personae*). Se incurre en error acerca de la identidad de la persona que resulta efectivamente perjudicada, en cuanto es confundida con la que se pretendía exterminar, en el siguiente ejemplo: "A" creyendo matar a "B", en cambio priva de la vida a "M" al confundirla con "B". El error aquí, por ser accidental (desde que no versa sobre un elemento esencial o constitutivo del delito), no puede producir efecto alguno en la culpabilidad si tenemos en cuenta que existe coincidencia entre el dolo del agente y el resultado típico. Como acertadamente apunta el Prof. BETTIOL, recientemente desaparecido, la irrelevancia penal del error respecto a la persona

(85) WELZEL: op. cit., pp. 284 y 305.

ofendida es perfectamente explicable: las normas penales tutelan los bienes jurídicos pertenecientes a una generalidad de individuos sin prestar especial atención a la persona de su titular, siendo una de sus perspectivas más importantes la protección de la vida del hombre en cuanto tal (86).

Conviene advertir que el error *in personae*, por lo general irrelevante a efectos penales, deja de tener ese carácter para adquirir importancia en nuestra legislación penal cuando afecta a la índole del delito. Es así como el Art. 84 del C.P. dispone que cuando sea distinta la persona a quien el actor se propuso ofender 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 sanción, las circunstancias subjetivas en las cuales ha deliberado y ejecutado el delito, así como también las cualidades inherentes a la persona contra la cual su acción estaba dirigida (86 bis).

(86) BETTIOL, GIUSEPPE: **Derecho Penal**, Parte General, Edit. Temis, Bogotá, 1965, p. 428 y 432. ALFONSO REYES ECHANDIA, por su parte, concretando la doctrina sobre el error *in objecto* escribe lo siguiente: "consiste en la equivocación en que incurre el agente respecto de la identidad o individualidad del objeto material de la conducta típica: trátase de una falla del intelecto ubicable en los mecanismos perceptivos o en la valoración de la imagen percibida, que produce confusión en el momento de actuar; como resultado de tal error la conducta del actor recae sobre objeto material diverso del que se propuso alcanzar. Como quiera que el objeto material del tipo puede ser persona o cosa, esta clase de error se subdivide en error *in personae* y error *in objectus*, en aquel el sujeto yerra durante el proceso mental de identificación de la persona hacia el cual se dirige su comportamiento; en éste, la equivocación recae sobre la cosa misma en la que se concreta la objetividad jurídica y hacia la cual se orienta su acción u omisión" ("**La Teoría del Error en la Doctrina y en la Nueva Legislación Penal Colombiana**"; véase en: **Derecho Penal y Criminología**, Rev. del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Univ. Externado de Colombia, Volumen 4, Nº 13 y 14, 1981, p. 18).

(86 bis) ALFREDO ETCHEBERRY pone en evidencia un caso de error *in personae* en la causa seguida "Contra Miguel Abraham Gonzales Díaz", visto por la Corte de Apelaciones de Santiago (Chile), en el año 1963. He aquí sólo el relato de hecho juzgado: "El acusado (Miguel Abraham Gonzales Díaz) penetró violentamente armado con puñal, al dormitorio en que se sabía se encontraba Fresia Cornejo, con la cual aquél hacía vida marital. Creía el reo que ésta se encontraba en un mismo lecho con Francisco Javier Cáceres, y que tenía relaciones sexuales con éste. En verdad, Cáceres compartía el lecho con un varón, Juan de Dios Toro. Pero el reo no pudo darse cuenta de esta circunstancia debido a que el dormitorio está a oscuras: se precipitó sobre los ocupantes de la cama y los atacó a puñaladas, a consecuencia de las cuales resultó muerto Toro, y Cáceres gravemente lesionado. No hay en el fallo un expreso pronunciamiento acerca del error *in personae*, pero no hay tampoco reserva alguna de la procedencia de la condena de Gonzales Díaz por el homicidio de Toro, a quien no se proponía dar muerte" (Véase, en su muy interesante trabajo: **El Derecho Penal en la Jurisprudencia**, Tomo cuarto, Parte Especial, Concepción, Chile, p. 12 s.).

De acuerdo, pues, al citado Art. 84 si un hijo sin saberlo mata a su padre, es decir, a un individuo distinto de aquel a quien resolvió matar, será de aplicación el Art. 150 del C.P. (no así el Art. 151), siempre que no medie una de las calificativas que harían subsumible el homicidio en el Art. 152 (asesinato). En consecuencia, no sería tal hecho un parricidio, sino un homicidio simple. Lo trascendente aquí es que el dolo no desaparece, a pesar que el resultado letal se ha concretado en una persona diferente a la víctima pensada. Si el agente quiso matar a determinada persona y efectivamente realiza la acción típica, es necesario y justo que responda por homicidio doloso, aunque el sujeto pasivo resulte ser un individuo distinto del que el actor creía que era.

31.— ABERRATIO ICTUS SEU PERSONAE

El error de hecho también puede adoptar la forma de una inhabilidad ejecutiva manifestada en el momento de la comisión del delito de homicidio. Es así como resulta muerta una persona distinta a la sindicada por el actor para que reciba el máximo agravio, todo debido a un error que incide sobre el manejo de los medios empleados en el momento de la perpetración del delito. Como ejemplo tenemos el siguiente: "A" queriendo matar a "B", yerra el disparo por inhabilidad en el uso de la pistola y mata a "M". El fenómeno de la **aberratio ictus**, como dice REYES ECHANDIA, se produce cuando el agente yerra al poner en ejecución su designio criminoso correctamente orientado en la dirección del objeto material del tipo (la persona en el delito de homicidio), en este caso la divergencia entre lo querido y lo realizado no radica en un defecto de la percepción o de la valoración de la realidad, es decir, en un error que se desarrolle durante el proceso de formación de la voluntad, sino en una desviación que se incrusta en la actividad ejecutiva subsiguiente, vale decir, en el momento en que la voluntad se traduce en acto (87).

Cuando la consecuencia del evento criminal responde a la intención del agente y sólo varía la identidad del occiso debido a una desviación en el golpe, el problema se concreta a determinar si las relaciones que eventualmente concurren con la víctima real influyen o no en la calificación específica del delito. Si por **aberratio ictus seu personae**, en lugar de impactar la bala en el cuerpo de la conviviente, por ejemplo, cae mortalmente herida la madre del ac-

(87) REYES ECHANDIA: op. cit., p. 18.

tor que había salido en defensa de la mujer, habrá en este caso solamente homicidio simple, pero no parricidio.

32.— ABERRATIO DELICTI

Si la muerte ocasionada como consecuencia de un error de hecho accidental resultare ser un delito de especie distinta al que se tuvo en mira producir, entonces nos encontramos frente a un caso de **aberratio delicti**. Así sucede en el siguiente ejemplo: “A” quiere dañar un cuadro de pintura del que es autor “B”, y con tal finalidad arroja sobre la obra de arte una piedra de regular tamaño que hiere mortalmente en el cráneo del pintor en la precisa circunstancia en la que, inesperadamente, se había acercado a la pintura para ponerle su firma. El delito que se quiso causar era de naturaleza patrimonial (**Daños**: Art. 259 del C.P.), no obstante el evento que en la realidad se ha producido afectó un bien jurídico de naturaleza diferente: la vida.

Según el Art. 84 del C.P., **ab initio**, “el delito es punible aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar . . .”. Claro está que el caso del ejemplo no podrá ser sancionado como homicidio simple, pero no cabe duda, en cambio, que el tipo y la pena que le corresponden son los del homicidio culposo (Art. 156).

33.— PENALIDAD

La sanción a imponerse, cuando el **iter criminis** arribe a la consumación, es de penitenciaría no menor de seis años. A pesar que el Art. 50 establece que los jueces aplicarán la sanción adoptando el **máximum** o el **mínimum** señalados por la ley para la infracción punible, o imponiendo entre estos dos extremos la medida de la pena que creyeren necesaria, resulta ser un defecto constante del C.P. el de no señalar los máximos. El dispositivo legal en comentario es nada más que un ejemplo de los varios casos que al respecto existen tanto en el texto penal codificado como en algunas leyes punitivas especiales. Por vía de interpretación jurisprudencial ocurre que se ha tomado como extremo superior de la pena aplicable al homicidio simple aquel mismo límite que se ha fijado como máximo para la pena de penitenciaría en la Parte General del C.P. (Art. 12); es decir, veinte años (88). La deficiencia

(88) “El 1º de Enero de 1972, fue asesinado en su residencia de campo el ingeniero Luis Banchemo Rossi, encontrándose presentes su secretaria y amante Eugenia Sessarego Melgar y el hijo del jardinero Juan Vilca Carranza, mayor de 18 años y menor de

legislativa anotada ha sido convenientemente superada en el Proyecto de C.P. reelaborado en 1985 (edición mimeográfica). Es así como en el Art. 53 de este documento prelegislativo, que a diferencia del Proyecto de C.P. de 1984 no ha sido publicado en el Diario Oficial "El Peruano", se establece al respecto lo siguiente: "En caso de no señalarse el máximo o mínimo de la pena para el hecho punible de que se trate, se entenderá que dichos extremos

21, quien originariamente se autoincurrió, declarando ser el único autor del delito, versión que corroboró la coacusada y de la que aquél posteriormente se retractó, inculpándose mutuamente ambos procesados. Después de dilatado juicio oral, el Tribunal Correccional, por mayoría de votos, condenó a J. V. C. a la pena de 6 años de penitenciaría, como autor del homicidio, y a E. S. M. como cómplice a 6 años de prisión. La Ejecutoria Suprema que puso fin al proceso, dejó establecido que la prueba científica y la indicaria demuestran que ambos acusados han participado en el delito siendo su condición jurídica la de coautores. En efecto, contrariamente a lo sostenido por aquéllos, el cadáver de la víctima no presentaba huellas se surcos que hubieran tenido que dejar en las muñecas, brazo, tobillos, y tórax del agraviado las ataduras con soguillas o cordón eléctrico, que E. S. M. hizo al agraviado en vida, obedeciendo órdenes de J. V. C., y que, en todo caso, si existieron y desaparecieron después, ello supone que las fuertes ataduras que se hallaron en el cadáver fueron hechas *post mortem*. Resultó también desvirtuada la aseveración de haber sido la víctima impactada por tres veces consecutivas en el cráneo desde una altura aproximada de un metro con la base de piedra de una estatua que pesaba 7 kilos y 360 gramos, porque de haber sido cierta, los impactos hubieran fracturado la bóveda craneal y ocasionado herida contusa en la zona occipital, lo que no ha sucedido. Así como la de que las lesiones punzocortante-penetrantes que presentaba el agraviado en la región dorsal le hubieran sido inferidas en la forma que dijo J. V. C. y porque además ellas requirieron gran fuerza e intensidad, desde que el acero del arma quedó mellado, fracturando dos costillas con el primer impacto y una con el segundo, en lugares donde las costillas tienen mayor espesor y es más difícil su seccionamiento, siendo evidente que J. V. C. carece notoriamente de fuerza muscular como lo demostraron las pericias neurológicas y la prueba del dinamómetro. Las pericias grafotécnicas desvirtuaron la aseveración de que la carta dirigida por L. B. R., a la Clínica Javier Prado, para la atención médica de J. V. C., hubiera sido escrita por el agraviado con el bolígrafo a que se refirió el acusado, sobre la superficie áspera de la base de madera de un cajón de tocador, encontrándose el agraviado tendido decúbito ventral en el piso de lajas, y sólo con la mano derecha libre, teniendo la izquierda fuertemente atada a la espalda. El arma, una pistola Luger, con la que se sostiene que J. V. C. amenazó al agraviado L. B. R., estaba irregularmente acerrojada, de manera que el agraviado, que conocía su manejo y funcionamiento, desde el primer momento del alegado asalto habría tenido la seguridad que dicha arma no dispararía, resultando absurdo que con solo esa amenaza se hubiera dejado intimidar y reducir el agraviado. Dada la escasa fuerza muscular de J. V. C., su endeble constitución física y su pequeña estatura, es innegable que por sí sólo no pudo atar las manos y los pies del agraviado, sin contar con la ayuda de otra persona; deduciéndose que no fue solo el encañonamiento con la pistola Luger y la solitaria presencia de J. V. C., lo que consiguió reducir a la impotencia al agraviado, hombre de apreciable corpulencia física, vitalidad, serenidad y rápidos reflejos. Indudablemente hubo algo o alguien más, que constituyó una efectiva e insalvable amenaza para el agraviado. Otras circunstancias, constitutivas de la prueba indiciaria, son el hecho de no haberse encontrado rastros de sangre en las zapati-

son los indicados para cada clase de pena”. Observamos que en el Proyecto de C.P., que comenzó a publicarse en el ya citado diario a partir del 19 de Agosto de 1985, se propone al respecto lo siguiente: Art. 54: “En caso de no señalarse el máximo o mínimo de la pena privativa de libertad para el hecho punible de que se trate, se entenderá que dichos extremos son los indicados para la pena”. En verdad, no comprendemos por qué la norma proyectada se concreta ahora a la pena privativa de libertad, dejando de lado a

llas de J. V. C., no obstante que era imposible no pisar sangre dado el pequeño espacio donde se encontraba el cadáver y los muchos objetos diseminados en el suelo que impedían la deambulaci3n; los acusados en el dormitorio de los altos tuvieron un largo coloquio de tres horas; E.S. M. libre de la presencia de J.V.C., no solicit3 auxilio a la policia marcando el conocido n3mero 05, y, extrañamente, se dedic3 a recoger del piso ensangrentado, y guardar en su malet3n sus documentos y prendas de vestir que se encontraban regados por el suelo, haciendo as3 desaparecer evidencias materiales; el extraño regreso de la misma acusada, sola al lugar de los hechos con el objeto de llevarse consigo la pistola Luger, la cual devuelve despu3s de una completa limpieza y desaparici3n de huellas dactilares, juntamente con la cacerina y cuatro cartuchos; el hallazgo de huellas de sangre tipo “salpica” en el pantal3n que llevaba puesto en el momento de los sucesos, habiéndose encontrado d3as despu3s huellas de sangre humana en las uñas; la acusada que sostuvo que fue atada por J.V.C., no presentaba huellas de tales ataduras en las muñecas ni en los tobillos; no hizo sonar la alarma ac3stica, cuyo control conoc3a, y que se encontraba en el closet del dormitorio de los altos; J.V. C. en actitud desafiante afirm3 que nunca se sabr3a la verdad, mientras que E. S. M. en diligencia de confrontaci3n con aqu3l le dijo: “t3 sabes que hay culpables; t3 sabes lo que pas3 ese d3a en la casa de Chaclacayo, igual que lo s3 yo”. Del an3lisis de la prueba actuada resulta claro que el plan para victimar al agraviado, que fue minuciosamente preparado y ejecutado fr3amente, contempl3 la intervenci3n de m3s de una persona y su forma de culminaci3n fue diferente a la narrada por los acusados, siendo 3stos evidentemente coautores en la muerte del agraviado, en la que han tenido activa participaci3n, permaneciendo en el teatro de los acontecimientos mucho tiempo despu3s de consumado el delito a fin de preparar la coartada y alterar el escenario del delito. La circunstancia de no haberse podido determinar claramente la motivaci3n para cometer el homicidio no disminuye la evidencia del delito y la intervenci3n de los procesados, desde que la supuesta falta de motivaci3n en el evento no es sino la materializaci3n de un minucioso plan objetivo para confundir a la justicia y lograr la impunidad. No habiéndose establecido las circunstancias calificantes del delito previsto en el Art. 152 del C.P., la infracci3n cometida es la de **homicidio simple** contemplado en el Art. 150 del mismo C3digo. Como no es posible individualizar el grado de participaci3n de cada uno de los acusados, la pena debe aplicarse teniendo en cuenta la forma y circunstancias en que se perpetr3 el delito y las condiciones personales de los acusados, E. S.M. persona de inteligencia l3gica, serena, dominante, calculadora, con m3xima capacidad de convencimiento y excelente memoria, y J.V.C., sujeto influenciabile, con inmadurez intelectual y emocional, mayor de 18 ańos de edad y menor de 21, pero cuyas actitudes demuestran su peligrosidad. El Tribunal Correccional no ha debido imponer pena de prisi3n a la acusada E.S. M. a la que considera c3mplice del delito de homicidio, porque esta infracci3n est3 sancionada con la pena de penitenciar3a. Por 3stos y otros fundamentos se declar3 **HABER NULIDAD** en la sentencia impuesta por el Tribunal Correccional, conden3ndose a ambos acusados a la pena de **20 ańos de penitenciar3a**”

las penas restrictiva de libertad, restrictiva de derechos y multa (Art. 50).

En algunas situaciones especiales, como la de imputabilidad disminuída o legítima defensa imperfecta, el Juez está facultado para imponer la pena de penitenciaría por debajo de los seis años en aplicación del Art. 90, sin decrecer de un año en razón de ser éste el mínimo genérico de la penitenciaría (Arts. 12 y 88 del C.P.). (89).

El autor de un homicidio simple es por lo general un delincuente ocasional. El delito constituye en su vida un desgraciado episodio casi siempre superable con una conveniente ejecución penitenciaria. Por tal motivo, consideramos inexplicable la absoluta

(Ej. Sup. de 2-6-76, en C.P. Concordado por JULIO D. ESPINO PEREZ, 1982, p. 183 s.). En esta forma la Sala Penal de la Corte Suprema dio crédito a gran parte de las tesis sostenidas por el Juez Instructor **Ad hoc** JOSE SANTOS CHICHIZOLA en su Informe, por el Vocal Superior TOMAS AQUINO SOBREVILLA en su Voto Singular y por el Abogado de la Parte Civil que escribe estas páginas. Respecto a la acusada E.S. M., cuya defensa se sustentó, fundamentalmente, en "las 6 horas de horror vividas el día de los hechos" para pedir su absolución (CARLOS ENRIQUE MELGAR LOPEZ., su Abogado defensor, había dicho en la postrimería de su informe oral, con indudable elegancia: "Ahí está la inocencia de Eugenia Sessarego, a quien podéis condenarla como hombres, renunciando al deber de absolverla como jueces!"), quedó demostrado, por el contrario, con más de 40 circunstancias concomitantes e inmediatamente posteriores a la agresión inicial contra L. B. R., que racionó, tomó decisiones y actuó con una serenidad incompatible con "las 6 horas de horror vividas". El Dictamen Psiquiátrico, presentado por los Drs. FEDERICO SAL Y ROSAS y FRANCISCO ALARCO LARRABURE, coadyuvó a que el Abogado de la Parte Civil desvirtuara tan elegada argumentación de la defensa. He aquí uno de sus párrafos: "**Personalidad.** No hemos encontrado rasgos patológicos. Es de 'carácter fuerte', enérgico, decidido, firme y dominante; pero con controles, por lo general, suficientemente adecuados. Afectuosidad muy restringida y poco profunda. Actitud racionalista, fría y escéptica. Gran inclinación al cultivo intelectual, sin capacidad creativa, con autosobrealoración en esta línea del carácter" (Exp. C. Suprema N° 1468-75, p. 3931), **Otra:** "De conformidad con el Art. 150 del C.P., a los autores del delito de homicidio debe imponérseles pena no menor de seis años de penitenciaría y sobre la cual puede aplicarse una penalidad superior" (Ej. Sup. de 11-7-79, véase en: Compendio de Ejecutorias Supremas, recopiladas por JOSE R. TARAMONA, Tomo I, Lima, 1982, p. 36).

(89) "La embriaguez relativa, así como la forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos, permiten rebajar la pena a límite inferior al mínimo legal, en aplicación de los artículos 85 y 90 del Código Penal" (Ej. Sup. de 17-3-82, en "**El Peruano**", Ejecutorias Supremas, Volumen IV, p. 568). **Otra:** "Establecido en el proceso que al momento de perpetrarse el hecho delictuoso, el procesado se encontraba en estado de relativa embriaguez, procede dar aplicación a lo dispuesto en el Art. 90 del Código Penal" (Ej. Sup. de 21-2-83, en "**El Peruano**", Volumen VIII, p. 1079).

falta de aplicación del Art. 19 del C.P., dispositivo legal que faculta a reemplazar la pena de penitenciaria por la de prisión, a pedido del Ministerio Público, cuando "las circunstancias permiten apreciar que el hecho punible no es resultado de perversidad del delincuente".

No obstante, observamos que la determinación legal-jurisprudencial de la pena aplicable en el Art. 150 hace posible cubrir las necesidades de sancionar tanto al sujeto que presenta un mínimo porcentaje de peligrosidad delictual, como también al que traduce un mayor grado de la misma (90).

(90) "Dada la relatividad del pronunciamiento psiquiátrico en relación a la personalidad del acusado e inferido en el momento de los hechos, y dada también la relatividad del concepto de personalidad anormal en Psiquiatría, y en orden al ambiente social que rodeaba al acusado, no se puede concluir válidamente que al momento de cometer la acción delictiva juzgada el acusado padeciera de una grave alteración de su conciencia. El crimen (homicidio simple) sólo encuentra explicación en la amoralidad y en el incontrastado deseo de Luza por eliminar a su rival en amores que le hacía peligrar la posesión del objeto amoroso" (Ej. Sup. 7-4-71, en *Boletín del Colegio de Abogados de Lima*, Nº 11, febrero 1971, p. 191 ss.). La sumilla transcrita, como es evidente, corresponde al llamado "Caso Luza", proceso en el que intervinieron dos brillantes Abogados penalistas: el Dr. EDUARDO MIMBELA DE LOS SANTOS, Abogado de la Parte Civil; y, el Dr. CARLOS ENRIQUE MELGAR LOPEZ, Abogado del encausado Segisfredo Luza, prestigioso Médico-psiquiatra que experimentó, lamentablemente, una muy desgraciada circunstancia personal. El defensor del procesado, después de afirmar que su patrocinado había asistido a las audiencias en uso cabal de sus facultades mentales debido al oportuno y eficaz tratamiento psiquiátrico que se le había aplicado en centros hospitalarios, sostuvo estas dos importantes Conclusiones: "DOSCIENTAS CINCO.— Está probado que el crimen lo cometió en franco estado de anormalidad mental, lo que le privó de la capacidad de querer y entender la naturaleza criminal del hecho delictuoso. DOSCIENTAS SEIS.— Está probado que, en ausencia de la capacidad para querer y comprender sus actos, aquéllos se presentaron como un estallido, impidiéndole cualquier propósito de premeditación delictiva". La sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema no aceptó esta tesis, argumentación defensiva que fuera empeñosa e inteligentemente cuestionada por el Abogado de la Parte Civil. No obstante, es de justicia destacar estas palabras escritas por el Dr. CARLOS ENRIQUE MELGAR LOPEZ cuando ya todo había terminado en los Tribunales: "En pocos procesos como en este, se había revelado con mayúscula nitidez, toda la fuerza argumental para un principio general y viejo precepto de razón que se sintetiza lacónicamente en este enunciado 'en caso de duda, hay que estar a lo que favorezca al reo'. La materialización procesal de la duda en función de los actos protagonizados por el acusado, forma parte sustantiva de las vicisitudes de este juicio penal cuya expresión síntesis se esquematiza así: el Juez Instructor, Dr. Manuel Matos Mendiola, en los Informes Finales, lo registra como un homicidio pasional. El Agente Fiscal doctor Arriola Raya, en su Dictamen, lo tipifica como homicidio calificado y precisa que es de aplicación la Pena de Muerte de conformidad con el Art. 152 del C.P. El Fiscal del Primer Tribunal Correccional doctor Héctor Noriega Pazos, en su Requisitoria Escrita, acusa por homicidio cometido con todas las agravantes de ley, por lo que pide se le imponga la pena de veinte años de penitenciaría. El Primer Tribunal que lo juzga,

Diremos con el penalista argentino PECO, quien en su Proyecto de Código Penal fijaba para el homicidio simple (Art. 111) una sanción igual a la del Art. 150 en comentario, que seis años es un mínimo adecuado para la mayor parte de los homicidios pasionales, para los delincuentes casi emocionales, para aquellos autores de homicidio que por el complejo de los hechos que preceden, acompañan y siguen al delito, merecen atraer la benignidad legal (91).

Si el delito sólo ha llegado a la etapa de tentativa, el Juez puede adoptar, según el caso, cualquiera de estas tres decisiones con respecto a la pena:

a).— Disminuir la sanción por debajo de los seis años de peni-

divide votos al emitir fallo condenatorio. Los doctores Mario de las Casas, Presidente del Tribunal Correccional y el Dr. Isaías Izaguirre, lo condenan por homicidio simple, conexas a la necesidad de la Defensa Social, por delito cometido en estado de franco estado de desorden mental, y le imponen la pena de ocho años de penitenciaría, admitiendo en favor del acusado, las atenuantes reconocidas en la ley. El voto singular del doctor Dante Bottino, tercer miembro de ese Tribunal, fue porque se le impusiera la pena de veinte años de penitenciaría, ya que, desde su punto de vista, el homicidio se había perpetrado con las agravantes de premeditación, ensañamiento y alevosía. Elevada la sentencia a la Corte Suprema por recurso de nulidad interpuesta por el Fiscal, ocurren hasta dos discordias en la Sala Penal, como en muy raras ocasiones, tratándose de una materia penal. Resueltas éstas, los votos se califican así: los doctores Enrique Cuentas Ormachea y Alberto Ballón Landa, votan porque se confirme la pena de ocho años. Los doctores Alejandro Bustamante Ugarte, José García Salazar, Ricardo Nugent y Manuel García Calderón (los dos últimos llamados por ley para resolver la discordia) votan porque se le imponga quince años de penitenciaría. El voto singular del doctor Octavio Torres Malpica, Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema, teniendo en consideración la naturaleza de los hechos y el valor científico de las pericias psiquiátricas, permite la aplicación del Art. 150 del C.P. concordante con el Art. 90 del mismo, y vota porque se le imponga la pena de seis años de prisión. Nunca la duda había mermado más severamente los presupuestos de certeza que exige la ley para condenar. Y pocas veces como en este proceso, trece magistrados, incluyendo a siete de la Corte Suprema, habían dudado tanto en razón del hecho criminal protagonizado por su actor. Era, pues, justo tomar como otro de los argumentos de la defensa, el viejo pero siempre novísimo principio universal de: "In dubio pro reo" (Mi alegato, Lima, Perú, 1975, p. 491 s.). Otra: "El delito de homicidio (simple) resulta de mayor gravedad cuando existe vínculo familiar entre la víctima y el inculcado" (Ej. Sup. de 13-2-75, véase en: **Compendio de Ejecutorias Supremas**, recopiladas por JOSE R. TARAMONA, op. cit., Tomo III, p. 35). Otra: "Tratándose del delito previsto y sancionado en el Art. 150 del Código Penal, la pena a imponerse al acusado debe graduarse en atención a las especiales circunstancias que mediaron en la comisión del ilícito penal" (Ej. Sup. de 21-2-83, en "El Peruano", Volumen VIII, p. 1043).

(91) PECO, JOSE: **Proyecto de Código Penal**, Exposición de Motivos, La Plata, 1942, p. 219 s.

tenciaría cuando el agente hubiese obrado de **motu proprio** para impedir la producción del resultado “muerte”.

b).— Aplicar la pena en la misma medida señalada para el delito consumado; es decir, no menor de seis años de penitenciaría (Art. 97, segundo párrafo **ab initio**, del C.P.).

c).— Reducir la pena de un tercio a la mitad del monto que la ley determina aplicarse para cuando el delito hubiese sido consumado, atendiendo a las modalidades del hecho y a las condiciones del culpable, si es que el agente hubiere puesto de su parte todo lo necesario para la consumación, no realizada por circunstancias accidentales (Art. 97, segundo párrafo **in fine**). Esta misma reducción podrá hacerse cuando el actor “hubiere comenzado simplemente la ejecución” del delito del homicidio (Art. 97, tercer párrafo).

Tratándose de los autores por instigación y de los cómplices primarios (aquellos que coadyuvaren intencionalmente con auxilio a cooperación sin los cuales no habría podido perpetrarse el delito de homicidio), serán reprimidos con la pena a imponerse a los autores materiales (no menor de seis años de penitenciaría ni mayor de veinte). En lo que respecta a los cómplices secundarios (aquellos que de cualquier otro modo hubieran intencionalmente prestado asistencia para la comisión del homicidio), el Juez puede disminuirles la pena “hasta en una tercera parte de la represión que imponga al autor del hecho punible” (Art. 102 del C.P., primer párrafo).

PARRICIDIO

Art. 151.— “SE IMPONDRÁ INTERNAMIENTO AL QUE A SABIENDAS MATARE A SU ASCENDIENTE, DESCENDIENTE O CONYUGE”.

COMENTARIO

34.— ORIGEN DE LA DENOMINACION

En la doctrina se conoce esta figura delictiva con el **nomen iuris** de **parricidio**. Según unos romanistas la denominación deriva de **parendere** que significa: dar muerte a padres o parientes. En criterio de otros estudiosos, la voz proviene de **paricidium** que

importa tanto como: matar al par o semejante. Ni el C.P. de 1863, ni el ahora vigente emplean las expresiones parricidio o parricida (92).

Existe, como ya se advierte, una larga disputa filológica con respecto al origen de la palabra **parricidio**. En una ley regia dictada por ROMULO y reproducida después con enmiendas por NUMA, se denominaba paricida (sin “rr”) al que mataba a un hombre libre: **Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, paricida esto** (“si alguno dolosamente y a sabiendas, le diere muerte a un hombre libre, será paricida”). En este sentido **paricida** (sin “rr”) no era el que daba muerte a su padre, sino el que mataba a un igual suyo. Recordemos que en aquellos tiempos antiguos, anteriores a la venida de Cristo, no eran **pares** (o iguales) los que carecían del derecho de ciudadanía romana, es decir, los peregrinos, llamados **enemigos** por la gente de antaño, cuyo asesinato no se consideraba delito, o se tenía por un hecho muy leve. Tampoco eran **pares** los que tenían derechos desiguales, y así resulta que un padre podía impunemente dar muerte a su hijo, o el amo privar de la vida a su siervo.

Los doctores en su mayoría, según observa CARRARA, leyeron **parricida** (con “rr”) en vez de paricida, y al tratar de explicar por qué se usaba tal denominación para quien le diera muerte a cualquier hombre libre, creyeron encontrar la razón etimológica de ello en el título de **patres conscripti** que le daban a los ciudadanos romanos.

Siguiendo el análisis del Sumo Maestro de Pisa, la expresión **paricida**, de la que ha derivado **parricida**, no designa sino una cuestión de competencia. Para llegar a esta conclusión se basa en el si-

(92) Nuestro abrogado C.P. se ocupaba del parricidio en el Art. 231, dándole un sentido muy restringido con relación al vigente y estableciendo la pena de muerte para “el que matare a sabiendas a su padre o a su madre”. El concepto quedaba aparentemente extendido en el Art. 233 en el que se castigaba con penitenciaría en cuarto grado a “el que a sabiendas matare a cualquiera de sus ascendientes, que no sean padre o madre, a sus descendientes en línea recta, a su hermano, a su padre, madre o hijo adoptivos o a su cónyuge”. Como se observa, para el codificador de 1863 más repugnante era la muerte ocasionada por el hijo a cualquiera de sus padres (parricidio propiamente dicho) que la causada por alguno de los padres a su hijo. He aquí, a nuestro juicio, el último ruego legislativo, para entonces ya sólo tímidamente amparado, de lo que alguna vez fue el **jus vitae et necis** (derecho de vida y muerte) que en la antigua Roma ejercitó el **pater familias** y cuyos restos de alguna manera heredamos a través de la legislación española, nuestra fuente de inspiración sobre el tema en la ley abrogada.

guiente pasaje de CICERON (II, p. *Delegibus*): *Sacrum, sacrove commendatum, qui cliperit rapsitve, paricida esto* (“El que roba o saquea una cosa sagrada, o encomendada a un lugar sagrado, será paricida”).

La calificación de “paricida”, pues, se aplicaba al que profanaba una cosa sagrada y para indicar al mismo tiempo que tal autor debía ser juzgado por los *quaestores paricida*. Dichos *quaestores* eran los únicos facultados para aplicar la pena de muerte a uno de los pares, es decir, a un ciudadano romano. Ser tratado como *paricida* significaba en buena cuenta ser ya considerado como *reo de pena capital* (93).

35.— CONCEPTOS DEL DERECHO PRIVADO EN EL DERECHO PENAL

La legislación penal codificada utiliza en este Título I, así como también en otros distintos (especialmente los que integran la Sección Sexta: “Delitos contra el patrimonio”), varios conceptos que pertenecen al Derecho Privado. No es posible, entonces, soslayar la necesidad de una somera explicación que permita precisar cuál es el significado y cuál el valor vinculante que tienen los conceptos del Derecho Privado (concretamente de naturaleza civil para el caso del texto en comentario), cuando son captados por el Derecho Penal y usados en su mismo lenguaje oriundo. Tres son los puntos de vista que existen en la doctrina para resolver el problema así planteado:

a).— El primero sostiene que el **Derecho Penal se limita a sancionar los conceptos e instituciones que son propios del Derecho Privado**. Se trata de la teoría conocida también con los nombres de *unitaria* o *civilista*. Afirma esta doctrina, que nosotros preferimos llamar *heterónoma*, que el valor y significado de la terminología procedente del Derecho Privado deben ser tomados sólo de éste, en razón a que el papel asignado al Derecho Penal no consiste en otro distinto o mayor que al de adscribir especial tutela, de manera complementaria a la otra fundamental y ordinaria que les presta a sus conceptos el Derecho Penal, por lo que debe abstenerse de introducir cualquier modificación en la esencia de vocablos e instituciones que compete exclusivamente al Derecho Privado definirlos. GUARNERI señala que uno de los efectos de la teoría

(93) CARRARA: op. cit., § 1139.

unitaria se manifiesta en la concepción existente acerca de la naturaleza sancionadora o garantizadora del Derecho Penal.

Para la tesis que estudiamos, la ciencia de los delitos y de las penas se limitaría, en el punto que ahora nos interesa, a establecer la protección o tutela de los conceptos e instituciones previamente determinados en el ámbito civilista. El Derecho Penal sería el garante de la estabilidad y respeto que se les debe a los intereses humanos cuyas elaboraciones ideológicas han sido ya efectuadas en otra rama del Derecho. Su función (la del Derecho Penal), entonces, quedaría reducida a la recepción de conceptos e instituciones propios del Derecho Privado adoptándolos tal y conforme son, sin añadir ni quitar nada al **preceptum legis**, prestándoles tan solo una protección "reforzada", como diría CARNELUTTI. Respalдан esta perspectiva, entre otros ius-penalistas: CARRARA, BINDING, JIMENEZ DE ASUA y GARRAUD.

Indudablemente, dentro de la posición anotada caben algunos matices. Así, por ejemplo, CARNELUTTI no sólo se ha satisfecho con escribir que si se hubiesen formado las leyes de acuerdo con un plan científico, no habría en la actualidad artículo alguno del Código Penal que no tuviese su correlativo en el Código Civil, o, por lo menos, en una ley civil (94), sino que el citado jurista italiano ha elaborado una teoría del delito como si fuese un negocio civil, con terminología y sentido privatista (95).

b).— La segunda tesis sostiene que **el Derecho Penal toma los conceptos y las instituciones del Derecho Privado, pero los reviste de su sentido propio**. Es la teoría que denominaremos **autónoma**. Sostiene que el Derecho Penal, al adaptar a sus fines las elaboraciones conceptuales del derecho extra-penal, mantiene la terminología originaria pero inevitablemente modifica su semántica. En otras palabras: esta tesis no niega que el Derecho Penal (tanto en su Parte General, como principalmente en su Parte Especial), guarde en efecto un considerable número de delicadas relaciones con el Derecho Privado; pero afirma, en cambio, que tal comprobación no significa que el Derecho Penal deba tomar los conceptos del Derecho Privado religiosamente en la misma forma como se encuentran regulados en su sede de origen, sino, adaptándolos a sus obje-

(94) CARNELUTTI, FRANCESCO: *El delito*, Edic. Jur. Europa-América, Bs. As., 1952, p. 86.

(95) JIMENEZ DE ASUA: *Tratado*, op. cit., Tomo I, 1950, p. 165.

tivos propios, bastante distintos, actitud que trae como consecuencia que irremediablemente los modifique.

Estimamos que el reconocimiento de la multiplicidad de conceptos privatistas que gozan de indudable importancia en el Derecho Penal no significa que, en todos los casos, el penalista debe recurrir al Derecho Privado para determinar exactamente el concepto y alcance de las normas punitivas. GUARNERI, basándose en la esencia publicitaria del Derecho Penal y en su progresiva humanización (así manifestada en la tendencia por conseguir la individualización de la pena), ha llegado a decir en defensa de esta segunda tesis que analizamos, pero criticando consecuentemente a la enunciada en primer lugar, que el propósito de civilistizar la ciencia penal significa desconocer lo que es ya una realidad incontestable, así como también retroceder en el campo de la evolución jurídica y regresar a un formalismo vacío (96).

Como los representantes más caracterizados de esta segunda teoría mencionaremos a MAGGIORE, MEZGER y MAURACH.

c).— La tercera tesis afirma que **el Derecho Penal recepciona las normas del Derecho Privado, ya sea transformando unas veces, o reconociendo en otras, su noción original**. Es la teoría ecléctica, denominada también **exegético-empírica**, según la cual la decisión que se adopte respecto a la cuestión que nos ocupa importa resolver, caso por caso, un problema de interpretación de la ley penal en cuya solución deberá tenerse en cuenta la voluntad de la norma en la que ha sido ensamblado el concepto jurídico privado. En opinión de MANZINI, el principal propugnador de esta tesis, en el caso de recepción transformativa la referencia al Derecho Privado es sólo aparente desde que la ley penal viene a modificar, en todo o en parte, la correspondiente noción o norma de Derecho Privado (97). En cambio, la recepción de reconocimiento consiste en la repetición de la regla civil o en la remisión pura y simple a las disposiciones propias del Derecho Privado (97 bis). En realidad, por la extensión concedida a este aspecto del tema y por los ejemplos

(96) GUARNERI, JOSE: *Las influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal*, Edit. Cajica, México, 1952, p. 88.

(97) MANZINI: *Tratado*, Primera Parte, Teorías Generales, op. cit., Tomo I, Volumen I, p. 227.

(97 bis) *Ibíd*em, p. 228.

referidos a la legislación italiana con los que MANZINI acredita su punto de vista, entendemos que son más numerosas las hipótesis en las que el legislador penal ha determinado cuándo corresponde exclusivamente al Derecho Privado precisar el sentido de los criterios y vocablos privatísticos que son materia de la norma penal (**recepción de reconocimiento**), que aquellos otros casos en que los conceptos del Derecho Privado experimentan realmente una modificación (**recepción transformativa**).

Son portavoces de esta concepción, además de MANZINI, los siguientes penalistas: BETTIOL, MAYER y QUINTANO RIPPOLLES.

Entre las tres perspectivas teóricas escuetamente aquí presentadas nos decidimos en favor de la última. Comprobamos, concretamente en el derecho positivo, que el Art. 151 del C.P. de 1924 respalda el criterio que ahora adoptamos si se tiene en cuenta que hizo una **recepción de reconocimiento** de los conceptos privatistas de ascendiente, descendiente y cónyuge contenidos en el C. Civil de 1852. Claro está que una interpretación progresiva de nuestra ley penal obligó a considerar como cónyuges, después de la expedición del Decreto-Ley No. 6889 que estableció el matrimonio civil obligatorio, solamente a quienes habían contraído un enlace de esta naturaleza. El abrogado C. Civil de 1936 y el vigente de 1984 ratifican la exigencia de una interpretación del aludido texto penal dándole al vocablo “cónyuge” el nuevo sentido que adquirió y mantuvo con las sucesivas promulgaciones de los cuerpos codificados privatistas (**interpretatio ex nunc**) (98).

36.— BASES DE LA AGRAVACION

El Art. 151 sustenta la agravante en la vinculación impuesta por la sangre (parricidio **propio**) poderosa voz de la naturaleza que comúnmente genera un sentimiento sagrado hacia ascendientes y descendientes. ALIMENA dice que los delitos vulnerantes del vínculo de sangre son de los más graves, porque el delincuente prueba que no siente los afectos más tiernos y naturales, afectos que son instintivos y fundamentales, no sólo en la especie humana; y porque no cabe duda que el individuo que da muerte a su propio

(98) Este interesante tema de las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Privado ha sido desarrollado por nosotros, con mayor amplitud, en otro volumen: **Derecho Penal Peruano**, Tomo III, 1983, p. 17 ss.

consanguíneo demuestra aptitud para matar al extraño. Agrega que a estos elementos constantes, a menudo se les une otro accesorio, cual es la traición de la mutua confianza (99). Por otro lado, la calificante también tiene como base la vinculación creada o producida por el Derecho Civil (parricidio **impropio**), como es el caso de la muerte causada al cónyuge.

Opinan DEL ROSAL y sus colaboradores, que la razón de la acentuada gravedad del parricidio hay que buscarla en una mayor culpabilidad, pudiendo comprobarse cómo las relaciones parentales aparejan toda una red de **deberes mutuos** que están llamados a operar, en todo caso, como **normas subjetivas de determinación**, y, en consecuencia, la conducta del parricida, al desoir en su fuero interno la voz de esos deberes, se nos muestra como una conducta mucho más reprobable, según expresión usada por GROIZARD, o más reprochable para decirlo en términos de una concepción normativa de la culpabilidad. Acertadamente agregan los citados autores españoles que la ley **presume** que los vínculos parentales originan naturalmente una comunidad de afectos y sentimientos que es justamente la que hace que el atentado contra la vida del pariente se presente como una acción de mayor reprochabilidad (99 **bis**). En realidad, nosotros no advertimos la incompatibilidad, que DEL ROSAL y sus colaboradores manifiestan visualizar, entre la tesis que sustenta la agravante en la mayor peligrosidad del parricida y la teoría que la fundamenta en una reprochabilidad máxima de la conducta homicida por haberse violado especiales deberes.

No todos los autores están de acuerdo en asimilar el conyugicidio a la mismas consecuencias penales establecidas por la ley para quien atente contra la vida de cualquiera de sus padres. GROIZARD nos dice que en el conyugicidio el ataque contra la ley natural es menor y su violación no produce la misma horrorosa impresión en el seno de la sociedad que los espectáculos sangrientos entre ascendientes y descendientes. En su criterio, no hay razón de principios que abone, ni indicios de conveniencia que legitime el que sean medidos con el mismo rasero los que consuman la muerte de su esposa y los que atentan mortalmente contra la existencia de sus padres. Piensa el autor español, en nuestro concepto con sobrada razón, que parangonar en el castigo crímenes que se diferencian

(99) ALIMENA: op. cit., p. 187.

(99 bis) DEL ROSAL y otros: **Derecho Penal Español**, op. cit., p. 162 s.

en su perversidad, ni es justo, ni produce aquella impresión ética tranquilizadora que llevan con su ejemplaridad al seno de la sociedad las penas bien escalonadas (100).

La ley considera esencial que el agente conozca tales cualidades existentes en el sujeto pasivo para que funcione la agravante ("a sabiendas"), exigencia que en manera alguna constituye una supuesta duplicidad del dolo (100 bis).

(100) GROIZARD, ALEJANDRO: *El Código Penal de 1870* (Concordado y Comentado), Tomo IV, Madrid, 1912, p. 378 s.

(100 bis) La Comisión de Trabajo Argentina (I Sección), presentó a la comisión Redactora de Código Penal Tipo para Latinoamérica, una ponencia titulada "Delitos contra la vida". En el texto propuesto en el Art. X (2) se sancionaba al que matare: "1º Al ascendiente, descendiente, hermano, cónyuge, adoptante o adoptado, sabiendo que lo es". En el documento respectivo, fechado en Agosto de 1968, sólo se daba como fundamento el relativo a que la Comisión había mantenido las circunstancias de agravación del homicidio que eran más frecuentes, encontrándose entre las mismas la del vínculo parental que "abarca ligámenes biológicos y jurídicos, dentro de la corriente mayoritaria en los Códigos americanos". La Reunión Plenaria acordó: a) suprimir la referencia al adoptante, al adoptado y al hermano; b) mantener la alusión al cónyuge, pero añadiendo la idea de que entre los esposos exista vida real en común; c) incluir en el precepto proyectado una referencia al conviviente (concubinato); y, d) suprimir la frase "sabiendo que lo es". El texto, en consecuencia, quedó así: Art. X (2).— "Se impondrá . . . al que matare: 1º) Al ascendiente, descendiente, cónyuge no separado de hecho, o a la persona con quien conviva maritalmente". Conviene meditar respecto al tema, sobre todo ahora que se abre paso una corriente que propugna porque la separación de hecho entre los cónyuges, después de cierto número de años, sea una de las causales de divorcio. Asimismo, no deben soslayarse las proyecciones penales que pudiera tener el Art. 9º de la Constitución Política de 1979 y el Art. 326 del C. Civil de 1984, siendo el tenor de este último el siguiente: "La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez podrá conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedida, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido". Observamos que ni en el doctrina, ni en la legislación penal comparada existe criterio uniforme respecto a incluir en los textos codificados la agravante del parentesco de una manera específica. Así, por ejemplo, la Comisión de Trabajo de Chile, objetando la citada ponencia argentina, dijo: "La Comisión estimó que el parentesco sólo puede a lo más constituir una agravante facultativa". Por otro lado, el C.P. brasileño de 1969, todavía sin vigor, no contiene la calificante que ahora nos ocupa al tratar de "Dos crimes contra a vida". En el extre-

Nos recuerda IRURETA GOYENA que los fundamentos de las calificantes que nos ocupan son muy fáciles de inducir y resultan perfectamente lógicas y convenientes, cualquiera que sea la escuela penal que se siga. Así, apunta que los partidarios de la Escuela Positiva Italiana que examinaron el problema de la represión desde el punto de vista de la idoneidad del agente criminal, afirman que derramar la sangre de los suyos hace al sujeto activo mucho más **temible** respecto a quien hizo brotar la sangre de extraños, imponiéndose, por consiguiente, una reacción más enérgica. Los partidarios de la Escuela Clásica dicen, por su lado, que siendo mucho mayor la alarma social cuando el sujeto derrama la sangre del padre, del hijo, o del cónyuge, o del hermano, que cuando vierte la de una persona extraña, el castigo debe ajustarse a las manifestaciones de ese sentimiento colectivo (101).

mo opuesto se ubica el C.P. colombiano de 1980: "Art. 342 (Circunstancias de agravación punitiva).— La pena será de dieciséis a treinta años de prisión si el hecho descrito en el artículo anterior (homicidio) se cometiere: 1º En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, hermano, adoptante o adoptivo o pariente hasta el segundo grado de afinidad".

(101) IRURETA GOYENA: op. cit., p. 118 s. Con elegancia e ilustración GROIZARD escribió: "No hay delito más horrendo. El parricida niega a un tiempo la ley natural, la ley moral y la ley divina. No es extraño que en su alrededor levante el mundo un grito de extraordinaria reprobación. ORESTES, errante sobre la tierra, perseguido por las Furias, atormentado por los remordimientos, afligido por la demencia, es la mejor expresión del sentimiento con que la antigüedad clásica condenó a los hijos que levantaban su mano sacrílega contra los autores de su existencia. En el último recintó de su infierno DANTE coloca a los parricidas como traidores a su propia sangre. Los antiguos egipcios quemaban sobre un montón de espinas a los hijos que mataban a sus padres, **maximun inter mortales judicantes acelus**, y si el padre daba muerte al hijo era condenado a tener abrazado su cadáver, en medio de la plaza pública, hasta que se trasmitiesen al reo los efectos de la putrefacción. Al que mate o maldiga a sus padres, désele muerte, escribió el legislador hebreo. Entre los persas, cuando se presentaba un caso de parricidio, los Tribunales declaraban supuesta la filiación o adulterina la prole, para evitar que el pueblo se persuadiese de que habían personas de índole tan infame que a un tiempo hollaran las leyes divinas y humanas, atentando contra la vida de sus ascendientes. SOLON y ROMULO, como el legislador indio, no incluyeron, por análogos motivos, el parricidio en el catálogo de delitos. Pero la experiencia demostró pronto a los griegos y romanos que con tales artificios retóricos no se protegían los más altos intereses de la familia y del Estado. Con más sentido práctico pidió PLATON para el parricida la pena de muerte, y que su cadáver, desnudo, fuese conducido fuera de la ciudad a un punto donde concurriesen tres caminos, y de allí, a la presencia del pueblo y en su nombre, cada Magistrado le tirase un piedra a la cabeza, y que, por último, fuese transportado fuera de los confines de la República, permaneciendo insepulto como las leyes prescribían" (op. cit., Tomo IV, p. 372 s.).

37.— SUSTANTIVIDAD O ADJETIVIDAD DE LA FIGURA

Se discute en la doctrina, para luego adoptar posiciones que trascienden hasta la legislación, si el delito de parricidio debe ser realmente una figura independiente, con plena autonomía (**sustantividad**), o si, por el contrario, basta a los fines del Derecho Penal con que sea una modalidad accesoria del homicidio simple, en este caso agravada por determinadas circunstancias de parentesco (**adjetividad**).

Opinan DEL ROSAL y sus colaboradores, interpretando el Art. 405 del C.P. español, que en el mencionado texto (102) el parentesco no opera como circunstancia agravante de la pena prevista para el homicidio (103), sino que aparece como una característica esencial del objeto de la acción, y, por ello mismo, como presupuesto típico fundamentador de la pena. Agregan que el parentesco no es "circunstancia" desde que no está alrededor del hecho, sino, por el contrario, formando parte de la esencia del delito mismo que, para el caso, consiste en matar a un "pariente" (104). Del mismo criterio interpretativo es RODRIGUEZ DEVESA (105).

Con respecto al Art. 151 del texto codificado en comentario diremos que este dispositivo conforma un **delictum sui generis**; es decir, una figura delictiva aparte, independiente de la que corresponde al homicidio simple. La cualidad personal del parentes-

(102) Art. 405.— "El que matare a su padre, madre o hijo, o a cualquiera otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos, o a su cónyuge, será castigado, como parricida, con la pena de reclusión mayor a muerte".

(103) Art. 407.— "El que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor".

(104) DEL ROSAL y otros: **Derecho Penal Español**, op. cit., p. 160.

(105) RODRIGUEZ DEVESA: op. cit., Parte Especial, p. 51 s. Con mucha claridad dice MANZINI que "las circunstancias del delito no deben confundirse con los elementos constitutivos del mismo, porque éstos, esenciales o eventuales, tienen carácter principal y ordinario; aquéllos, en cambio, tienen carácter secundario y extraordinario. Por eso mismo, un elemento constitutivo del delito no puede nunca ser simultáneamente circunstancia del delito" (*Tratado*, op. cit., Tomo 2, Volumen II, p. 49). Este criterio de MANZINI, expuesto al interpretar el Código ROCCO, se encuentra traducido en el Art. 51 de nuestro C.P., el mismo que dispone que para la aplicación de la pena los jueces apreciarán la culpabilidad y el peligro del agente, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho (Inc. 1º) y las personales (Inc. 2º) que se indican, "en cuanto la ley no las considere especialmente como constitutivas o modificativas del delito".

co, que en otras legislaciones latinoamericanas tiene un rango accesorio con relación al homicidio (106), resulta ser entre nosotros un elemento integrante del tipo de parricidio. Sólo con fines pedagógicos, que tal vez permitan explicar mejor la conexión entre género y especie, puede afirmarse que en la dogmática peruana que el parricidio es una figura agravada en relación con la del Art. 150 del C.P.

En nuestra opinión, la autonomía del parricidio no hay que deducirla de una cuestión que sólo atañe a la pura técnica legislativa (buena o defectuosa) consistente en concederle o no un articulado distinto al del homicidio simple. El vínculo consanguíneo y el jurídico operan aquí como elementos constitutivos de la infracción al aparecer ensamblados en el tipo con la expresión "a sabiendas" (107). El asunto es importante. En efecto: si la agravación fuese una simple circunstancia, habría parricidio en todo caso en el que se demuestre nada más que la preexistencia del vínculo entre el sujeto activo y la víctima. En cambio, no sucede así: de conformidad con el Art. 84 del C.P. aunque la víctima fuese el padre, por ejemplo, no habrá parricidio propio si concurrió un error *in personae* al confundirse la identidad del occiso, salvo que dirigido el golpe contra la madre resultare, por *aberratio ictus seu personae*, muerto el padre que salió en defensa de su cónyuge agredida por tan desgraciado hijo. Por otro lado, aunque el agraviado no sea el padre a quien el sujeto activo se propuso matar, resultando en la realidad ofendida una persona distinta a su progenitor (agraviado que, inclusive, puede ser un desconocido para el agresor), el caso será tipificado como parricidio si se tiene en cuenta que, conforme al mismo citado Art. 84, deben tomarse en consideración las circunstancias subjetivas en las cuales el agente ha deliberado y ejecutado el delito y las cualidades inherentes a la persona contra quien estaba dirigida la acción homicida, a fin de fijarse la sanción correspondiente. No es suficiente, pues, en nuestro concepto, agregar el parentesco al homicidio simple a manera de "circunstancia"

(106) Por ejemplo, en el C.P. colombiano de 1980: "Art. 323 (Homicidio).— El que matare a otro incurrirá en prisión de diez a quince años". "Art. 324 (Circunstancias de agravación punitiva).— La pena será de dieciséis a treinta años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior se cometiere: 1º En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, hermano, adoptante o adoptivo o pariente hasta el segundo grado de afinidad". La transcripción que hacemos, por segunda vez, del último dispositivo legal extranjero, se explica aquí por tener un sentido comparativo que permite ilustrar nuestra exposición.

para que tengamos ya la figura del parricidio. El elemento subjetivo en orden a lo injusto "a sabiendas", lejos de cumplir aquí con el papel de especificar el dolo, desempeña la función de engarzar la subjetividad del agente con la objetividad de un resultado para dar al parentesco, así, el carácter de elemento constitutivo del parricidio (107 bis).

Deseamos terminar el tema en examen con palabras de QUINTANO RIPOLLES. Para este autor español lo verdaderamente decisivo en la solución de la alternativa planteada en el rubro de este acápite (**sustantividad o adjetividad**), es la caracterización exacta del papel que desempeña el parentesco en la figura del parricidio. En tal sentido sostiene que el parentesco es mecánicamente, si se quiere, un **plus** adicionado al homicidio, pero una adición que trasmuta indeleblemente su naturaleza, del mismo modo que la fuerza en las cosas o violencia en las personas, adicionadas al hurto lo convierten en robo (108).

(107) No acertó el sabio Maestro JIMENEZ DE ASUA cuando citó, entre otros numerosos textos punitivos codificados de Latinoamérica, el Art. 151 de nuestro C.P. como si fuese uno de los casos en que la frase "a sabiendas" pareciera referirse al elemento puramente intencional, dejando constancia el autor español que esto sucedía "sobre todo cuando se usa para distinguir una determinada figura delictiva de índole dolosa, de la de idéntico tipo descriptivo de naturaleza culposa" (*Tratado.*, op. cit., 1965, p. 846 s.). Consideramos que en el texto peruano comentado el modo adverbial "a sabiendas" nada tiene que ver con el dolo i deviene totalmente innecesario como criterio para precisar la culpabilidad en las distintas figuras de homicidio, concretamente en las de parricidio i asesinato, si estamos a las disposiciones contenidas en los Arts. 81 y 82 del C.P. (sistemática ítalo-suiza en materia de culpa y delitos culposos).

(107 bis) En contra: HURTADO POZO. Este autor nacional cita a EMIL ZURCHER, quien fuera Prof. de la Universidad de Zürich y miembro de la Comisión de Expertos que redactó (entre otros) el Proyecto helvético de 1918, invocando su autoridad para sostener que la separación del homicidio intencional en dos categorías autónomas (homicidio y asesinato) no ha sido admitida. Luego, después de señalar que la influencia suiza se refleja en nuestro C.P., sobre todo, en la estructura de la regulación del homicidio, expone así su propia opinión: "El homicidio ha sido erigido en delito único, comprensivo de todos los homicidios intencionales. De este homicidio se separan los casos calificados (asesinato, parricidio) y los privilegiados (homicidio por emoción violenta, infanticidio). Plantear el carácter sui generis, autónomo del asesinato o del parricidio no nos parece, por tanto, conforme con la sistemática de nuestra ley" (op. cit., Parte Especial I, p. 50). No discutimos el pensamiento del Prof. ZURCHER emitido en referencia a documentos suizos en los que **no aparece configurado** el delito de parricidio, pero sí previsto el asesinato. En cambio, discrepamos del criterio de HURTADO POZO en cuanto niega que el tipo de parricidio tenga carácter independiente o sustantividad en el texto codificado peruano. Nuestros argumentos ya han sido expuestos.

(108) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado.*, op. cit., Tomo I, p. 150.

38.— DEFINICION

Parricidio, para nuestra dogmática, es el homicidio agravado por razón del conocimiento de la existencia de un vínculo de parentesco consanguíneo en línea recta entre victimario y agraviado (**parricidio propio**), o por el conocimiento del enlace jurídico entre las mismas personas con motivo de haber contraído matrimonio civil (**parricidio impropio**).

39.— FUENTE

La encontramos en el Art. 124 del Proyecto peruano de 1916 (109). En la anterior edición de este Tomo I la habíamos ubicado en el Art. 417 del C.P. español de 1870, texto que, en realidad, sólo podía tener el carácter de fuente mediata (110). El precedente legislativo nacional está en el Art. 231 del C.P. abrogado.

40.— SUJETOS

a).— **Sujetos activos** pueden ser, en la línea ascendente: el padre, el abuelo, el bisabuelo, etc.; y, en la línea descendente: el hijo, el nieto, el bisnieto, etc. También tiene la calidad de actor cualquiera de los cónyuges. No haciendo la ley distinciones deberá entenderse, entonces, que el parentesco consanguíneo aquí aludido puede derivarse tanto de un matrimonio civil como igualmente de una relación extramatrimonial (incluyendo a los hijos adúlteros e incestuosos). Por razones que luego expondremos consideramos que están excluidos de la figura penal estudiada tanto el padre como el hijo adoptivos, no obstante que el C. Civil de 1984 (de efectos más conclusivos en materia de adopción que el texto abrogado de 1936), prescribe lo siguiente: que el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea (Art. 377), que la adopción es irrevocable (Art. 380) y que el adoptado tiene derecho a la sucesión hereditaria a título de descendiente (Libro IV, Sección Tercera, Título II “Sucesión de los descendientes”, Art. 818).

Conviene aquí recordar que en el C. Civil de 1984 la filiación

(109) Art. 124.— “Se impondrá pena de internamiento perpetuo al que matare a su padre, madre o hijo, o a cualquiera otro ascendiente o descendiente, o a su cónyuge, sabiendo que lo son”.

(110) Art. 417.— “El que matare a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, o a cualquiera otro de sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge, será castigado, como parricida, con la pena de condena perpetua a muerte”.

extramatrimonial se prueba nada más que por dos medios: el reconocimiento y la sentencia declaratoria de paternidad o maternidad (Art. 387) (111). Asimismo, tengamos en cuenta que el nuevo texto civil codificado, bajo el rubro "Declaración judicial de filiación extramatrimonial" (Art. 402 al Art. 414), prevé un caso en el que se puede declarar judicialmente la maternidad aquí aludida, supuesto este que se presenta "cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo" (Art. 409) (112).

Los denominados "hijos alimentistas" referidos en el Art. 415 del C. Civil, que son los que no han probado su filiación paterna, pero que sí han obtenido, en cambio, una sentencia que los favorece con el pago de una pensión alimenticia a cargo de quien hubiere tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción ("presunto padre", según el Art. 416), no están necesariamente excluidos del Art. 151 del C.P. (113). La calidad de sujeto activo del hijo alimentista en relación a su madre no ofrece duda. El cuestionamiento de esta calidad sólo procede respecto al presunto padre. Corresponde a la administración de justicia penal, en nuestro concepto, hacer una investigación exhaustiva, cuando el asunto así lo requiera, a fin de establecer la **realidad** (el hecho) del vínculo consanguíneo, aun cuando el derecho familiar permita que se presuma formalmente la existencia del parentesco (caso de paternidad no contestada), o que se le tenga como inexistente (caso del hijo alimentista) (114). El conocimiento del vínculo

(111) El abrogado C. Civil de 1936 disponía en su Art. 349 que la filiación materna ilegítima se establecía por el hecho del nacimiento.

(112) El Proyecto de C. Civil, que fuera aprobado por la Comisión Revisora creada por la Ley 23403, tenía respecto a esta materia un membrete que resultaba inadecuado con el texto de su articulado: "Declaración judicial de paternidad".

(113) Conviene observar que, de conformidad con el Art. 416 del C. Civil vigente (el mismo que remite al Art. 403 del citado texto codificado), resulta que el hijo extramatrimonial que no puede obtener judicialmente una declaración de paternidad en su favor, sólo tendrá derecho a reclamar una pensión alimenticia (hijo alimentista, Art. 415) de quien hubiere tenido relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción, salvo que la madre hubiere llevado, en el transcurso de este período, una vida notoriamente desarreglada o hubiese tenido "trato carnal" con persona distinta del sindicado como padre o si fue manifiestamente imposible que el presunto obligado hubiere tenido acceso carnal con la madre al tiempo de la concepción.

(114) DEL ROSAL y sus colaboradores, teniendo en perspectiva la legislación española, opinan lo siguiente sobre esta complicada cuestión: "... el juez penal no habrá de preocuparse de verificar si existe, o no, una declaración jurídica que confiera un determinado **status** familiar, sino de comprobar si existe, o no, el **hecho** consistente en el

lo de parentesco, como después veremos, tiene en todos los supuestos legales de parricidio una importancia decisiva.

b).— **Sujetos pasivos** pueden ser, en la línea descendente: el hijo, el nieto, el bisnieto, etc., y, en la línea ascendente: el padre, el abuelo, el bisabuelo, etc. También hay que considerar aquí a cualquiera de los cónyuges. Atendiendo a las particularidades del sujeto pasivo se utilizan en la doctrina las siguientes expresiones: **matricidio, filicidio, conyugicidio o uxoricidio.**

41.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Preexistencia de una vida humana cierta.** El estudio de este elemento lo hemos realizado al comentar similar tema en el homicidio simple.

b).— **Extinción de la vida humana.** También ha sido objeto de examen al hacerse el análisis del Art. 150 del C.P. Sólo agrega-

vínculo de sangre. Tanto es así, que el Tribunal Supremo ha sentado la doctrina de que, en los supuestos de dudosa filiación, es competente el Tribunal encargado de la justicia penal para resolver este punto (sentencias de 13 de julio de 1897 y 19 de enero de 1921), al margen del principio prohibitivo de la investigación de la paternidad, que se consagra en el Código Civil. Aunque el propio Tribunal Supremo recurre, para fundamentar la anterior doctrina, a los preceptos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal dedica a las cuestiones civiles prejudiciales, en ciertos casos no se trata de ninguna cuestión civil prejudicial, porque, por ejemplo, en los supuestos de hijos adulterinos o incestuosos, al Tribunal de lo civil le está vedado investigar y pronunciarse declarativamente sobre el **status** familiar y, por consiguiente, en estos casos, no cabe decir que al Tribunal de lo criminal se le atribuya, por razones prejudiciales, una competencia propia del civil. Por otro lado, hay que tener en cuenta que, al Tribunal de lo criminal, interesa únicamente **constatar un hecho** —el vínculo de sangre— a los solos efectos de la calificación delictiva, y no hacer una **declaración** sobre la condición jurídico-familiar. En todo caso, el hecho de que, por encima de la prohibición de investigación de la paternidad consagrada en el ámbito civil, se le faculte al Tribunal de lo penal para pronunciarse sobre el **dato naturalístico** de la relación consanguínea, muestra, a las claras, hasta qué punto con la expresión de ascendientes o descendientes legítimos e ilegítimos se alude a un elemento típico de hecho, y no normativo" (op. cit., p. 166 s.). Advertimos que entre nosotros tenemos esta interesante ejecutoria, aunque claro está que se trata de una doctrina expuesta en función de abrogados textos penal y civil": "El homicidio perpetrado por el que no está reconocido, según el Código Civil, como hijo del agraviado, no se castiga como parricidio" (Ej. de 29-3-1910, en An. Jud., p. 13. Esta ejecutoria aparece recopilada por GERMAN APARICIO Y GOMEZ SANCHEZ en: **Jurisprudencia del Código Penal de 1862**, Lima, 1957, p. 70. Así también está recopilada por JUAN JOSE CALLE en: **Códigos Penal y de Enjuiciamientos en Materia Criminal**, Lima, 1914, p. 73).

remos que este elemento, conjuntamente con el anterior, integran lo que CARRARA denominó la **esencia de hecho** del homicidio.

c).— **Que la víctima sea ascendiente, descendiente o cónyuge del homicida** (115). Solamente nos resta aquí esclarecer cuál es la situación del hijo y padre adoptivos. Opinamos que el parentesco por adopción está excluido como agravante del delito de parricidio en razón a que ni el padre adoptante es “ascendiente”, ni el hijo adoptivo es “descendiente” en el sentido con que el concepto de consanguinidad tácitamente informa la relación parental en el Art. 151 del C.P. Tengamos en cuenta, además, que aun cuando el Art. 380 del C. Civil prescribe que la adopción es irrevocable, resulta siendo verdad que, a tenor de lo dispuesto en el Art. 385 del mismo documento legislativo, la adopción puede quedar “sin efecto” en dos casos, lo cual pone de manifiesto una contingencia vincular que deviene incompatible con el lazo natural que precisan los conceptos de ascendiente y descendiente (116). Creemos también que si la voluntad de la ley penal en comentario hubiese decidido ser distinta a la manera como la interpretamos, bastaba con que el codificador del texto de 1924 hubiere incluido expresamente al hijo y padre adoptivos que ya aparecían como sujetos en la figura de homicidio agravado contenida en el Art. 233 del C.P. abrogado. Si la fuente legal del delito de parricidio está en el Art. 231 del C.P. de 1863, como ya quedó dicho, resultaría increíble que escapara al conocimiento del codificador el enunciado subsiguiente propio del aludido Art. 233 corespondiente al mismo

(115) Algunos textos legales, como el C.P. de Guatemala (Art. 298), incluyen en la agravante también a los hermanos (**fratricidio**). Otros, como el C.P. colombiano de 1980 (Art. 324, Inc. 1º; al igual que el Art. 363, Inc. 1º del abrogado) hacen extensiva la agravante no sólo al parentesco por adopción, sino, inclusive hasta el de afinidad (segundo grado, en el nuevo texto).

(116) El Art. 385 del C. Civil vigente prescribe: “El menor o el mayor incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que desapareció su incapacidad. El Juez lo declarará sin más trámite. En tal caso recuperarán vigencia, sin efecto retroactivo, la filiación consanguínea y la partida correspondiente. El registro de estado civil respectivo hará la inscripción del caso por mandato judicial”. No creemos equivocarnos, en consecuencia, si a pesar de las nuevas normas del C. Civil de 1984 derivadas de la irrevocabilidad de la adopción, afirmamos, ahora, que dejar de pertenecer por derecho familiar a la parentela consanguínea es nada más que una ficción de circunstancia, válida sólo para efectos civiles, la misma que no tiene potencia para hacer desaparecer en el hijo adoptivo el vínculo de hecho impuesto por la realidad de la naturaleza con quien debe confrontarse el Derecho Penal. Con la misma convicción sostenemos que la adquisición por el adoptado de la calidad de “hijo matrimonial” no puede convertirlo en “descendiente”.

cuerpo de leyes. Nada más fácil, si tal hubiera sido la voluntad a traducirse en la nueva ley, que conjugar ambos numerales del Código Penal abrogado para estructurar, así, una fórmula legal en la que apareciera también el padre, la madre y el hijo adoptivos como sujetos en la figura del parricidio.

La cuestión puede presentar caracteres perocupantes en aquellas legislaciones en las que, de un lado, preexiste en su Derecho Civil el parentesco por adopción; y, de otro, al configurar el delito de parricidio, incurren por detallismo en el pleonasma de referirse al hijo, padre, madre, etc., sin decir si además de los consanguíneos están comprendidos también los adoptivos. No hay conflicto en casos claros como el sucedido en la Argentina en donde la ley de adopción (Nº 13252, de 23 de Setiembre de 1948) se expidió con posterioridad a la promulgación de su C. Penal (117).

En síntesis, nuestra opinión al respecto es la siguiente: de **jure condendo**, es decir, desde el punto de vista doctrinario, se justifica incluir como otra agravante del Art. 151 al parentesco por adopción; por de **jure condito**, o sea desde la perspectiva de nuestro derecho positivo, es improcedente la asimilación. CARRARA, por su parte, consideraba que era injusta la equiparación del vínculo de adopción al consanguíneo (118).

(117) HERNANDEZ BLANCO, M., a pesar de reconocer que no puede interpretarse análogamente el Art. 80, Inc. 1º del C.P. argentino para incluir el parentesco por adopción, manifiesta que en su criterio la agravante se extiende al ascendiente o descendiente por adopción en virtud de lo establecido en los Arts. 40 y 41 del mismo cuerpo de leyes, normas que versan sobre las circunstancias calificativas (Véase en: **El delito de parricidio**, Bs. As., 1954 p. 79). Nos permitimos observar que la calificante en cuestión será en todo caso agravante genérica de la figura de homicidio simple, como cualquier otra de similar naturaleza que pudiera concurrir, pero de ninguna manera su incidencia tiene fuerza para transformar en parricidio un homicidio no circunstanciado **específicamente** con la agravante respectiva.

(118) CARRARA, luego de afirmar, con motivo de una crítica, que en materias penales siempre es muy triste el argumento sacado de la analogía, escribe lo siguiente: "Algunos otros maestros de derecho criminal enseñan que del vínculo de adopción no nace el título de parricidio; mas a pesar de esto, algunos códigos equiparan al asesinato del padre natural el del padre adoptivo. Este rigor tan exagerado ha dado tema a invectivas violentas de muchos criminalistas, entre los cuales recuerdo a DUCPETIAUX (**De la peine de mort**, págs. 79 a 81), quien demuestra por todos sus aspectos la exorbitancia de esta medida. No obstante, tan injusta equiparación se ve reproducida en el Código sardo (Art. 523), si bien es cierto que este mismo Código (Art. 568) admite la excusa de la **provocación grave**; así evita el absurdo que se le objeta al Código francés de 1810, según el cual, si el padre **adoptante** hiere al padre natural del hijo adoptado, y éste, ante tan

d).— El hecho delictivo debe comentarse “sabiendo” el agente que la víctima es uno de los parientes referidos por la ley. El conocimiento del vínculo de parentesco por parte del sujeto activo es elemento ideológico absolutamente preciso en el delito de parricidio (119). Para la configuración de este delito es insuficiente tener sólo la intención homicida. Nuestra ley penal requiere, además de la conciencia y voluntad de matar, que el agente ejecute la acción “a sabiendas” que extingue la vida de uno de sus parientes considerados en el Art. 151 del C.P. No existe aquí, pues, una especie de “dolo duplicado”. Se trata, más bien, de un elemento subjetivo en orden a lo injusto. No todos lo subjetivo (“a sabiendas”, por ejemplo) tiene que pertenecer forzosamente a la culpabilidad.

Conviene aclarar, por otro lado, que para la dogmática peruana, contrariamente a lo que sucede con la argentina (120) y española (121), no es exigible para la configuración de parricidio la ne-

vehemente provocación, da muerte al primero, será castigado inexorablemente con la pena de los parricidas, sumergiendo así el vínculo natural y la verdad en una ficción jurídica” (op. cit. § 1142).

(119) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado.*, op. cit., Tomo I, p. 157.

(120) SOLER: op. cit., Tomo III, p. 26.

(121) DEL ROSAL y sus colaboradores escriben al respecto: “La razón de ser del parricidio está en que el sujeto despliega conscientemente su actividad mortífera sobre uno de los parientes concretamente señalados. Por eso se puede hablar de delito de parricidio cuando **objetivamente** la acción incide sobre uno de los parientes mencionados en el Art. 405 y cuando, al mismo tiempo, **subjetivamente** el agente es consciente de que su conducta letal se dirige contra uno de esos parientes. Sólo este complejo objetivo-subjetivo dota de sentido al delito de parricidio”. En otra parte agregan: “Con sumo acierto el Tribunal Supremo estima, en esta sentencia, que la figura delictiva del parricidio no se estructura exclusivamente sobre la relación objetiva de parentesco, sino que encuentra la razón de ser de su especificidad en un cúmulo de **elementos objetivos y subjetivos**: del lado objetivo, la relación de parentesco; del lado subjetivo, la doble malicia, o dolo duplicado, consistente en la voluntad de matar, sabiendo que a quien se mata es un pariente. En consecuencia, cuando no se den perfectamente ensamblados ambos elementos, objetivo y subjetivo, no surge la figura delictiva del Art. 405 y no es del caso hablar de parricidio”. Redondean sus conceptos sobre el tema con estas palabras: “El error in **objeto** es esencial exclusivamente respecto al Art. 405, porque la figura delictiva del parricidio se estructura precisamente sobre determinadas características de concreción del objeto material. Pero no debe olvidarse que el error in **personae** es irrelevante, incluso en relación con el mismo Art. 405, cuando el error se mueva dentro del ámbito de parentesco a que alude el precepto. Es irrelevante, por ejemplo, el error del que queriendo matar a su abuelo materno, a quien no conoce personalmente, mata a su abuelo paterno, a quien toma por aquél. También aquí se quiere matar, y de hecho se acaba matando, a una persona que reúne las características de concreción que señala el Art. 405, y con ello se satisfacen, tanto objetiva como subjetivamente, todas las exigencias derivadas en este

cesaria concurrencia de lo que se identifica como un aspecto objetivo (concerniente al hecho que el muerto sea en realidad un pariente), con otro subjetivo (relacionado con el saber del actor que la víctima pertenece a su familia). El agraviado puede no ser el ascendiente, descendiente o cónyuge (falta de elemento objetivo), no obstante existirá siempre parricidio si el agente sabía que su acción estaba dirigida contra uno de ellos (presencia del elemento subjetivo), sin que el **error in personae** haga cambiar la tipicidad (122). Nuestra interpretación encuentra amparo, como en otra oportunidad también señalamos, en el Art. 84 del C.P. (122 bis).

Consideramos que la "estructura predominantemente finalista del parricidio", tan acertadamente señalada por el Prof. QUINTANO RIPOLLES (123), no debería ser acogida por la legislación penal comparada en el solo sentido de que la acción esté dirigida al resultado específico de dar muerte al pariente. Es del todo aceptable que al faltar el aludido elemento finalista se destruya el tipo de parricidio en su aspecto esencial hasta llegar a derivar la subsunción del hecho, por exclusión, a la figura del homicidio simple. Lo que ya no conjuga con la "estructura predominantemente finalista" es que algunas legislaciones ignoren como parricida al individuo que, sabiendo el vínculo que le une a la víctima pensada, además de prever el resultado y planificar su acción conforme a esta preocupación, resulte matando a un extraño nada más que por haber incurrido en un **error in personae**. Opinamos que en el parricidio la trascendencia jurídica no está en el resultado "muerte real

precepto, aun cuando la acción haya recaído sobre persona distinta a la que se quería eliminar" (op. cit., pp. 172, 175 y 177 s., respectivamente).

(122) HURTADO POZO coincide con esta perspectiva (op. cit., Parte Especial I, p. 98). Así también PEÑA CABRERA: *Tratado.*, op. cit., Volumen II, Parte Especial, p. 56.

(122 bis) El Art. 84 tiene sus fuentes en el Art. 7º del C.P. abrogado de 1863 y en el Art. 14 del Proyecto de Código Penal italiano de 1921, generalmente conocido como "Proyecto FERRI". He aquí los textos respectivos: Art. 7º: "El delito es punible, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o sea distinta la persona a quien se propuso ofender". Art. 14: "Cuando alguien, por error o por otro accidente, comete un delito en perjuicio de otra persona que no es aquella contra la cual había dirigido su acción, no se le computarán las circunstancias agravantes que derivan de la calidad del ofendido o perjudicado, y se le computarán, a los efectos de la sanción, las circunstancias subjetivas en que deliberó y ejecutó el delito y, además, las cualidades inherentes a la persona contra la cual la acción estaba dirigida". Es correcto afirmar, en consecuencia, que el Art. 84 del C.P. responde a la tesis positiva naturalista de la **peligrosidad subjetiva**.

(123) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado.*, op. cit., Tomo I, p. 159.

del pariente” sino, en el fin ideal específico que se propuso el actor, lo consiga o no con su acción criminal sólo equivocada en cuanto a la identidad del occiso. En este sentido debemos reiterar el acierto del Art. 84 del C.P. al permitir superar el problema planteado (124).

e).— **Dolo.** El elemento culpabilista está representado por la conciencia y voluntad de dirigir la acción de matar contra la persona que el agente sabe que es uno de sus parientes aludidos en la ley penal. HURTADO POZO opina, con acierto, que mediante la expresión “a sabiendas”, el legislador peruano excluye la posibilidad que sea suficiente el **dolo eventual**. En tal sentido, el actor deberá tener la seguridad que la persona contra quien su conducta homicida está dirigida sea su pariente en el grado que indica el texto comentado (125). PEÑA CABRERA también es de idéntica opinión (126).

42.— NULIDAD DE MATRIMONIO, ANULABILIDAD Y SEPARACION DE CUERPOS

Problemas interesantes se pueden presentar, en relación a los efectos penales derivados de la existencia o inexistencia del vínculo conyugal, cuando el matrimonio resulta nulo, es anulable o está

(124) Deja constancia QUINTANO RIPOLLES de su desacuerdo con la solución dada al tema por la legislación de su patria. Al tratar el caso de quien habiéndose propuesto dar muerte al pariente priva de la vida a quien no lo era, el Maestro español concluye que “. . . es ya la propia letra expresa del Art. 405 la que impide esta vez el parricidio, pues no se causa la muerte del pariente allí exigida”. Líneas después agrega: “La solución apuntada, estrictamente legal, no es demasiado satisfactoria, por prescindir del elemento subjetivo finalista de la acción en beneficio relativo del reo, acudiendo a un criterio tan eventual como el de la menor gravedad de cualquiera de las infracciones que entran en juego: la real ejecutada, y la querida por el agente. En el terreno culpabilista, debiera atenderse a ambas en una doble consideración, que fue la que predominó en la técnica alemana anterior a la ley derogatoria del parricidio, de 1941, consistente en inculpar el hecho a título de parricidio frustrado y homicidio consumado, éste doloso o culposo, según los casos” (*Tratado.*, op. cit., Tomo I, p. 160 s.). En verdad, no nos conviene la solución teutona aludida: ¿cómo sería posible que un solo hecho pudiera ser subsumido real y efectivamente (no en apariencia) en dos tipos legales que son distintos y excluyentes? En defecto de la adopción de un dispositivo legal similar al Art. 84 de nuestro C.P., es preferible, entonces, registrar una norma como la contenida en el texto del Art. 50, primer párrafo, del C.P. español vigente: “En los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a éste la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo”.

(125) HURTADO POZO: op. cit., Parte Especial I, p. 97.

(126) PEÑA CABRERA: *Tratado.*, Volumen II, Parte Especial, p. 55.

en vía de disolución (hipótesis de la separación de cuerpos). DEL ROSAL y sus colaboradores piensan que con la expresión "cónyuge" la ley ha dado cabida a un **elemento típico normativo**, siendo determinante para el caso evidenciar una concreta situación jurídica que viene dada por la subsistencia del vínculo matrimonial. Luego agregan, con validez también para la dogmática peruana en nuestro criterio, que en esta materia el juez penal habrá de estar a lo que resulte declarado en el ámbito civil, y sólo a la vista de la declaración procedente de este estamento podrá decidirse por la calificación de parricidio (127).

La nulidad del matrimonio debe ser judicialmente declarada y sólo mediante tal resolución queda descartado el conyugicidio. La declaración de invalidez procede inclusive de oficio en el supuesto de nulidad manifiesta (Art. 275 del C. Civil). Al desaparecer la existencia del vínculo de parentesco sus efectos penales se retrotraen hasta la época en que se realizó el acto homicida y en tal caso se considera como si nunca hubiese existido matrimonio. DEL ROSAL y sus colaboradores piensan que siendo consustancial a la nulidad el producir efectos **ex tunc**, habrá que revisar la calificación de parricidio si, con posterioridad a la citada calificación, se ha estimado por el tribunal competente que el matrimonio era nulo de raíz (128).

En los supuestos de anulabilidad pueden presentarse hasta tres situaciones: 1º) Cuando con posterioridad al acto homicida se establezca judicialmente la anulación del matrimonio, la misma que fue planteada **antes** del evento criminoso. Aquí, en nuestro criterio, no podrá haber parricidio. Nada importa para el caso que haya mediado buena o mala fe, sea del agente o de la víctima, para la celebración del matrimonio. La consecuencia de la declaración judicial tiene en esta hipótesis efecto penal **ex tunc** (la anulación se retrotrae hasta el instante en que se realizó el matrimonio); 2º) Cuando también con posterioridad a la acción delictiva se reconozca judicialmente su invalidez, pero habiéndose planteado la demanda **después** de la comisión del ilícito penal. En este supuesto sí existirá parricidio en razón a que el elemento "a sabiendas" no queda enervado con un cuestionamiento del vínculo alegado **post-delictum**. Su efecto será **ex nunc** (la anulación no tiene retroactividad y la calificación de parricida no variará para el cónyuge supér-

(127) DEL ROSAL y otros: op. cit., p. 167.

(128) *Ibidem*, p. 168.

tite); 3º) Cuando a pesar de existir una causal de anulabilidad, esta no ha sido planteada judicialmente con anterioridad o posterioridad al acto homicida. En esta última hipótesis, asimismo, existirá parricidio.

Puede suceder, aunque nada más que en apariencia se trata de un caso de laboratorio, que un bígamo mate a la persona con quien contrajo últimamente matrimonio civil, declarándose con posterioridad al evento criminal la nulidad del primer enlace. No cabe duda que la sentencia establecedora de la invalidez aludida reconoce tácitamente los efectos jurídicos propios del segundo matrimonio, en cuanto este no resulta enervado por la causal de nulidad contemplada en el primer párrafo del Art. 274, Inc. 3º del C. Civil, por lo que, en la hipótesis planteada, nos encontramos frente a un caso de conyugicidio (129).

En lo que respecta a la separación de cuerpos, legalmente declarada o sólo con existencia de hecho, no tiene efecto para alterar la subsistencia del vínculo jurídico (Art. 332 del C. Civil). Por tanto, el homicidio perpetrado contra un cónyuge separado de cuerpo se tipificará en el Art. 151 del C.P.

43.— TENTATIVA Y CONSUMACION

La posibilidad de la tentativa no ofrece dificultades tratándose de un delito comisivo y de resultado dañoso. El ilícito penal alcanza su perfeccionamiento al lograrse la muerte de la persona contra quien, “a sabiendas” de que le une un parentesco, el agente le dirige su acción criminal. No interesa para nuestra dogmática, insistimos, que el agraviado sea realmente el **consanguineus** o el **affinis** enunciados o consignados en la ley comentada, o que se trate, por el contrario, de un **extraneus**, según se desprende del Art. 84 del C.P.

44.— PARTICIPACION

Es perfectamente posible la participación en el parricidio. El

(129) El Art. 274 del C. Civil establece, entre las causales de nulidad de matrimonio, la que se precisa en el Inc. 3, primer párrafo, con el siguiente texto: “Del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bígamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del bígamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe. La acción caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior”.

partícipe que no esté unido a la víctima por los anotados vínculos de parentesco no cometerá parricidio, sino, nada más que homicidio simple. Esta solución, difícil de acertar en otras legislaciones punitivas, está dada entre nosotros por el Art. 104 del C.P. al prescribir que las circunstancias y calidades personales que afectan a la culpabilidad y a la penalidad de alguno de los autores o cómplices, no modifican las de los demás autores o cómplices del mismo hecho punible. Nuestro ordenamiento penal acepta, como ahora observamos, el principio plasmado legislativamente de la "no comunicabilidad de las circunstancias personales" (130). En lo que

(130) El C.P. argentino de 1921 establece en su Art. 48, modificado por el Decreto No. 20942 de fecha 3 de Agosto de 1944, que "no tendrán influencia", es decir, no serán comunicables "las relaciones, circunstancias y calidades personales" cuyo efecto fuere disminuir o excluir la pena; y, que las agravantes de penalidad únicamente serán comunicables en caso que las mismas fueren "conocidas por el partícipe". Para la ley penal argentina, en consecuencia, la circunstancia agravante del vínculo existente entre víctima y victimario le es atribuida al *extraneus* que participa en el parricidio sólo en el supuesto que conociera su existencia. Al parecer los argentinos están satisfechos con la prescripción contenida en el texto legal glosado, pues no ha sido modificada por las "Leyes" 17567 y 21338 que reformaron numerosos artículos del C.P. Así mismo, los dos Proyectos SOLER (1960: Art. 31; y, 1979: Art. 36) reproducen el sentido del texto codificado, inclusive empleando su propia terminología. En cuanto al Art. 60 del C.P. español sucede que las circunstancias agravantes o atenuantes "que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal" no son comunicables; y, las que consistieren en "la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla" únicamente se comunican a los partícipes "que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito". Aquí, en el texto español, no le es imputable el parricidio al partícipe desde que la circunstancia agravante del vínculo, dada su naturaleza indiscutiblemente personal, no es comunicable. Para el C.P. húngaro (Art. 15) ocurre que en los casos de pluralidad de agentes las circunstancias atenuantes que pudieran beneficiar a uno de ellos no se extienden a los otros; y, las circunstancias que entrañen una pena más grave para uno de los partícipes sólo tendrán efecto para los otros si hubiesen tenido conocimiento de dichas circunstancias en el momento de la perpetración del delito. Según la prescripción legal húngara la agravante del parricidio se comunica al partícipe extraño sólo en el caso que conozca la existencia del vínculo. El C.P. colombiano de 1980 (Art. 25) dispone que son comunicables al partícipe que las hubiere conocido aquellas "circunstancias personales del autor que agravan la punibilidad y las materiales de hecho". En lo relativo a las personales que disminuyan o excluyan la punibilidad dice que "solo se tendrán en cuenta respecto del copartícipe en quien concurren, o del que hubiere actuado determinado por estas mismas circunstancias". No cabe duda, por tanto, que en la legislación penal colombiana el tema que nos ocupa encuentra igual solución que la prescrita en los Cs. Ps. de Argentina y República Popular Húngara. Consideramos conveniente aclarar, retornando ya a la legislación nacional, que la autonomía o independencia que tiene la figura del parricidio en nuestro texto punitivo resulta perfectamente manifestado con la consignación específica que hace del parentesco como circunstancia agravante de carácter personal. En efecto: el Art. 51 del C.P. dispone que en la aplicación judicial de las penas se apreciarán la culpabilidad y el peligro del agente teniéndose en cuenta las

respecta a la “comunicabilidad de las circunstancias objetivas”, en tendemos que la misma se desprende por interpretación a **contrario sensu** del citado Art. 104 (131).

Después de manifestar el Maestro CARRARA que le parecía bastante difícil que pueda dársele carácter de circunstancia real (objetiva) a la calidad de hijo, afirma que el motivo más sólido para aumentar la **cantidad política** del parricidio está en que bien puede deducirse que el hombre, que para dar muerte no se vio frenado por los estrechos vínculos de consanguinidad, será con mayor facilidad homicida cuando no existan para él esos vínculos, convirtiéndose de esta manera para todos en un ser más temible que el homicida ordinario. Con razón argumenta el genio de Pisa que este aumento de fuerza moral objetiva no puede imputársele al extraño que le ayudó a un hijo en su parricidio, pues para él no concurre la razón fundamental de esta agravante (132).

Por otro lado, las peculiares exigencias en cuanto a las calidades del sujeto activo del delito, que además son correlativas a las del sujeto pasivo, hacen del parricidio un ilícito penal especial sólo atribuible a las personas que tienen el vínculo de parentesco puesto en relieve por la ley (delitos especiales o **delictum proprium**). Así, tenemos que el **intraneus** (como por ejemplo, un hijo) que para matar a su próximo pariente (como sería el caso del padre) instiga con resultado exitoso a la ejecución del delito a un **extraneus** (al sirviente, por ejemplo), será considerado como parricida. En cambio, el **extraneus** tendrá su conducta tipificada en el Art. 150 del C.P. (homicidio simple).

45.— CASOS DE CONCURSO APARENTE

Advertimos que pueden presentarse los siguientes:

circunstancias que allí se detallan” . . . en cuanto la ley no las considere especialmente como constitutivas o modificatorias del delito”. En este sentido, resulta que en el Art. 151 del C.P. el parentesco (consanguíneo o por razón del matrimonio) representa una especial circunstancia constitutiva del parricidio que le otorga a esta figura delictiva sustantividad indudable.

(131) El Prof. BRAMONT ARIAS comentando el Art. 104 del C.P. nos dice que su texto deja entender que sí se comunican las circunstancias de carácter objetivo. Con certera crítica manifiesta que “si esa, realmente, fue la intención de la ley, hizo mal en no decirlo claramente. Debería enunciarlo en forma nítida, para evitar posibles dudas, aunque en cierta forma tal conclusión aparece del Art. 103” (**Código Penal Anotado**, Lima, 1966, p. 225).

(132) CARRARA: op. cit., § 1149.

a).— **Entre los Arts. 150, 151, y 155 del C.P.** Este concurso aparente se resuelve sin dificultad aplicando el principio de especialidad (Art. 106), quedando subsumido el hecho en el Art. 155 (infanticidio).

b).— **Entre los Arts. 151 y 154 del C.P.** El caso también se define con facilidad por aplicación del mismo principio de especialidad, encuadrándose el evento en el Art. 154 (parricidio por emoción violenta).

46.— CASOS DE CONCURSO IDEAL DE DELITOS

Es posible que se presente este concurso **entre los Arts. 151 y 152 del C.P.** Tal hipótesis sucedería si es que un cónyuge mata al otro por un móvil de lucro, o para ocultar otro delito, o con crueldad, o por un medio catastrófico como sería la explosión, etc. El encuadramiento efectivo en una y otra figura delictiva es explicable si se tiene en cuenta que el agente mata a su cónyuge (Art. 151), ejecutando la acción con la concurrencia de alguna de las agravantes específicas propias del asesinato (Art. 152). Teniendo idéntica penalidad (internamiento) el parricidio y el asesinato, la subsunción puede tener lugar en cualquiera de los dos textos (Art. 105 del C.P.).

47.— PENALIDAD

La pena a imponerse cuando el delito llega a la consumación es de internamiento no menor de veinticinco años. La pena de muerte, que anteriormente estableció el Decreto-Ley N^o 10976, fue derogado por el Decreto-Ley 18968, Art. 2^o.

En este tema de la penalidad no podemos dejar de señalar el problema que se presentaría cuando la conducta delictiva hace posible la aplicación del Art. 90 del C.P., dispositivo que permite imponer una sanción por debajo del mínimo legal en ciertas hipótesis, como por ejemplo, cuando se trata de una imputabilidad disminuída. La situación es conflictiva en razón a que el Art. 88 del texto punitivo señala que la disminución de la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, se entiende respecto del tiempo previsto para el delito de que se trate, pero no del mínimo señalado para cada clase de pena, extremo inferior que “en ningún caso puede ser reducido”. Pero sucede que el Art. 11 del C.P. establece que la pena de internamiento será “absolutamente indeterminada más allá de un mínimo de veinticinco años”. La interpretación sistemática de

ambos dispositivos nos llevaría a la conclusión de que, técnicamente, para los casos que aquí suponemos, el Art. 90 del C.P. devendría inaplicable en la práctica.

El problema de conciencia que este antagonismo de leyes crea en el juzgador, lo ha llevado a darle solución aplicando la pena inmediatamente inferior en gravedad; es decir, escogiendo entre el máximo y el mínimo de la pena de penitenciaría. En realidad no existe norma que autorice expresamente este desenlace supralegal y por equidad, el mismo que nosotros propiciamos al defender a un conyugida de imputabilidad restringida (133). La solución dada, pues, por la jurisprudencia es profundamente humana y de ninguna manera repugna a los principios del Derecho Penal liberal (134).

Si en el *iter criminis* se llegó solamente hasta la tentativa, es el caso de sustituir la pena de internamiento por la de penitenciaría, o por la de relegación de diez a veinte años (Art. 97 del C.P.).

La conducta del cómplice primario de parricidio (Art. 100), cuando fuere un individuo extraño a la víctima, será sancionada con penitenciaría no menor de seis años ni mayor de veinte.

Tratándose del cómplice secundario, la pena de internamiento será cambiada por la de penitenciaría con un mínimo de doce años y un máximo de veinte (Art. 102 del C.P.).

(133) El Fiscal Superior había solicitado se le impusiera a nuestro patrocinado la pena de internamiento no menor de veinticinco años, al encontrarlo culpable de la muerte de su esposa a quien había victimado, en especiales circunstancias psíquicas precedentes y concomitantes al hecho, asestandole quince puñaladas. En el Juicio Oral argumenté, con buen éxito, que nos encontrábamos frente a un caso de imputabilidad disminuida por lo que, en observancia del Art. 90 del C.P. era aplicable una pena por debajo de los veinte años de penitenciaría desde que no era posible imponer una pena de internamiento inferior a los veinticinco años. El Tribunal Correccional, aceptando la tesis de la defensa, aplicó al reo quince años de penitenciaría. Al terminar la Audiencia me acerqué al estrado por despedirme de los Vocales. En ese momento le hice saber al Presidente del Tribunal, Dr. CESAR FERNANDEZ ARCE' Juez de excelsas cualidades morales e intelectuales, que la pena impuesta me parecía excesiva. Su respuesta fue: "No se queje mi estimado Dr. Roy Freyre, qué menos pena quiere Ud. si sólo se ha aplicado a su cliente **un año por cada puñalada**". Claro está que me decidí por la no interposición del Recurso de Nulidad.

(134) Pensamos que de la misma manera deberá resolverse la hipótesis de delito imposible, ya sea que se manifieste por la inidoneidad del medio empleado o por la inidoneidad del objeto material del delito (Art. 99 del C.P.).

ASESINATO

Art. 152.— “SE IMPONDRA PENA DE INTERNAMIENTO AL QUE, A SABIENDAS, MATARE:

- 1º.— POR FEROCIDAD O POR LUCRO;
- 2º.— PARA FACILITAR U OCULTAR OTRO DELITO;
- 3º.— CON PERFIDIA O CRUELDAD O POR VENENO, O POR FUEGO, EXPLOSION U OTRO MEDIO CAPAZ DE PONER EN PELIGRO LA VIDA O LA SALUD DE UN GRAN NUMERO DE PERSONAS”.

COMENTARIO

48.— LAS REFORMAS SUCESIVAS

El texto transcrito es el que corresponde al Art. 6º del Decreto-Ley Nº 19910, de fecha 30 de Enero de 1973, con la única modificación referente a la sustitución de la pena de muerte por la de internamiento, corrección que hemos efectuado atendiendo al mandato ineludible contenido en el Art. 235 de la Constitución Política de 1979 (135).

Interesa recordar que el texto original del Art. 152 del C.P. fue modificado por el Decreto-Ley Nº 10976, sólo en lo concerniente a reemplazar la pena de internamiento por la de muerte. Con posterioridad se expidió el Decreto-Ley Nº 18968, el mismo que en su Art. 2º modifica nuevamente el citado Art. 152 al substituir esta vez la pena de muerte por la de internamiento; es decir, se volvió al régimen primigenio estatuido por el texto codificado. Estando así la situación legislativa sobre el asesinato es cuando se dicta el Decreto-Ley Nº 19910, cuyo transcrito Art. 6º no ha sido modificado por norma posterior. Si tenemos en cuenta que el Decreto-Ley Nº 19910 prescribe en su Art. 10º que están derogadas todas las disposiciones legales que se le opusieran, tenemos que llegar a la conclusión que el contenido del retocado Art. 152, en tanto y en cuanto fue modificado por el Art. 2º del Decreto-Ley Nº 18968 (texto evidentemente anterior), no se encuentra ya en vi-

(135) Sobre el tema de la sanción máxima, véase el meditado trabajo de JOSE HURTADO POZO titulado “Pena de muerte y Política Criminal en el Perú”, aparecido en: *La Nueva Constitución y el Derecho Penal*, Lima, 1980, p. 99 ss.

gencia (136). Las “oposiciones” entre las dos normas aludidas respecto a la figura del asesinato no tienen mayor importancia jurídica si es que se comparan ambos documentos emanados del mismo gobierno **de facto**, pero al fin hay que reconocer que no dejan de ser diferentes. Tratándose, pues, de una misma materia penal prevista por dos leyes especiales, creemos que tiene vigencia el aforismo latino **lex posteriori derogat lex priori** (137).

49.— LIMITES DE LA ULTIMA REFORMA

En realidad, se trataría de la penúltima desde que la última ha sido la supresión de la pena de muerte ordenada por el Código Político de 1979. El Art. 6º del Decreto-Ley 19910 agregó el elemento “a sabiendas”, suprimió el apócope “gran” que calificaba la crueldad que es uno de los modos de comisión de este delito, y por último, enumeró defectuosamente los grupos de circunstancias agravantes, aunque respetando el orden en el que habían sido originalmente enunciadas.

50.— EL “NOMEN IURIS”

La voz “asesinato”, **nomen iuris** con el que se le conoce a esta figura delictiva tanto en las legislaciones antiguas y modernas como también en la doctrina docente y jurisprudencial, proviene del sustantivo árabe **haxxaxin**, plural a su vez de **haxxás**, y sirve para significar ordinariamente al “bebedor de haschis”, preparado nar-

(136) JULIO D. ESPINO PEREZ transcribe como si estuviera vigente el texto respectivo contenido en el Art. 2º del Decreto-Ley Nº 18968 (**Código Penal**, op. cit., 1982, p. 188). Por otro lado, al copiar el Art. 6º del Decreto-Ley Nº 19910 lo hace en letra cursiva, tipo de imprenta que utiliza para indicar que se trata de un texto derogado. No obstante, contrariando la buena técnica que sigue, esta vez no precisa cuál es la ley derogatoria o modificatoria (Ibídem, p. 602).

(137) HURTADO POZO advirtió la vigencia del Art. 6º del Decreto-Ley Nº 19910. Aun cuando no lo indica así expresamente, ya que no transcribe su texto íntegro, cualquier duda que pudiera haber al respecto queda despejada cuando al tratar de la **crueldad** dice que mediante el Decreto-Ley 19910, de 30 en Enero de 1973, se suprime el adjetivo “gran” (op. cit., Parte Especial I, p. 73). En cambio, PEÑA CABRERA hace sus interpretaciones después de presentar como “descripción típica” el contenido del texto modificado por el Art. 2º del Decreto-Ley Nº 18968 (**Tratado.**, Volumen II, Parte Especial, p. 57). No obstante, al ocuparse de la penalidad dice que la sanción a aplicarse es la de internamiento cuyo mínimo legal es de veinticinco años, considerando dicho autor que “es conveniente precisar que el D.L. 19910 de 1973 establecía la pena de muerte, pero esta sanción fue derogada por imperio de la Constitución de 1979, la que abolió la pena de muerte, salvo en la hipótesis de traición en caso de guerra exterior” (Ibídem, p. 71).

cótico a base de cáñamo índico. Por extensión se usó el vocablo para identificar a los individuos de una secta musulmana que en la época de Las Cruzadas obedecían ciegamente las órdenes de Arsácides ("El Viejo de las Montañas"), sanguinario y misterioso jefe organizador de la resistencia contra los cristianos, a quienes atacaba a traición en los desfiladeros de las cordilleras del Líbano (138).

Al transportarse este vocablo a las legislaciones penales de Occidente se utilizó primero como equivalente a la muerte realizada por mandato de otro. Posteriormente se hizo extensivo a los homicidios perpetrados con emboscada o acometimiento traicionero, modalidades delictuosas ya previstas en las leyes, aunque todavía sin el nombre de asesinato.

51.— NATURALEZA

Algunos códigos se esfuerzan por tipificar el asesinato como una figura delictiva con autonomía sustancial, mientras que otros textos sólo le otorgan reconocimiento como una forma agravada del homicidio simple. En lo que respecta a la naturaleza que tienen en nuestro C.P., creemos que es secundario. El Art. 152 presta un especial reforzamiento al interés general de respetar la vida del prójimo mediante la amenaza de una pena grave aplicable a los homicidas incurso en específicas circunstancias de agravación. No por el único hecho que el codificador haya reservado para el asesinato un dispositivo legal distinto al Art. 150, en lugar de señalar las agravantes en el mismo numeral donde se tipifica el homicidio simple, vamos a sostener un carácter constitutivo que realmente no encontramos (138 bis). La norma en comentario es dependiente y accesoria del Art. 150, texto éste al que, en buena cuenta, se le han agregado modernas circunstancias agravantes al lado de las ya tradicionalmente conocidas, conformando así una descripción típica subsidiaria (139).

(138) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado*, op. cit., Parte Especial I, p. 50.

(138 bis) Conforme: HURTADO POZO, op. cit., Parte Especial I, p. 50.

(139) El Art. 80 del C.P. argentino, después de las reformas introducidas por las "Leyes" Nº 17567 y Nº 21338, prevé ahora las modernísimas agravantes referentes al "odio racial o religioso". El Proyecto de C.P. peruano de 1972 también consigna estas calificantes. Por otro lado, el C.P. brasileño de 1969 contempla como agravado el homicidio cometido "para excitar o saciar deseos sexuales" (Art. 121, § 2º, Inc. II). Conviene destacar que el Proyecto de C.P. publicado en "El Peruano", a partir del 19 de Agosto de 1985, consigna, en su Art. 111, Inc. 4, también como calificante del homicidio, la

52.— FUENTES

Está en el Art. 64 ter del Proyecto de la Comisión Redactora de C.P. suizo (Marzo 1913); en el Art. 99 del Proyecto helvético de 1918 (tomado literalmente, pero agregándole el “veneno” entre los medios empleados y las formas de comisión); y, en el Art. 80, Incs. 2o y 3o del C.P. argentino de 1921, texto éste que ha experimentado algunas modificaciones con motivo de las Reformas de 1968 y 1976, esta última efectuada por la “Ley” No. 21338. El precedente legislativo nacional lo tenemos en el Art. 232 del C.P. abrogado de 1863.

53.— LA FORMULA

Originalmente la fórmula legal era de una envidiable precisión, siendo limitadísima el valor de la ordenación numérica que ha introducido el Decreto-Ley No. 19910, supuesto ajuste que se presenta realmente como defectuoso al dividir las circunstancias en tres incisos cuando correspondía, en todo caso, hacer la clasificación en cuatro (140). La inclusión del modo adverbial “a sabiendas” carece de valor desde que solo constituye en el texto una inútil duplicidad del dolo, forma de culpabilidad que se supone existe en toda figura de la Parte Especial en la que no se haga expresa referencia a la culpa o negligencia. De ninguna manera el vocablo “a sabiendas” cumple aquí el importante papel de elemento subjetivo en orden a lo injusto que desempeña en el Art. 151 del C.P.

A pesar de los defectos anotados en la redacción reformada, el dispositivo legal no puede ser calificado de abigarrado o detallista. Comprobamos que las circunstancias agravantes, al igual que en el artículo original, se encuentran concatenadas según un criterio acertado e implícito. Por otro lado, la interpretación analógica (distinta de la repugnante analogía, como sabemos) es aquí perfectamente posible.

circunstancia que el evento haya sido cometido: “Con el concurso premeditado de dos o más personas que intervengan durante la ejecución del hecho”. La fuente inspiradora de la agravante propuesta la encontramos en el Art. 117, Inc. 6o, del Proyecto SOLER de 1979.

(140) El Inc. 3o agrupa a los modos de ejecución conjuntamente con los medios empleados, índice de que la numeración contenida en el texto comentado ha sido hecha sin criterio ordenador adecuado.

Las agravantes específicas pueden clasificarse:

a).— Por el **móvil** (ferocidad y lucro).

b).— Por la **conexión con otro ilícito penal** (para facilitar, o para ocultar otro delito).

c).— Por el **modo de ejecución** (crueldad y perfidia).

d).— Por el **medio empleado y la forma de ejecución** (veneno, por un lado; fuego, explosión u otro medio con potencia para poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas, por otro lado).

54.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** de este delito puede ser cualquier individuo desde que la ley no exige calidades propias.

b).— **Sujeto pasivo** puede ser también cualquier persona, sin distinción alguna. Se trata del titular del derecho a la vida, bien jurídico cuya extinción se considera más repudiable cuando se obtiene violando en sumo grado los sentimientos de lealtad, humanitarismo y seguridad colectiva. En el **sujeto pasivo** se integran, inescindiblemente, el bien jurídico tutelado y el objeto material del delito.

55.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

a).— **Preexistencia de un vida humana cierta**. Nada tenemos que agregar, en este aspecto, a lo ya sostenido en relación con el homicidio simple.

b).— **Extinción de una vida humana**. Igualmente, nos remitimos al punto tratado en el comentario al Art. 150 del C.P.

c).— **Que la muerte haya sido perpetrada con alguno de los móviles, o con cualquiera de las conexiones, modos, o medios referidos en la ley**. Aun cuando son circunstancias que tienen como denominador común el ser agravantes y pertenecer a determinado grupo, por razones de metodología expositiva preferimos estudiarlas por separado. Así lo haremos a continuación.

d).— **Dolo**. Está representado por la conciencia de matar al prójimo, conociendo el curso esencial de la relación de causalidad existente entre la conducta circunstanciada y el resultado homicida, procediendo el agente con voluntad de realizar la acción que-

rida. El agregado del elemento "a sabiendas", efectuado por una norma emanada del gobierno de **facto**, en manera alguna cumple aquí, según ya advertimos, el importante papel que tiene en el delito de parricidio. Su inclusión en el texto ahora comentado sólo se explica, en nuestro concepto, por una imitación servil de uno de los trazos importantes de la figura contenida en el Art. 151 del C.P. (141).

56.— HOMICIDIO POR FEROCIDAD

Es la muerte que se ocasiona nada más que por instinto de perversidad brutal. Es el homicidio perpetrado por el solo placer de matar (142). El sujeto activo llega a ultimar una existencia sin ser evidente o identificable el interés perseguido con el delito, o sin tener a la vista ventajas próximas o ciertas que la acción criminal le pueda producir. El psiquismo del agente desencadena una acción, sin motivo o móvil aparente, a la que no puede encontrársele razonable explicación; o es de una tal futilidad o nimiedad que anonada al público, desconcierta a los jueces y hace tartamudear

(141) HURTADO POZO apunta que la referencia efectuada ahora a que el agente actúe "a sabiendas" excluye la posibilidad de aceptar la forma del dolo eventual (op. cit., Parte Especial I, p. 88). Nosotros pensamos, en verdad, que el dolo eventual estaba ya excluído de esta figura calificada desde antes que se le ensamblara la expresión "a sabiendas". Así, por ejemplo, opinamos que es imposible que actúe con dolo eventual el individuo que mata para facilitar u ocultar otro delito. En la hipótesis de quien priva de la vida a otro por un medio catastrófico, aceptamos que puede haber doló eventual en cuanto a la muerte no querida, pero ratificada, de una o algunas personas puestas en peligro por una explosión, por ejemplo. En cambio, es impensable el dolo eventual con relación a la misma víctima **identificada** que se quiere eliminar con un medio que sitúa en peligro la vida o salud de un apreciable número de otras personas.

(142) La "Ley" de Reforma del C.P. argentino (Nº 17567), cuyo Proyecto fue preparado por una Comisión presidida por el Prof. SOLER, modificó el Inc. 2º del Art. 80 del texto original sustituyendo la expresión "impulso de perversidad brutal", que en la Exposición de Motivos se calificaba de dudoso contenido, con la de homicidio "por placer" (Véase el texto completo de la llamada "Ley", más correcta sería la denominación Decreto-Ley, así como su Exposición de Motivos, en: **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Nº 1, Enero-Marzo, Bs. As., 1968, p. 99 ss.). La posterior "Ley" 21338, de 25 de Junio de 1976, recepta en su Art. 80, Inc. 4º, la muerte "por placer" como uno de los homicidios calificados (Véase el texto completo del citado documento, también emanado de un gobierno de **facto**, en: **Enciclopedia Jurídica Omeba**, Bs. As., 1979, Apéndice Tomo III, p. 192 ss.). El Proyecto de C.P. peruano de 1972 propone también sustituir "ferocidad" con el vocablo "por placer". En cuanto al reciente Proyecto de C.P. ("El Peruano", Agosto de 1985), observamos que en su Art. 111, Inc. 1, se mantiene la expresión "ferocidad".

a los peritos en temas de la vida mental (143). El auxilio de la Psicología profunda se hace indispensable para orientar al juzgador en la decisión que tome respecto a la calificación de este homicidio.

Existen, casi siempre, sentimientos que pueden impulsar a un hombre a dar muerte a su semejante; sentimientos relativamente aceptables, como son la defensa del honor o de una tendencia política no totalitaria; o inaceptables, como serían la codicia, el odio, la venganza, etc. Es, pues, natural que la sociedad se alarme en grado superlativo frente a la posibilidad que se cause la muerte del prójimo sin móvil identificable, o por un motivo nimio (144).

La clave de esta circunstancia agravante la encuentra CARRARA en la **dificultad** en que se hallan los ciudadanos para **defenderse**, en el sentido de tomar prevención o precaución, con respecto al autor del homicidio. Sostiene el Sumo Maestro de Pisa, con indudable acierto, que frente al individuo que mata sin odio, sin pasión, sin provecho, por la sola sed de sangre, no hay nadie que pueda considerarse seguro, pues no basta para evitar la brutal agresión con ser pobre, o ser prudente, o no tener enemigos. Además, ante homicida de tal laya no hay prevención posible por parte de la cautela privada, porque el ataque inmotivado lo realiza un desconocido contra otro desconocido. En este homicidio, pues, existen el máximo grado difusivo del daño mediato y también el ínfimo grado del poder en la defensa privada. Continúa CARRARA —realmente nos sentimos incapaces de mutilar su brillante raciocinio sobre el tema— diciendo que carece de importancia que este malvado nada tenga que ganar con su delito y que también nada tenga que lo impulse a su comisión con vehemencia. Es verdad que estos hechos permiten explicar que un homicida de tal especie sea rarísimo en la sociedad, pero, por más escaso que resulte, puede existir, y esa rareza no quita que cuando se presente, sea más peligroso que cualquier otro individuo, y con una peligrosidad que compromete a todos los miembros de la sociedad, sin excepción alguna (145).

(143) El Código Penal Tipo para Latinoamérica estima como homicidio calificado matar a otro por "... motivos abyectos o fútiles". El C.P. colombiano de 1980 utiliza igual terminología. (Art. 324, Inc. 4º).

(144) Conforme: LEVENE (h), RICARDO; **El delito de homicidio**, Depalma, Bs. As., 1970, p. 181.

(145) CARRARA: op. cit., § 1199.

Casi todas las modernas leyes penales singularizan momentos especiales del ánimo, que van siempre más allá del dolo, con el fin de caracterizar el contenido específico del desvalor ético-social del hecho (146), como en el caso de la ferocidad que ahora nos ocupa.

En la dogmática peruana creemos que esta agravante funciona no solamente cuando se mata sin motivo consciente, sino, también en caso que el móvil sea insignificante comparado con la magnitud del resultado producido; es decir, cuando la motivación ha trascendido inadvertidamente el plano de la conciencia y le sirve al agente como pretexto o motivo racionalizado de una tendencia subconsciente, para impulsar la acción homicida. Según SOLER se presentará la calificante del "impulso de perversidad brutal". (así denominaba el C.P. argentino a esta agravante antes de las Reformas de 1968 y 1976), tanto en el supuesto que no exista motivo alguno como también cuando el motivo que aparece como desencadenante sea de tal modo lejano, fútil, indirecto o malvado que sólo pueda llevar al crimen a un perverso (147). Para su correcta aplicación es necesario no confundir, conforme advierte el mismo SOLER, el caso de ausencia de motivo con el de una simple deficiencia probatoria, ni el caso de homicidio cometido por impulso de perversidad brutal con la simple ejecución torpe, cruel o brutal. Como se trata de una agravante que atiende el móvil del agente, lo decisivo será entonces la perversidad brutal de la determinación del actor (aspecto subjetivo) y no la brutalidad en la ejecución (aspecto objetivo), que bien puede ser ésta una demostración de la existencia de otra agravante, tal como la crueldad (148).

(146) WELZEL: op. cit., p. 115.

(147) SOLER: op. cit., Tomo III, p. 44. Véase también nuestra Nota N° 142 en donde de relatan los precedentes que permitieron introducir primero y mantener después la fórmula: "por placer".

(148) HURTADO POZO escribe, antes de concluir que las dificultades existentes para precisar los contornos de la agravante "ferocidad" han fortalecido la tendencia de eliminarla como factor característico de un tipo de asesinato, las siguientes palabras: "Ferocidad debe ser comprendida en su acepción de fiereza; es decir, inhumanidad en el móvil. Originalmente en los trabajos suizos se hablaba de matar por instinto sanguinario (**par instint sanguinaire**) (Anteproyecto 1908, Art. 64. pf. 20). En la Exposición de Motivos de este Anteproyecto ZURCHER expresa que se ha colocado, primeramente, la circunstancia agravante del móvil y, en lugar preferente, el móvil inhumano, con lo que se hacía referencia al instinto sanguinario, designado en los Proyectos posteriores con el tér-

Para concretar esta calificante el C.P. brasileño de 1969, cuya entrada en vigencia ha quedado *sine die*, emplea la fórmula "motivo fútil" (Art. 121, parágrafo 2º, Inc. 1), que es la misma que utiliza el C.P. italiano (Art. 61, Inc. 1º, agravante a la que remite el Art. 577, Inc. 4º, del mismo texto). El Proyecto de C.P. italiano de 1921 se refiere a los motivos "fútiles" como una de las circunstancias de mayor peligrosidad en el delincuente (de manera similar a como lo hace nuestro vigente C. P. en el Art. 51, Inc. 2º) en cuanto su apreciación permitiría al Juez conocer el "peligro del agente" evaluando el móvil aludido cual circunstancia no considerada especialmente como constitutiva o modificadora del delito. Según MAGGIORE, "fútil" es el motivo no proporcionado con el delito, el motivo que por lo exiguo y mezquino no explica la acción criminal; antes bien, denota insensibilidad moral en el actor cuyo máximo grado lo constituye la **maldad brutal**. El Profesor de la Universidad de Palermo estima que es un modo vulgar de expresarse cuando se dice que se ha obrado sin motivo, pues, en su concepto, no existen acciones inmotivadas, debiendo sólo afirmarse que el móvil es fútil, o sea inadecuado, según la psicología común, para determinar o explicar el resultado.

Después de citar IRURETA GOYENA las opiniones emitidas al respecto por CARMIGNANI y FERRI, nos hace meditar en la bastante probabilidad existente acerca de que el homicida por el solo impulso de perversidad brutal, o brutal ferocidad, no sea otra cosa que el loco moral, o el loco lúcido, o el monómano razonan-

mino ferocidad (en francés, *ferocité* significa: **caractere sanguinaire, barbarie, inhumanité**). No se trata, pues, de una peculiar manera de matar a alguien, sino más bien del móvil que caracteriza la acción homicida y que revela en él una gran peligrosidad" (op. cit., Parte Especial I, pp. 53 y 55). Por nuestra parte pensamos que "inhumanidad en el móvil" vale tanto como "crueldad". Si como sostiene acertadamente nuestro colega en la Cátedra sanmarquina, en otro acápite de su citado libro, la acepción obrar con crueldad debe ser excluida "primero, porque el mismo Art. 152 hace mención expresa a la 'crueldad' como agravante específica y, segundo, porque los especialistas están de acuerdo en que la ferocidad no es la 'simple ejecución torpe, cruel y brutal'", entonces tal vez nosotros estemos en lo cierto cuando afirmamos ahora que resulta lógico descartar también que el concepto de "inhumanidad en el móvil" integre el de "ferocidad". Consideramos que con la fórmula "ferocidad" la ley ha puesto en un mismo plano a este tipo de asesinato con los hechos de las fieras sanguinarias que, aun cuando tienen saciada el hambre propia y la de sus cachorros, no dejan pasar desapercibida la oportunidad de matar nada más que por oír y satisfacer el grito de su instinto bestial. En este sentido no cabe duda que matar por ferocidad vale tanto como extinguir la vida del semejante sin motivo aparente, o por un motivo nimio. He aquí, pues, la futilidad de este crimen.

te, o el imbécil moral, denominaciones todas con las que se conoce en Psiquiatría este espécimen de la patología que exige una pericia médica para saber si pertenece al facultativo o la Juez (149).

Si nos fuera exigible clasificar a este homicidio, cuya ilicitud penal perpetrada es demostrativa de una especial peligrosidad, diríamos que integra la categoría que DI TULLIO denomina: “delincuente constitucional de orientación hipoevolutiva” (150).

La ferocidad también está inscrita en los Cs. Ps., según se apunta en las citas a que remitimos, como la muerte ocasionada por “placer”, vocablo que pone en evidencia el regocijo perverso que experimenta el agente al destruir una vida humana. Con esta designación aparece en el § 221, Inc. 2º del C.P. alemán, habiendo llegado por vía de reforma al texto actual del Art. 80, Inc. 4º del C.P. argentino, a través del Art. 111, Inc. 4º del Proyecto SOLER del año 1960. El C.P. paraguayo emplea, en su Art. 337 Inc. 4º, la frase “por el solo impulso de brutal ferocidad”. GONZALES, autor del Proyecto que dió lugar al actual C.P. del Paraguay en vigencia, comentando el citado dispositivo pone como ejemplo el caso sucedido en la vida real protagonizada por un tal Juan Salazar, quien sintiéndose dentro de la cárcel, en donde estaba cumpliendo su condena, con un invencible deseo de matar, anduvo ofreciéndose a sus compañeros para **afeitarlos**, y cuando no consiguió que, con este pretexto, alguien se dejara degollar, en un descuido atravesó de una feroz puñalada la garganta de un oficial de policía que esa tarde lo estaba conduciendo a la Cárcel Departamental Central de Policía, perpetrando su crimen en la calle y sin el menor motivo (151).

(149) IRURETA GOYENA: op. cit., p. 218.

(150) Entre las características de tales tipos criminales, DI TULLIO menciona: escaso desarrollo de la ideación superior, de la lógica y de la crítica en el campo intelectual; un predominio persistente de las fuerzas instintivas de contenido egoísta-agresivo; y, una constante y grave deficiencia de la sensibilidad moral en el campo afectivo; una escasa capacidad inhibitoria y una habitual predisposición a los actos instintivos, automáticos e impulsivos en el campo volitivo. Como consecuencia de estas características, tal tipo de delincuente está predispuerto a toda actividad antisocial y delictiva, orientada predominantemente a las que ponen en evidencia los caracteres de la prepotencia, de la perversidad y de la brutalidad (**Principios de Criminología Clínica y Psiquiatría Forense**, Edit. Aguilar, 1963, p. 179).

(151) GONZALES, TEODOSIO: **Derecho Penal**, Tomo Tercero, Asunción, 1928, p. 73 s.).

La jurisprudencia peruana ha interpretado esta agravante en el mismo sentido que la ausencia de móvil, el impulso de perversidad brutal, o el hecho de matar por placer (152). En lo que respecta a la jurisprudencia argentina, se considera que no corresponde computar la calificante del impulso de perversidad brutal si en el homicidio consumado hubo una causa que, por injusta que sea, excluye la simple ferocidad del procesado. Los criterios son discrepantes en cuanto a considerar dentro de la agravante los casos en los que existe enorme desproporción, entre la causa y la reacción homicida. Así, un fallo sostiene que existe homicidio por perversidad brutal, cuando se mata sin motivo, por mero impulso de perversión moral; por lo que excluye la agravante toda vez que exista una causa, aunque sea leve e inmensamente desproporcionada con la reacción del agente. En cambio, otro fallo fundamenta que hay impulso de perversidad brutal si es que el mal causado carece de motivo determinante, o cuando la causa que ha motivado al agente a delinquir, es desmesuradamente desproporcionada con el daño producido (153).

Problema de interesante dilucidación es el del homicidio por venganza transversal. Se trata de saber si la muerte de un inocente, en vez de aquella persona a quien se le considera como merecedora

(152) El 14 de Setiembre de 1971 la Sala Penal de la Corte Suprema dictó sentencia condenando a la pena de muerte a Víctor Apaza Quispe como autor del delito de homicidio calificado previsto en el Art. 152 del C.P. (Exp. Nº 681-71, procedente de Arequipa). El Tribunal Correccional lo había encontrado responsable de haber matado con las agravantes de ferocidad, alevosía y perfidia. La Sala Penal de la Corte Suprema expresó su discrepancia con la sentencia recurrida en cuanto invocaba la agravante de la ferocidad y trataba a la alevosía y perfidia como si fueran calificantes similares. Decía la Ejecutoria Suprema en su parte pertinente: "... que la sentencia condenatoria recurrida estima que se trata de un homicidio calificado en base a que el encausado Víctor Apaza Quispe dio muerte a Agustina Belizario Copacoila con ferocidad, alevosía y perfidia; que de estos tres elementos calificativos, el primero carece de fundamentos de hecho, porque no hay ausencia de móvil ni aparece a través de las pruebas que el agente haya obrado por impulso brutal o simplemente por el placer de matar; el segundo se confunde con el tercero, no obstante la diferencia que hay entre ellos, porque la perfidia es la especie del género alevosía; que sin embargo la jurisprudencia ha tomado como sinónimos estos vocablos . . .", etc. (Véase en "El Peruano", de fecha 8-2-72, p. 8). JORGE PAREDES LENGUA, comentando esta Ejecutoria, dice: "Se puede concluir válidamente, que la ferocidad es tanto la muerte sin motivo, como la ocasionada por motivos nimios" (*El Delito de Homicidio Calificado o Agravado en el Código Penal Peruano*, Tesis de Bachiller, Lima, Perú, 1973, p. 139).

(153) Véase: LAJE ANAYA, JUSTO; *Homicidios Calificados* (Sistematización Jurisprudencial y Doctrinal), Bs. As., 1970, p. 162. ss.

de una venganza (la fórmula es **innoxius pro noxius**; es decir, el homicidio de un inocente en vez del culpable) puede ser asimilada a la del homicidio por ferocidad. En el homicidio por vindicta transversal el agente para vengarse de su enemigo le da muerte a una persona que es querida por éste, con el fin de ocasionarle así grave aflicción moral; o extingue la vida a una persona de la cual su enemigo recibía beneficios materiales, para procurarle de este modo perjuicios pecuniarios. Ponemos, como ejemplo, el caso del sujeto que mata al tierno hijo de su amante como castigo al haberse enterado que reanudó sus relaciones maritales con quien fuera el padre del niño victimado. Creemos que la pretendida equiparación examinada no es posible, pues si bien es cierto que la persona a quien se mata no es realmente la odiada por el agente, o sea que el homicida nada tiene contra el agraviado, también es verdad que no puede desconocerse que el victimario actuó movido por un sentimiento de venganza, por odio personal no provocado directamente por el sujeto pasivo, pero sí por la persona reputada culpable y vinculada a la inocente víctima.

57.— HOMICIDIO POR LUCRO

También es conocido en la legislación penal comparada con el **nomen iuris** de homicidio venal, o por mandato, o por precio, o por recompensa, o por ganancia, o por promesa remuneratoria (154). La fórmula que utiliza nuestro vigente C.P. tiene un carácter restrictivo y sólo comprende en realidad al homicidio por **precio**, habiéndose tomado esta expresión en su neto sentido económico, ya sea como precio recibido o solamente estipulado (155).

(154) El Art. 232 del C.P. de 1863 prescribía la pena de muerte para quien, conforme a su Inc. 1º, matare a otro "Por precio recibido o recompensa estipulada". Es evidente que el vocablo "recompensa" tiene un significado mucho más lato que el de "precio". La ley abrogada, al parecer, los usó como sinónimos. No obstante, pudiendo tanto el precio como la recompensa ser recibidos o estipulados, una fórmula sin ambigüedades debió decir: "Por precio recibido o estipulado"; o si tal hubiese sido la voluntad de la norma: "Por recompensa recibida o estipulada". Por otro lado, el participio pasivo del verbo **estipular** acentúa que se trata de una promesa que, como tal, permanece por cumplirse luego de ejecutado el homicidio.

(155) La Comisión de Trabajo de Argentina (Sección I) presentó a la Reunión Plenaria de la Comisión Redactora de C.P. Tipo para Latinoamérica, la siguiente fórmula: Art. X (2): "Se impondrá . . . al que matare. . . Inc. 5º.— Por mandato ilegítimo, precio o promesa remuneratoria". Se acordó suprimir "mandato ilegítimo", aprobándose las otras hipótesis agravantes contenidas en la proposición. De esta manera la Comisión multinacional recomendó una fórmula igual a la del C.P. argentino, la misma que ha sido respectada por la "Ley" 21338 que modificó numerosos artículos del texto de 1921.

La figura delictiva supone la existencia de un entendimiento previo entre el mandante y el ejecutor del homicidio; es decir, un acuerdo en el que se identifica a la futura víctima y se pacta el pago de un estipendio. Quedan excluidos de la fórmula peruana, por el sentido crematístico en el que se sustenta la agravante, los mandatos por promesa remuneratoria o recompensa que sean distintas a la económica y a *fortiori* las órdenes cumplidas a título gratuito. Asimismo, quedan fuera del texto comentado los casos de quien, sin pacto precedente, recibe espontáneamente una gratificación en dinero con posterioridad a la ejecución del crimen; o el de quien actúa teniendo meramente una esperanza de recibirla. La ley requiere que sea el móvil del lucro el estímulo, o impulso, decisivo para la perpetración del homicidio (156). En cambio, sí es de aplicación la calificante para la hipótesis en que el motivo de lucro (que en nuestro criterio tiene una marcada naturaleza subjetiva, opuesta a la objetiva que algunos autores le atribuyen), coexistiera con otros motivos de índole personal pertenecientes al victimario.

Apunta QUINTANO RIPOLLES que la razón de ser de esta circunstancia, en el sentir unánime, se encuentra en la bajeza inherente a todo lo venal, observando con acierto el autor español que tal argumento sirve tan solo para el mandatario que actuó movido por el precio, mas no para esgrimirlo contra el mandante a quien,

(156) HURTADO POZO afirma "... que la agravante del Art. 152 no se refiere al simple 'fin de lucro' sino a la codicia con que actúa el agente. Es decir, el deseo inmoderado de riqueza, ganancia, provecho. De esta manera pensamos —continúa nuestro colega sanmarquino— que se aclara el significado de la agravante estudiada y se restringe su aplicación a los casos graves que justifican la severísima sanción prevista en la ley. Así se deja de lado, además, la interpretación restrictiva, generalmente aceptada entre nosotros; fruto de seguir leyendo el texto original de nuestro código como si fuera el mismo del derogado de 1863" (op. cit., Parte Especial I, p. 58). Aun cuando estamos de acuerdo con HURTADO POZO en reconocer que tiene razón GAUTIER al afirmar el citado Profesor ginebrino que el "móvil de lucro" es, generalmente, más profundo y más próximo al origen del acto en comparación con el "fin de lucro", creemos que tal criterio sería muy sutil para distinguir un asesinato (por móvil de lucro), de un homicidio simple (cuando hay fin de lucro no especificado en el tipo). No es únicamente el inmoderado deseo de riqueza lo que la ley penal sanciona aquí con mayor severidad, pues resulta obvio que la agravante radica en matar nada más que para procurarse un beneficio económico previamente pactado. Es en el hecho mismo de negociar con la muerte, independientemente del deseo moderado o inmoderado de riqueza, en donde radica la razón esencial de este agravante. Pensamos si, acaso, no resulta verdaderamente más repudiable la acción y más peligroso el individuo que mata a otro por un precio módico, en relación al que extingue una vida por la ambición de una recompensa crematística a la que se reputa elevada.

sin embargo, alcanza de lleno también la efectividad agravatoria (157), extremo este de su pensamiento con el que respetuosamente no coincidimos.

GONZALES, después de citar a GROIZARD, escribe que el homicidio por precio demuestra tanta perversidad y cobardía en el mandante, como bajeza y peligrosidad por el lado del ejecutor, ubicándosele con razón en la cúspide de la criminalidad (157 bis).

Según el Art. 100 de nuestro texto punitivo, el mandante tiene la condición de autor por instigación desde que es él quien decide intencionalmente al mandatario a cometer el homicidio, valiéndose de su afán de lucro para determinar su voluntad. Indudablemente que ambos individuos tienen la condición de autores, pero sus comportamientos demandan ser subsumidos en distintos tipos legales. Al significar su comisión necesariamente la actividad mínima de dos sujetos, esta modalidad del asesinato tiene un carácter esencialmente **plurisubjetivo**.

Con respecto a los sistemas de penalización de este homicidio agravado, se distinguen tres tendencias:

a).— **La tesis de identidad de penas**, que es sostenida por quienes consideran que el mandante y el mandatario demuestran con el pacto compensatorio la existencia de un especial estado de peligrosidad social. Esta teoría, que propugna equiparar las penas en función de la peligrosidad de los sujetos, es la admitida por la mayor parte de los penalistas.

b).— **La teoría de la mayor pena para el mandatario**, la misma que se fundamenta en lo que se denomina un principio **ontológico** (el mandante sólo quiso el delito; el mandatario lo quiso y además lo ejecutó), o en un principio **moral** (el mandante está movido por odio y rencor, en cambio el mandatario está impulsado por una mezquina ganancia); o en un principio **político** (una mayor pena para el sicario con el propósito de disuadirlo); o, por último, en un

(157) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado*, op. cit., Tomo I, p. 245. En opinión de este autor la agravante del "precio, recompensa o promesa", de la que habla el Art. 406, Inc. 2º del C.P. español, tiene una naturaleza objetiva y, en tal virtud, se comunicaría alcanzándole la agravación también al mandante. Nosotros opinamos que, por tratarse de una circunstancia que se refiere a una "disposición moral" del delincuente (Art. 60 del C.P. español), la agravación no se comunica al mandante, según la norma española.

(157 bis) GONZALES, TEODOSIO: op. cit., Tomo Tercero, p. 68.

principio **jurídico** (socialmente causa más alarma la actitud del sicario que la del mandante). Siendo el móvil de lucro una circunstancia personal, resulta comunicable (Art. 104 C.P.). El mandante sería autor de homicidio simple y el mandatario adecuaría su conducta a la hipótesis respectiva del asesinato. Apuntamos que de acuerdo con esta tesis, que es la seguida por nuestro C.P., al instigador sólo se le reprocha el interés que tiene en que muera, por mano ajena, una persona determinada; pero no así el motivo crematístico que impulsa al instigado para cumplir tan odioso pacto, calificante que no le alcanza al mandante. Es, pues, la propia ley penal la que pone en relieve la mayor reprochabilidad de la conducta del ejecutor material del homicidio por móvil de lucro.

c).— **La teoría de la mayor pena para el mandante**, que casi no tiene aceptación en la doctrina y legislación. Se dice aquí que el mandante evidencia una mayor peligrosidad en razón a que deliberadamente se propone ejecutar una acción criminal explotando el afán de lucro de otra persona, procurándose la impunidad y resguardándose al mismo tiempo de una posible reacción de la víctima atacada (158).

Interpretando ZUÑIGA GUARDIA esta agravante en el texto de nuestro C.P., opina que el instigador respondería de homicidio simple y el instigado sería culpable de asesinato. Compartimos esta interpretación, dejando constancia que el citado autor panameño se inclina, de **jure condendo**, más hacia la tendencia que propugna por la equiparidad de las penas (159). Entendemos la tesis que propicia la igualdad de sanción para el mandante y el mandatario en el sentido que ambas conductas deben ser subsumidas en el mismo tipo que contiene la agravante, de conformidad con las reglas respectivas de la participación.

En lo que concierne a los alcances de la revocación del mandato ocurrida antes que el hecho se ejecute, hay consenso unánime

(158) PEÑA CABRERA dice que "prima facie" la agravante se refiere sólo al que ejecuta el homicidio, al que mata por lucro y no al mandante, pero que "esta expresión que contiene nuestro Código involucra 'in extenso', tanto al mandante como al mandatario, esto es, a los dos sujetos activos del pacto por lucro" (*Tratado* ., op. cit., Volumen II, Parte Especial, p. 60). Posteriormente, mostrando excesiva cautela en adoptar una posición definida sobre el tema, dice: "La mayor peligrosidad social radica no tanto en la mano del sicario sino en la del cerebro del cual surgió la idea criminosa" (*Ibíd*em, p. 62).

(159) ZUÑIGA GUARDIA: op. cit., p. 145 ss..

en apoyar la tesis de CARRARA. Para el celebrado Maestro de Pisa, el homicidio por precio, o por promesa remuneratoria, tiene su consumación en el estrago y no en el pacto mismo. El convenio por sí solo ni siquiera constituye tentativa porque no es el comienzo de la ejecución del homicidio (160). Si a pesar de conocer la revocación inequívoca el mandatario ejecutase el homicidio, el mandante no tendría ninguna responsabilidad. Desaparecida la expectativa cierta del lucro, por haberse desistido de la oferta el mandante, habría que pensar en un homicidio perpetrado por motivaciones que tienen su fuente sólo en la persona del ejecutor material, o que simplemente lo llevó a efecto por ser incapaz de ver frustrada la fruición que presentía vivir con el derramamiento de sangre inocente (ferocidad).

A propósito de la prueba sobre la existencia del mandato, CARRARA enseña que debemos recordar las siguientes reglas:

1º).— El mandato tiene que ser explícito y determinado; es decir, no debe haber duda que estuvo dirigido a la realización del homicidio. Las expresiones vagas o genéricas no pueden ser equivalentes a las inequívocas que se requieren aquí.

2º).— Es indispensable unir la prueba de que se cometió el delito con la prueba de la aceptación por parte del sicario para perpetrarlo, del mismo modo que se exigiría en el Derecho Procesal Civil para declarar realmente celebrado un contrato de mandato, y hasta con rigor más estricto en el ámbito procesal-penal.

3º).— No puede condenarse al mandante si es que no se conoce a la persona del mandatario (161).

La novela y el cuento, que casi siempre se basan en hechos reales a los que el hombre de letras les agrega su estilo y la trama que imagina su genio, ofrecen numerosos ejemplos de hipótesis de homicidio cometidos por lucro (162).

(160) CARRARA: op. cit., § 1196.

(161) *Ibidem*, § 1197, Nota Nº 2.

(162) ENRIQUE LOPEZ ALBUJAR nos relata la historia de un tal Aureliano Calixto, a quien califica como "un verdadero industrial del crimen", quien de buena gana habría fijado en su casa este letrero: "Aureliano Calixto, pishtaco. Ofrece sus servicios a precios convencionales. Exactitud, lealtad, discreción". Narra el literato que para la justicia calixtiana el C.P. se reduciría a dos o tres artículos draconianos y de una concisión espeluznante: "¿Es ladrón, es asesino, es incendiario el cholo que quieren que yo casti-

Como ya hemos explicado, esta agravante sólo corresponde ser aplicada al mandatario y no es comunicable al mandante. Nuestra jurisprudencia ha seguido acertadamente este criterio (163).

Concluimos el punto tratado sosteniendo que el *error in personae* y la *aberratio ictus seu personae* no tienen potencia alguna para cambiar la tipificación del hecho que le corresponde a cada uno de los sujetos activos (Art. 150, para el mandante; y, Art. 152, para el mandatario) (164).

58.— HOMICIDIO PARA FACILITAR OTRO DELITO

En este supuesto legal aparece el agente causando la muerte de una persona (*delito-medio*) con el objeto de hacer viable otro

que? Pues nada más natural que yo lo haga y que me lo pague el que lo acusa". He aquí, claro está, un sicario, aunque con ciertos escrúpulos, pero pintado de cuerpo entero con tres brochazos ("*Dos pumas, un pistaco y un demonio*"; véase en el libro *Los Caballeros del Delito*, Edit. Mejía Baca, Lima, Perú, 1973, p. 313 ss.). Por su parte MARIO PUZO nos describe al personaje Luca Brasi como un asesino a sueldo que en dos semanas había matado, personalmente y sin cómplices, a seis hombres. Relata el novelista que "Luca Brasi era un hombre capaz de asustar al mismo diablo. De corta estatura y cuadrado, su sola presencia llevaba la intranquilidad a cualquier ambiente. . . No temía a la policía, no temía a la sociedad, no temía a Dios, no temía al infierno, no temía ni amaba a nadie". He aquí otra pincelada sobre este sicario: "era una fuerza de la naturaleza, una fuerza que nadie podía controlar del todo. Al tratar con él, era preciso poner el mismo cuidado que al manejar dinamita" (*El Padrino*, Edic. Grijalbo, México, 1970).

(163) "En un homicidio en que unos decidieron su realización y otros lo ejecutaron, aquéllos deben ser reprimidos también como autores, conforme al Art. 100 del C. P., que considera como tales a todos los que cooperen en el hecho, instigándolo o ejecutándolo materialmente; sin que ello signifique que las modalidades empleadas por los ejecutores y el fin de lucro que los determinó, afecten a los autores morales, quienes sólo responden por el delito de homicidio simple, y no están incurso en la sanción del Art. 152, que corresponde sólo a los ejecutores. Con todo, la pena debe ser el máximo de la correspondiente al delito, en atención a su peligrosidad y forma como procedieron" (Ej. Sup. 9-5-40, en *Rev. de los Trib.*, 1940, p. 203). Otra: "Si el delito de homicidio se ha perpetrado con ferocidad y por lucro, debe imponerse a los autores materiales la pena de internamiento, lo mismo que a la instigadora, quien comprometió a aquellos para disfrutar de los bienes de la víctima cuando ésta desapareciera" (Ej. Sup. 5-3-42, en *Rev. de los Trib.*, 1942, p. 216). En esta última ejecutoria no se ha establecido la comunicabilidad de la agravante del móvil, pues lo que la resolución pone en evidencia a través de una interpretación equivocada de la ley, es que si el instigador(a) determinó la voluntad de actuación del mandatario, debe entonces responder **por su cuenta** por la misma agravante. Por otro lado, en la misma resolución observamos que la ferocidad no se ha considerado comunicable, criterio que está conforme con las normas penales nacionales.

(164) Véase: PEÑA CABRERA, *Tratado.*, op. cit., Volumen II, Parte Especial, p. 62.

hecho delictuoso que puede ser de naturaleza idéntica al precedente, o distinta (**delito-fin**). La magnitud del **delito-fin** es indiferente para la subsunción de esta modalidad homicida en la figura del asesinato. En este aspecto, nuestro codificador ha procedido con acierto al no establecer distinciones relacionadas con la mayor o menor gravedad del delito proyectado para ejecutarse con posterioridad al homicidio. No obstante, conviene tener en cuenta las pertinentes observaciones que hace IRURETA GOYENA en el sentido de que cuanto más leve sea el **delito-fin**, cuanto menor fuere su importancia, entonces tanto más grave resultará el homicidio en razón a la calificada inclinación delictuosa que se pone así en relieve (165).

Advierte ALIMENA que al lado de este homicidio está el que se comete para procurarse una ventaja, la cual no es, por sí misma, un delito. Así acontece cuando se mata a alguien para sucederle en el empleo o cargo ambicionado, o para casarse con la viuda del occiso. La diferencia está en que mientras en la figura estudiada son delitos tanto el medio como el fin, en los ejemplos últimamente presentados sólo son delictivos los medios (166).

En esta especie de homicidio **criminis causa** el sujeto activo evidencia una especial peligrosidad al no tener reparos en sacrificar una vida humana para satisfacer su afán de posesión económica o saciar su apetito sexual, por ejemplo. En cuanto al sujeto pasivo, como bien señala HURTADO POZO al criticar una ejecutoria, no interesa que la víctima del homicidio sea persona distinta o idéntica a la que va a resultar agraviada con el **delito-fin**. En caso que el occiso sea diferente al sujeto perjudicado con el robo, por ejemplo, no se tratará aquí de dos infracciones penales subsumibles en dos tipos independientes o autónomos, sino de un solo delito, el que tiene el **nomen iuris** de asesinato (167).

Opinamos que es aplicable al texto en comentario la observación que hace MAGGIORE en el sentido que el fundamento puramente psicológico de esta circunstancia calificante hace que la ley conceda máximo valor a la intención del agente, pudiendo ser el

(165) IRURETA GOYENA: op. cit., p. 247.

(166) ALIMENA: op. cit., p. 173.

(167) HURTADO POZO: op. cit., Parte Especial I, p. 60. Con acierto agrega: "Cuando se consuma el delito-fin, nos encontramos ante un caso de concurso aparente de leyes y no de concurso real de delitos".

delito-fin una realidad o un simple fantasma que sólo vive (como fin) en la mente del autor del homicidio (168). En otras palabras: no interesa para que funcione esta agravante si el delito que se proyectó cometer (para después de perpetrado el homicidio), se llegó a realizar o no ocurrió así (169). Es más: si hoy quisiéramos emplear una terminología jurídico-penal más técnica y al mismo tiempo aplicar un criterio más preciso en el análisis de esta modalidad delictiva del asesinato, diremos que con la fórmula "Para facilitar . . . otro delito" nuestra ley alude a un elemento subjetivo del tipo en orden a lo injusto. El **delito-fin** se presenta aquí como una intención específica que debe preexistir en la mente del sujeto a la comisión del homicidio, sin que la norma penal en estudio requiera que dicha intencionalidad se haya realizado o intentado realizar para considerársele, recién entonces, al asesinato por consumado. Se trata, pues, según la terminología de BINDING, de un **delito de resultado cortado**, o como prefiere denominarle JIMENEZ DE ASUA, de un **delito de resultado anticipado**. Cuando nuestra ley dice "Para facilitar . . . otro delito", no está describiendo un **hecho** (lo que en verdad sí ocurre al momento de utilizar el verbo **matar**), sino, por el contrario, se está refiriendo a una **intención**, a una tendencia interna trascendente que no demanda aquí ningún correlato externo posterior al homicidio para que se tenga por consumado el asesinato. El que mata con el fin de robar o violar sexualmente perfecciona su abyecto comportamiento, tipificado como asesinato, sin necesidad que en efecto robe o viole, o intente hacerlo (170). En este sentido, el **delito-fin** puede quedarse nada más que en perspectiva.

Nuestra jurisprudencia se mantiene uniforme en la interpretación y aplicación correctas de esta agravante, distinguiéndola con

(168) MAGGIORE: op. cit., Volumen II, p. 21.

(169) Véase: HURTADO POZO: op. cit., Parte Especial I, p. 60 s. Precisa este autor que la agravación no radica en la ejecución del **delito-fin**. Luego hace esta pertinente cita de NUÑEZ: "Lo que califica no es la violación de dos derechos (el de la vida y el lesionado por el otro delito), sino el mayor peligro y la mayor alarma que despierta el homicida que obra movido por tan reprochable finalidad".

(170) PEÑA CABRERA, después de haber citado a SOLER, escribe: "Es indiferente la verificación o tentativa del otro delito; la intención de cometer el segundo delito es la nota dominante, que se alzapirma y da sentido a esta agravación" (*Tratado.*, op. cit., Volumen II, Parte Especial I, p. 64).

precisión de la que corresponde al homicidio por lucro (171). No hemos podido resistir la tentación de resumir un caso célebre de la literatura universal (172).

(171) "Quien mata para robar comete delito de homicidio para facilitar otro delito y no homicidio por lucro, que es figura distinta, aunque sancionada en la misma disposición legal, aplicable a quien mata por precio recibido o recompensa estipulada" (Ej. Sup. de 19-4-45, en *Rev. de Jur. Per.*, 1945, p. 620). Otra: "Condena a la pena de internamiento a los acusados que actuaron previo concierto y con determinación común de practicar el acto de violación con cualquier mujer, escogiendo al efecto la noche y un lugar desolado, y que para consumir sus propósitos delictuosos victimaron al esposo de la agraviada que trató de impedir el atentado" (Ej. Sup. de 12-5-61, en *Rev. de Jur. Per.* Julio 1961, p. 1023). Otra: "Habiendo el acusado cometido el doble homicidio para apoderarse del dinero que portaba uno de los agraviados y que custodiaba el otro, no se trata de delitos independientes sino de un solo delito. Dado el propósito criminal, se configura el delito de homicidio para facilitar el robo, habiendo, además, el agente obrado con perfidia al faltar a la confianza que la víctima tenía depositada para ser conducida al lugar de su destino, como en anteriores oportunidades, en las que utilizó los servicios del acusado con el mismo fin" (Ej. Sup. de 28-9-71, en *Rev. de Jur. Per.*, 1971, p. 1480). Otra: "Habiendo los acusados planeado previamente el robo, para facilitar el cual perpetraron el delito de doble homicidio, dada la gravedad de los hechos consumados no es de aplicación el Art. 150 del C.P., sino que les corresponde la pena que establece el Art. 2º del Decreto-Ley Nº 18968 que deja vigente el texto original del Art. 152 del Código acotado" (Ej. Sup. de 2-5-72, en *Rev. de Jur. Per.*, p. 632).

(172) Se trata del homicidio cometido por Rodión Romanovich Raskólnikov, el personaje central de la magnífica novela *Crimen y Castigo*, escrita por FIODOR DOSTOYEVSKI, en agravio de la vieja usurera Aliona Ivánovna. Opinamos que es un hecho típico en la modalidad de asesinato que comentamos, aun cuando el autor no hiciera uso de las especies y dinero robados e independientemente de que se le describa como un sujeto con personalidad pre-mórbida, clasificable nosológicamente como psicópata esquizoide. En el plano consciente de la compleja vida mental de Raskólnikov se convierte en una obsesión la necesidad de perpetrar este homicidio para convencerse de su **superioridad**. Los momentos de vacilación y debilidad previos al crimen son superados con la fuerza moral que extrae, desgraciadamente, de la conclusión consistente en que el asesinato planificado y ensayado que cometería "no era un crimen". Por un proceso mental que los psiquiatras denominan "racionalización", Raskólnikov se nos presenta, desde una perspectiva subjetiva, decidido a matar impulsado por una motivación nimia por su absurdidad. De no haber sido presa de remordimientos que lo llevaron a confesar su doble homicidio (con la misma hacha mató también a Lizaveta en momentos en que horrorizada contemplaba el cadáver de su hermana Aliona), con el consiguiente arrepentimiento, el caso reclamaría ser subsumido en la hipótesis del homicidio por ferocidad. Pero, desde una visión subjetiva-objetiva, no cabe duda que el ex-alumno de Derecho mató a Aliona Ivánovna para facilitar la comisión del delito de robo. Las palabras del mismo Raskólnikov, cuya desesperada situación económica en manera alguna puede ser interpretada como ajena a la motivación criminal, se encarga de dar respaldo a nuestro criterio. En el Epílogo de la novela se describe que en el juicio penal a que fue sometido se le hace esta pregunta decisiva: "¿Qué cosa concretamente podía haberlo inclinado al homicidio y qué fue lo que le indujo a cometer el robo?". La respuesta de Raskólnikov, dada con toda claridad y con la más brutal decisión, calificativos que corresponden a DOSTOYEVSKI, fue la siguiente: "la causa de todo había sido su enojosísima si-

59.— HOMICIDIO PARA OCULTAR OTRO DELITO

Dos hechos delictuosos previstos en tipos autónomos han sido circunstancialmente yuxtapuestos por el codificador para estructurar esta modalidad agravada del homicidio. La calificante es válida tan sólo en la hipótesis que exista una conexión subjetiva en la comisión de ambos ilícitos penales: entre el **delito-precedente** (que lesiona o compromete cualquier bien jurídico) y el **delito-consecuente** (que lesiona la vida misma). Para que opere esta calificante, entonces, deben coexistir en la mente del autor, al momento de perpetrarse el homicidio, tanto la decisión de matar como también el propósito de que su comisión tenga por fin dificultar el esclarecimiento de un delito ya cometido y de acaecimiento más o menos próximo. Reiteramos que aquí no interesa la naturaleza del delito que se trata de ocultar, pudiendo ser también de los que afectan la vida, el cuerpo, o la salud. Asimismo, es intrascendente su mayor o menor gravedad. Claro está que la infracción penal que se oculta con el homicidio no puede ser una falta o contravención. Si ocurre este último supuesto, la nimiedad del móvil indica que estaríamos frente a un caso de homicidio por ferocidad.

tuación, su miseria y desamparo, el deseo de iniciar sus primeros pasos en la vida con ayuda, por lo menos, de tres mil rublos, que esperaba encontrar en casa de la interfecta". La condena a trabajos forzados de segunda clase por ocho años solamente frente a un crimen tan grave (dos homicidios) no podía dejar de ser explicada por el novelista, aun cuando se tratase de personajes, hechos y circunstancias imaginados. Nos dice DOSTOYEVSKI que la sentencia resultó más benigna de lo que había podido esperarse. Se tomó en cuenta el estado de las facultades mentales en el tiempo en que se cometió el asesinato, el mismo que los psicólogos de la época calificaron de "estado pasajero de locura". Se dijo (claro está que es DOSTOYEVSKI quien "hace decir") que los hechos se habían producido "bajo la acción de una morbosa monomanía de homicidio y robo, sin ulteriores miras ni cálculos de lucro", invocándose, por último, la teoría de la "enajenación mental temporal". Pensamos que si se le juzgara a Raskólnikov con nuestro vigente C.P., habría que tipificar su conducta, como ya se supone, en el Art. 152, Inc. 2º, bajo la modalidad de matar para facilitar otro delito. Atendiendo a su personalidad psicopática (un esquizoide, no un esquizofrénico), estado mental que no le había hecho perder al momento de ejecutar su crimen la capacidad para darse cuenta del carácter delictuoso de sus actos o de determinarse a cometerlos según tal apreciación, sería de aplicación también el Art. 85, Inc. 1º, en concordancia con el Art. 90 del C.P. (imputabilidad restringida). La pena a imponérsele, por la concurrencia de la mencionada atenuante genérica y personal, sería la de penitenciaría (no la de internamiento, opción judicial ésta que descartamos para el caso), por debajo de los veinte años y sin traspasar el mínimo de un año fijado por esta clase de pena (Art. 88 del C.P.). Un interesante análisis bio-psicológico de Raskólnikov puede encontrarse en la tesis que, para colacionar el grado de Bachiller en Derecho, presentara RAUL PEÑA CABRERA: "El delito y el Delincuente en la obra de Dostoyevski", véase en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Año XIX, Nº. I-II-II, Lima, MXMLV, especialmente p. 174 ss.

A diferencia de lo que acontece en el supuesto de quien comete un homicidio para facilitar otro delito, en donde éste es forzosamente intencional, creemos que en la hipótesis que ahora nos ocupa es perfectamente posible que el "otro delito" pueda tener un carácter culposo.

Con la fórmula "Para . . . ocultar otro delito" se comprende a las conductas homicidas tendientes a "evitar su descubrimiento o la persecución del culpable", terminología más explícita que ha sido utilizada por el Anteproyecto de C.P. venezolano de 1967. Asimismo, abarca la acción dirigida a "procurar la impunidad para sí o para otro" expresamente prevista por el C.P. argentino (Art. 80, Inc. 7º) (172 bis). No abarca nuestro texto, en cambio, el homicidio cometido "por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito", hipótesis también contenida en el citado texto punitivo argentino y en el C.P. paraguayo (Art. 338, Inc. 3º). Este supuesto sí tiene realmente tanta importancia como para ser previsto legislativamente integrando una de las modalidades del asesinato. Con su inclusión se contemplaría el caso del sujeto en quien la idea de matar nace de la frustración de sus expectativas puestas en el **delito-precedente**; es decir, se tipificaría como asesinato la reacción homicida ante el fracaso de conseguir el objetivo delictuoso propuesto.

En lo que respecta al **delito-precedente**, o sea el que se trata de encubrir con el homicidio, diremos que puede ser de cualquier naturaleza: contra la vida, contra la propiedad, contra el honor sexual, etc. El primer delito debe llegar en el **iter criminis** por lo menos a la etapa de la tentativa, pues, de lo contrario, con la realización del homicidio no se trataría de "ocultar otro delito", como exige **expressis verbis** la ley peruana. Debe existir, entonces, en el **delito-precedente** un principio de ejecución punible, como mínimo (173).

(172 bis) Art. 80.— "Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el Art. 52, al que matare: . . . 7º).— Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito".

(173) HURTADO POZO, citando a MAURACH, escribe lo siguiente: "Para nuestro legislador no es indispensable, por la manera como ha concebido la agravante, que se dé una sucesión cronológica entre ambas infracciones: primero, ejecución de un delito y, luego, la realización del homicidio para impedir su descubrimiento o esclarecimiento. Tratándose, como en el caso de 'facilitar un delito', de un elemento subjetivo, no es necesario que realmente se haya producido". En líneas posteriores expresa sus meditacio-

Cuestión interesante se suscitara con respecto a la posibilidad de aplicar esta agravante en el supuesto caso que un sujeto, para ocultar un delito contra el patrimonio (robo) que ha cometido en agravio de su padre, mate a un extraño, quien como testigo de la comisión del evento criminoso, lo extorsiona amenazándole con desenmascararlo ante su progenitor y denunciarlo a las autoridades. Como es de nuestro conocimiento, el Art. 260 del C.P. prescribe que “No son reprimibles con pena” los robos, apropiaciones, o defraudaciones, o daños que recíprocamente se causaren, entre otros familiares, los ascendientes y descendientes. Esta exención de pena se conoce en la doctrina con la denominación de **excusa absolutoria**. La ley penal, en atención a razones de utilidad social, prefiere dejar impune un determinado delito patrimonial cuando el sujeto activo y el sujeto pasivo son, por ejemplo, un hijo y un padre, respectivamente. Entre dos males, consistente el mayor de

nes sobre el mismo tema: “El factor que determina la naturaleza agravante de matar ‘para ocultar un delito’ es el mismo de matar ‘para facilitar un delito’; es decir, se trata de un factor subjetivo. Esta interpretación concuerda con el carácter mismo de la naturaleza del asesinato, delito que revela gran peligrosidad del agente, y con la concepción subjetivista que impregna todo el Código” (op. cit., Parte Especial I, p. 61 s.). En nuestra opinión, representa sólo una verdad parcial la afirmación que se hace en el sentido de que corresponde a la voluntad de la ley peruana sustentar esta calificante nada más que en el factor subjetivo. Observamos que la estructura de la fórmula legal, ahora concretamente estudiada, establece una conexión no sólo **psíquica**, sino también al mismo tiempo otra de naturaleza **material** entre el **delito-precedente** (de lesión o de peligro para cualquier bien jurídico) y el **delito-consecuente** (lesivo únicamente para la vida). Sinceramente, no creemos que aquí pueda hablarse de un elemento subjetivo del tipo en orden a lo injusto, tesis cuya aplicación sí es pertinente al supuesto legal de quien mata para **facilitar** la comisión de otro delito. Expliquémonos con más detalle. En el homicidio “para facilitar. . . otro delito” el punto de partida objetivo es un hecho consumado (la privación de una vida), pudiendo quedar el “otro delito”, cuya viabilidad se buscaba, nada más que en la intencionalidad del agente; es decir, quedarse en perspectiva, en un proyecto cuya no realización en manera alguna impide tener por consumado el asesinato. En cambio, en la modalidad de quien mata “para . . . ocultar otro delito”, nos encontramos con que el punto de arranque también es un delito consumado o al menos tentado, pero el punto de llegada tiene que ser necesariamente un crimen perfeccionado (la privación de la vida). Aquí no hay un delito que se haya quedado en perspectiva de actualizarse, no existe un delito en potencia, sino dos en evidencia, pues los eventos delictuosos que se presentan en relación de antecedente a consecuente están en la realidad tangible, sobre todo el último (extintivo de la vida) que nunca podrá estancarse, en la hipótesis estudiada, en la pura intencionalidad. La fórmula “para . . . ocultar otro delito” exige una sucesión ideológica y cronológica de idéntico devenir: primero surge la idea de cometer un delito determinado y después la decisión de ocultarlo matando, por ejemplo, a quien pudiera revelarlo; antes, también, se comete el delito que se quiere ocultar y sólo con posterioridad se perfecciona el homicidio encubridor. Si sucediera a la inversa estaríamos, entonces, en la hipótesis del sujeto que mata “para facilitar . . . otro delito”.

éstos en el castigo que se le impondría al hijo (perturbándose aún más de lo que están las relaciones de familia) y el mal menor representado por la impunidad del hecho (que enerva un tanto la prevención general que se ejerce a través de la sanción), la ley lógicamente se ha decidido por el último. Nos preguntamos ahora si podría sostenerse con buen éxito, por el Abogado defensor, que el imaginado homicida del caso propuesto no pretendió ocultar delito alguno desde que, por excusa **absolutoria**, la agresión aludida contra el patrimonio del padre es un hecho exento de penalidad. Pensamos, sin hesitación, que esta tesis no tendrá acogida en los Tribunales. El vocablo "delito", empleado en el Art. 152 del C. P., debemos interpretarlo en el sentido de descripción típica de una conducta antijurídica, imputable y culpable a la que se le ha adscrito una pena, independientemente de que ésta sea aplicable, o no. La exención de pena en algunos delitos contra el patrimonio, por virtud de **excusa absolutoria**, no hace desaparecer el carácter delictuoso del hecho, tanto es así que el Art. 260, último párrafo, establece que dicha exención "no es aplicable a los extraños que participan del delito". En consecuencia, el problema planteado se resolvería por la atribución al hijo de la calificante estudiada desde que la impunidad, explicable aquí por razón del parentesco, deja inalterada la naturaleza delictuosa del agravio patrimonial.

Nuestra jurisprudencia ha seguido criterio uniforme en la interpretación y consiguiente aplicación de esta agravante (174). El género literario, que ha encontrado inagotable fuente de inspi-

(174) "Debe imponerse la pena de muerte establecida en la ley 10976, que modifica en cuanto la represión el Art. 152 del C.P., al autor del homicidio de una criatura de tierna edad, perpetrado para evitar se descubriese que había raptado a dicho menor con el fin de violarlo. Para la aplicación de la pena se consideró que no existía ninguna circunstancia atenuante del homicidio calificado, así como la personalidad del delincuente, revelada por su vida anterior y posterior al hecho juzgado, autor de diversos delitos y proclive a atentar contra menores de edad a quienes, para satisfacer sus depravados instintos, amenazaba con un arma cortante, es decir, sujeto responsable de excepcional peligrosidad y de conducta delictiva inmodificable, que exigía la más severa represión" (Ej. Sup. 9-12-57, en *An. Jud.*, 1957, p. 112, y *Rev. de Jur. Per.*, Enero 1958, p. 90). Esta resolución fue expedida en la muy publicitada causa seguida contra Jorge Villanueva Torres (a) "El Monstruo de Armendáriz". Otra: "Condena a la pena de internamiento al autor de doble homicidio perpetrado en agravio de su medio hermano y su cuñada, el de ésta para ocultar el primer homicidio, siendo el agente sujeto de personalidad psicopática, imputable, que goza de lucidez completa mostrando rasgos de agresividad, teniendo como atenuante su condición de delincuente primario, su relativo estado de embriaguez y escasa cultura" (Ej. Sup. 5-1-66, en *Rev. Jur. Per.*, 1966, p. 396).

ración en el crimen, se ha servido de algunos casos ocurridos en la vida real para producir verdaderos éxitos de librería (175).

60.— HOMICIDIO CON CRUELDAD

También es conocido en la legislación penal comparada con los nombres de homicidio por sevicia u homicidio con ensañamiento. Consiste en acrecentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la persona a la que se quiere exterminar, causándole un dolor físico que es innecesario para la perpetración del homicidio. Aunque nuestro vigente C.P. no habla de “padecimiento de la víctima” (caso del Art. 232, Inc. 5º, del C.P. abrogado), o de “dolor del ofendido” (caso del Art. 406, Inc. 5º, del C.P. español), creemos que la acción agresiva cruel debe recaer sobre una persona viva y no operar **post mortem** (descuartizar el cadáver, por ejemplo). Debemos también tener presente que la multiplicidad de lesiones sucesivas no son siempre indicativas de crueldad, pues en muchos casos puede obedecer a la intención del victimario de exterminar al sujeto pasivo a la brevedad posible, intencionalidad que, de ser comprobada, sería opuesta al propósito de hacer sufrir al agraviado (176).

En la doctrina se indican dos condiciones para que se aplique esta agravante:

a).— Que el padecimiento sea aumentado deliberadamente por el agente, lo que significa que debe tener conciencia y voluntad de hacer sufrir.

(175) Un caso de múltiple homicidio para ocultar otro delito y procurarse de esta manera la impunidad, podemos encontrarla en la novela-realidad **A sangre fría**, obra escrita por TRUMAN CAPOTE. He aquí una síntesis de la misma. En noviembre de 1959 los jóvenes expresidarios Perry Smith y Dick Hickock dieron muerte en Kansas (EE. UU.) al granjero apellidado Clutter, a su mujer y a sus hijos llamados Nancy y Kenyon. El móvil fue el robo y el resultado una familia lamentablemente exterminada. La suma de cuarenta dólares es todo lo que se encontró, pues el granjero no acostumbraba tener efectivo. Dick había sido el autor del plan y había “calculado a la perfección desde la primera pisada hasta el silencio final”. En varias oportunidades, casi hasta el cansancio, le había dicho a Perry que “nada de testigos”, lo que no puede interpretarse de manera distinta a su decisión de matar a quien tuviera al frente en las circunstancias del robo. Tan presente tuvo Perry esta “recomendación” que después de cometido el cuádruple asesinato pensó en matar también a Dick, según confesó en el proceso, pues era evidente que su compañero venía a ser en cierta forma también un “testigo”.

(176) “El hecho de haberse producido la muerte del agraviado mediante un gran número de puñaladas, no configura el supuesto legal de la crueldad, porque lo que ha primado en el agente es el afán incontenible de causar la muerte y no el hacer padecer innecesariamente a la víctima” (Ej. Sup. 1º-10-76, en *Rev. Jur. Per.*, 1977, p. 1116).

b).— Que el padecimiento sea innecesario; es decir, que no se precise del mismo para la realización del acto homicida.

En cuanto a la existencia de las heridas, advertimos que no es necesario que concurren para que se presente esta agravante. Así, por ejemplo, el entorpecimiento sucesivo del desarrollo de una función tan vital como la respiración, realizado con el fin de causar a la víctima estados de angustia y desesperación antes de matarla, constituye, indudablemente, una de las tantas maneras como puede manifestarse la crueldad (177).

Se refiere CARRARA a la hipótesis legal que comentamos con el nombre de homicidio perpetrado con **actos de barbarie**. En su criterio dichos actos quedan definidos tanto desde el punto de vista de su **elemento intencional**, como desde la perspectiva de sus **condiciones materiales**, siendo estas últimas las que contribuyen a evidenciar, con mayor facilidad, que existe realmente en el victimario el propósito de hacer sufrir más acerbamente al agraviado antes que muera. Dice el Sumo Maestro de Pisa que **las condiciones materiales** están representadas por aquellos actos que hayan causado efectivamente a la víctima una serie de padecimientos mayores a los que ordinariamente acompañan a la muerte, o mayores a los que produce por su naturaleza el medio empleado para extinguir la vida. La **condición material** de esta calificante consiste, pues, en la presencia real de una suma de dolores físicos que resulta siendo mayor que la necesitada para dar muerte (178).

(177) HENRI CHARRIERE, el ex-recluso de Cayena, nacido en Francia, convirtió en un buen éxito literario mundial la novela que tiene por título su propio alias: "**Papillon**". En su obra nos relata un suceso espeluznante que tuvo por escenario un campo forestal cerca de Saint-Laurent (Guayana Francesa). Ocurrió que dos presidiarios, para vengarse de las maldades de uno de sus custodios de origen árabe, le golpearon en la cabeza con el mango de un hacha y luego lo arrastraron hasta ponerlo junto a un nido de hormigas carnívoras. Después de desnudarlo le ataron a un árbol y con el hacha le hicieron algunas heridas en diferentes partes del cuerpo, llenándole la boca con hierba para que no pudiera gritar, además de amordazarlo. Luego metieron una vara en un hormiguero y esparcieron los insectos sobre el cuerpo de la víctima. Las hormigas acudieron a millares y comenzaron a despedazar el cuerpo del infeliz. La agonía duró dos días completos y una mañana. Al término de veinticuatro horas ya no tenía ojos y después sólo quedó el esqueleto. Por su parte LOPEZ ALBUJAR (op. cit.) nos describe la figura inmisericorde de un sujeto que obligó a la víctima a que abriera un hoyo con una lampa. Terminada la terrible tarea, desde que su objetivo no podía ser ignorado por el agraviado, le amarró y arrojó vivo dentro de la improvisada sepultura, enterrándole después con sus propias manos.

(178) CARRARA: op. cit., § 1246.

Tratándose del **elemento intencional** enseña CARRARA que se exige aquí un **plus** ideológico que sea diferente a la mera intención de dar muerte; es decir, que constituya en cierta manera un **fin distinto** al de quitar la vida. Es preciso que el odio del culpable no se haya encontrado satisfecho con la extinción vital de su enemigo, sino que el agente se hubiera propuesto también hacerlo morir sufriendo atrozmente con el fin especial de agregar estos padecimientos al mal, por sí mismo gravísimo, de la muerte. En su concepto no habría crueldad o actos de barbarie en un homicidio cometido, por ejemplo, mediante incendio o envenenamiento, aunque la muerte haya sido atrozmente dolorosa, ya que el padecimiento de la víctima fue consecuencia de los **medios elegidos**, y no el resultado de un especial refinamiento de venganza (179). En la dogmática peruana no podríamos suscribir, sin reservas, el pensamiento carrarista últimamente acotado. El atroz suplicio que produce el medio utilizado para victimar puede haber sido el motivo para su elección. Según el Art. 152, Inc. 3º, de nuestro C.P., nada impide que el uso del fuego, por ejemplo, cuando no ha puesto en peligro la vida o la salud de un gran número de personas, sea apreciado, según las circunstancias, como una manifestación de crueldad.

Sintetizando su concepto sobre el tema, CARRARA escribe que para identificar al homicidio perpetrado **con actos de barbarie** es preciso que se detecten en el agente la presencia de dos **fines ideológicos** distintos: el de **hacer morir** y el de **hacer sufrir**, a los que corresponden dos **objetos jurídicos**: el derecho a no ser **privado de la vida** y el derecho a no ser **sometido a dolores corporales** (180).

Nos interesa dejar constancia que, en nuestra opinión, no cabe confundir técnicamente un homicidio por ferocidad con otro cometido cruelmente. La nimiedad del móvil puede coincidir o no con el modo de ejecución atroz. Sólo en el caso que ambas agravantes concurren podrá presentarse un problema respecto a decidir en cuál modalidad del asesinato se subsume el hecho, cuestión de técnica jurídica sin mayor importancia si se tiene en cuenta la igualdad de penas señaladas para ambas calificantes.

(179) *Ibidem*, § 1247.

(180) *Ibidem*, § 1247.

61.— HOMICIDIO POR PERFIDIA

Es la muerte cometida violando la fe debida, la seguridad o la confianza que expresamente el agente había prometido a la víctima, por entonces inadvertida de su peligrosidad; o violando la seguridad tácita que el agraviado debía prometerse o esperar del sujeto activo en base a sus relaciones de amistad, gratitud, parentesco, o de cualquier otra que haga inspirar confianza y sea garantía de que, por lo menos, le será respetada la incolumidad física.

La perfidia es una traición que opera en el ámbito espiritual y en cuyo concepto se integran: de un lado, el quebrantamiento del deber de gratitud para con la víctima; y, de otro, el aprovechamiento de su inadvertencia moral respecto al riesgo que corre. Las ventajas, favores y beneficios que recibiera el agresor, ya sean de orden material o espiritual, crearon en el agraviado confianza y esperanza de lealtad que lo desapercibieron de todo peligro, inadvertencia que se sustentaba en una presunción equivocada de correspondida fidelidad (181).

Creemos que en esta agravante están comprendidas no sólo las personas quebrantadoras de un deber de fidelidad cierto y preexistente, deber que con sinceridad evidenciaron respetar en alguna u otra oportunidad, sino, también aquellos sujetos que con la idea de asegurar la perpetración del homicidio simularon actitudes y comportamientos que generaron confianza en la víctima.

Exceptuando a nuestro C.P. en vigencia y al correspondiente a México D.F., ningún otro texto penal latinoamericano habla de la perfidia en el homicidio, haciendo la salvedad que el C.P. mexicano trata a la perfidia (Art. 319) considerándola como uno de los

(181) JORGE PAREDES LENGUA, en su tesis de bachillerato ya citada, nos presenta una concepción amplia de la perfidia al considerarla como una traición al espíritu humanitario. En este sentido nos decía que es asimilable al concepto de perfidia la figura antes contemplada en el Art. 4º del Decreto-Ley Nº 19910, cuando al modificar el Art. 239 del C.P. (Robo o rapiña, y asalto), estableció en una parte de su texto que "todos los que participaren en un asalto llevado a cabo mediante el ardid de simular la presencia de un herido, un accidente, o de una situación que precise socorro, sufrirán la pena . . .", etc. (op. cit., p. 66). Como sabemos, el Art. 239 del C.P. ha sido sucesivamente modificado por el Decreto Legislativo Nº 121 y por la Ley 23405. En su redacción actual no aparece expresamente la modalidad consistente en el ardid de simular una situación que precise socorro. No obstante, creemos que, por interpretación analógica, opera siempre como agravante en el delito patrimonial desde que implica una circunstancia demostrativa de que el autor "es especialmente peligroso".

elementos que conforman con la alevosía (Art. 318) el obrar a traición.

No comprendemos, en realidad, la razón por la que nuestro codificador ha preferido la especie "perfidia", en lugar del género "alevosía", expresión ésta que no le era desconocida, puesto que la utiliza en la redacción del Art. 174, última parte (Inmoralidad y deslealtad en el duelo). Si examinamos los antecedentes pre-legislativos nacionales encontraremos que el Ante-Proyecto de 1877 no solamente consideraba como circunstancia agravante del homicidio a la alevosía, puesta al lado de la perfidia, sino, comprobamos que también la definía (182). El Ante-Proyecto de 1900-1902 numera, asimismo, la alevosía entre las calificantes del homicidio (183). Por último, el Proyecto de 1916 igualmente la contiene en idéntico sentido (184). Si el codificador de 1924 no escogió entre "perfidia" y "alevosía" por haber seguido fielmente el Art. 99 del Proyecto suizo de 1918, según sostiene HURTADO POZO, tal actitud revelaría una falta de espíritu crítico desde que habría omitido negligentemente examinar documentos prelegislativos patrios que le hubieran servido de comparación. El tema de discusión no es, para decirlo sin eufemismo, si el codificador de 1924 copió o no copió el referido texto del Proyecto helvético de 1918. La cuestión planteada por nosotros, desde la primera edición de este Tomo I radica, en cambio, en el por qué la preferencia del comisionado no se inclinó hacia el concepto "alevosía". Tal vez

(182) Art. 296.— "Será condenado a penitenciaría por veinte años el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: . . . 2º.— Con traición, alevosía, perfidia o acecho". Art. 297.— "Hay perfidia cuando con simulación de amistad, o de cualquier otro modo, se atrae a la víctima que no tiene motivo para desconfiar del asesino u ofensor". Art. 300.— "Hay traición o alevosía cuando el culpable toma las precauciones necesarias para que la víctima no sospeche el delito, o para privarla de todo medio de defensa".

(183) Art. 271.— "Será castigado con penitenciaría de diecisiete a veinte años, el que diera muerte a otro, mediante alguna de las circunstancias siguientes: 1º.— Alevosía".

(184) Art. 125.— "Se impondrá pena de internamiento perpetuo: 1º.— Al que matare a otro por precio recibido o promesa remuneratoria, o con alevosía, o con ensañamiento, o por impulso de perversión brutal, o por medio de veneno, o por medio de incendio, inundación, descarrilamiento, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas". El C.P. de 1863 no contenía el vocablo alevosía, pero sí un aspecto del concepto: Art. 232.— "En la misma pena de muerte incurrirá el que matare a otro, mediante cualquiera de las siguientes circunstancias: . . . 2º.— A traición o sobre seguro".

sea ingenuo, por nuestra parte, suponer que el codificador nacional tomó una decisión consciente sobre el caso en comentario (185).

Aun cuando reconocemos, como advierte CAMARGO HERNANDEZ (185 bis), que no es fácil dar un concepto de "alevosía", noción de límites tan imprecisos en la doctrina hasta el extremo que cuando los textos legales recepcionan el vocablo se ven obligados a presentar su definición, seguimos pensando que no por el hecho de existir esta dificultad, a la que tampoco escapa la voz "perfidia", se debió omitir en nuestro texto punitivo codificado consignar la agravación específica del homicidio perpetrado con medios, modos o formas que permiten asegurar el resultado, sin riesgo alguno para la persona del victimario (el actor premeditadamente se evitó la posibilidad de una reacción defensiva por parte del sujeto pasivo). Observamos que el Proyecto de C.P. (1984) prevé, en su Art. 107, Inc. 3, tanto la alevosía como la perfidia entre los modos de ejecución del asesinato. Igual ocurre en el Proyecto de C.P. que comenzó a publicar "El Peruano" a partir del 19 de Agosto de 1985, según comprobamos en su Art. 111, Inc. 3.

Nuestra jurisprudencia en algunos casos ha interpretado correctamente esta calificante (186), pero en otros la ha confundido al identificarla con la alevosía (187).

(185) Véase: HURTADO POZO, op. cit., Parte General, p. 97 s. Del mismo autor: *La ley "importada"*, Lima, 1979, p. 120.

(185 bis) CESAR CAMARGO HERNANDEZ nos dice que "hay alevosía cuando intencionalmente se busca o aprovecha por el culpable la indefensión de la víctima y el aseguramiento del hecho". Apunta, también, que "la palabra alevosía tiene su origen en la gótica 'levian' que significa obrar a traición, o en la sajona 'laeva' equivalente a traïdor (*La alevosía*, Edit. Bosch, Barcelona, 1953, p. 33).

(186) En la Ejecutoria Suprema de fecha 14 de Setiembre de 1971 se reconoce expresamente que "la perfidia es la especie del género "alevosía" y que "la jurisprudencia sin embargo ha tomado como sinónimos estos vocablos" (Véase en: *El Peruano* de 8-2-72, p. 8). Otra: "El homicidio por perfidia se caracteriza por la falta de lealtad hacia la víctima. Si no existe lazo alguno que pudiera unir al agraviado con su agresor, la muerte intencional perpetrada por el último constituye delito de homicidio simple" (Ej. Sup. de 5-6-53, en *Rev. de Jur. Per.*, 1953, p. 1108). Otra: "Cuando la acción criminosa acusa insólita deslealtad para con la víctima, respecto de la cual el agente no sólo estaba ligado por el vínculo de parentesco, sino que aquélla le dispensaba particular afecto e ilimitada confianza, y habiendo actuado alevosamente por el móvil del robo, debe imponérsele al homicida la pena de internamiento" (Ej. Sup. de 8-6-66, en *Rev. de Jur. Per.*, 1966, p. 1470).

(187) "El homicidio perpetrado por la espalda y sobre seguro, es decir, con alevosía"

62.— HOMICIDIO POR VENENO

Esta modalidad del asesinato se considera agravante no en razón de alguna cualidad de la sustancia misma que se emplea (veneno), sino en atención a la forma **insidiosa** como se administra (188). Nuestro colega sanmarquino HURTADO POZO no participa plenamente de esta tesis, puesto que piensa que tal concepción no es del todo aplicable a nuestro C.P. Aun cuando reconoce como cierto que, generalmente, el uso del veneno se caracteriza por la forma oculta, engañosa, traicionera con que es administrado a la víctima, empero alega en favor de su perspectiva jurídica que nuestra ley no ha estatuido este requisito referente a su empleo insidioso (188 bis). Por nuestra parte manifestamos que ni el C.P. abrogado de 1863, ni el Ante-Proyecto de 1877 (que contenía definiciones de algunas agravantes como la perfidia, la premeditación, la traición o alevosía, etc., pero omitía toda conceptualización sobre el veneno, no obstante que lo estipulaba como un medio calificante del homicidio), ni el Ante-Proyecto de 1900-1902, ni el Proyecto de 1916, aluden al requisito de la insidia como forma de empleo del medio "veneno". Estando a los antecedentes nacionales indicados, así como también considerando la fuente helvética (189) y la fuente argentina, tenemos que concluir que no existe

sía y perfidia, cae en la definición y penalidad del Art. 152 del C.P." (Ej. Sup. de 10-4-47, en *Rev. de Jur. Per.*, 1974, p. 240). Otra: "Comete delito de homicidio con alevosía y perfidia, quien mata a la víctima que se encontraba durmiendo" (Ej. Sup. de 5-5-52, en *Rev. de Jur. Per.*, 1952, p. 2319).

(188) Por esta razón la Reforma del C.P. argentino, que se efectuara por "Ley" N° 17567, siguiendo al C.P. italiano (Art. 577, Inc. 2°), al referirse al homicidio cometido "por veneno" ha completado la fórmula agregándole: "u otro procedimiento insidioso" (Art. 2°). El texto reformado permite evidenciar que la naturaleza química de la sustancia ha dejado el primer plano que otrora ocupaba y en cambio ha sido reemplazada por el **modus operandi**; o sea, la consideración de la esencia de la sustancia ha sido substituída por la manera cómo se administra el veneno. En la correspondiente Exposición de Motivos de la Reforma argentina se sostiene que esta agravante es una especie dentro del género alevosía. La nueva Reforma efectuada por "Ley" 21338 ha receptado intacta la fórmula de esta calificante. Debemos dejar constancia, no obstante, que la norma argentina citada tiende más permitir la interpretación analógica y no tanto a resaltar la conocida forma insidiosa en que se administra el tóxico.

(188 bis) HURTADO POZO: op. cit., Parte Especial I, p. 82.

(189) El Art. 99 del Proyecto suizo de 1918 no contempla el caso de homicidio por veneno. Fue en un documento anterior, precisamente en el Proyecto presentado por la Comisión de Redacción del C.P. suizo (Marzo 1913), en donde se hacía expresa referencia (Art. 64 ter) al **assassinat** por medio de veneno ("**moven du poison**").

motivo atendible para demandar que el Art. 152 del C.P. se refiera **expressis verbis** al empleo “insidioso” del veneno para entonces recién reconocerle tal característica modal. En el hipotético caso que de manera evidente y violenta se obligare a una persona a ingerir una sustancia venenosa, haciéndole saber la naturaleza mortal de la poción, estaremos aquí eventualmente frente a alguna otra modalidad de asesinato (homicidio con crueldad, por ejemplo), pero no ante una extinción de la vida en la que el veneno, si se atiende a la insidia con que debe emplearse en la ejecución del homicidio, pueda ser considerado como agravante en el evento referido.

Por “veneno” entiende SOLER cualquier sustancia de origen animal, vegetal o mineral capaz de obrar en forma insidiosa y destructiva del organismo, ya sea por sus cualidades o por las que conocidamente adquirirá al ser ingerida por determinada persona (190). A este respecto es necesario tener en cuenta que el concepto de lo que es veneno no se encuentra definido en la toxicología, ni en el campo del Derecho. Se ha sostenido, creemos que con acierto, que en realidad no existen sustancias propiamente venenosas o inocuas, pues su eficacia para dañar la salud depende de las dosis utilizadas y de las circunstancias biológicas en que se encuentre la persona a quien se le suministran.

En esta modalidad del asesinato la víctima cuenta con muy pocas posibilidades de precaverse contra el uso del veneno destinado a exterminarla. La forma insidiosa de su administración por el agente, aparentando tratarse de una sustancia inofensiva, impide prácticamente cualquier precaución. Describiendo la trayectoria de esta calificante dentro de la legislación penal diremos, siguiendo el pensamiento de QUINTANO RIPOLLES, que el factor determinante de la naturaleza jurídica del medio “veneno” se ha desplazado del ámbito subjetivo revelador de maldad en el victimario, al campo **objetivo** que evidencia el estado de indefensión en que se encuentra el agraviado.

Los adelantos de la Medicina y de la Química, así como de la Medicina Legal, han hecho que el veneno sea muy poco usado en la actualidad en razón a la facilidad con que puede detectarse su presencia en el organismo, aún bastante tiempo después de ocurrido el fallecimiento.

(190) SOLER: op. cit., Tomo III, p. 48.

La administración con buen éxito de un contraveneno, por el mismo agente del delito a otra persona, constituye asesinato frustrado. El resultado letal se evitó, pero el hecho hasta entonces sucedido no deja de ser integrante de una infracción penal calificada, aunque sancionable con una penalidad menos grave que la correspondiente al asesinato consumado (Arts. 96 y 97, primer párrafo, del C.P.).

El texto de la calificante en comentario no permite incluir aquí el empleo de cualquier otro medio insidioso como circunstancia agravante específica, pues su literatura no se presta a la interpretación analógica desde que está fuera de los alcances a que remiten la parte final del Inc. 3º correspondiente al Art. 152 del C.P.

Por último, observamos que la aplicación de esta modalidad agravada del asesinato está casi reservada, en nuestro medio, para aquellas personas que tienen muy bajo nivel cultural. La explicación está en que no toman en cuenta, por su propia ignorancia, los progresos de la Medicina Legal en la detección de los casos de envenenamiento (191).

63.— HOMICIDIO POR FUEGO, EXPLOSION U OTRO MEDIO CATASTROFICO

Se fundamenta esta agravante en el estrago que puede causar el medio empleado para matar; es decir, en la magnitud del riesgo al que se exponen la vida o la salud de un considerable número de personas. Siguiendo a IRURETA GOYENA diremos que para la procedencia legal de esta agravante es necesario no solamente una relación de **causa a efecto** entre la muerte de una persona y el empleo de fuego, explosión o cualquier otro medio que produzca estrago, sino, también es necesario una relación de **medio a fin** entre los dos hechos. Si sólo fuese suficiente la relación de causa a efecto, entonces siempre que se constatará que una muerte es conse-

(191) "Tratándose de indígenas semicivilizados, coautores de tentativa de envenenamiento sancionada en los Arts. 152 y 97 del C.P., debe imponérseles una pena prudencial en atención a sus condiciones personales, que los hace sujetos de responsabilidad penal restringida, conforme al Art. 45 del mismo Código" (Ej. Sup. 19-6-39, en *Rev. de los Trib.*, 1939, p. 206). Otra: "Si la autora de triple homicidio perpetrado por envenenamiento y por el móvil de la odiosidad a su nuera, es indígena semicivilizada a quien favorece el Art. 45 del C.P., la pena de muerte que le corresponde se sustituye por la de internamiento" (Ej. Sup. de 30-11-61, en *Rev. de Jur. Per.*, 1962, p. 266).

cuencia de fuego, o de una explosión, o de una inundación, habría que admitir la agravante, lo que no sucede en razón a que en estos casos son aplicables otras disposiciones del C.P. Si, en cambio, se requiere además una relación de medio a fin entre ambos fenómenos, esto significa que aparte de la conexión objetiva, debemos constatar la existencia de otra subjetiva que consiste en que la muerte sea el resultado de los medios puestos en acción deliberadamente por el victimario (192).

Según el texto comentado, la energía de los medios puestos en práctica para la ejecución del homicidio debe ser capaz de situar en peligro la vida o la salud de un gran número de personas, además de haber sido eficaz para consumar el exterminio individual que se quiso. Observamos que en el Proyecto de C.P. publicado en "El Peruano", a partir del 19 de Agosto de 1985, sólo se exige que el medio sea capaz de poner en peligro la vida o la salud de "tercero" (Art. 111, Inc. 5). Estimamos que, en este aspecto, la fórmula propuesta supera a la del texto vigente, siempre y cuando el uso del singular "tercero" sea reemplazado por el plural "terceros". En realidad, es un exceso demandar que el peligro pudiera ser corrido por "un gran número de personas"; pero también, no deja de ser un defecto que para operar la agravación sea suficiente la posibilidad de que el riesgo lo fuere tan solo para una persona. El concepto de "terceros" comprendería en el citado Proyecto, según nuestra opinión, a quienes no siendo individualizados como víctimas pensadas el momento de ejecutarse el homicidio, sin embargo pueden resultar arriesgados en su vida o salud como consecuencia de la previsible potencialidad catastrófica del medio empleado.

La calidad de "capaz", que exige la ley al medio aquí empleado, no es sólo la que corresponde o es ínsita a su propia naturaleza potencial. Para que opere como calificante es necesario relacionar tal **capacidad** con el **tiempo** y el **lugar** en los que utiliza

(192) IRURETA GOYENA: op. cit., p. 237 s. El vigente C.P. uruguayo de 1933 establece entre las **circunstancias agravantes muy especiales** del homicidio, la siguiente: Art. 312, Inc. 3º.— "Por medio de incendio, inundación, sumersión u otros de los delitos previstos en el inciso 3º del Art. 47". La norma remitida se refiere a las circunstancias agravantes por **causa de estrago**. Su texto es como sigue: "Ejecutar el delito por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, varamiento de nave o avería causada de propósito, descarrilamiento de ferrocarril, u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas".

el medio catastrófico. La dinamita, por ejemplo, es por su naturaleza un medio idóneo o capaz de crear un peligro para la vida o la salud de muchas personas, pero si se da el caso que se emplea para cometer un homicidio en un lugar despoblado, entonces el hecho no es subsumible en la modalidad que comentamos, ya que se trataría únicamente de un homicidio simple. Lo mismo podemos decir respecto al uso del fuego.

Siendo explicable que la ley penal no puede prever todos los medios susceptibles de crear un peligro masivo que estén a disposición del asesino, por tal motivo ha dado una fórmula que permite la inclusión de otros medios por vía de interpretación analógica. En este sentido debemos tener por comprendidos en la agravante estudiada los homicidios cometidos mediando inundación, hundimiento, descarrilamiento, envenenamiento de aguas y alimentos, etc.

Requisito **sine qua non** para que funcione la calificante es que el medio utilizado debe crear un **peligro concreto**, que sea al mismo tiempo colectivo, para la vida o la salud de las personas. El peligro cierto y próximo (no abstracto o presunto) lo deducimos de la exigencia expresa contenida en el tipo legal. El peligro colectivo (193) debe ser previsible, no siendo necesario que se actualice o que cause efectivamente los estragos temidos por su potencialidad catastrófica, pues resulta suficiente con el riesgo corrido. Insistimos: basta con que el curso causal real sea eficaz para crear una situación de peligro, sin que sea indispensable que culmine con daños a la vida o salud de personas distintas a la víctima pensada, para que el hecho se subsuma en esta modalidad de asesinato.

Como hemos podido observar, en la hipótesis comentada el **delito-fin** es el homicidio que se comete empleando un recurso catastrófico, siendo éste el **delito-medio**. Existe, pues, una indudable relación de causa a efecto. Hacemos la salvedad que el efecto criminoso es aquí multiplicador: **daño** para la vida de la vícti-

(193) Decimos **peligro colectivo**, y no **peligro común**, en razón a que el riesgo susceptible de crearse *expressis verbis* es suficiente con que lo sea para las personas, sin necesidad de comprometer también a las cosas. Por otro lado, con la expresión **peligro concreto** indicamos que es requisito indispensable, para que opere la agravante, que se demuestre caso por caso que realmente se presentó una situación de peligro para la vida o la salud de un gran número de personas. El medio catastrófico usado no hace, por sí mismo, indiscutible la existencia del riesgo corrido.

ma sindicada y **peligro** colectivo para la vida o salud de los demás semejantes. Resulta innecesario, por lo obvio del caso, decir que **a fortiori** la modalidad en estudio es aplicable cuando el daño masivo efectivamente se ha producido. La calificante es perfectamente explicable si se toma en consideración que no solamente se mata a la víctima elegida, sino también se pone en riesgo, al perpetrar la acción homicida, la vida o la salud de muchas personas distintas o extrañas al destinatario del agravio.

Es indispensable distinguir el homicidio realizado por un medio potencialmente catastrófico, de aquellos actos de terrorismo con los que se causan una muerte previsible (Decreto Legislativo N° 46, Art. 2º, Inc. e.). En la calificante codificada el fin perseguido por el agente consiste en matar a un sujeto determinado, empleando cualquiera de los medios susceptibles de causar estragos y que pongan en peligro la vida o la salud de un número considerable de personas. En cambio, en el delito de terrorismo, de cuya comisión pueden derivarse una o varias muertes, la esencia del evento criminoso está representado por el **elemento subjetivo del tipo en orden a lo injusto**, el mismo que no es otro que el propósito de causar una situación de alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella. La muerte de una persona, como resultado **preterintencional** del acto terrorista, constituye nada más que una de sus circunstancias agravantes. El **animus necandi** en el asesinato es, como se advierte con claridad, distinto al **animus pro tremendus** propio del delito de terrorismo (194).

(194) Interpretando el Art. 1º del Decreto Legislativo N° 46 (que también derogó los Decreto-Leyes N° 19049 y N° 20828), hemos dicho con claridad, tanto en letras de imprenta como a través de otros medios de comunicación social, que los elementos constitutivos del delito de terrorismo son: 1º.— Propósito del agente de crear terror, alarma o zozobra en la población o en un sector de la misma (**elemento subjetivo**); 2º.— Comisión de actos que puedan poner en peligro la vida, la salud, o el patrimonio público o privado; y, 3º.— Valimiento de medios catastróficos, o que comprometan las relaciones internacionales o la seguridad del Estado Peruano, o que alteren gravemente la tranquilidad pública (los requisitos indicados en los dos últimos incisos representan al **elemento objetivo**). También hemos escrito que se necesita la concurrencia de las condiciones que especificamos aquí en tres incisos, integrándose cada una en la hipótesis delictiva con cualquiera de sus alternativas, a fin de configurar el tipo básico de terrorismo: "No es suficiente el propósito terrorista si es que no se ha creado la situación de riesgo o peligro. Tampoco es suficiente la sola conjunción del propósito aludido y la situación de riesgo o peligro, si es que no se han usado determinados medios señalados en la Ley" (Véase nuestro trabajo: "Los Fundamentos de la Ley Antiterrorista", en *Revista del Foro*, Lima, Enero-Junio 1918, Año LXVIII, No. 1, Lima, Perú, p. 147 ss.). En consecuencia, la figura delictiva que nos ocupa ha sido estructurada en el Decreto Legislativo No. 46

64.- PENALIDAD

La sanción que le corresponde actualmente al asesinato es la pena de internamiento. Fue el Decreto-Ley N° 19910, Art. 6º, el que reinstaló la pena de muerte para esta figura calificada. Por mandato del Art. 235 de la Constitución Política ha devenido inaplicable la pena máxima para todos los delitos, exceptuándose el de traición a la patria en caso de guerra exterior. No es este el lugar indicado para expresar con amplitud nuestro punto de vista contrario a la pena capital. Como la verdadera historia de la pena de

como una hipótesis legal en la que se presentan las siguientes connotaciones: el propósito del agente es **cierto** (el de causar terror), el medio empleado es **eficaz** para el objetivo propuesto (catastrófico, o comprometedor de intereses fundamentales del Estado), el peligro es **abstracto** (sólo se aprecia su potencialidad) y el daño es **eventual** (para las personas o cosas). El penalista HURTADO POZO no sólo aventuró una crítica de manifiesto sentido político contra el Decreto Legislativo No. 46 al imputarle que confundía "represión penal con represión política" (Véase su artículo: "El terrorismo y la ley", en *La revista*, No. 4, Abril, 1981, p. 1 ss.), sino, también ha formulado observaciones con carácter jurídico en relación a la modalidad del asesinato estudiada precisamente en la parte de nuestro libro que motiva esta cita. Las objeciones políticas han sido desvirtuadas totalmente por la cruda realidad: no existe dirigente político, o universitario, o sindical que con el pretexto de haber cometido delito de terrorismo se encuentre privado de libertad por razón de sus ideas. La posibilidad que hayan encausados a quienes, por no podersele probar sus responsabilidades, deberán ser absueltos, es cosa muy distinta. Las atrocidades perpetradas por los terroristas, alentados por la inaplicación de una ley satanizada consciente o culposamente, ya sea por críticos de buena o mala fe, estamos seguros que no prevalecerán sobre el derecho de nuestra sociedad a garantizar que sus hijos vivan en paz y mueran sin procurada desesperación. Las observaciones, que sobre aspectos de Derecho Constitucional y Derecho Penal han sido presentadas contra la llamada "Ley Antiterrorista", fueron contestadas en nuestro referido artículo publicado en la Revista del Colegio de Abogados de Lima. Lo que interesa aquí es la opinión de HURTADO POZO emitida sobre el "acto de terrorismo" en relación con la modalidad de asesinato que comentamos. Respecto al tema este autor ha escrito: "Si el agente utiliza 'fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas' (Art. 152 C.P.), con el dolo de causar la muerte de una persona, incurre en asesinato y se hace merecedor de la pena de internamiento. Al mismo tiempo, habría cometido delito de terrorismo; pues, su acción cae en la fórmula del Art. 1º del D. Leg. 46: 'actos que pudieren crear peligro para la vida, la salud. . .'. De esta manera, se daría un concurso ideal de delitos que, de acuerdo con el Art. 105 C.P., debe resolverse aplicando la disposición más grave del internamiento (prevista para el asesinato) en deterioro de la de penitenciaría no menor de 10 años ni mayor de 20 (establecida para el terrorismo)" (op. cit., Parte Especial I, p. 89). Detengámonos aquí para poner en evidencia el error del precedente raciocinio: afirmamos que no existe tal concurso ideal de delitos en el caso presentado por nuestro colega sanmarquino. En efecto: el **elemento subjetivo en orden a lo injusto** (el propósito del agente de causar terror), de suma importancia en la configuración del delito de terrorismo, no aparece en parte alguna de la hipótesis concursal, según y conforme la ha imaginado HURTADO POZO. En conse-

muerte no es otra que la de su intermitente abolición y restablecimiento en las legislaciones patria y extranjera, conviene decir que el sentido **netamente jurídico** que tienen las sanciones en nuestro C.P. (Art. 1º), puesto que no son más que privativas o restrictivas de un derecho, no les permite llegar al extremo de destruir la persona física, cuya integridad biológica es el sustentáculo de todos y cada uno de los demás derechos distintos al vital. Sólo un intérprete que no haya advertido que el C.P. de 1924 no contenía la pena máxima en su catálogo de sanciones puede llegar a la conclusión que el Art. 1º del texto codificado en vigencia autoriza la aplicación de la pena exterminadora cuando dice: “La **privación** o la res-

cuencia, aquí sólo se trataría de un **concurso aparente de leyes** explicable nada más que por el hecho de que ambas conductas hipotéticas ponen en peligro la vida de las personas al utilizar medios catastróficos, aunque con fines distintos (homicida en un caso; y, causar terror en el otro). Para que exista un **concurso ideal de delitos** se necesita que el homicida de marras hubiese actuado tanto con **animus necandi**, como también con lo que nosotros nos hemos permitido denominar **animus pro tremendus** (intención de causar terror). Luego escribe nuestro comentado autor, a continuación de la cita que hemos transcrito, lo siguiente: “Una de las tantas incongruencias del D. Leg. 46, consiste, precisamente, en que estatuye (Art. 2, Inc. e.) la pena de internamiento ‘cuando se causare **muerte** o lesiones graves que el delincuente hubiere podido prever’. De este modo, un homicidio **preterintencional** (dolo de realizar cualquier acto terrorista y **culpa** en la muerte de una persona) es equiparada en la pena a un homicidio doloso calificado por el empleo de medios capaces de crear una situación de peligro común. En otras palabras, se trata de la misma manera una forma de culpabilidad menos grave (la preterintención) con otra más grave (el dolo directo). La individualización legislativa de la pena depende así de una peculiar apreciación del mero hecho delictivo sin tener en cuenta la culpabilidad, fundamento de nuestra ley penal” (op. cit., Parte Especial I, p. 90). He aquí nuestra respuesta. En cuanto a la “incongruencia” que cree detectar HURTADO POZO respecto a la igualdad legislativa de las penas en los dos delitos, sostenemos que en realidad no existe tal desajuste. Consideramos perfectamente compatible señalar, por un lado, la pena de internamiento al autor de asesinato perpetrado con un medio con capacidad catastrófica; y, por otro, prescribir sanción de la misma naturaleza para el agente de terrorismo que causó intencionalmente zozobra y preterintencionalmente la muerte. Veamos: en el asesinato que aquí examinamos hay una **muerte** producida **intencionalmente** a través de un medio **potencialmente** riesgoso para la vida o la salud de un gran número de personas; en cambio, en el terrorismo con muerte como resultado preterintencional no solamente hay el **exterminio de una vida** que el agente **pudo y debió prever** (y por ende **evitar**), sino, además, existe el propósito de provocar **terror en la población** con un medio catastrófico **actuante**. Analizado, así, el caso presentado por nuestro colega sanmarquino, nos preguntamos: ¿dónde está la “incongruencia”? ¿dónde yace la falta de **sindéresis**? Finalmente, recordemos que fueron los Decreto-Leyes No. 19049 y No. 20828, precisamente derogados por el Decreto Legislativo No. 46, los que resucitaron el **versari in re illicita** al establecer graves responsabilidades teniendo en cuenta únicamente el resultado, defecto que fue definitivamente superado por el Decreto Legislativo No. 46 al sustentarse en la culpabilidad, aunque existan algunos políticos y penalistas que no quieran así reconocerlo.

tricción de **derechos**, a título de pena, sólo podrán ser impuestas en virtud de una condenación". El vocablo "privación" no significa, pues, la posibilidad de imponer una condena a muerte. Dicha expresión alude al carácter perpetuo que puede tener la pena de inhabilitación (Art. 30 del C.P.).

Por otro lado, creemos que el desarrollo de los conocimientos científicos en el campo de la Criminología, la Psiquiatría Criminal, la Psicología Criminal y la Ciencia Penitenciaria, obligan al Estado Peruano a enfrentar el arduo, complejo y cada día más grave fenómeno de la criminalidad (violenta, o no) haciendo uso de los medios que ponen a nuestro alcance la ciencia, la técnica, la moral y la cultura de nuestra época, sin recurrir a la pena capital tan profusamente utilizada en las sociedades del pasado, menos civilizadas que las actuales.

Importa, por ahora, destacar que el mencionado Decreto-Ley N° 19910 estableció en su Art. 9° que no era de aplicación para los casos de asesinato, entre otros delitos muy específicos, el Art. 148 del C.P. Como se sabe, este dispositivo se refiere a las reglas más benignas que favorecen a los autores que tienen más de 18 años y menos de 21 (minoridad relativa). Consideramos que esta excepción (hoy derogada por el Decreto Legislativo N° 121, Art. 9°) careció de orientación científica y resintió gravemente el concepto de imputabilidad. Si la imputabilidad es la capacidad, condicionada por el desarrollo físico y por la salud mental, para darse cuenta del carácter delictuoso de un acto o decidir su comportamiento conforme a tal conocimiento (Art. 85, Inc. 1° del C.P.), no comprendemos cómo una misma persona de minoridad relativa puede ser plenamente responsable tratándose de delitos muy singularizados y, por el contrario, cómo pueda tener al mismo tiempo una responsabilidad restringida para la gran mayoría de conductas conformada por las otras infracciones punibles.

El caso anotado no es nuevo y siempre será temible el retorno de esta aberración. También mereció nuestra crítica, en su oportunidad, la Ley N° 15590 sobre represión de los delitos de traición a la patria y servicio a las armas de potencia extranjera; conocida como "Ley Antiguerrilla". En su Art. 2° estableció que "no regirá para estos casos lo dispuesto en el Art. 148 del C.P.". Como se aprecia, ni los gobiernos **de facto**, ni los **de jure**, están exentos de crítica en materia de legislación penal, tema éste de por sí muy delicado al estar comprometida y arriesgada la libertad.

Respecto a la penalidad para los casos de tentativa y participación, nada tenemos que agregar a lo ya dicho al tratar el mismo asunto en el delito de parricidio.

HOMICIDIO

POR EMOCION VIOLENTA EXCUSABLE

Art. 153.— “SE IMPONDRÁ PENITENCIARIA NO MAYOR DE DIEZ AÑOS O PRISION NO MENOR DE UN AÑO NI MAYOR DE CINCO AÑOS, AL QUE MATARE A OTRO BAJO EL IMPERIO DE UNA EMOCION VIOLENTA QUE LAS CIRCUNSTANCIAS HICIEREN EXCUSABLE”.

COMENTARIO

65.— FUENTE

La encontramos en el Proyecto de la Comisión de Redacción de C.P. suizo preparado en Marzo de 1913 (Art. 64 bis), en el Anteproyecto helvético de 1916 (Art. 105), y en el Proyecto suizo de 1918 (Art. 100), documentos pre-legislativos que, ya sea en forma directa, o indirectamente a través del C.P. argentino de 1921 (Art. 81, Inc. 1º, letra a, antes de las Reformas; ahora Art. 81, Inc. 1º), han servido y vienen sirviendo de modelos (195).

Por la precisión de sus elementos constitutivos y por la brevedad de su redacción la fórmula suiza sigue siendo hasta el momento insuperada (196), a pesar que un penalista de tanto prestigio como QUINTANO RIPOLLES la considere “un tanto vaga” (197).

(195) El Anteproyecto de C.P. para Venezuela (1967) preparado por los Profesores JIMENEZ DE ASUA y AGUSTIN MENDEZ, recepciona la fórmula helvética del homicidio por emoción violenta en su Art. 160, Inc. 1o. El vigente C.P. venezolano (1926) sólo contiene la figura del uxoricidio por adulterio (Art. 423).

(196) Las sucesivas reformas del C.P. argentino han dejado intacto el texto original de esta figura privilegiada de homicidio.

(197) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado.*, op. cit., Tomo I, p. 379. No obstante la opinión de este respetado ius-penalista, la Comisión Redactora de C.P. Tipo para Latinoamérica aprobó por unanimidad el siguiente texto presentado por la Comisión de Trabajo Argentina, I Sección: Art. X (3).— “Se impondrá . . . al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable”

66.— PRECEDENTE LEGISLATIVO NACIONAL

El C.P. abrogado de 1863 contemplaba en su Art. 90, entre otras circunstancias atenuantes de carácter genérico, las de haber cometido el delito: a consecuencia de “provocación inmediata de parte del ofendido” (Inc. 40); en “vindicación de una ofensa grave inferida por el ofendido al culpable, o a su cónyuge, o a cualquiera de sus ascendientes, hermanos o afines en los mismos grados” (Inc. 50); y, actuando “bajo influencia de impresiones violentas que produzcan arrebatos u obsecación” (Inc. 80). En los tipos de los delitos de uxoricidio por adulterio (Art. 234) y homicidio por ultraje mediante ilegítimo concubito (Art. 235), no aparece específicamente la atenuante del “arrebato u obsecación”, pero es evidente que tal privilegio se les aplicaba como circunstancia genérica.

Comentando JOSE VITERBO ARIAS el Inc. 80, del Art. 90 del C.P. abrogado, nos decía que las “impresiones violentas” son muy variadas, señalando entre ellas las que “producen en el espíritu esa excitación súbita y pasajera que se llama arrebato, como por ejemplo la cólera” (198).

67.— DENOMINACIONES

El estado psicológico de “emoción violenta” es conocido también en la doctrina y legislaciones penales extranjeras con los nombres de “estado de obsecación”, “ímpetu de ira”, “justo dolor”, “intenso dolor”, “repentina e intensa conmoción psíquica”, “arrebato momentáneo” y “justa indignación”. Consideramos que el *nomen iuris* de “homicidio por emoción violenta excusable”, que le hemos asignado al texto en comentario, es el más adecuado porque tiene sustento *expressis verbis* en la ley y traduce, así, su verdadera voluntad.

68.— EMOCION Y PASION

Uno de los problemas doctrinarios más delicados que plantea esta figura, en vía ya de esclarecimiento definitivo, es el referente a la determinación de los límites de su alcance y comprensión. Se trata de saber si en esta hipótesis legal sólo es encuadrable el homi-

(198) VITERBO ARIAS, JOSE: *Exposición Comentada y Comparada del C.P. del Perú de 1863*, Tomo 10, Lima, 1900, p. 114.

cidio por emoción (violenta y excusable), o puede también subsumirse el homicidio por pasión. Para CORNEJO, el Art. 153 del C. P. tipifica tanto el exterminio vital perpetrado por emoción, como también el realizado por pasión. Es verdad que el citado autor nacional no hace expresamente esta afirmación, pero sin esfuerzo alguno la deducimos en razón a que, después de estudiar el numeral que nos ocupa, bajo el rubro de “homicidio pasional” y luego de distinguir la emoción de la pasión, trata de los elementos integrantes de la figura delictiva hablando indistintamente de “emoción violenta”, de “homicidio pasional” y de “arrebato pasional”.

Con respecto al **primer punto**, es interesante tener presente la evolución experimentada por los documentos pre-legislativos suizos antes de llegarse a estructurar la fórmula contenida en el Art. 105 del Anteproyecto helvético de 1916, texto extranjero que, conjuntamente con el Art. 100 del Proyecto de la misma nacionalidad correspondiente al año 1918, constituyen la fuente de nuestro Art. 153.

Nos sirve de orientación en el análisis de esta trayectoria pre-legislativa los estudios realizados por el Prof. argentino RAMOS, cuyas páginas sobre el tema son consideradas clásicas en Latinoamérica. En nuestro medio, HURTADO POZO ha escrito una documentada síntesis sobre los antecedentes helvéticos del texto nacional en comentario (199).

El Art. 64, apartado 3º del Proyecto de 1908, que fuera discutido en la sesión celebrada por la Segunda Comisión de Expertos, de fecha 19 de Setiembre de 1912, hacía mención al homicidio cometido en el “arrebato de la pasión” (“S’il a tué dans l’emportement de la passion . . .”). La primera modificación fue propuesta por el redactor OTTO LANG en los siguientes términos:

“Homicidio por pasión.— Si el autor ha decidido y realizado el hecho en una emoción violenta, será castigado con prisión de dos a cinco años o reclusión hasta ocho. Si la emoción fuere excusable, especialmente si el autor hubiere sido provocado por la víctima, sin una grave responsabilidad de su parte, la pena consistirá en prisión no menor de seis meses”.

Observamos que solo en la sumilla marginal del texto se alude a la "pasión", pero ya en el cuerpo del articulado propiamente dicho se emplea la frase "emoción violenta", estado anímico que, en caso de ser "excusable", genera una penalidad con un mínimo muy benigno. El texto destaca como un caso muy específico de excusabilidad emotiva el hecho que la reacción homicida obedezca a una provocación eficaz por parte de la víctima, sin que el agente la haya motivado suficientemente.

Correspondió a otro experto, en este caso a ERNST HAF-TER, presentar una nueva redacción considerada como más acertada desde su propio punto de vista. He aquí la fórmula:

"Homicidio por pasión.— Si el autor mata en una justificada emoción violenta, la pena será de reclusión hasta diez años o prisión de uno a cinco".

Nos permitimos apuntar que en esta proposición de HAF-TER se ha excluído la referencia al homicidio por emoción violenta **no excusable**, que aparecía expresamente en el primer párrafo de la fórmula propuesta por LANG. Por otro lado, observamos que ahora se habla de **justificada emoción violenta** en substitución de **emoción violenta excusable**.

La opinión de ALFRED GAUTIER fue expresada en los siguientes términos: "El Proyecto prevé un delito de homicidio calificado, **el homicidio cometido bajo el influjo (o en el arrebató) de la pasión**, cuya pena será la reclusión hasta diez años o la prisión de uno a cinco. Todos sabemos cuántos abusos escandalosos se producen en la actualidad bajo el imperio de ciertas leyes que permiten hacer del impulso pasional, cualquiera que sea, una circunstancia que mitiga el crimen de homicidio. El Proyecto trata de evitar este abuso peligroso, restringiendo la esfera de acción del tercer apartado del Art. 64 a los casos en que el hecho se ha cometido bajo el imperio de una pasión violenta y en el arrebató mismo de esta pasión. No es suficiente, de acuerdo con los términos del Proyecto, que la pasión sea el móvil del homicidio; de esta manera eludiremos, pues, bajo el imperio del Proyecto, a los juicios escandalosos que he mencionado". A continuación agregaba GAUTIER: "Cierto es que algunos buenos cerebros, por ejemplo LISZT, niegan que la pasión en sí misma pueda ser nunca una cau-

sal de atenuación. Pretenden que no se debe acordar este privilegio sino cuando la pasión es justificada, legítima por decirlo así: y ciertas enmiendas, las de HAFTER por ejemplo, muestran que esta opinión tendrá defensores entre nosotros” (200). En síntesis: el pensamiento de GAUTIER sobre el texto del Art. 64, apartado 3º, del Proyecto de 1908, fue aprobar que de acuerdo con sus términos no sea suficiente, para que funcione la atenuante, que la pasión sea el móvil del homicidio, sino, que el evento criminal haya sido cometido bajo el imperio de una pasión violenta y en el arrebato mismo que produce.

En una nueva intervención HAFTER sostuvo que, de acuerdo con su manera de ver el problema, el homicidio por pasión debía ser limitado a los casos en los que el agente “ha obrado en una justificada y comprensible emoción nacida de las circunstancias” (201).

El experto PHILIPP THORMANN, por su lado, expresó en la discusión que no se trataba de acordar un privilegio a los homicidas pasionales, pues sus autores son precisamente muy peligrosos. En este sentido sostuvo que era necesario sentar el principio de que la emoción debe ser “justificada por las circunstancias”, proponiendo el siguiente texto:

“Homicidio por pasión.— Si el autor mata en una emoción violenta y justificada por las circunstancias, la pena será de reclusión hasta diez años”.

Fundamentando su fórmula THORMANN dijo: “El factor de un privilegio para el enardecimiento pasional en el homicidio por pasión, no me parece admisible. Justamente por eso, nosotros no queremos acordar un privilegio a las muertes pasionales. Sus autores son, precisamente, muy peligrosos. Yo quisiera, en consecuencia, sentar el principio de la emoción justificada por las circunstancias, las que hacen aparecer el hecho como excusable por motivos éticos” (202).

(200) Véase en: RAMOS, JUAN P., *Curso de Derecho Penal (Segunda Parte)*, Tomo V, Bs. As., 1938, p. 77.

(201) Véase en: RAMOS, op. cit., Tomo V, p. 78.

(202) *Ibíd.*, p. 78.

A continuación el Miembro de la Comisión STEFANO GABUZZI manifestó que el texto del apartado 3º del numeral en discusión no hacía más que introducir especialmente para el homicidio una de las circunstancias atenuantes genéricas ya prevista en el Art. 50 del documento prelegislativo de 1908, la misma que consistía en el arrebató por cólera o por un dolor violento, producidos por una provocación injusta o una ofensa inmerecida. Su punto de vista lo expresó de esta forma: “Soy, pues, de opinión que se suprima el apartado tercero del Art. 64, y lo propongo. Pero si no podéis resolveros a ello, será necesario, por lo menos, poner a ese apartado de acuerdo, en sus términos, con la disposición correspondiente del Art. 50, puesto que existe identidad de fondo, y opino, como forma subsidiaria que sea redactado así:

“Si ha matado en el arrebató de cólera o de un dolor violento producidos por una provocación injusta o una ofensa inmerecida, la pena será, etc.” (203).

Posteriormente a la enmienda presentada por GABUZZI expresó su opinión ADRIEN LACHENAL (contraria a la de GABUZZI y apoyando a HAFTER, por estimar que el crimen pasional merece una represión menos rigurosa y que no bastan las atenuaciones de la Parte General de un C.P.). También intervino EMIL ZURCHER para proponer una fórmula combinada de otras dos precedentemente presentadas (la de HAFTER y la de GABUZZI). Por último, participó nuevamente, a esta altura del debate, el Comisionado LANG para sostener que no debía restringirse tanto el concepto de homicidio por pasión, como pretendían HAFTER y THORMANN, considerando como falta de lógica exigir para el hecho concreto de homicidio por pasión no sólo una emoción violenta, sino también una justificada emoción. Observamos, por nuestra parte, que en el segundo párrafo de la fórmula presentada por LANG, a la que nos hemos referido en primer término, se decía: “Si la emoción fuere excusable, especialmente si el autor hubiera sido provocado por la víctima, sin una grave responsabilidad de su parte . . .”, etc. Con este antecedente, las palabras pronunciadas por LANG en las postrimerías de la discusión no pueden referirse más que a la supresión de la primera parte de su fórmula en la que el homicidio por emoción violenta, sin ninguna excusa, también aparecía como atenuado en relación al homicidio simple.

Efectuada la votación respectiva, triunfó la fórmula que, en vía de enmienda, había estructurado THORMANN. Interesa resaltar, por nuestro lado, que se dejó a criterio de la Comisión Redactora si precisaba mejor la emoción con la expresión “justificada” o con el vocablo “explicable”. La Comisión de Redacción (Marzo 1913), haciendo uso de esta facultad, en su Sesión de 14 de Abril de 1913 escuchó y posteriormente acogió el punto de vista de GAUTIER cuando propuso que se reemplazara la frase “**et justifié par les circonstances**”, por la de “**et excusable d’après les circonstances**” (204). RAMOS, por su parte, al dar cuenta de la votación, reseña que uno de los puntos concretos sobre los que se tomó decisión fue el de LANG, Comisionado éste que estaba interesado en querer acentuar expresamente que la emoción debía existir tanto en la decisión como en la acción. Por mayoría, conforme refiere RAMOS, se rechazó la estipulación de este pensamiento *expressis verbis* (205).

La redacción definitiva de setiembre-octubre de 1912 acordada para el texto independizado ya en el Art. 64, fue la siguiente: “Si ha matado en estado de emoción violenta y justificada por las circunstancias, la pena será de reclusión hasta diez años o la de prisión de uno a cinco años”. Comparada esta descripción típica propuesta con las correspondientes al Art. 105 del Anteproyecto de 1916 y con el Art. 100 del Proyecto de 1918, ambos documentos de nacionalidad suiza, observamos que se ha conservado el membrete marginal de “**Meurtre par passion**”, pero se ha substituído la frase “emoción violenta y justificada por las circunstancias”, por esta otra: “emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable”. El Art. 113 del vigente C.P. suizo contiene un texto con idéntica redacción a la señalada últimamente (206).

(204) Procés-verbal de la deuxième commission d’experts, Volume III, Avril, 1913, p. 40.

(205) Véase en: RAMOS, op. cit., Tomo V, p. 80.

(206) GERARDO PEÑA GUZMAN, saliendo en defensa de la Comisión de Códigos del Senado de Argentina, sobre la que JUAN P. RAMOS había lanzado la crítica de haber seguido la fórmula suiza en materia de homicidio por emoción violenta ignorando el criterio que la había determinado “por no tener a la mano los nueve tomos de los procesos verbales”, dice que se trata de un reproche sin razón. Para fundamentar su defensa escribe: “Basta tener en cuenta que el Anteproyecto suizo de 1916, en su Art. 105 decía que las circunstancias debían hacer excusable la emoción violenta, mientras que el texto aprobado, a propuesta de THORMANN, decía que la emoción violenta debía estar justificada por las circunstancias. Es decir, que se tuvo en cuenta exclusiva-

Los anotados antecedentes helvéticos, ante la ausencia de Actas de la Comisión Codificadora patria y la nula referencia en la Exposición de Motivos a la Parte Especial del texto punitivo peruano de 1924 en vigencia, deben ser tomados en cuenta en tal caso, dichos precedentes extranjeros, con la misma prudencia que aconseja PEÑA GUZMAN a los ius-penalistas argentinos (207).

Ingresamos, ahora, al **segundo punto** del tema que esta vez se refiere a las relaciones entre emoción y pasión. Creemos que se mantienen vigentes las clásicas distinciones entre ambos fenómenos mentales, respetadas inclusive por la psicología soviética a la que haremos mención para comprobar hasta qué extremo aquí se identifica con la psicología occidental.

Para los mentalistas rusos los **afectos** (así denominan a los estados de emoción violenta) son vivencias relativamente cortas que se desarrollan tempestuosamente. Su mecanismo fisiológico se ca-

mente la redacción del artículo en el Anteproyecto; dejándose a un lado, con conocimiento o sin él, toda la mentada discusión. En ello hubo acierto evidente, porque las circunstancias solo podían excusar (atenuando) el delito, pues si lo justificaban (tornándolo lícito) no cabría la represión. La Comisión estuvo atinada cuando eligió un texto más adecuado a la técnica jurídica" (**El Delito de Homicidio Emocional**, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969, p. 65). En realidad PEÑA GUZMAN, seguramente por respeto, no menciona que el crítico tan severo era RAMOS. En efecto, fue este autor quien, después de transcribir una parte de la Exposición de Motivos de la Comisión de Código del Senado de Argentina, escribió lo siguiente: "Como se puede ver por esta cita de la Exposición de Motivos de la Comisión del Senado, se manifiesta que se ha seguido a la letra el Art. 105 del Proyecto suizo de 1916, sin embargo, como éste fue el resultado de las deliberaciones que acabamos de resumir, la Comisión del Senado no pudo conocer cuál había sido el criterio determinante de una redacción cuyos antecedentes ignoró por no tener a la mano los nuevos tomos de los procesos verbales de las sesiones realizadas de abril de 1912 a marzo de 1915. Por esta razón la Comisión del Senado no nos define qué entiende por emoción violenta y se limita a decir que incluye en la comprensión del término los diversos casos de homicidio pasional que enumera, agregando, al mismo tiempo, que abarca a otros producidos con la intervención de esa causal" (op. cit., Tomo V, p. 82).

(207) Las palabras de PEÑA GUZMAN, que a continuación transcribimos, son dignas de ser tomadas en cuenta por los penalistas peruanos: "El legislador, cuando es un jurista de fina sensibilidad —sería injusto escatimar este elogio a la Comisión (de Códigos del Senado de Argentina)— no copia textos muertos, ni calca instituciones exóticas, sino que busca modelos gramaticales adecuados a sus vivencias jurídicas. El conjunto de elementos conceptuales se impone a su consideración, a través de las más variadas redacciones, y si su mente no le ha entregado la fórmula adecuada, allí encuentra el modelo apropiado. Los miembros de la Comisión solo dicen que tomaron el modelo suizo del Art. 105 'al pie de la letra', pero no que adoptaron la formación jurídica helvética. Muy escaso valor tienen, entonces, esos antecedentes, pues solo se ha tomado la **forma** jurídica, sin referencia a su **fondo conceptual**" (op. cit., p. 67).

racteriza por la aparición de un foco de excitación dominante en la corteza cerebral, que inhibe las otras zonas. Su consecuencia es la denominada "contracción de la conciencia"; es decir, la conciencia se fija en aquello que ha motivado la emoción violenta, debilitando considerablemente el control del individuo sobre su conducta hasta el extremo que realiza con frecuencia actos irracionales que están en desacuerdo con su comportamiento habitual. La ira, el pánico y la desesperación son presentados como ejemplos de acciones violentas.

La pasión, por el contrario, sostienen los psicólogos socialistas que es un sentimiento profundo, constante y fuerte, que abarca totalmente al individuo y somete a su influencia la dirección fundamental de los pensamientos y actos del sujeto (208). Las diferencias, pues, han quedado precisadas.

En cuanto al **tercer punto** relacionado con la determinación de si es posible que un estado pasional pueda devenir en una situación de emoción violenta, creemos que es perfectamente posible siempre que, naturalmente, un fenómeno del mundo real le sirva a la pasión como estímulo desencadenante. Pensamos que el hombre apasionado, por el mismo hecho de estar así, tal vez demuestre una mayor propensión a emocionarse violentamente con una dosis adecuada del factor excitante.

De acuerdo con las consideraciones precedentes, expresamos nuestro parecer en el sentido que los estados de **pasión** y **emoción**, tanto por ser distintos psicológicamente, como también por tener diferentes consecuencias sobre la conciencia y la voluntad, **no pueden ser equiparadas jurídicamente** (209).

La distinción sería aún más comprensible si al fenómeno emocional se le agregara el adjetivo de **violento**. Es perfectamente posible que en la vida mental de una persona se presente cualquier emoción violenta, pero nos parece que es una contradicción al propio sentido de sus términos hablar de una "pasión violenta". No hay, ni puede haber, pues, equiparidad jurídico-penal en dos fenómenos mentales que tienen distintos caracteres y diferentes in-

(208) Véase: SMIRNOV, A.A. y otros; **Psicología**, Grijalbo S.A., Méjico, 1965, p. 366 s.

(209) En contra: JIMENEZ DE ASUA: **El Criminalista**, 2º Serie, Tomo V, Bs. As., 1961, p. 104.

fluencias en la psicología de las personas, fundamentalmente en la capacidad de entender y en la facultad de tomar decisiones.

No discutimos la posibilidad que un fenómeno obcecante (como la pasión), ante un estímulo nuevo o reforzado, sea substituído por otro que se traduzca en un inmediato aumento de la actividad vital del sujeto, al extremo que la conmoción psíquica sufrida (emoción violenta) no pueda ser controlada consciente y voluntariamente por el sujeto que sufre la mutabilidad. Es así como, en verdad, tienen que haberlo entendido los expertos y comisionados suizos, en razón a que no podemos concebir que hayan confundido dos fenómenos psíquicos que en nuestra propia y diaria experiencia se nos presentan con efectos diferentes. Con acierto observa HURTADO POZO que la anotación marginal: homicidio pasional (**meurtre par passion**), fue conservada a pesar de la variación realizada en el texto de los proyectos subsiguientes al de 1908 y del mismo C.P. suizo de 1937, opinando que, al parecer, según las referencias de varios expertos suizos, la preocupación principal que movía a los proyectistas fue privilegiar los casos en los que el agente actuaba en un estado psíquico desordenado, impetuoso, violento (210). En nuestro criterio, tal ha sido realmente el propósito de los Comisionados helvéticos. Perfeccionando la atenuante genérica contenida en el Art. 50 del Anteproyecto de 1908 (a la que había aludido GABUZZI), introduciéndole finalmente algunos correctivos que la sintetizaron e hicieron adaptable al homicidio, se llegó a estructurar una hipótesis legal privilegiada que es encomiable tanto por la lucidez del estilo gramatical, como también por su excelencia jurídica.

Por otro lado, siendo compatible la **premeditación** con el estado pasional e incompatible con la emoción violenta, estimamos que es muy difícil subsumir en el mismo tipo del Art. 153 del C. P. un homicidio pasional premeditado y un homicidio por emoción violenta (210 bis).

(210) HURTADO POZO: op. cit., Parte Especial I, pp. 117 y 123.

(210 bis) "La emoción violenta puede presentarse en una persona que tiene un estado pasional preexistente, cuando un hecho inmediato, debidamente comprobado, desencadena una actitud violenta del agresor, que perturba su conciencia e impide la acción de sus frenos inhibitorios, lo que es impicante cuando el actor ha obrado con premeditación y por móviles innobles. En el caso juzgado, el acusado, que estaba separado de su esposa, la fue a buscar, la llevó al lugar donde convivía con otra mujer y entre ambos le dieron muerte, habiéndose acreditado que la prosperidad de la víctima y los celos que sentía el victimario fueron los móviles que lo determinaron a premeditar y cometer el delito. Se

En opinión de RAMOS, por lo demás, deberá tenerse en consideración que el texto del C.P. argentino, que contiene una descripción típica del homicidio por emoción violenta igual al peruano, no ha querido acordar privilegios a los homicidios pasionales, pues considera a sus autores como **muy peligrosos**. No obstante, el citado penalista argentino piensa que, en ciertos casos, puede atenuarse en su favor la pena del homicidio simple, cuando el sujeto ha obrado en razón de circunstancias excusables por motivos éticos (211).

En lo que respecta a la dogmática peruana diremos que sólo en un sentido muy limitado, cuando se produce la mutabilidad de la pasión en emoción violenta, a la que ya hicimos referencia, puede afirmarse que el Art. 153 del C.P. subsumiría un caso en el que el sujeto activo ha sido presa en una pasión. En situación distinta, el homicidio pasional tiene perfecto encuadramiento en el Art. 150 (212).

le impuso la pena de internamiento en lugar de la de 18 de penitenciaría que le había impuesto el Tribunal Correccional" (Ej. Sup. 14-5-74, en *Rev. Jur. del Perú*, p. 51; y, en: C. P. de JULIO D. ESPINO PEREZ, Edición 1982, p. 195).

(211) RAMOS: op. cit., Tomo V, p. 84.

(212) Al ocuparse de la división de los delitos por su ilicitud y motivación el Maestro JIMENEZ DE ASUA, bajo el subtítulo de "El crimen pasional", nos dice que el primer problema que se presenta "es el de dilucidar la diferencia entre **emoción** y **pasión**, ya que los códigos modernos, a partir del Proyecto suizo, como el argentino en su Art. 81, Inc. 1º a., parecen preferir el título de **homicidio emocional**. Aunque no hay unanimidad para la clásica distinción, elocuentemente descrita por KANT, entre el afecto permanente y hondo, que caracteriza a las pasiones, y la afección turbulenta y momentánea, que sería la nota de las emociones, es lo cierto que las leyes han empleado ambos términos como equivalentes, aunque en el peritaje psicológico de cada caso sea útil distinguir éstas de aquéllas" (*Tratado*, op. cit., Tomo III, 1965, p. 248 s.). Observamos que si realmente hay equivalencia jurídica entre emoción y pasión, igualdad en la que nosotros no creemos ni podemos aceptar, entonces los homicidios cometidos en cualquiera de dichos estados psíquicos que las circunstancias hicieran excusables deberían tipificarse en el Art. 153 del C.P. El peritaje psicológico, en tal supuesto negado, sólo serviría para la graduación de la pena dentro de los extremos señalados en el tipo, imaginándonos que sería mayor la sanción para el homicida pasional al ser menor la agitación producida en su ánimo. No creemos sinceramente en esta solución e insistimos en nuestra respetuosa discrepancia. La solitaria posibilidad que un estado de emoción violenta excusable por las circunstancias pueda aceptar la pre-existencia de un estado pasional, sólo en el caso muy concreto de ausencia de premeditación, en manera alguna puede significar equivalencia jurídica. Nos admiramos, en todo caso, que tal equiparidad no haya recibido las justas críticas adversas que merecería. Por otro lado, pensamos que la equiparidad en los efectos jurídico-penales de los delitos en cuestión sólo podría darse

69.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** puede ser cualquier persona. Nuestro vigente texto punitivo no exige aquí calidades especiales. En cambio, el C.P. abrogado de 1863 especificaba como agente al cónyuge que sorprendía en adulterio a su consorte (Art. 234), así como también a los padres y hermanos mayores que daban muerte a los que yacen con sus hijas o hermanas menores de 21 años en el acto de sorprenderlos **in fraganti** (Art. 235).

b).— **Sujeto pasivo** puede ser, igualmente, cualquier persona. Sobre el texto abrogado, no había problema en hacer al respecto las deducciones que el caso demandaba.

70.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Preexistencia de una vida humana cierta.** En relación a este punto remitimos a lo que ya hemos escrito al desarrollar similar tema en el homicidio simple.

b).— **Extinción de una vida humana.** Nada hay que agregar aquí al comentario que hiciéramos al ocuparnos de idéntico asunto en el análisis del Art. 150 del C.P.

c).— **Que el agente experimente un estado de emoción violenta, bajo cuyo imperio cometa el homicidio.** En este tópico, como enseña NUÑEZ (213), hay que estudiar el aspecto relacionado con la **consistencia** del estado psíquico emocional y también el referente con su **grado**. Podemos dividir las emociones en cuanto a su **grado** o potencia, en emociones **esténicas** y **asténicas**. Las primeras, denominadas comúnmente “activas”, son las que aumentan las fuerzas, redoblan la energía y estimulan la actividad vital del individuo. Las segundas, conocidas también como “pasivas”, actúan en sentido contrario; es decir, disminuyen o debilitan la actividad de la persona (214). Sin embargo, conviene advertir, como

fuera de los alcances del Art. 153 del C.P.; es decir, cuando se trata de un homicidio pasional y de un homicidio por emoción violenta **que no es excusable por las circunstancias**. Claro está que, de presentarse tales supuestos, ambas conductas se tipificarían en el Art. 150 del C.P. (homicidio simple).

(213) NUÑEZ, RICARDO C.: *Derecho Penal Argentino*, Tomo Tercero, Parte Especial, Omeba, 1965, p. 75.

(214) SMIRNOV y otros: *op. cit.*, p. 356 s.

lo hace NUÑEZ, que una misma emoción puede ser activa o pasiva, según las personas y las situaciones concretas en las que se presenta el fenómeno psíquico. Naturalmente que para el comentario de este dispositivo legal nos interesa la emoción esténica, cuyo efecto en su mayor grado de intensidad es producir en el mundo externo un cambio que puede tener trascendencia jurídico-penal. No olvidemos que el delito que nos ocupa se comete mediante acción en sentido estricto.

Del texto expreso y claro del Art. 153 se desprende que el estado emocional no siempre atenúa la responsabilidad del homicida. Para que produzca tal consecuencia jurídica se necesita **expressis verbis**, además de la excusabilidad del surgimiento, que posteriormente examinaremos, que sea "violenta", o sea, de grado máximo.

En lo que concierne a su **consistencia**, se requiere que la emoción genere un estado de conmoción del ánimo, a lo que debe precisamente su adjetivación de "violenta". De aquí que NUÑEZ apunte que la razón de la atenuante reside en la influencia que tiene el ánimo conmovido del autor respecto a su posibilidad de mantener el pleno gobierno de sus frenos inhibitorios frente a las incitaciones que recibe para ejecutar la acción homicida (215).

El ánimo conmovido se manifiesta en unos estados transitorios de furor, irritación, miedo, dolor y tensión que corrientemente desorganizan la conducta y hacen perder la atención del individuo afectado. Generalmente la conmoción mental va unida externamente a gesticulaciones, llanto, gritos, mímica y algunas veces a convulsiones corporales. Es precisamente en tal estado psicológico, que según hemos visto se traduce de manera objetiva, en el que debe realizarse necesariamente el homicidio para que tenga lugar, así, uno de los importantes requisitos legales que hacen operar la minorante.

El Prof. SOLER indica varios criterios, aplicables con algunas precauciones, que permiten determinar si el autor se encontraba o no realmente en ese estado subjetivo de emoción violenta, fenómeno psíquico que constituye la condición primaria para atenuar la pena en este tipo de homicidio (216). He aquí un resumen de tales criterios que se aplican por vía inductiva:

(215) NUÑEZ: op. cit., Tomo III, p. 76 s.

(216) SOLER: op. cit., Tomo III, 1956, p. 71 ss.

I).— **El intervalo de tiempo entre la causa objetiva desencadenante y la comisión del hecho.** No basta con que el sujeto haya estado emocionado violentamente. Es necesario que la descarga emotiva coincida con la ejecución misma del homicidio. El sujeto, en consecuencia, debe estar emotivamente conmovido mientras realiza la acción delictiva. Esta exigencia supone que no debe haber discontinuidad entre el hecho provocante **inmediato** y la reacción provocada. Dicho principio, que es sólo un **índice**, no debe entenderse en el sentido de que un estado más o menos durable y anterior excluya la reacción emotiva, puesto que la aludida continuidad se tendrá por cierta siempre que en el momento de la acción haya un hecho desencadenante. Por el contrario, generalmente, según advierte el Maestro SOLER, los estados emotivos estallan sobre un fondo afectivamente predispuesto por situaciones vitales preexistentes, que en un momento dado cobra sentido.

II).— **La naturaleza del medio empleado.** Su examen, por vía de inducción, hace posible conocer cuál ha sido el estado de ánimo del agente. Si el medio utilizado es de uso complicado, estaría evidenciándose la existencia de cálculo o reflexión, procesos psíquicos de la vida mental intelectual que son incompatibles con la emoción violenta.

III).— **El temperamento del sujeto.** Este estudio permite determinar si el sujeto tiene o no una personalidad susceptible de ser agitada por emociones. El Prof. SOLER hace la salvedad, para explicar el relativo valor de este examen, que la emoción no excusa por sí misma, ya que a su vez élla tiene que ser excusada por algo que le es distinto.

IV).— **Conocimiento previo de la situación vital del sujeto.** El movimiento emotivo auténtico debe generarse por la subitánea presentación de algo inesperado para el autor, sin que esto signifique que tiene que ser totalmente ajeno a un estado de tensión psíquica.

Es necesario observar que el texto del Art. 153 del C.P. exige que el estado de emoción violenta debe coincidir con el acto homicida (217). La coetaneidad no es exigible que se presente entre causa provocadora, emoción violenta y homicidio; sino, entre

(217) Conforme: RAMOS, op. cit., Tomo V, p. 83.

emoción violenta y homicidio (218). Esto significa que el acto delictuoso tiene que ser la consecuencia inmediata del fenómeno mental de la emoción violenta (218 bis).

c).— **Que las circunstancias hagan excusable el surgimiento de la emoción violenta.** He aquí el otro requisito fundamental, cuya exigencia ha promovido un minucioso análisis en la doctrina y jurisprudencia argentinas. Desde que RAMOS escribió por primera vez en Latinoamérica su interpretación del concepto de “emoción violenta”, siguiendo la evolución del pensamiento de los proyectistas y comisionados suizos, los estudiosos del Derecho Penal de esta parte del Continente han tratado de precisar el sentido del vocablo y fijar sus alcances jurídico-punitivos (219).

Al enumerar los elementos constitutivos de la figura delictiva

(218) El texto del Art. 254 del C.P. húngaro exige la emoción violenta como denominador común de la idea delictiva y del acto. He aquí su texto: “Se impondrá pena privativa de la libertad de dos a ocho años a quien haya concebido el delito bajo el imperio de una emoción violenta debida a una causa justificable y lo hubiera perpetrado en el mismo estado de espíritu”. (La Ley V del año 1961 fue convertida en Código Penal de la República Popular Húngara).

(218 bis) He aquí una interesante ejecutoria al respecto: “1.— La emoción violenta no tiene como elementos constitutivos el factor tiempo, ni el hecho de soportar un agravio, pues no es condición de ella que entre el hecho provocador y el homicidio medie tal o cual lapso. 2.— El Art. 154, en concordancia con el Art. 153 del C.P., dispone que para gozar de la atenuante, el autor debe matar ‘bajo el imperio de una emoción violenta’, excusable por las circunstancias” (Ej. Sup. 28-3-83, en *Normas Legales*, Tomo 121, Tercer trimestre 1983, p. 203 ss.). Esta resolución recayó en el siguiente caso: el día 18 de Julio de 1982, pasada la medianoche, el procesado Alcides Suárez Suárez se percató que su esposa abandonaba el lecho conyugal para luego practicar el acto sexual, en el suelo, con su hermano paterno Belaúnde Suárez Hernández. El procesado soportó paciente aquella ofensa y a las 5 de la mañana del mismo día se levantó para pedirle explicaciones a su hermano. El co-autor de adulterio le contestó con palabras hirientes y luego con un puñal lo lesionó en la pierna izquierda, circunstancias en que la mujer intervino en forma intrépida y temeraria en defensa de su amante, conducta ésta que exasperó al procesado aun más de lo que estaba y lo impulsó a quitar el puñal a su agresor para asestarle varias puñaladas a su hermano y otras tantas a su esposa a quien victimó. La sentencia del Tribunal Correccional negaba la posibilidad de aplicar al caso la atenuante de la emoción violenta en razón a que el autor del homicidio no había reaccionado y matado en el momento en que se comprobó la infidelidad de la mujer, sino algunas horas después. La presentación de los hechos nos permite apreciar que la Ejecutoria Suprema, a diferencia de lo resuelto por el Tribunal Correccional, sí ha interpretado correctamente el principio referente al intervalo de tiempo que pudiere mediar entre la causa objetiva desencadenante y la comisión del delito.

(219) RAMOS, JUAN P.: “Significación del término emoción violenta en el homicidio”, véase en *Revista Penal Argentina*, Tomo I, Nº 2, 1922, p. 156 ss.

que nos ocupa, el Prof. RAMOS decía que la causa (de la emoción violenta) **debe responder a motivos éticos** para que las circunstancias del hecho sean excusables. Sostenía que este requisito era esencial y que las emociones pueden derivar de muchísimas causas, de motivos bajos, inmorales, o de estados en los que sólo reaccionan de acuerdo con motivos éticos aquellas personas que tienen una psicología normal. Por esta razón, en su concepto, el motivo ético debe ser la causa determinante de la reacción emocional violenta para que se configure el homicidio privilegiado en estudio. De acuerdo con este criterio, no basta que haya emoción violenta; se requiere que también exista un motivo ético inspirador como podrían serlo el honor herido, la afrenta inmerecida y la ofensa injustificada. Este asunto será siempre materia de apreciación judicial para lo cual, dice el ius-penalista argentino, los Jueces tendrán presente que son los defensores de la sociedad y que la medida del ejercicio de su función debe ser el criterio de la peligrosidad específica del delincuente individual. RAMOS concluye el tema con estas palabras: "Son motivos éticos **únicamente** aquellos que mueven de una manera adecuada a una conciencia normal" (220).

La posición del Prof. RAMOS restringe los alcances de la figura privilegiada al hacer residir la excusabilidad de la emoción violenta estrictamente en la **eticidad** del motivo que inspiró la conducta del autor. Esta tesis, en realidad, por más que pretenda sustentarse en la "única fuente auténtica de interpretación" (221), conformada por los nueve tomos de los protocolos o procesos verbales de las sesiones de la **Deuxième Commission d'experts** (Abril de 1912 a Marzo de 1915), no concuerda con la voluntad del texto argentino. Tampoco, según advertimos, con la del C.P. peruano. Pareciera que, en opinión de RAMOS, sólo los hombres valientes y honorables pueden ser los sujetos activos de esta infracción penal atenuada. Pensamos que la razón está del lado del Maestro SOLER cuando dice que, con respecto a la emoción, lo único que requiere la ley es que sea violenta, no una **calificación ética** de la emoción misma, que es un hecho físico. La exigencia ética importaría confundir la existencia de un elemento subjetivo (la emoción violenta) con la valoración objetiva que el Juez está obligado a hacer de acuerdo con las circunstancias. Si no fuera así, agrega

(220) RAMOS: op. cit., Tomo V, p. 84.

(221) *Ibidem*, p. 76.

SOLER, de requerirse una valoración ética de la propia emoción como tal, quedarían excluidos de la excusa aquellos casos en los que el sujeto reacciona por miedo (222).

Tampoco en esta oportunidad podemos dejar de recurrir al sabio pensamiento jurídico-penal de CARRARA. Bajo el título de “Impetu de ira justa”, el Maestro de Pisa estudia el homicidio por emoción violenta considerándolo como una de las formas del **homicidio provocado**. Desde una perspectiva general, afirma que el homicidio provocado es el que ha sido excitado por la ira; pero como ésta es el excitante ordinario para darle muerte al prójimo, tal estado pasional sólo puede ser excusable cuando la provocación reúne estas tres características o condiciones:

10.—De una acción **rápida**, y breve dentro de ciertos límites;

20.—De una acción **vehemente** que venza la calma ordinaria de la razón; y,

30.—De una **causa** que tenga **aspecto de justicia**, respecto al agente y a sus motivos, de modo que éste obre consciente de tener razón y de reaccionar contra una afrenta injustamente recibida, aunque por exceso de ira, al reaccionar traspase los límites debidos (223).

Precisa luego CARRARA que con el vocablo “provocación” se designa **un hecho ajeno, ofensivo para el reo** a quien excita la ira y lo impulsa a dar muerte. Al tratar del homicidio excusado por **justo dolor** indica que en esta figura la ofensa recae sobre algún objeto (o sujeto) de legítimo afecto para el agente, no así contra su propia persona (224).

(222) SOLER: op. cit., Tomo III, 1956, p. 77.

(223) CARRARA: op. cit., § 1281.

(224) He aquí las palabras que deslindan ambos conceptos: “No obstante, ya es cierto que la práctica distingue entre **justo dolor** y **provocación**, haciendo dos figuras jurídicas separadas; y no le prestaría ningún servicio a la exactitud del lenguaje quien confundiera esas dos figuras. El principio radical de ambas excusantes es idéntico, pues siempre consiste en la alteración de las condiciones psicológicas del que obra bajo el imperio de una conmoción grave; pero sí es distinta la materialidad de la causa que excita el ánimo a una conmoción súbita, ya que en el justo dolor no se considera como causa de la ira y de su reacción una ofensa inferida contra la propia persona. Y en realidad, éste es, según mi opinión, el último criterio que pone límites entre las dos hipótesis. Siempre que la pasión no es suscitada por alguna ofensa inferida a nuestra propia persona sino que recae sobre algún objeto de nuestros legítimos afectos, la fórmula de la **provocación** es reemplazada

En otro acápite de su monumental obra, el Sumo Maestro de Pisa insiste en manifestar que los criterios mensuradores de la **excusa** en el homicidio provocado deben deducirse del cálculo combinado del modo, del tiempo y de las causas; es decir:

1º.—De la **gravedad** del daño sufrido;

2º.—Del **intervalo** más o menos largo entre la ofensa recibida y la reacción contra ella; y,

3º.—De la mayor o menor **justicia** de la causa que ha excitado la ira (225).

Por su parte LEVENE nos dice que el texto penal argentino requiere en el homicidio por emoción violenta, que sabemos es igual en su redacción al nuestro, de la existencia de un estado psicológico emotivo; vale decir, que aun cuando las circunstancias sean excusables, si el individuo no actúa bajo el imperio de una emoción de tal manera adjetivada, dichas circunstancias no pueden servir de atenuante para la penalidad. Con acierto escribe que tal estado de emotividad no puede ser la simple emoción o la emoción fisiológica, que sólo perturba la capacidad de síntesis y tiende al automatismo con inhibición voluntaria. La emoción violenta a que se refiere aquí la ley penal, sin llegar a suprimir la conciencia ni la memoria (sin ser una emoción patológica que convierta al sujeto en inimputable), tiene que ser más intensa que la anteriormente mencionada. Deben eliminarse, entonces, la serie de sentimientos que no alcanzan a superar las situaciones normales del espíritu. Por tal razón, concluye LEVENE su raciocinio sobre este aspecto del tema, un relato claro, preciso, pormenorizado y coherente de los hechos permite descartar la existencia de la emoción violenta (226).

Expuestas las opiniones ajenas, corresponde ahora presentar la nuestra. No obstante la evidente amplitud de la fórmula helvética (ley "importada", como diría HURTADO POZO), que fuera

por la de **justo dolor**; y sobre esto tenemos tres casos especiales: 1º, en la reacción contra la ofensa causada a una persona querida; 2º, en el **propietario** que mata al ladrón cogido en flagrante, o que se conmueve a causa de un daño de cualquier clase causado en sus propiedades, 3º, en el **esposo** o el **padre** que les da muerte a los adúlteros" (op. cit., § 1314).

(225) CARRARA: op. cit., § 1284.

(226) LEVENE: op. cit., p. 285.

seguida *ad pedem litterae* por los codificadores argentino y peruano, nosotros creemos interpretar que su texto traduce, para nuestra dogmática, por lo menos una clara voluntad: no es la emoción violenta por sí misma, como fenómeno psíquico, la que supuestamente excusa el homicidio; tampoco son las circunstancias las que, de acuerdo con una apreciación ética, excusan la emoción violenta; sino, son las circunstancias del delito (témpero-espaciales) y del delincuente (bio-ético-sociales) las que, conforme a una valoración jurídica, realizada por el juzgador, hacen, excusable el surgimiento (o la insurgencia) de la emoción violenta.

d).— **Dolo.** La comisión de este delito requiere en el agente la conciencia y voluntad de que actúa quebrantando el deber de respetar la vida del prójimo. No podemos suscribir aquí la opinión de LOGOZ en cuanto afirma que poco importa si el agente actuó “con o sin premeditación” (227). El homicidio por emoción violenta excusable es, para la dogmática peruana (tal vez no así para la suiza), distinto al homicidio pasional. La figura privilegiada, que nuestro texto punitivo delinea en el comentado Art. 153, es **incompatible** con la premeditación.

71.— EXAMEN DE LAS CIRCUNSTANCIAS EXCUSANTES

Argumentamos, siguiendo a NUÑEZ, que la excusabilidad de la emoción supone su justificación desde un triple punto de vista: causal, subjetivo y objetivo. No existe fundamento legal alguno, o antecedente pre-legislativo seguido con razonamiento crítico expuesto por el codificador peruano, que autorice a circunscribir la excusabilidad a la sola existencia del motivo ético como lo sostuviera, según ya hemos visto detenidamente, durante varios años el Prof. RAMOS, con marcada influencia en la doctrina jurisprudencial argentina.

(227) LOGOZ, PAUL: *commentaire du Code Pénal Suisse, Partie Spéciale I*, De-lachaux et Niestlé S.A., Edité en Suisse, 1955, p. 18. Este autor llegó a escribir: “Es el Art. 113 (**Meurtre par passion**), no el Art. 112 (**Assassinat**), el que deberíamos aplicar al desesperado que, al borde de la miseria, se decide —con premeditación— a matar a su esposa y a sus niños, luego intenta suicidarse, pero fracasa en la ejecución de esta última parte de su plan”. Este pensamiento, sin discutir si se ajusta o no a los protocolos de las sesiones de los Comisionados helvéticos, no responde a la mentalidad con que los jueces peruanos interpretan los Art. 153 y 154 de nuestro C.P., siendo el primero idéntico al texto punitivo codificado a que alude LOGOZ para solucionar la hipótesis planteada (Art. 133). Nuestros Tribunales subsumirían el hecho supuesto, sin hesitación, en el Art. 151 del C.P.

Desde la perspectiva **causal**, el surgimiento de la emoción violenta tiene excusabilidad cuando ha sido motivada eficazmente por un hecho extraño a la propia idiosincracia del agente. La emoción violenta tiene lugar y se desarrolla en la vida mental del homicida, pero su origen debe estar en un hecho externo, material o ideológico, que no sea el producto de su intemperancia, de su nerviosidad, de su propio genio, ni de su fácil excitabilidad. Siendo la emoción violenta un fenómeno bio-psíquico, y por ende, perteneciente al **mundo del ser**, conviene aquí aclarar que no se trata de emitir un juicio que ahora verse sobre la moralidad o inmoralidad de su aparición, como si estuviera la emoción violenta supuestamente inmersa en el **mundo del deber ser**. En la acertada opinión de PEÑA GUZMAN, cuando se somete a juicio el comportamiento de un hombre no cabe duda en comprobar que las motivaciones tuvieron destacada importancia en la decisión de su conducta, pero también es cierto que esas motivaciones, a su vez, han sido fruto de la concurrencia de "circunstancias" de naturaleza orgánica y social que tuvieron influencia preponderante en el modo de actuar del agente por ser factores de su personalidad (228). En otro acápite de interés para el tema no nos ocupa, dice el citado iuspenalista que cuando un sujeto obra movido por su pánico, por su ira, por sus padecimientos, y produce un resultado, es recién entonces que se puede hablar de una conducta para ser valorada jurídicamente. El agente sólo responde por lo que hizo con su miedo, con su ira, con su dolor, pero nunca por el hecho de haber sentido únicamente estos fenómenos mentales (229). La excusabilidad, pues, desde el punto de vista **causal** y según nuestro juicio, no está en haber experimentado una emoción violenta explicable sólo por una motivación que sea completamente ajena al homicida, sino, ocurre que la citada excusa, en verdad, radica en la mayor potencia excitante que el juzgador le reconoce al estímulo externo.

Pensamos que una emoción está motivada eficazmente cuando el estímulo externo lesiona una relación establecida por el sujeto con aquello que le interesa o es de su aprecio por estarle ligado, directa o indirectamente, a la satisfacción de una necesidad material o espiritual socialmente reconocida. Lo expuesto significa que la vida mental del sujeto activo de la infracción penal tiene que ser suficientemente conmocionada por la acción efectiva de un

(228) PEÑA GUZMAN: op. cit., p. 229.

(229) *Ibíd.*, p. 232.

estímulo que, para considerarlo aquí como adecuado factor desencadenante, no debe ser lícito. He aquí, en nuestro criterio, el proceso concausal: 1) estímulo ilícito, 2) emoción violenta, 3) reacción emotiva, y, 4) homicidio.

Comentando GONZALES el Art. 335 del C.P. paraguayo, a pesar que dicho texto no habla de emoción violenta, nos dice que la doctrina y la jurisprudencia de su patria han establecido de consuno que el estado de emoción violenta, para ser excusable, debe provocarlo la víctima y encontrar su motivación en hechos capaces de alterar el ánimo de un hombre normal, o bien por circunstancias imprevistas que pueden hacer que una persona pierda, con justo motivo, el dominio de sus facultades. El arrebato inmotivado, propio de una irritabilidad exagerada, no es excusable. Por último, agrega el penalista paraguayo, la emoción violenta a que se refiere la ley no es la morbosa, sino, la causada por hechos capaces de conmover el espíritu de un hombre normal (230).

El estudio de la naturaleza y significación del estímulo no puede pasar desapercibido para el Juez. El factor incentivante debe impactar en la moral del sujeto activo del delito. La potencialidad de la reacción emocional para reunir uno de los requisitos que hacen operar la atenuante, debe ser el resultado de una proporcional correlación cuantitativa entre el estímulo ilícito y las circunstancias que excusen el surgimiento emocional. En síntesis: el estado momentáneo de exaltación dinámica de la emotividad debe vincularse causalmente con la ilicitud del estímulo.

La provocación ilícita o injusta, aun cuando no está expresamente exigida por nuestro texto legal, pero cuya existencia hay que suponer para excusar causalmente el estado de emoción violenta, puede manifestarse de manera ideológica (verbal o escrita), o materialmente. También es posible que lesione cualquier derecho: vida, integridad física, honor, propiedad, etc.

Escribiendo sobre la provocación en el homicidio por emoción violenta, IRURETA GOYENA sostiene que el incentivo debe proceder de una persona consciente y responsable, exigencia que excluiría la minorante en los casos en que el sujeto pasivo es un menor de edad o un enfermo mental (inimputabilidad absoluta de la víctima). En cuanto a la naturaleza de la provocación, dice el

Maestro uruguayo que es bastante con que signifique una lesión de derecho, sin que necesariamente ésta deba ser delictuosa (230 bis).

Desde el punto de vista **subjetivo** el surgimiento de la emoción violenta se excusa cuando el autor ha sido ajeno a la gestación del fenómeno psíquico emotivo. LOGOZ opina acertadamente que no sería excusable, por ejemplo, la emoción causada por una escena que ha sido provocada por el propio agente, cuando lo que debió hacer era precisamente evitarla (231).

En la respuesta a la pregunta **por qué** ha surgido la conmoción anímica no debe encontrarse comprometido el homicida, quien tiene que ser extraño al origen del estímulo provocador de la reacción. Como vemos, esta circunstancia también permite, al examinar el hecho psíquico de la emoción violenta en su génesis misma, fundamentar la excusabilidad de su insurgencia en la medida en que el sujeto activo no participó, directa o indirectamente, en la excitación.

Respecto a la excusabilidad desde la perspectiva **objetiva** diremos que consiste, en nuestra opinión, en demandar que el motivo de la emoción violenta no deba radicar en un evento frente al cual el actor se encuentre obligado a responder con serenidad, obligación que se derivaría del hecho de haberse establecido una relación jurídica circunstancial, o por preexistir una relación moral, religiosa, educativa o profesional entre la víctima y el victimario, y siempre que la etiología de la emoción derive de tales vinculaciones objetivas. Consideramos, por ejemplo, que no habrá excusa objetiva cuando el sacerdote se emociona violentamente ante una confesión y mata al feligrés. Tampoco habrá excusabilidad, en este sentido, si el psiquiatra mata al paciente que le dijo que era un charlatán y un estafador. Menos será excusable la conducta del policía que, exasperado porque el detenido se niega a confesar el delito atribuído, lo extermina a golpes.

La emoción violenta debe ser excusable en vista de las circunstancias del caso en particular, constituyéndose el fenómeno psíquico en la fuente de un delito cometido por una persona dis-

(230 bis) IRURETA GOYENA: op. cit., p. 294 s.

(231) LOGOZ: op. cit., Partie Spéciale I, p. 18.

puesta, por lo demás, a respetar el derecho (232). HURTADO POZO piensa que la “excusabilidad” importa un elemento normativo del tipo legal, pues se le está exigiendo al juzgador un juicio de valor sobre las circunstancias en las que se origina y produce la emoción para luego calificarla como excusable o no (233). Nosotros creemos (y el tema se presta a polémica) que la “excusabilidad” del Art. 153 del C.P. no tiene vinculación con la antijuricidad; es decir, con su aspecto negativo (alguna causa de justificación). El Juez Instructor aquí **no entra a realizar valoraciones de carácter normativo**, sino que su papel sigue siendo **cognitivo**, aunque claro está que el tipo legal le exige al Juez de sentencia (que para el caso, por tratarse de un proceso de trámite ordinario, no resulta siendo el mismo Instructor) una especial valoración de circunstancias o situaciones de hecho que no están precisamente ligadas a lo justo o injusto. Observamos que el Maestro JIMENEZ DE ASUA, quien ha sido minucioso en reseñar las fórmulas indicativas de los elementos normativos existentes en los tipos de los Cs. Ps. latinoamericanos, no menciona a la frase “que las circunstancias hicieran excusable” como una de las citadas fórmulas. Tampoco hace referencia al Art. 153 del C.P. peruano como tipo que contiene un elemento normativo (234).

72.— EMOCION VIOLENTA E IMPUTABILIDAD

El estado anímico propio de la emoción violenta, conforme a la descripción contenida en el Art. 153, presume **iuris tantum** que el sujeto activo es imputable.

Con relación al tema de la imputabilidad resulta que el estado de emoción violenta puede dar lugar, en nuestro entender, a las siguientes hipótesis:

a).— Que el agente **excusablemente** se emocione en forma violenta, conservando, no obstante, la capacidad de darse cuenta del carácter delictuoso de su acto. En este caso se aplica el tipo y la pena del Art. 153.

b).— Que el autor, también **excusablemente**, se emocione de

(232) *Ibíd.*, p. 18.

(233) HURTADO POZO: *op. cit.*, Parte Especial I, p. 125. En similar sentido se pronuncia PEÑA CABRERA: *op. cit.*, Volumen II, Parte Especial, p. 88.

(234) JIMENEZ DE ASUA: *Tratado.*, *op. cit.*, Tomo III, p. 906 ss.

manera violenta, alterándose notablemente su conciencia, pero sin llegar a perder en su totalidad la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acción. Aquí se aplica el Art. 85, Inc. 1º, en concordancia con el Art. 90 del C.P., subsumiéndose el hecho en el mismo Art. 153.

c).— Que el sujeto activo **excusablemente** experimente la misma emoción, pero esta vez sufriendo una grave alteración de la conciencia que le hace perder la capacidad de darse cuenta respecto a la naturaleza delictuosa de su acción o de determinar su comportamiento según esta apreciación. En este caso se aplicará sólo el Art. 85, Inc. 1º, del C.P. por devenir el sujeto inimputable en el mismo momento de actuar.

d).— Que el actor **inexcusablemente** experimente idéntica emoción, sin que su conciencia se altere hasta el grado de mermar su capacidad apreciativa acerca de la naturaleza delictuosa de su comportamiento. Aquí se aplica el tipo y la pena del Art. 150.

e).— Que el agente **inexcusablemente** se emocione en forma violenta, alterándose en proporción considerable su conciencia, pero sin llegar al extremo de perder totalmente su capacidad apreciativa del carácter criminoso de su acto. En este supuesto se aplica el Art. 85, Inc. 1º, en concordancia con el Art. 90 del C.P., tipificándose el hecho en el Art. 150.

f).— Que el sujeto activo **inexcusablemente** se emociona de manera violenta, sufriendo una grave alteración de su conciencia que le hace perder totalmente la capacidad para darse cuenta del carácter delictuoso de su acción o de determinar su conducta conforme a esta apreciación. En esta hipótesis sólo se aplicará el Art. 85, Inc. 1º, del C.P. por tratarse de un sujeto inimputable al momento de matar.

Los casos presentados nos permiten afirmar, una vez más, que la emoción violenta no tiene en sí misma y por sí misma la potencia suficiente para configurar el homicidio atenuado en estudio. No queda duda, en consecuencia, que la adjetivación de “excusable” que pudiera corresponder a un estado emotivo violento con efecto minorante, según los términos del Art. 153 del C.P., depende de la valoración que se haga respecto a las circunstancias de hecho en las que surgió la conmoción anímica. El reconocimiento de que la emoción violenta pueda tener, atendiendo a su propia naturaleza, un efecto minorante o eximente del reproche, según el

grado de perturbación de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento por parte del sujeto activo, es tema distinto al que ahora nos ocupa, aunque claro está que ambos tienen cierta conexión.

De conformidad con el Art. 51, Inc. 2º, del C.P. corresponde al Juzgador tener en cuenta la emoción **inexcusable** para graduar la penalidad en razón de constituir una de las tantas circunstancias genéricas (“... las emociones que lo hubieran agitado...”). En cambio, cuando la emoción violenta es **excusable**, es decir, cuando ya ha sido considerada como elemento integrante del tipo (según acontece en los Arts. 153 y 154), no debe tomársele nuevamente en cuenta como circunstancia genérica de atenuación.

Nuestra jurisprudencia ha seguido criterios unas veces acertados, y en otras no, en la aplicación del texto comentado (235), insistiendo en la naturaleza ética y social del motivo determinante de

(235) Uno de los primeros casos, si es que no fue el primero, en que se aplicó el Art. 153 del C.P., consiste en el homicidio cometido por el poeta José Santos Chocano en la persona de Edwin Elmore, acontecido el 31 de Octubre de 1925. El Prof. JIMENEZ DE ASUA lo tituló “**El crimen de Lima**”. He aquí una síntesis del mismo: entre el poeta peruano y el humanista mexicano José Vasconcelos había surgido una polémica a raíz de que Vasconcelos trataba al “Poeta de América” de bufón adulator de los tiranos de Hispanoamérica. Edwin Elmore, portavoz en el Perú de las ideas de Vasconcelos, terció en la polémica escribiendo un artículo, que el diario “La Crónica” no quiso publicar, y pronunciando una conferencia transmitida por radio que se tituló “El nuevo Iberoamericanismo”. Chocano consideró que en ambas actuaciones de Elmore habían insultos e injurias dirigidos contra su persona. El poeta, reaccionando, llamó por teléfono a Elmore y le injurió diciéndole que era hijo del “traidor de Arica”. Luego escribió una carta en la que le llamaba “desgraciado joven”, “engendrado por un traidor a la patria”, “cucaracha”, “raza de víbora”, arrogándose Chocano “el derecho de creer que los chilenos han pagado a Ud. para insultarme, como pagaron a su padre para que denunciara las minas que defendieron el Morro de Arica”. Por último le dice: “entienda Ud., que si no se apresura a escribirme dándome plena satisfacción, seré yo el que publique esta carta —cuya copia me reservo— y cuando le encuentre, le escupiré la cara, para que si osa levantarme la mano destaparle los sesos”. La carta, enviada a las 4 de la tarde del 31 de Octubre de 1925, fue recibida por la señora de Elmore en el momento en que su esposo caía mortalmente herido en el local del diario “El Comercio”. Elmore había concurrido a dicho diario con la finalidad de obtener la publicación de una carta contra Chocano, en protesta por el agravio a la memoria de su padre, ofensa que telefónicamente había recibido por parte del “Poeta de América”. Al encontrarse ambos rivales, Elmore agredió a puñetazos a Chocano y éste, reaccionando, extrajo su revólver y le disparó. El proyectil se alojó en el vientre y la muerte sobrevino el día 2 de Noviembre. Aperturado el proceso penal, Chocano fue condenado, en el mes de Julio de 1926, por el delito de homicidio cometido en estado de emoción violenta. Se le impuso la pena de 3 años de prisión. El 31 de Enero de 1927 se promulgó la Ley 5642 disponiendo el “corte del juicio instaurado” contra Chocano. La opinión de JIMENEZ DE ASUA es opuesta a la tesis que sostiene la

la reacción emocional, precisando la inmediatez de la respuesta a la provocación y contemplando casos en los que el agente deviene totalmente inimputable (236).

73.— PENALIDAD

La sanción es alternativa: penitenciaría no mayor de diez años ni menor de un año, o prisión no mayor de cinco años ni menor de uno. La pena precisada por el dispositivo da un amplio margen al arbitrio judicial, perfectamente compatible con la fórmula

existencia de un estado de emoción violenta excusable en el caso relatado. El criterio del Maestro madrileño puede verse en: **Crónica del Crimen**, Edic. Pannedille, Bs. As., 1970, p. 205 ss.

(236) "Es nula la sentencia que absuelve al acusado, invocando el Inc. 1º del Art. 85 del C.P., por estimar que las circunstancias del hecho acreditan que procedió bajo el imperio de una emoción violenta, provocada por la grave ofensa que le infiriera el agraviado antes de la riña en que se produjeron las lesiones materia del juzgamiento. Este fundamento importa incurrir en el error jurídico de confundir la emoción a que genéricamente se refiere el Art. 51 del C.P. con una de las circunstancias que debe tenerse en cuenta al apreciar la culpabilidad y el peligro del agente y que el Art. 153 designa como atenuante de la pena de homicidio, 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" (Ej. Sup. 8-7-29, en **Rev. Jurídica del Perú**, 1920, p. 81). Otra: "El Art. 153 del C.P. atenúa la penalidad cuando el delito se ha cometido bajo el imperio de una emoción violenta, si han concurrido circunstancias que la hicieren excusable, como el honor mancillado, una afrenta inmerecida u otra circunstancia de momento que ofusca la razón y enardece el espíritu, es decir, que el motivo determinante de la reacción emocional debe ser ético. No es aplicable al delincuente pasional, irritable, que por celos y despecho mata a una menor de 15 años de edad a la que requería de amores, sin ser correspondido por ésta, y pretende luego suicidarse, hiriéndose gravemente" (Ej. Sup. 16-9-35, en **Rev. de los Trib.**, 1935, p. 204). Otra: "Si la emoción violenta impide apreciar el carácter delictuoso del acto, exime de pena. En el caso juzgado se absolvió al acusado que dio muerte a su mujer al sorprenderla practicando el acto sexual con un hermano de aquél" (Ej. Sup. 13-11-52, en **Rev. del Foro**, 1953, p. 266). Otra: "El homicidio emocional requiere imperativamente que el que mata a otro lo haga bajo el imperio de una emoción violenta, que las circunstancias hicieren excusable; esto es, que el actor proceda reaccionando súbita e inmediatamente al estímulo de un hecho que provoque dicho estado emocional" (Ej. Sup. 24-7-54, en **An. Jud.**, 1954, p. 163). Otra: "Para que la emoción violenta se considere como circunstancia atenuante de la responsabilidad debe producir una reacción inmediata. En el caso de autos, el acusado sufrió en forma casual una herida en la cara con un cuchillo que portaba su enamorada, a la que había prometido matrimonio, cuya realización se postergó dos veces, y al verse herido la atacó con otro cuchillo produciéndole la muerte; es decir, que no lo invadió una emoción violenta sino que actuó con ánimo de venganza. Se le aumentó la pena de 5 años de prisión que le impuso el Tribunal Correccional a la de 8 años de penitenciaría como autor del delito de homicidio simple" (Ej. Sup. 17-7-74, en **Rev. de Jur. Per.**, 1974, p. 1370).

de carácter general que ha adoptado aquí el codificador, abandonando el sistema de previsiones casuísticas del C.P. abrogado. No cabe duda que el **quantum** de la pena que se aplique debe guardar relación con el examen y el resultado de la apreciación efectuada por el juzgador con respecto al valor excusante que ha tenido el conjunto de las circunstancias de hecho en el surgimiento de la conmoción psíquica.

PARRICIDIO POR EMOCION VIOLENTA EXCUSABLE

Art. 154.— “LOS DELITOS DE HOMICIDIO DEFINIDOS EN EL ART. 151, NO SERAN REPRIMIDOS CON LA PENA DE INTERNAMIENTO SINO CON LA DE PENITENCIARIA NO MENOR DE DIEZ AÑOS, CUANDO SE HUBIEREN PERPETRADO EN LA SITUACION EXPRESADA EN EL ARTICULO ANTERIOR”.

COMENTARIO

74.— FUENTE

La encontramos en el Art. 127 del Proyecto peruano de 1916. Su texto es idéntico al vigente, salvo la alusión al número de la norma tipificante del parricidio (Art. 124) y la adjetivación que se hace de su correspondiente pena de internamiento (“perpetuo”), sanción ésta que se sustituye debido a la concurrencia de la atenuante (cólera o dolor violentos producidos por ofensas o injurias inmerecidas y graves de parte de quien resultó víctima). Al respecto no existe el precedente legislativo nacional.

75.— SUJETOS

Vale aquí todo cuanto hemos dicho en relación a los sujetos **activo** y **pasivo** en el delito de parricidio, sin reserva alguna.

76.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los mismos que integran la figura delictiva contenida en el Art. 153. Sólo hay que agregar aquí uno de los elementos del Art. 151: que el hecho delictuoso deba cometerse “sabiendo” el agente que la víctima es uno de los parientes referidos por la ley.

77.— CONCURRENCIA DE ATENUANTE Y AGRAVANTE

La única circunstancia específica de atenuación que admite el parricidio es la referente a la emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable. Por otro lado, creemos que el codificador peruano hizo bien en darle importancia para configurar, así, el parricidio emocional. Hacemos presente que en los documentos prelegislativos suizos, que sirvieron de fuente al Art. 153 del C.P., no existe un texto similar al que ahora comentamos.

Considera NUÑEZ que no debe primar el vínculo de parentesco en razón a que no representa una contención mayor para la fuerza emocional (237). Nosotros creemos, por el contrario, que dicho vínculo es una circunstancia que en varios casos hace menos excusable, desde una perspectiva **objetiva**, el surgimiento del fenómeno psíquico de la emoción violenta. Es verdad que su existencia no representa de por sí “una contención mayor para la fuerza emocional”, pero también es cierto que **debía representarla**. En nuestro criterio, el vínculo de parentesco es una circunstancia que, de no haber sido considerada específicamente para estructurar la figura en comentario, de todas maneras el juzgador tenía que valorarla a fin de establecer en qué medida contribuyó en el hecho concreto a fundamentar o no la excusabilidad, desde una perspectiva genérica, relacionada con el surgimiento del estado emocional.

78.— CASO DE CONYUGICIDIO

Se hace difícil concebir hipótesis en las que un ascendiente dé muerte a su descendiente, o viceversa. En cambio, la realidad rebosa de casos de conyugicidios, y especialmente, de uxoricidios cometidos en estado de emoción violenta.

La defraudación del explicable egoísmo sexual, que las legislaciones civiles subliman con la fórmula “deber de fidelidad”, constituye una poderosa circunstancia que excusa el surgimiento de la conmoción anímica. Su reprochabilidad, por tanto, es mucho menor que cualquier otra motivación concurrente en el parricidio emocional. Es esta la razón por la que consideramos que resulta todavía grave el mínimo de la pena determinada por este dispositivo legal, puesto que existen hipótesis que reclaman una

(237) NUÑEZ: op. cit., Tomo III, p. 97.

muy especial benignidad (238). El Proyecto de C.P. publicado en "El Peruano", a partir del 19 de Agosto de 1985, contiene en su Art. 112, segundo párrafo, una sanción mucho más benigna: pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.

Algunos Cs. Ps., como el ruso-soviético, no contemplan la figura del parricidio y, por ende, tampoco la del parricidio emocional excusable, dando, en cambio, solamente una norma de carácter general donde la atenuante opera sin referencia a los sujetos del delito (239).

79.— PENALIDAD

La sanción a imponerse es la de penitenciaría no menor de diez años, ni mayor de veinte. Observamos que el Decreto-Ley N° 10976 (derogado por la Ley No. 23322), cuando estableció la pena de muerte para el parricidio, no modificó la penalidad señalada por el texto codificado para la figura comentada.

(238) "Si el agente al victimar a su esposa actuó bajo la impresión de una fuerte emoción que sufrió al imponerse sorpresivamente de la infidelidad conyugal de aquélla, los móviles éticos que lo impulsaron hacen que sea aplicable el Art. 154 del C.P., procediendo la sustitución de la pena de penitenciaría fijada en esta disposición por la de prisión, de acuerdo con el Art. 19 del mismo Código, así como la reducción de la responsabilidad civil por estar destinada a favorecer a sus propios hijos" (Ej. Sup. 2-11-43, en *An. Jud.*, 1943, p. 256). Otra: "Comete delito de homicidio por emoción violenta, el acusado que, en forma casual, se entera de la existencia de retratos con dedicatorias amorosas y cartas de la misma naturaleza dirigidas a su esposa, revelándose así que le era infiel, en cuyas circunstancias llega aquélla a la casa, infiriéndole el acusado numerosas heridas con arma cortante, que determinaron su fallecimiento instantáneamente. Si la víctima es esposa del agente, no puede sancionarse a éste con pena menor que la señalada en el Art. 154 del C.P., en función con el Art. 153 del mismo Código" (Ej. Sup. 8-4-46, en *Rev. de los Trib.*, 1946, p. 369). Otra: "Acreditada la emoción violenta al perpetrar el delito de uxoricidio, tratándose de un joven obrero, sin antecedentes, quien presenta síntomas de equivalentes epilépticos, procede atenuar la pena. Se condenó a 3 años de prisión al acusado quien al sorprender encerrados en una habitación a su esposa y al amante de ésta, en paños menores, infirió al último múltiples heridas con arma cortante que determinaron su fallecimiento a los pocos días" (Ej. Sup. 17-11-64, en *Rev. de Jur. Per.*, 1965, p. 448).

(239) Art. 104 del C.P. ruso: (**Homicidio doloso cometido en estado de intensa perturbación psíquica**).— "El homicidio doloso cometido en estado de repentina e intensa conmoción psíquica provocada por actos de violencia o de ofensa grave de parte de la víctima, o también provocado por otras acciones ilegítimas de la víctima, que hayan producido o que hubieren podido producir graves consecuencias para el reo o para sus parientes, será sancionado con privación de libertad hasta por cinco años o con trabajos correccionales hasta por un año".

INFANTICIDIO

Art. 155.— “LA MADRE QUE INTENCIONALMENTE MATARE A SU HIJO DURANTE EL PARTO, O ESTANDO TODAVIA BAJO LA INFLUENCIA DEL ESTADO PUERPERAL, SUFRIRA PENITENCIARIA NO MAYOR DE TRES AÑOS O PRISION NO MENOR DE SEIS MESES”.

COMENTARIO

80.— DEFINICION

La figura legal del infanticidio (de *infans*, niño; *coedere*, matar), consiste en la muerte intencionalmente causada por la madre en la persona de su hijo, homicidio cuya atenuación se explica porque ocurre durante el parto, o encontrándose todavía la madre bajo los efectos del estado puerperal. Si la muerte consciente y voluntaria se produjera al margen de las circunstancias psico-fisiológicas especificadas en el texto, en tal situación el delito se tipificaría en el Art. 151. En caso de mediar negligencia, entonces el hecho se subsumiría en el Art. 156 del C.P.

La definición que hemos presentado corresponde a nuestra dogmática y no tiene valor respecto a las legislaciones que, para privilegiar el infanticidio, adoptan el criterio **honoris causa**.

No obstante que la muerte tiene aquí como destinatario a un ser indefenso y es realizada por quien evidencia nada menos que la calidad de madre, nuestra ley considera el hecho como un **homicidium exceptum** en atención exclusiva al fenómeno psico-fisiológico. No siempre fue así. Desde el derecho romano de la época avanzada hasta comienzos del Siglo XIX, las legislaciones consideraron al infanticidio como un homicidio calificado, equiparándolo al asesinato y lo castigaron con pena de muerte. ALIMENA refiere que en la Exposición de Motivos del C.P. francés de 1810 se decía lo siguiente: “es imposible que el infanticidio no sea premeditado es imposible que sea un súbito efecto de ira o de odio, puesto que un niño, lejos de inspirar esos sentimientos, no puede inspirar, en cambio, sino piedad. El niño no está en condiciones de poder oponer resistencia, ni de invocar socorro, y solamente por esto está

más especialmente protegido por la ley” (240). Esta tesis, que presumía la premeditación en el infanticidio, devino inaceptable. Fue debido, sobre todo, a las prestigiosas plumas de BECCARIA, FEUERBACH y CARRARA, que los Cs. Ps. fueron aceptando el **miedo al deshonor** como una circunstancia específica de atenuación. Posteriormente irrumpió el criterio del estado puerperal como factor determinante del privilegio penal.

Nuestro abogado C.P. de 1863 establecía una forma de infanticidio fisiológicamente circunstanciado (“en el momento de nacer”), delito que podía ser cometido tanto por la madre de buena fama como por los abuelos maternos de la víctima. También prescribía la sanción de otra modalidad de infanticidio en el que la muerte se perpetraba más allá del instante del parto, sin término cronológico precisado legalmente, hecho que se castigaba con una pena mucho mayor que la señalada para el primer caso (241).

81.— FUENTE

La ubicamos en el Art. 108 del Anteproyecto suizo de 1916, texto que ha sido mantenido en el Art. 103 del Proyecto helvético de 1918. El C.P. suizo de 1937, advertimos de paso, contiene en su Art. 116 una fórmula idéntica a la de los documentos pre-legislativos aludidos.

El Proyecto del C.P. peruano de 1916, cuyo texto definitivo fue presentado por el Diputado ponente VICTOR M. MAURTUA, describía el delito de infanticidio yuxtaponiendo al móvil del honor la influencia del estado puerperal (Art. 129) y extendiendo su ámbito de comprensión, con inconsecuencia manifiesta para el criterio psico-bio-valorativo que adoptaba, también a los padres, hermanos, marido o hijos “que por ocultar la deshonor de su hija, hermana, esposa o madre, dieren muerte al niño al nacer, dentro del tiempo y circunstancias que serán de apreciación del juez” (Art. 130). Pero fue la visión internacionalista de MAURTUA, siempre atento al desarrollo de la prelegislación y codificación

(240) ALIMENA: op. cit., p. 247.

(241) Art. 242 (C.P. 1863).— “La mujer de buena fama que por ocultar su deshonor matare a su hijo en el momento de nacer, sufrirá cárcel en quinto grado” (5 años). “Si el delito fuese cometido por los abuelos maternos, en las mismas circunstancias, la pena será de penitenciaría en primer grado” (6 años). “Fuera de estos casos, el infanticidio será castigado con penitenciaría en tercer grado” (12 años).

européas, la que le permitió enmendar rumbos con la oportunidad debida y acoger la fórmula helvética que hoy informa el texto comentado.

Con su acuciosidad acostumbrada, el Prof. BRAMONT ARIAS apunta, con un sentido valorativo y no cronológico, que la raíz y presupuesto del dispositivo legal analizado están en los Arts. 51 y 52 de la Constitución de 1933, en cuanto ponían a la familia, a la maternidad y a la infancia bajo la protección del Estado (242).

El precedente legislativo nacional, como ya se adelantara con el texto de la Nota No. 241, se encuentra en el Art. 242 del C.P. abrogado.

82.— LA “RATIO ESSENDI” DEL PRIVILEGIO PENAL

Para nuestro C.P. vigente la razón esencial de la atenuación específicamente determinada no es otra que el **estado puerperal**, elemento fisiológico que, según después veremos, no solamente sirve aquí para señalar los límites del período durante el cual la muerte del niño tiene que producirse a efecto que opere la minorante. El penalista argentino PECO ha calificado al criterio fisiológico, propio del estado puerperal, como “vago, incierto y peligroso” (243). Por otro lado, la Exposición de Motivos del C.P. brasileño de 1969, promulgado pero sin vigencia hasta ahora, anuncia que ha eliminado del infanticidio la “discutida fórmula de la influencia del estado puerperal” sustituyéndola por la del infanticidio practicado **honoris causa** (244). El C.P. Tipo para Latino-

(242) BRAMONT ARIAS, LUIS: “El delito de infanticidio”, véase en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Año XIX, Nos. I, II y III, U.N.M. de San Marcos, Lima, 1955, p. 94. En la Constitución de 1979 los dispositivos legales correspondientes son los Arts. 5º y 6º.

(243) PECO, JOSE: *Proyecto de Código Penal* (Exposición de Motivos), La Plata, 1942, p. 236.

(244) Como se apreciará a continuación, el vigente texto sobre infanticidio correspondiente el C.P. brasileño de 1940 no contiene expresamente la fórmula del estado puerperal o **impetus doloris**, pero sus comentaristas han sostenido que la suponía: Art. 123 (Infanticidio).— “Matar al propio hijo durante el parto o inmediatamente después, Pena: detención de dos a seis años”. El nuevo C.P. de 1969, todavía sin vigor, presenta la siguiente descripción: Art. 122 (Infanticidio).— “Matar a su propio hijo para ocultar su deshonra, durante el parto o inmediatamente después. Pena: detención de dos a seis años”.

américa propone una fórmula en la que al propósito de la madre de "ocultar su deshonra", se agrega el móvil de actuar "compelida por grave desamparo" (245). En cambio, el C.P. colombiano de 1980, reaccionando contra las proposiciones contenidas en el Anteproyecto de 1974 y el Proyecto de 1978, elimina el infanticidio por motivo de honor. En la correspondiente Relación explicativa adjunta al Proyecto de C.P., presentada por la Comisión Asesora (1979), se dice textualmente: "Desaparece también el llamado 'infanticidio honoris causa', por ser una institución obsoleta que no corresponde a los valores morales vigentes en la sociedad contemporánea" (246). No obstante, el Art. 328 del C.P. colombiano de 1980 (idéntico al Art. 471 del Proyecto de 1978), contiene, a nuestro entender, un tipo *sui generis* de infanticidio, que puede adjetivarse como "sentimental", aun cuando la citada ley no haga expreso uso del indicado sustantivo (247).

Entre los Cs. Ps. latinoamericanos resulta siendo el nuestro el único que sustenta, de manera pura y franca, la fórmula suiza del estado puerperal. Otros textos consagran un criterio mixto de *honoris causa e impetus doloris*, tales como el argentino (Art. 81, Inc. 2º) y el guatemalteco (Art. 303). Hay, por otro lado, los que consignan exclusivamente el móvil de honor, según se aprecia en el texto punitivo uruguayo (Art. 313). En otros documentos punitivos no se hace mención a criterio alguno, pero por los requisitos exigidos se sobreentiende que el privilegio tiene un fundamento *honoris causa*, tal como ocurre con el C.P. mexicano para el Distrito y Territorios Federales (Arts. 325 y 327). Por último, existe el caso del C.P. chileno (Art. 394), cuya descripción del infanticidio tampoco menciona la adopción de fórmula alguna, pero a diferencia del mexicano, por ejemplo, su texto no permite deducir cuál es el fundamento de la minorante (248).

(245) Art. 5º C.P.T. para L.: "Se impondrá . . . a la madre que para ocultar su deshonra o compelida por grave desamparo, matare a su hijo durante el nacimiento o hasta tres días después".

(246) Véase en: *Nuevo Código Penal y de Procedimiento Penal*, Edición Oficial, Bogotá D.E., 1981, p. 77.

(247) Art. 328. **Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida.**— "La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de uno o tres años".

(248) POLITOFF y otros escriben al respecto: "La figura de infanticidio está des-

En cuanto a los documentos prelegislativos latinoamericanos, tenemos que el Anteproyecto del C.P. de 1967 para Venezuela, preparado por los Profesores JIMENEZ DE ASUA y JOSE AGUSTIN MENDEZ, propugna por introducir el criterio del estado puerperal (Art. 160, Inc. 2º). El Anteproyecto de C.P. de 1973 para Ecuador, elaborado por la Subcomisión de Legislación Social presidida por JORGE HUGO RENGEL, propone tres fundamentos independientes para privilegiar este homicidio (249), entre los que aparece la causa de honor que había ya previsto como única atenuante el Art. 429 del C.P. de 1938. Respecto al Proyecto SOLER de 1979, advertimos que en su Art. 119 se traduce el criterio privilegiante del **impetus pudoris** de un modo que llamaremos "puro", diferenciándolo así de la forma "mixta" que presenta al engarzarse con el estado puerperal. Por último, nos percatamos que el Proyecto de C.P. publicado en "El Peruano", a partir del 19 de Agosto de 1985, no trae novedad alguna en su Art. 113 con relación al Art. 155 en comentario.

Pensamos que, si bien es verdad lo afirmado por PECO en el sentido que hay incertidumbre respecto a la extensión del estado puerperal, argumento que es decisivo para que acepte la fórmula honoris causa en su Proyecto de 1941 (Art. 115), en cambio no vemos cómo pueda superarse tal desconcierto anexando al **impe-**

crita en el Art. 294 C.P.: 'cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las 48 horas después del parto, matan al hijo o descendiente'. En la mayoría de las legislaciones existe un régimen penal más benigno para la madre que en ciertas circunstancias especiales (estado puerperal o motivo de honor) da muerte a su hijo recién nacido. La extravagante previsión de nuestro Código no refleja el sentido de esta tendencia legislativa, lo que hace difícil encontrar un fundamento racional para la figura. En efecto, el motivo de honor no es uno de sus elementos y el hecho de abarcar al padre y otros parientes excluye la influencia del estado puerperal como su razón de ser. La única manera de explicarse tan curiosa figura es atender a las vicisitudes de la historia de su establecimiento". Luego de estudiar los antecedentes del caso y comprobar que la labor para determinar los fundamentos de esta figura privilegiada resulta difícil, dicen lo siguiente: "En consecuencia, sólo cabe afirmar que el legislador sólo vio una menor ilicitud, un menor desvalor del hecho cuando, con respecto a determinados parientes, el sujeto pasivo es un recién parido que no ha alcanzado las 48 horas de vida. Se trata de una conclusión substancialmente absurda, pero es inevitable" (op. cit., pp. 137 y 142).

(249) Art. 432.— "Será reprimida con reclusión menor ordinaria de tres a seis años la madre que, por ocultar su deshonor, por causa de su gran miseria o debido a la influencia del estado puerperal, matare a su hijo recién nacido. Igual pena se impondrá a los abuelos maternos que, por ocultar su deshonor o debido a su gran miseria, cometieren este delito".

tus doloris el no más preciso criterio del móvil del honor. Si el fundamento preponderantemente fisiológico del estado puerperal y el sustento exclusivamente psicológico del honor tuvieran, cada uno por su lado, una insuficiencia intrínseca para operar por sí mismo como atenuante, no comprendemos, en realidad, cómo podrían complementarse sus distintas naturalezas para dar lugar a un sistema mixto que supere los inconvenientes que a cada cual se le atribuyen. En otras palabras: si cualquiera de las dos fórmulas, adoptada de manera independiente, fuere incierta como se afirma, entonces la inutilidad de juntar ambas sería manifiesta; y, si cualquiera fuere verdadera, bastaría en tal caso con una de ellas (249 bis). Si no fuere un error, por lo menos se presta a confusión utilizar legislativamente la definida fórmula del estado puerperal nada más que con el fin de poner un límite temporal máximo (que no se sabe cuál sería) al ámbito dentro de cuyos linderos al móvil de honor se le reconoce eficacia privilegiante cuando el infanticidio no es perpetrado en el momento del nacimiento. El Proyecto SOLER de 1979, tratando de superar el anotado defecto existente en el

(249 bis) En la Reforma del C.P. argentino, introducida por la "Ley" 17567, se afirma que el mantenimiento de la fórmula "mientras se encuentra bajo la influencia del estado puerperal", contenida en el Art. 81, Inc. 2º, obedece a que "en la interpretación de la misma, ha prevalecido el correcto criterio de atribuirle significado temporal". Luego se agrega que las modificaciones efectuadas son dos: por un lado, se aumenta la pena para la madre, y por el otro, se excluye a los parientes del privilegio. He aquí la explicación: "La razón de ambas modificaciones proviene de tomar en cuenta los profundos cambios sociales ocurridos en los últimos cuarenta años, en cuanto a la censura y aun el repudio que la maternidad irregular acarrea. De dicho cambio es fuerza deducir que este homicidio es hoy mucho menos excusable y que en ningún caso debe serlo para terceros" (Véase la respectiva "Exposición de Motivos" en: **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Nº 1, Enero-marzo, 1968, Bs. As., p. 111). Como vemos, el móvil del honor necesita aquí del "estado puerperal" para precisar su tiempo máximo de duración; o sea que, para determinar si existe o no delito de infanticidio **honoris causa** es requisito previo concluir si la parturienta se encontraba o no bajo los efectos del estado puerperal. La duración del honor (fenómeno exclusivamente psíquico) resulta, así, dependiendo de la duración del puerperio (fenómeno preponderantemente fisiológico), como si este último no tuviera sus propias dificultades temporales. A la pregunta: "¿Hasta cuándo se estima que la parturienta puede sentirse deshonrada?", la respuesta de la ley argentina es: "Hasta que termine la influencia del estado puerperal". En realidad mucho mejor hubiera sido optar por una de estas dos soluciones: o eliminar la fórmula fisiológica dejando al arbitrio del Juez (no a la arbitrariedad) determinar hasta cuándo puede fundarse la atenuación **ex impetus pudoris** (sin fijar tiempo en la ley); o eliminar la fórmula **honoris causa** del infanticidio, como lo ha hecho el C.P. colombiano de 1980. Las modificaciones introducidas al C.P. argentino por la "Ley" 21338, han dejado sin alteración la figura delictiva acotada.

texto argentino en vigor, ha recurrido al calendario, como después se verá, abandonando así toda alusión al estado puerperal.

Entre los nuevos documentos prelegislativos europeos no podemos dejar de mencionar, en este comentario, la excelencia del Art. 159 del Proyecto de Ley Orgánica de C.P. español correspondiente al año 1979. En dicho texto propuesto se abandona el criterio, seguido por el C.P. vigente, de privilegiar el infanticidio *ex impetus pudoris* y se acoge, en su lugar, una fórmula francamente psico-fisiológica. La exclusión que hace el citado Proyecto de los abuelos maternos respecto al beneficio de la minorante, a diferencia del Art. 410, segundo párrafo, del vigente C.P. español que sí los incluye en tal sentido, es una lógica consecuencia del abandono del criterio de la atenuación sustentada en el ocultamiento de la deshonra de la parturienta (249 ter). Observamos que la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio, sobre Reforma urgente y parcial del C.P. español, ha dejado intacto el texto del referido Art. 410.

83.— AUTONOMIA DE LA FIGURA

El infanticidio tiene autonomía sustancial en nuestro C.P., encontrándose específica y legalmente diferenciado tanto del aborto como del parricidio, figuras delictivas con las que no se les puede confundir al momento de la subsunción (250). La existencia del tipo independiente está confirmado por:

- a).— la **especificidad** del sujeto activo,
- b).— el estado **psico-fisiológico** (así preferimos denominar al

(249 ter) Art. 159.— “La madre que matare a su hijo recién nacido, bajo la influencia del estado puerperal o de tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento, será castigada, como reo de infanticidio, con la pena de prisión de tres a ocho años”.

(250) HURTADO POZO sostiene un punto de vista distinto: “Se trata de un delito especial en sentido amplio. La acción delictiva de matar a otro puede ser cometida por cualquiera, pero la realización por parte de una persona determinada por la ley importa la agravación o atenuación de la pena. En el infanticidio, sólo la madre se favorece con la atenuación de la pena. De no presentarse las circunstancias señaladas en el Art. 155, se daría la figura del parricidio”. Hasta aquí estamos de acuerdo. La discrepancia con nuestra perspectiva sobre el tema se presenta cuando, siguiendo a MAURACH, afirma lo siguiente, con pretendido valor para el tipo de infanticidio: “Los delitos especiales en sentido amplio son, pues, variedades típicas y no autónomas del delito básico” (op. cit., Parte Especial I, p. 105). Nosotros pensamos que, desde una perspectiva técnico-jurídica, solo es posible hablar de una autonomía típica *strictu sensu*.

preponderantemente psicológico, distinguiéndolo del psico-fisiovalorativo),

c).— la determinación del **momento mínimo** que permite diferenciarlo del aborto (“durante el parto”),

d).— la determinación del **momento máximo** que hace posible distinguirlo del parricidio (coincidente con la extinción del “estado puerperal”); y,

e).— la descripción típica en articulado propio.

84.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo**, para nuestra dogmática, sólo puede serlo la madre, sea legítima o ilegítima, de buena o mala fama. Se trata de un **delictum proprium** privilegiado en base a circunstancias psico-fisiológicas especiales. En consecuencia, la atenuante no alcanza a otra clase de parientes. Señala acertadamente HURTADO POZO que el vínculo de parentesco no requiere ser probado, necesariamente, mediante la partida de nacimiento puesto que, dada la naturaleza de la infracción y el momento de su realización, no existe generalmente dicho documento (251).

Los textos punitivos que amparan la atenuación **ex impetu pudoris** hacen extensivo el privilegio a los parientes próximos (251 bis). Igual ocurre con algunos Cs. Ps. que acogen una fórmula mixta. En ambos casos se exigen, por ejemplo, que la madre sea ilegítima, que goce fama de honrada desde el punto de vista sexual, que las relaciones sexuales ilegítimas que así fructificaron hayan sido mantenidas ocultas, que cuando se trate de abuelos sean los maternos, etc. Ninguno de estos requisitos, a diferencia del Art. 242 del C.P. abrogado, demanda el texto vigente de 1924. Observamos, por otro lado, que el Proyecto SOLER de 1979, no obstante sustentar la atenuante del infanticidio en el ocultamiento de la des-

(251) *Ibidem*, p. 105.

(251 bis) El C.P. uruguayo es uno de los textos más amplios en este sentido. Según el Art. 313 pueden ser sujetos activos, además de la madre: el cónyuge, los padres y los hijos legítimos o naturales, reconocidos o declarados tales, los adoptivos, los abuelos, nietos y también los hermanos legítimos. El C.P. español tiene una posición intermedia, pues su Art. 410 considera como agentes tanto a la madre como a los abuelos maternos. Uno de los más concretos es el C.P. brasileño de 1940: nadie más que la madre puede cometer infanticidio, conforme a la prescripción contenida en el Art. 123.

honra, sin referirse para nada al estado puerperal, ha considerado ahora únicamente a la madre como sujeto activo (Art. 119), a diferencia del texto original del C.P. argentino de 1921 (Art. 81, Inc. 1º, apartado a.), cuyo articulado, antes que se produjera la reforma substitutoria introducida por la "Ley" No. 17567 (la que derogada, después reeptara en materia de infanticidio la "Ley" No. 21338, también expedida por gobierno **de facto**), hacia extensiva la atenuante a determinados parientes consanguíneos de la madre que hubiesen cometido infanticidio para ocultar la deshonra y encontrándose bajo los efectos de una emoción violenta excusable. Si bien es cierto que resultaba censurable la elaboración de una fórmula mixtifori (móvil de honor, estado puerperal i emoción violenta) para así dar cabida como sujetos activos a los parientes consanguíneos de la madre, también es verdad que tal crítica desaparecería si el ingrediente del estado puerperal se descartara con el fin de que la minorante funcione en base exclusiva al móvil de honor operando durante el nacimiento o dentro de un plazo fijado en días a partir del alumbramiento. Nos sorprende, en verdad, que el Proyecto SOLER de 1979, aceptando al **impetu pudoris** como atenuante, sin necesidad de recurrir a la fórmula del estado puerperal, no haya previsto a los parientes consanguíneos de la madre para considerarlos como posibles sujetos activos del delito de infanticidio. Si hay deshonra, entonces no son "terceros".

Interpretando nuestra legislación, dice BRAMONT ARIAS que si un ascendiente, descendiente o cónyuge de la parturienta matare al niño naciente, o recién nacido, cometerá parricidio en el primer y último casos. En cambio, si es el descendiente o un extraño, el delito perpetrado será homicidio simple, no así asesinato. El Maestro sanmarquino fundamenta su punto de vista en que la situación de desvalimiento en que se encuentra la víctima no ha sido procurada o buscada por el agente (252). Aunque en nuestra legislación penal no existe realmente el homicidio agravado por alevosía, conviene tener en cuenta esta observación respecto a la no buscada indefensión del infante y a la comisión sobre seguro del hecho delictuoso, con la finalidad que pueda determinarse judicialmente, con el examen de tal circunstancia genérica (Art. 51, Incs. 1º del C.P.), la pena señalada en el Art. 150 (253).

(252) BRAMONT ARIAS: op. cit., p. 95.

(253) CARRARA, al exponer las razones aducidas por los antiguos criminalistas para incluir el infanticidio entre los homicidios calificados, presenta la argumentación

b).— **Sujeto pasivo** es el niño que está naciendo, o el recién nacido, o el niño que está desarrollándose durante la etapa en que la madre se encuentra todavía experimentando los efectos del estado puerperal.

Como nuestro texto legal no se refiere *expressis verbis* al recién nacido, empleando en su lugar la frase “durante el parto”, con mayor razón interesa a la dogmática peruana precisar cuál es la línea diferencial mínima con el delito de aborto y la máxima con relación al homicidio, delimitación que es trascendente para los efectos de la tipicidad, según enseña QUINTANO RIPOLLES (254). El tema, que ahora nada más indicamos, será abordado al tratar de los elementos del delito comentado.

Conviene en este acápite afirmar que el niño naciente puede ser viable o no; es decir, no interesa determinar si tenía o carecía de capacidad para sobrevivir extra-útero.

85.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Preexistencia de una vida extrauterina, o que deviene como tal.** Se comprende, así, los casos del nacimiento, del recién nacido y del niño que ha vivido pocos días después de su nacimiento.

b).— **Que el hijo esté naciendo vivo, o haya nacido vivo.** Este es un fenómeno biológico que no puede ser judicialmente apreciado sin la ayuda de la Medicina Legal. El Prof. HUNGRÍA explicaba que son tres los hechos esenciales que distinguen a la vida extrauterina de la intrauterina: 1º) cesación de la circulación feto-placentaria; 2º) substitución de la respiración placentaria por la respiración pulmonar; y, 3º) substitución de la nutrición por vía placentaria por la nutrición a través de la vía gastro-intestinal. Agregaba el Magistrado brasileño que estos hechos tienen características ex-

consistente en considerar al niño como incapaz de defenderse de sus “bárbaros enemigos” demandando, por tanto, una más enérgica protección de la ley social. He aquí su punto de vista al respecto: “es noble y verdadera esta idea, pero no da la razón de la odiosidad de esta figura especial, pues por segunda vez preguntamos cuál es la diferencia entre el niño nacido hace una hora y el nacido hace un mes, desde el punto de vista de su incapacidad para defenderse; y como es preciso responder que por este aspecto no hay ninguna diferencia, habrá que concluir que para ver un título especial y más odioso en la muerte dada al niño recién nacido, el concepto de la impotencia es una idea vana, insuficiente para dar razón de dicha diferencia” (op. cit., § 1208).

presiones anatómicas, constituyendo las averiguaciones de las mismas la prueba de la vida extrauterina (255). Hasta hoy se considera como la mejor prueba, para acreditar que el naciente o recién nacido tuvo realmente vida extrauterina, el hecho que haya **respirado**. Según la Medicina Legal tal demostración está ligada a las modificaciones importantes, duraderas y persistentes después de la muerte, que sufren los pulmones al nacer el infante. Las pruebas macroscópicas, hidrostáticas e histológicas a que son sometidos los pulmones, con el fin indicado, se denominan **docimasias pulmonares** (256). Conviene hacer presente que la docimasia pulmonar no es la única de carácter respiratorio, aunque sí es verdad que la más simple y menos aleatoria resulta siendo la llamada **docimasia pulmonar hidrostática**. Existen otras docimasias respiratorias estimadas como pruebas secundarias, tales como: la gastro-intestinal, la radiológica, la diafragmática, la hemato-pulmonar, la pneumo-hepática, etc. Así, por ejemplo, la docimasia gastro-intestinal, conocida también como **prueba de Breslau**, se basa en el principio de que la penetración del aire al estómago y al intestino es un fenómeno vital de deglución extrauterina. Consiste en extirpar masa intestinal entre dos ligaduras y ponerla sobre agua. Si flota, es índice que el niño ha vivido, con la condición de que la putrefacción no haya comenzado y que la insuflación de aire esté excluida. La afirmación médico-legal de que el niño no ha vivido (por no haber respirado) demanda la prueba de que la muerte se produjo in

(255) HUNGRÍA: op. cit., Volumen V, p. 223.

(256) La prueba de la docimasia hidrostática pulmonar se basa en el hecho de que la densidad de los pulmones que han respirado es inferior a la del agua. La prueba es positiva cuando: 1º).— La masa de los órganos, comprendiendo los pulmones, el corazón y el timo, introducidos en una vasija llena de agua, sobrenada; 2º).— Los pulmones, y pequeños fragmentos de éstos, sobrenadan; 3º).— Los fragmentos de pulmón sobrenadan aún después de haber sido comprimido entre los dedos, no siendo nunca la expulsión del aire suficiente para impedirlos flotar; y, 4º).— La compresión bajo el agua de otros fragmentos deja escapar finas burbujas de aire procedentes de los alveólos; suben a la superficie del líquido para formar espuma. Se advierte, como causa más importante de error, a la putrefacción. Los pulmones y los fragmentos de pulmones de un recién nacido muerto son capaces de flotar cuando están putrefactos. Pero la compresión del tejido pulmonar basta para expulsar las burbujas pútridas y el fragmento cae en el fondo del recipiente. La misma compresión bajo el agua da salida a burbujas de gas de grosores desiguales, muy superiores a las dimensiones de los alveólos (Véase: SIMONIN, C.; **Medicina Legal Judicial**, Barcelona, 1962, p. 245 s.).

utero o durante el parto, según observa SIMONIN (257). Existen otras **docimasia**s que no son **pulmonares**, entre las que podemos citar: la alimentaria, la renal, la bacteriológica, la umbilical, etc.

Observa HUNGRÍA que es más difícil la prueba de la vida biológica en el inicio del parto. Al respecto sostiene que la prueba indiciaria más acreditada es la constatación de la bolsa sero-sanguínea (**caput succedaneum** o "tumor de parto", según los autores italianos). Se trata de una bolsa de consistencia blanda, pastosa, bastante definida en relación a las partes adyacentes, cuya presencia se advierte por su pronunciado color rojo (aunque no siempre se distingue a simple vista), con un tamaño aproximado al de una nuez. Dicho fenómeno biológico se presenta como consecuencia de un desequilibrio de presión entre la parte del cuerpo fetal, todavía contenida en el útero y oprimida por las contracciones uterinas, y la parte que se muestra en el orificio uterino (la cabeza del naciente). La presencia de esta bolsa no sólo evidencia que el parto ya se inició, sino también indica una reacción vital del naciente; esto es, puede deducirse de su presencia (o sus vestigios) que el naciente estaba todavía vivo al comienzo de la expulsión (258). Nos previene SIMONIN frente al error de interpretación en que puede incurrirse al atribuir un origen criminal a esta lesión que se encuentra en recién nacidos, fallecidos de muerte natural (259).

Advierte CARRARA que en la definición del infanticidio se habla de **muerte**, lo cual exige que la acusación necesariamente

(257) SIMONIN: op. cit., p. 251. Agrega este autor que la muerte **in utero** es indiscutible: "El embrión muerto en el huevo en el curso de los dos primeros meses, puede disgregarse y disolverse. Del tercer al quinto mes, el feto muerto se momifica. A partir del quinto mes, es transformado por la maceración. Toma en algunos días un color rosado; después aparecen, sobre todo alrededor del ombligo, manchas gris apizarradas que se generalizan durante la segunda semana; la consistencia del cuerpo es blanda, la epidermis se desprende fácilmente; la cabeza se aplasta debido a la dislocación de los huesos del cráneo; el cerebro y las vísceras se reblandecen; en las cavidades pleurales, pericárdica y peritoneal encontramos una serosidad sanguinolenta que invade progresivamente todo el cuerpo. La maceración se distingue de la putrefacción por la ausencia de gas, de olor y del color verde de la piel" (p. 251 s.).

(258) HUNGRÍA: op. cit., Volumen V, p. 227.

(259) Dice SIMONIN: "Una bolsa **serosanguínea** voluminosa recuerda un derrame sanguíneo traumático del cuero cabelludo. Pero en este último caso, la sangre es pura y coagulada, mientras que la bolsa serosanguínea tiene el aspecto de una tumefacción blanda, semi transparente, formada de sangre y de serosidad que se derrama bajo la presión de los dedos al incidirla" (op. cit., p. 259).

pruebe que el niño **nació vivo**. En la muerte de un adulto la simple inspección de su cadáver presenta muestras evidentes de que antes vivía; pero en un niño recién nacido, las condiciones generales de su organismo no muestra a la vista todos los signos sensibles de su vida extrauterina. Por tanto, es preciso construir esta prueba mediante indagaciones más cuidadosas, pues si queda en duda que las violencias fueron ejercidas sobre un cadáver, o sea sobre un niño que nació muerto, falta la esencia de hecho del título de homicidio, la cual exige que se haya truncado el curso de la vida de un ser humano. Continuando, el Maestro de Pisa enseña que el hecho de la vida extrauterina de la criatura podrá a veces acreditarse con una prueba **histórica** y directa merced a testigos que aseguren haber visto al niño moviéndose espontáneamente después de su salida del vientre materno o de haberlo oído llorar. Pero como estos partos se realizan ordinariamente en lugares fuera de la presencia de otras personas, será raro que la acusación pueda servirse de esta prueba histórica, siendo preciso, por tanto, recurrir a la prueba pericial. Corresponde, pues, a la Medicina Legal describir los medios cómo el perito puede comprobar, por la inspección del cadáver del niño, si este tuvo o no vida extrauterina (259 bis). Conforme apunta HUNGRÍA, la prueba testimonial, que eventualmente existiera, será siempre subsidiaria o supletoria de la pericia médica (259 ter).

c).— **Que la muerte se produzca durante el parto, o estando todavía la madre bajo la influencia del estado puerperal**. El parentesco es uno de los elementos de este tipo privilegiado, pero no representa el fundamento de la atenuación. Sostenemos que la minorante, según nuestro texto punitivo, encuentra su razón de ser exclusivamente en el estado psico-fisiológico de la madre (259 quater). Los medios de comisión pueden ser diversos, tales como: sofocación, estrangulación, violencias craneanas, etc. El delito puede ser perpetrado tanto por acción como también en la forma de **comisión por omisión**. Pensamos que la relación de parentesco

(259 bis) CARRARA: op. cit., § § 1220 al 1224.

(259 ter) HUNGRÍA: op. cit., Volumen V, p. 227.

(259 quater) En otras legislaciones en las que se establece un plazo después del parto, tiempo dentro del que debe producirse la muerte para que exista infanticidio, como en el caso del Art. 394 del C.P. chileno (dentro de las 48 horas), puede decirse que el privilegio de la figura también está en función del sujeto pasivo (un infante que ha vivido no más del tiempo indicado en la ley de que se trate).

madre-hijo funda la posición de garante. Si la madre omite evitar la muerte, a que se encuentra peligrosamente expuesto el indefenso infante, estamos frente a la modalidad de comisión por omisión del delito de infanticidio (260).

El parto es la terminación normal del embarazo. Médicamente el parto es un período más amplio que el nacimiento. Se le puede definir como **la actividad fisiológica mediante la cual el producto de la concepción es expulsado del claustro materno a través de las vías naturales y por el mismo impulso que la naturaleza ha destinado a este fin.** El nacimiento es una etapa del parto, precisamente la etapa más importante. El nacimiento propiamente dicho comienza cuando una parte del cuerpo del infante se asoma al exterior, terminando en el instante en que el niño ha sido totalmente expulsado del claustro materno y trata de adaptarse a la vida extrauterina, para lo cual comienza a respirar.

Creemos que con la expresión “durante el parto” el codificador, como ya lo dijimos, ha determinado el **momento mínimo** que permite diferenciar al infanticidio del delito de aborto. Si estamos en lo cierto, entonces la frase “durante el parto” debe ser interpretada como sinónima de “durante el nacimiento” (261). Se supera de esta manera, mediante una interpretación restrictiva, el error de técnica en que se ha incurrido al recepcionar la norma penal un concepto perteneciente a la Medicina que dice más de lo que quiere la voluntad de la ley. El texto codificado en comentario no se resiente en manera alguna con esta clase de interpretación, por lo que, nos reafirmamos en señalar: el nacimiento es el momento más importante del parto.

(260) Conformes: POLITOFF y otros, op. cit., Tomo I, p. 145. También HURTADO POZO: op. cit., Parte Especial I, p. 105.

(261) En contra: HURTADO POZO, op. cit., Parte Especial I, p. 106. Según este autor, el parto comienza con los verdaderos dolores producidos por las contracciones del útero, las mismas que continúan hasta la expulsión del fruto de la concepción, opinión que apoya en la autoridad de JEAN GRAVEN. Refiriéndose al parto dice, de manera diferente a lo que nosotros sostenemos: “En realidad, esta es la segunda fase del proceso del nacimiento. La primera comprende el descenso del feto, quince o veinte días antes de la expulsión”. El error es más evidente en PEÑA CABRERA cuando afirma: “Importa determinar cuándo principia el nacimiento. Nuestra ley señala el camino al emplear la expresión ‘durante el parto’, esto es, admite que la muerte puede ser causada en el seno materno, cuando el ser no posee todavía vida independiente” (op. cit., Volumen II, Parte Especial, p. 97).

El nuevo ser que emerge a la vida extrauterina es ya humano para nuestro ordenamiento jurídico; es decir, no un objeto de derecho, sino, irrevocablemente **sujeto de derecho**. Esta afirmación está corroborada no sólo por la expresión "hijo" que utiliza el Art. 155 del C.P., sino también por el Art. 1 de nuestro C. Civil de 1984 que establece que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento (262).

Según el Prof. LEON BARANDIARAN, el nacimiento fue tomado por nuestro abrogado C. Civil en su significación natural y lo define como **el hecho de que venga a separarse el recién parido del claustro materno siempre que haya nacido con vida** (263). Interpretando la certera concepción de nuestro sabio comentarista del Derecho Civil patrio, que encuentra también asidero en el texto codificado de 1984, diremos que el nacimiento **no es un instante, sino, deviene en un proceso**.

Fijando el límite diferencial mínimo del infanticidio con el aborto, lo señalamos así: el momento en que comienza a asomarse el nuevo ser a la vida extrauterina (264). En consecuencia: hay infanticidio, desde la perspectiva de este extremo, cuando el niño emerge a la vida de relación y es privado de su existencia por la propia madre.

Para legislaciones como el C.P. alemán (§ 217) y el C.P. italiano (Art. 578), que usan la expresión "inmediatamente después del parto"; o para las que utilizan la frase "inmediatamente después del nacimiento", como es el caso del C.P. paraguayo (Art. 347), la muerte del párvulo debe producirse, en el extremo máxi-

(262) El Art. 1 del C. Civil de 1984 prescribe: "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento, la vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo".

(263) LEON BARANDIARAN, JOSE: **Curso Elemental de Derecho Civil Peruano**, Lima, Perú, 1970, p. 86.

(264) El Art. 578 del C.P. italiano ha querido superar el problema del límite mínimo de infanticidio propiamente dicho, creando la figura del **feticidio** consistente en ocasionar la muerte del feto "durante el parto". Lo que impropriamente tiene el **nomen iuris** de feticidio, aplicado en un sentido distinto al que le diera CARRARA, sería una especie de figura intermedia entre el aborto y el infanticidio. El esfuerzo desplegado en este sentido ha visto frustradas las expectativas que se cifraron en la distinción ya que, según creemos, siguiendo a MAGGIORE, el feto **que nace** sencillamente no es más feto, sino, hombre y persona (op. cit., Volumen IV, p. 311).

mo que interesa aquí determinar, durante el tiempo que perdura la agitación da la madre ocasionada por el parto y el trastorno que experimenta el recién nacido por su cambio de ambiente vital. En realidad, se está presumiendo **juris et de jure** que la mujer sufre una perturbación psicológica temporal con motivo del parto.

Nos toca ahora precisar en qué consiste el tan discutido “estado puerperal”. En primer lugar, el **puerperio** es el período de recuperación psico-física de la mujer que se produce progresivamente y que sigue inmediatamente después del parto. Durante este lapso de tiempo los órganos genitales y el estado general de la parturienta vuelven a la condición ordinaria que tenían antes de la gestación. Como consecuencia del embarazo y del parto la madre ha sufrido no sólo la hipertrofia de algunos órganos determinados, sino, también ha experimentado alteraciones psicológicas que pueden, inclusive, hacerla inimputable, como cuando padece la fiebre puerperal. Las alteraciones físicas son evidentes y las psíquicas se reputan existentes “durante el parto”, disminuyendo éstas la capacidad de entendimiento de la madre y sus frenos inhibitorios (265). Respecto al “estado puerperal”, se entiende como tal el

(265) El médico Dr. EUGENIO KOREMBLIT, Profesor de la Universidad de Buenos Aires, estudia el parto como una de las **crisis vitales** que se presenta en la mujer (las otras son la menstruación, el aborto y la menopausia). Como uno de los factores que surgen durante el estado grávido-puerperal, estudia el **puerperio**. He aquí sus palabras: “Lo dividimos (al **puerperio**), de acuerdo con el criterio clásico, en inmediato y mediato. El primero comprende las 24 horas siguientes al parto; produce en la reciente madre un grado de dispersión de su personalidad, provocado por la situación de cambio y, en ocasiones, puede llevar algún tiempo volver a integrarla. El nacimiento es una separación traumática y feliz para los dos. Pero lo traumático y feliz se dan forma complementaria. En el niño se da lo traumático. Está asustado, resentido por haber perdido su edén y tener que cambiarlo por algo que le resulte mucho más difícil de tolerar. Hace el esfuerzo constante de vivir separándose. En la madre predomina el aspecto felicidad. El bebé vive centrado en su madre, de la que se ha separado traumáticamente en el momento del largo nacer y es ella la depositaria de los mensajes que emite el niño a través del llanto, los afectos etc. Hay en la madre un estado que podríamos llamar de “ensoñación” que le permite recibir esos mensajes en forma óptima. Ella los recibe, los contiene, elabora y devuelve al bebé en forma de conductas que le posibiliten el aprendizaje. A través del pecho, que es una parte del cuerpo de la madre que el bebé siente dentro de sí mismo, éste emite los mensajes sobre su propio estado. Pero el pecho no sólo brinda la leche, que sería el aspecto material de esta relación, sino también calor, afecto, comprensión, esperanzas, temores. Cuanto más logra la madre escuchar, en su estado de “ensoñación”, lo que pasa dentro de su hijo, más capaz será de devolverle, en forma de mensajes, las respuestas. En este diálogo sin palabras se da el vínculo que será la base de todo el futuro desarrollo emocional del niño. Durante la segunda etapa, o etapa mediata, aparecen las tres depresiones fisiológicas del puerperio. La primera, entre el tercero y el quinto día, tiene una connotación orgánica (molesta la episiotomía, se moviliza el intestino, aparece

tiempo que transcurre sin que la madre se haya recuperado todavía de las alteraciones psico-físicas propias del embarazo y alumbramiento. La palabra "estado" permite dar una idea clara que se trata de un proceso donde se presentan los sucesivos modos de ser de una situación personal sujeta a cambio. Tal vez convenga recordar que puerperio deriva del latín *puerperium*, equivalente a "tiempo de parto".

la secreción láctea) y una base psicológica (hay que volver a casa, atender y entender un niño que depende exclusivamente de ella). Salieron dos personas, una con el abdomen abultado, y ahora vuelven tres seres humanos. Ello explica el llanto o la angustia que puede aparecer en este momento del puerperio. La segunda depresión, entre los 28 y 32 días después del parto, tiene también una connotación orgánico-emocional. Pero aquí se ve claramente el triángulo. La madre nota una disminución de su secreción láctea, que dura 4 ó 5 días y que coincide con la primera ovulación. Un neonatólogo no avezado puede incluir en este momento la lactancia artificial, que con una prudente espera podía haber evitado. Al mismo tiempo, los dos roles que la madre tiene que desempeñar no están aún bien delimitados y provocan confusión en el objeto de su libido: por un lado está su hijo, que depende exclusivamente de ella, y por el otro, el marido, que también la necesita como si fuera un hijo mayor, o como el hombre que la quiere. Por todo esto, es aconsejable volver a ver a la puérpera a los 30 días y ayudarla en esta segunda depresión. El niño exige a la mujer algo que el médico aún no ha autorizado. Lo importante es que ella tome conciencia de que puede dividir su afecto entre dos personas, sin descuidar ninguna. La tercera depresión aparece al finalizar la lactancia, y en ella se establece la verdadera separación entre madre e hijo, al decir de MARIA HOPKINS, 'la madre lleva a su hijo nueve meses en el vientre, un año en el seno y toda la vida en el corazón'. Esta depresión es la que suelen ver los psiquiatras y, como las anteriores, no es más que la elaboración de un duelo". Advertimos que el médico bonaerense, con seguridad, ha empleado la palabra duelo como derivado de la voz latina *duellum*, contracción de *quasi duorum bellum*, que significa: casi guerra entre dos. Luego de afirmar, por lo que ha expuesto, que en el estado grávido puerperal existen modificaciones y variables individuales que responden a la personalidad de la mujer, a sus conflictos subyacentes anteriores y a su relación con el medio ambiente, procede a desarrollar el contenido de la voz "Psicosis puerperal". Estas son sus palabras: "De acuerdo con lo dicho, en toda mujer que ha tenido un hijo existen tres etapas de depresión puerperal que pueden agravarse y llegar al estado de psicosis. En la primera semana, a los treinta días y al finalizar la lactancia. El grado de gravedad del cuadro estará de acuerdo con la personalidad de la mujer, su cuadro neurótico pregrávido y su elaboración de la situación del parto. Existen mujeres en las que ya cabe esperar, durante el embarazo y mediante un estudio de su personalidad, la posibilidad de que se desencadene un cuadro de psicosis puerperal. Pero al margen de la actitud de la gestante, se consideran de valor fundamental el medio familiar que la rodea y la adaptación psico-social del embarazo sobre la misma. Al igual que en la psicosis en general, muchas veces es la paciente la depositaria de un ambiente psicótico. Aquí es fundamental la prevención primaria durante el embarazo, mediante los métodos de educación para el parto. Si el estado psíquico de la gestante supera los conocimientos del obstetra, este debe compartir la responsabilidad del diagnóstico y la conducta terapéutica con el psiquiatra, para prevenir la crisis durante el puerperio. Muchas veces las gestantes, con actitudes o acciones, están demostrando ya por anticipado su inestabilidad psíquica, dando así lugar a una oportuna psicoterapia preventiva. Debe

Para el Prof. SOLER, el estado puerperal es el conjunto de síntomas fisiológicas que se prolongan por un tiempo después del parto (266). Como ya se dijo (267), la Reforma del C.P. argentino, que efectuara la "Ley" No. 17567, mantuvo la fórmula "mientras se encontrare (la madre) bajo la influencia del estado puerperal". En concepto de SEBASTIAN SOLER, CARLOS FONTAN BALESTRA y EDUARDO AGUIRRE OBARRIO, responsables de la Exposición de Motivos como Miembros de la Comisión Redactora, la indicada fórmula fisiológica no se ha modificado porque, en la interpretación de la misma, "ha prevalecido el correcto criterio de atribuirle significado temporal" cuando es usada, claro está, como complemento al móvil de honor en la tipificación del infanticidio. No obstante esta razón, advertimos que en el Proyecto SOLER de 1979 se omite toda referencia al estado puerperal y en su lugar se recurre al número de días ("hasta tres días después" del nacimiento) para precisar el lapso dentro del cual puede ocurrir el infanticidio que no fuere ejecutado durante el alumbramiento.

Nuestra jurisprudencia no ha precisado en qué consiste el tantas veces repetido estado puerperal, pero sí lo ha reconocido expresamente como capaz de producir perturbaciones psíquicas en la parturienta (268).

ser de rutina el estudio de la personalidad de la gestante antes de incluirla en los cursos de psico-profilaxis obstétrica, porque en pacientes psicolábiles los mismos pueden reactivar procesos mentales previos a la gestación. Establecido el diagnóstico debe tratarse a la paciente sin apartarla de su ambiente y, de ser posible, hacer una terapia grupal a todo el medio familiar, al que deberá reintegrarse la mujer una vez recuperada. La medicación adecuada variará de acuerdo con la sintomatología y la forma clínica de los cuadros de la psicosis puerperal. Es conveniente no aconsejar un nuevo embarazo hasta tanto no se logre un equilibrio satisfactorio de sus conflictos" (Véase en el desarrollo de la más amplia voz "Psiquiatría Tocoginecológica", en: *Enciclopedia de Psiquiatría*, Librería "El Ateneo", Bs. As., 1977, p. 606 s.).

(266) SOLER: op. cit., Tomo III, p. 93.

(267) Ver nota Nº 249 bis.

(268) "Es de aplicación el Art. 155 C.P. y no el Art. 151 del mismo cuerpo de leyes, a la acusada que bajo la influencia de una perturbación psíquica debida al estado puerperal en que se encontraba, como aparece de la forma y circunstancias del delito, dio muerte por estrangulación a su mejor hijo de 35 días de nacido" (Ej. Sup. 31-8-43, en *An. Jud.*, 1943, p. 150; y, en *Rev. de los Trib.*, 1943, p. 300). Como se observa, esta resolución considera que la "perturbación psíquica" es una de las manifestaciones del estado puerperal, al tiempo que da una idea del *quantum* temporal aceptado por nuestros Tribunales.

En la sumilla de un fallo de la Cámara del Crimen de Buenos Aires se indican las condiciones reclamadas por la figura delictiva del infanticidio, así como también se presenta una definición del estado puerperal (269). El jurista argentino LEVENE, quien parece participar de la opinión que califica la fórmula del **impetus doloris** como oscura y cronológicamente imprecisa, acepta en cambio, sin dudar, la existencia de un estado de agotamiento en la mujer, causado por los sufrimientos físicos del parto y la debilidad consecuente a la pérdida sanguínea, produciéndose durante horas y aun días, trastornos de conducta psicopáticos, oscureciéndose su conciencia pero sin llegar a anularse en ese estado puerperal. Con relación al período del **puerperium**, consigna que los órganos genitales de la mujer evolucionan desde el momento del parto hasta que es nuevamente apta para la fecundación, finalizando el período al reaparecer la menstruación (270).

La duración del tiempo puerperal, en realidad, no tiene un preciso límite máximo, siendo su fijación importante en cada caso a fin de poder diferenciar el infanticidio del parricidio. Teniendo en cuenta la personalidad de la madre y el número de días transcurridos desde el nacimiento, creemos que el prudente arbitrio del Juez, auxiliado por psiquiatras y médico-legistas, podrá determinar la continuidad o la terminación de tal estado en relación al momento en que se le da muerte al infante. En caso de duda, en la apreciación de la prueba habrá que respetar el principio universal **in dubio pro reo** (Art. 233, Inc. 7, de la Constitución; y, Art. 284 del C. de P.P.). Puede decirse que la Medicina, de una manera general, considera que el estado puerperal abarca las primeras cuatro semanas posteriores al parto.

Tratando de resumir lo expuesto hasta ahora en este tema afirmamos que el infanticidio, según nuestra dogmática, puede producirse en cualquiera de estas dos hipótesis:

(269) "Para que la muerte de un recién nacido sea calificada de infanticidio se requieren dos condiciones: 1).— que se cometa para ocultar la deshonra; y, b).— que lo sea durante el nacimiento o en estado puerperal. La primera resulta del estado de soltera, clandestinidad de relaciones carnales y ocultamiento del embarazo, por la madre autora del delito. Estado puerperal es el conjunto de condiciones en que se encuentra la mujer hasta la vuelta al estado anterior al embarazo" (C. C. C., Fallos, Tomo I, P. 481, cit. por RICARDO LEVENE; véase en: **El delito de homicidio**, op. cit., p. 320).

(270) LEVENE: op. cit., p. 320.

1).— **in ipso partu**, es decir, antes del total desprendimiento del naciente, pero después que el mismo ha comenzado a manifestarse al exterior. No otra cosa significa que la acción de matar se realice “durante el parto”. Las alteraciones psico-físicas, tales como el desequilibrio hormonal y los trastornos nerviosos de origen tóxico, que son propias del embarazo y del alumbramiento, se suponen existentes y no es necesario que sean probadas.

2).— **post partu**, es decir, después de terminado el nacimiento y durante todo el tiempo de influencia del estado puerperal. La existencia de esta condición necesita ser demostrada. Procesalmente la prueba es negativa: hay estado de puerperio cuando el Ministerio Público, quien por ley tiene la carga de la prueba, no acredita su **inexistencia**.

d).— **Dolo**. El delito de infanticidio requiere necesariamente conciencia y voluntad homicidas. Si la muerte se produce por negligencia o imprudencia de la madre, entonces responderá por homicidio culposo. Esta hipótesis legal, por ejemplo, se presenta cuando la madre, sabiendo que tiene un sueño agitado, acuesta al niño en su misma cama, asfixiándole al comprimir al infante con el peso de su cuerpo.

86.— PARTICIPACION

El infanticidio en nuestra dogmática es un delito personalísimo. Como sostenía HUNGRÍA comentando el Art. 123 del C.P. brasileño de 1940, el estado puerperal es **incomunicable e inextensible** (271). Cualquier otro partícipe (instigador, coautor material, etc.), responderá por homicidio simple, o parricidio si concurre el parentesco consanguíneo directo. Esta claro, en consecuencia, que ningún otro participante podrá invocar en su favor las circunstancias personales que fundan el privilegio concedido nada más que a la madre parturienta.

87.— IMPUTABILIDAD Y ESTADO PUERPERAL

El texto comentado supone lógicamente que la actora es imputable. Si la capacidad de la madre para darse cuenta del carácter delictuoso de su conducta disminuye o desaparece, entonces, se aplicará, según el caso respectivo, o el Art. 90 del C.P. (en concor-

(271) HUNGRÍA: op. cit., Volumen V, p. 229. s.

dancia con los Arts. 85, Inc. 1º, además del Art. 155), o el Art. 85, Inc. 1º (de manera exclusiva). LEVENE, citando a BONNET, dice que el estado puerperal no es una situación de alienación mental, tampoco es una psicosis, sino, un cuadro de menor gravedad e intensidad, que algunos autores califican de estado de semialienación mental transitorio (272).

88.— UN CASO DE ATIPICIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

El Prof. ETCHEBERRY detalla el siguiente caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en la causa seguida contra Rogelia Maldonado Maldonado: la procesada cortó con un cuchillo el brazo derecho de la criatura que asomaba de su vientre, la cual fue luego completamente expulsada muerta y con el brazo amputado. La sentencia ABSUELVE a la acusada considerando que no se ha hecho reo del delito de infanticidio, ni de ningún otro delito contra las personas, por cuanto la criatura sufrió amputación del brazo que le causó la muerte, antes de separarse completamente de su madre, que es lo que constituye el nacimiento según el Art. 74 del C. Civil chileno, texto en el que se prescribe que “la existencia legal de toda persona comienza al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”. Tampoco, sostiene el fallo, se ha hecho reo del delito de aborto, pues hay en general aborto “siempre que el producto de la concepción es expelido del útero antes de la época determinada por la naturaleza”, y frente a la ley sólo es sancionado cuando la expulsión es provocada maliciosamente antes del término natural de la preñez. En el caso de autos que detallamos, el nacimiento fue fisiológico y natural, y no provocado intencionalmente. A no mediar anemia aguda producida por la amputación del brazo, la criatura habría nacido viva y de todo término. Concluye el fallo recordando que sólo son delitos las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley expresamente, de modo que, aunque vituperables moralmente algunos casos, no quedan sujetos a castigo “si una disposición expresa no lo dispone” (273).

Conviene advertir que el resultado absolutorio aludido no se habría producido entre nosotros. La razón está en que la exigencia

(272) LEVENE: op. cit., p. 320.

(273) ETCHEBERRY: op. cit., Tomo Cuarto, p. 7 s. y 47.

dogmática chilena (274) es distinta a la peruana. Para nuestro texto legal sí existe el delito de infanticidio en el caso referido desde que la muerte del niño ha tenido lugar “durante el parto”.

89.— PENALIDAD

La sanción es alternativa: penitenciaría no mayor de tres años ni menor de un año, o prisión no menor de seis meses ni mayor de tres años. Es verdad que el texto no señala el máximo de la pena de prisión, pero la lógica nos indica, como una interpretación correcta, la que concluye en el sentido que el máximo de la pena menos grave (prisión), no puede ser mayor que el máximo fijado para el mismo delito en relación a la pena que resulta siendo la más grave (penitenciaría).

HOMICIDIO POR NEGLIGENCIA

Art. 156.— “EL QUE POR NEGLIGENCIA CAUSARE LA MUERTE DE UNA PERSONA, SERA REPRIMIDO CON PRISION NO MAYOR DE DOS AÑOS.

LA PENA SERA PRISION NO MENOR DE UN MES NI MAYOR DE CINCO AÑOS, SI POR NEGLIGENCIA, EL DELINCUENTE HUBIERE INFRINGIDO UN DEBER DE SU FUNCION, DE SU PROFESION O DE SU INDUSTRIA”.

COMENTARIO

90.— DENOMINACIONES

El dispositivo transcrito tipifica una infracción penal que denominaremos, de acuerdo a nuestra dogmática, **homicidio por negligencia**. En la doctrina y legislación extranjeras se le conoce, indistintamente, también con los nombres de homicidio culposo o por culpa (Art. 329 C.P. colombiano de 1980), no intencional o inintencional (Art. 436 C.P. ecuatoriano), por imprudencia o impericia (Art. 84 C.P. argentino) y homicidio culpable (Art. 314 C. P. uruguayo). Es evidente la impropiedad de la denominación del

(274) Art. 394 del C.P. chileno.— “Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes, legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarentiocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con prisión mayor en sus grados mínimo o medio”.

C.P. del Uruguay, utilizada **expressis verbis**, con la que se ha pretendido distinguir este hecho delictuoso del homicidio intencional (Art. 310).

El Prof. JIMENEZ DE ASUA ha criticado a los penalistas franceses por continuar denominando a los delitos culposos **infractions non intentionnelles**, vago término que lo mismo abarca la culpa que el mero caso fortuito; ni tampoco puede designarse con la voz **faute**, tan amplia que lo mismo sirve para expresar una falta, defecto, imperfección o error, que la culpabilidad en general. El desaparecido Maestro madrileño propugnaba porque la dogmática penal se preocupe por adoptar una terminología científica a fin de que todos podamos entendernos. Su preferencia, sobre el particular, era por la expresión **culpa** (275).

Entre nosotros, el codificador de 1924 se decidió por el **nomen iuris** "negligencia", vocablo que se utiliza en el Libro Segundo del C.P. para significar todos los casos en los que, además del delito doloso, paralelamente se sanciona también el culposo o por negligencia. Advertimos que los dos Proyectos de C.P. publicados en "El Peruano" (1984 y 1985), emplean el término "culpa".

Debe quedar claro que es una manifiesta incorrección, según nuestra dogmática, utilizar la expresión "delito de negligencia" en lugar de la frase "delito **por** negligencia". Como dice QUINTANO RIPOLLES, el llamado "delito **de** negligencia" no tiene sustantividad. Se trata de una manera de delinquir que no puede por sí misma constituir un delito (276).

(275) JIMENEZ DE ASUA, LUIS: "Problemas modernos de la culpa", véase en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 1, Enero-Marzo, Bs. As. p. 7 s.

(276) QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO: *Derecho Penal de la Culpa*, Barcelona, 1958, p. 19. Observamos, por nuestro lado, que la frase "delito de negligencia" no puede aplicarse siquiera a la dogmática española, a pesar que el sistema hispánico de inculminación de la culpa solamente en la Parte Especial diera la impresión que se tratase de un delito singular, como si lo adjetivo (la culpa) hubiese logrado, lo que es aquí imposible, o sea trasmutarse en sustantivo (delito). No queremos desaprovechar la oportunidad para indicar que el Proyecto de Ley Orgánica del C.P. español de 1979 abandona este sistema que es tradicional en España. He aquí lo que se dice al respecto en la Exposición de Motivos: "Este Código ha querido acabar con esta discordancia entre la declaración programática del principio de legalidad y su real vigencia. Por eso no se ha limitado sólo a proclamar de modo formal que tanto los hechos constitutivos de delito como las penas o medidas de seguridad que se señalan para los mismos quedan sometidos al principio de legalidad, sino que ha procurado conseguir la auténtica vigencia material de este

91.— FUENTE

La ubicamos en el Art. 104 del Proyecto suizo de 1918 (277). En cuanto al precedente legislativo nacional, debemos manifestar que el C.P. abrogado no contenía específicamente la figura del homicidio por negligencia, la misma que se construía de manera indirecta al tomarse en cuenta las prescripciones contenidas en los Arts. 20, 60 y 230. El citado Art. 60 establecía, entre otras indicaciones, que debía rebajarse la pena en dos grados cuando “el reo hubiese delinquido por imprudencia temeraria o descuido punible”. Interpretando el aludido texto, JOSE VITERBO ARIAS decía que, a su modo de ver, el descuido consiste en la falta de celo para impedir el mal que se pudo evitar; y, la imprudencia, en no tomar las necesarias precauciones al practicar un acto que puede traer consecuencias dañosas. El comentarista del C.P. de 1863 desconfiaba de una fórmula legal tan abierta y general por temor a que se preste a la arbitrariedad judicial. Asimismo, consideraba que lo castigado por la ley no era propiamente el homicidio, sino la imprudencia (278).

principio, suprimiendo o revisando todos aquellos preceptos del derogado texto legal que quebrantan las exigencias de certeza y seguridad jurídicas propias de un Estado de Derecho. En aras de estas mismas exigencias, el Código ofrece un catálogo cerrado de ‘crimina culposa’ y prescinde de la regulación genérica de la imprudencia punible hasta ahora en vigor’. En efecto: en la Parte General del documento prelegislativo su Art. 18 dispone que “las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”. En la Parte Especial tenemos, por ejemplo, el siguiente texto de su Art. 175: “El que por imprudencia causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio culposo, a la pena de prisión de dos a cuatro años si la imprudencia fuere grave, y de seis meses a dos años o arresto de seis a veinticuatro fines de semana si fuere leve. Si causare lesiones graves la pena será de prisión de seis meses a dos años o arresto de doce a veinticuatro fines de semana si fuere leve”. Se proyecta, así, la desaparición del sistema que prevé los tipos culposos a títulos genérico y de *numerus apertus*.

(277) En la primera edición de este Tomo I, indicamos, como fuente de nuestro Art. 156, al Art. 84 del C.P. argentino. HURTADO POZO ha señalado acertadamente este error en el que entonces incurrimos (op. cit., Parte Especial I, p. 134). En realidad, la aberración era manifiesta y no necesitaba mayor elaboración conceptual para advertirla puesto que, en el mismo libro y en la misma página, indicábamos que nuestro texto punitivo de 1924 había seguido la sistemática *italo-suiza* en materia de culpa (tratamiento del asunto tanto en la Parte General como también en la Especial). El C.P. argentino en cambio, como se sabe, se orientó por la sistemática *franco-alemana* (no se menciona a la culpa en la Parte General, limitándose a presentar los tipos específicos en la Parte Especial).

(278) VITERBO ARIAS: op. cit., Tomo 1º, p. 399.

92.— SISTEMÁTICA

Nuestro vigente C.P. ha seguido la sistemática denominada **italo-suiza** para la incriminación de la culpa, considerada por **QUINTANO RIPOLLES** como la más moderna y científica en razón al prestigio de los dos insignes Cs. Ps. que la acogieron: el italiano **ROCCO** (1930) y el Federal suizo (1937) (279). Consiste tal sistemática en dar un concepto de "negligencia" en la Parte General (como ocurre con el Art. 82, segundo párrafo del C.P. de 1924), pero con rigurosa consignación de los tipos legales específicos en la Parte Especial, siempre a título excepcional y de **numerus clausus**, lo que impide castigar las formas culposas no previstas concretamente de una manera paralela a la de los delitos dolosos.

Estamos convencidos que la sistemática seguida por nuestro vigente texto punitivo es realmente la mejor. Casi todos los modernos Cs. Ps. presentan en la Parte General una definición de la culpa o negligencia y se limitan, en cuanto a su punición, a los actos taxativamente descritos en la Parte Especial (280). Entre tales legislaciones tenemos a los Cs. Ps. de Brasil, Colombia, Checoslovaquia, Grecia, Hungría, Rusia, Suiza y Yugoslavia (281).

(279) **QUINTANO RIPOLLES: Derecho.**, op. cit., p. 79.

(280) Nuestro vigente C.P. presenta su concepción de la culpa o negligencia en el Art. 82, segundo párrafo, de manera idéntica al texto de su fuente, es decir, al Art. 16 del Proyecto suizo de 1918. Observamos que al factor psíquico de la "imprevisión" se le aúna el normativo de ser "culpable". En una manifestación de interpretación auténtica contextual, dice nuestro C.P.: "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".

(281) El C.P. colombiano de 1980 da su concepto de **culpa** en el Art. 37: "La conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo". En su Art. 35 había ya prescrito: "Nadie puede ser penado por un hecho, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención". En cuanto al homicidio culposo, advertimos que está descrito en el Art. 329, de la siguiente manera: "El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de dos a seis años, multa de un mil a diez mil pesos y suspensión de uno a cinco años en el ejercicio de la profesión, arte u oficio". En el siguiente dispositivo legal se indican sus circunstancias agravantes. En cuanto al C.P. ruso-soviético, define la culpa consciente y la inconsciente en el Art. 9º y sólo sanciona las formas culposas previstas en la Parte Especial (Art. 106, homicidio culposo), respetando el principio de legalidad de los delitos. El C.P. italiano, por su parte, define la culpa en el Art. 43 párrafo 2º, pero en el Art. 42 dice que los delitos culposos han de ser expresamente previstos en la ley" (Art. 589, homicidio culposo). En lo que respecta al C.P. húngaro, observamos que exige en su

Los Proyectos de C.P. peruano (1984 y 1985) siguen el mismo criterio del texto en vigencia. Como podrá apreciarse, el artículo que comentamos no describe el desarrollo objetivado de la acción principal indicada por el uso del verbo "matar"; es decir, que estamos frente a lo que en doctrina se conoce como un "tipo abierto". Siendo la hipótesis legal del homicidio por negligencia un tipo abierto, entonces es necesario que el juzgador lo complemente. Pero, conviene indicar que esta labor de complementación no queda, ni podía quedar, a su libre arbitrio, ya que esto significaría un gravísimo desconocimiento del principio de reserva, apotegma cuya enunciación latina es: **nullum crimen sine lege**. La tarea de complementar el tipo, frente al caso concreto, tiene que hacerse de conformidad con la prescripción contenida en el Art. 82 del C.P. El Juez necesita efectuar, de acuerdo con la sistemática de nuestro texto punitivo, una comparación entre la **conducta negligente realizada** y la **conducta diligente esperada y no realizada por falta de previsión o por una previsión defectuosa**. En esta forma, sin detrimento alguno de la máxima legalista, el tipo abierto del delito culposo queda complementado (282).

93.— DEFINICION

Dice CARRARA que el homicidio es **culposo** cuando se ha ocasionado la muerte de un hombre por medio de un acto que no estaba dirigido a lesionar su persona, y del cual podría preverse, sin que se hubiera previsto, que fuera capaz de producir ese desplorable efecto (283).

Nosotros podemos definirlo, según nuestra dogmática, como la muerte producida **por no haber el agente previsto** el posible resultado antijurídico de su conducta, **pudiendo y debiendo preverlo** (culpa inconsciente), o **habiéndolo previsto** se confía sin fundamento en que no se produciría el resultado letal que el actor se re-

Art. 2º la tipificación especial del delito culposo, conceptuando la culpa consciente y la inconsciente en el Art. 17 y describiendo en la Parte Especial el homicidio culposo (Art. 253, párrafo 4). Por último, en relación al C.P. brasileño de 1969, debemos decir que define la culpa consciente y la culpa inconsciente en el Art. 17, Inc. II, prescribiendo en el párrafo único del mismo artículo que "salvo los casos expresos en la ley, nadie puede ser sancionado por un hecho como delito, sino cuando se practica dolosamente". El homicidio culposo está previsto en su Art. 121, § 3o.

(282) Confróntese: WELZEL, op. cit. p. 187. También: JESCHEK: op. cit., Parte General, Volumen Segundo, p. 778.

(283) CARRARA: op. cit., § 1095.

presentó (culpa consciente). Nuestro C.P., con una síntesis celebrada por JIMENEZ DE ASUA, se refiere a la **culpa inconsciente** con la expresión "sin darse cuenta"; y, a la **culpa consciente** con la frase "sin tener en cuenta" (284).

94.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** puede ser cualquier persona, exista o no vínculo de parentesco. CARRARA decía que en el homicidio culposo era preciso que la muerte de un hombre proceda de mano de otro semejante; si proviene de un animal cerrero, no existirá título de homicidio culposo, aunque pueda imputársele al dueño del animal el haberlo dejado suelto (285). En nuestro criterio, discrepante aquí del perteneciente a tan ilustre Maestro, la "mano del hombre" no es tan ajena al resultado letal desde que dejó suelto a un animal cerril, sin haber previsto que podía causar la muerte de un transeúnte, por ejemplo.

b).— **Sujeto pasivo** también puede ser cualquier persona.

95.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

a).— **Preexistencia de una vida humana cierta.** Nada hay que agregar en este punto al comentario que hiciéramos al tratar del homicidio simple.

b).— **Extinción de una vida humana.** En relación a este tema remitimos a cuanto dijéramos al analizar el Art. 150 del C.P.

c).— **Que el actor no haya previsto el resultado letal, no obstante que pudo y debió advertirlo.** La reprochabilidad aquí consiste en un juicio formulado a título de culpa o negligencia. Comprendemos tanto a la culpa inconsciente, como a la culpa consciente. En verdad, haber previsto el resultado mortal confiando sin

(284) En realidad, el mérito es de los expertos y comisionados suizos (Véase el Art. 16 del Proyecto helvético de 1918). Interesa aquí el parecer de JESCHEK sobre las clases de culpa: "Tradicionalmente se distinguen **dos clases de imprudencia**: la culpa **inconsciente** y la **consciente**. En la culpa inconsciente (**negligencia**) el autor no piensa, a causa de la vulneración del cuidado debido, en la posibilidad de que pueda realizar el tipo legal, mientras que en la culpa consciente (**luxuria**), aunque advierte la concurrencia del peligro concreto para el objeto de la acción protegido, confía, por una infravaloración del grado de aquél o por una excesiva valoración de sus propias fuerzas, o, simplemente, confiando indebidamente en su suerte, en que el tipo legal no va a realizarse" (op. cit., Parte General, Volumen Segundo, p. 782).

(285) CARRARA: op. cit., § 1095, Nota N° 1.

fundamento que no se producirá es casi lo mismo que no haberlo previsto. Sus consecuencias penales, al menos, son idénticas en nuestra dogmática. El Proyecto de C.P. publicado en "El Peruano", a partir del 19 de Agosto de 1985, propone, certeramente en su Art., 24 lo siguiente: "Obra con culpa el que realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o, previéndolo, confió en poder evitarlo".

Es indiscutible que el hombre tiene capacidad de **prever** las consecuencias de sus comportamientos voluntarios. El delito, conforme enseña QUINTANO RIPOLLES, no es la voluntad de un resultado, **sino la voluntad de una acción**, con resultados ulteriores valorables de distinto modo, bien a título de dolo o de culpa (286). Esta capacidad de previsión que demanda la ley es la que se le exigiría a cualquier hombre de inteligencia normal. Pero, además es necesario que el sujeto esté socialmente obligado a prever la consecuencia de su accionar a fin de evitar el resultado letal, conformando su conducta de acuerdo con lo que se le exigía y esperaba que hiciera. El itinerario, pues, es el siguiente: voluntad de realizar una acción; posibilidad de prever su resultado; deber de evitarlo comportándose de acuerdo con lo que se le exigía y esperaba que hiciera; y, producción de un resultado por falta de previsión o por una previsión defectuosa (**homicidio**, para este caso). Si el agente produjo una muerte que no previó, por ser humanamente imprevisible, dicho resultado casual y fortuito no le será jurídico-penalmente atribuible y, por tanto, tampoco reprochable.

Al respecto JIMENEZ DE ASUA escribe que en la culpa existe un elemento normativo representado por el **deber de atender y evitar**, y un elemento psicológico constituido por la **posibilidad de saber y prevenir el mal**. El malogrado Maestro español veía en el elemento normativo de la culpa el cumplimiento de un deber, el mismo que se deducía de las obligaciones que, en cada caso, se imponen a la conducta del sujeto como consecuencia de las normas de cultura acogidas por el Estado, y no como una obligación de diligencia de carácter independiente (287). En este sentido, hay un deber de atender y evitar que se exige por la convivencia social en orden a una conducta concreta y en referencia a un determinado bien jurídico que puede violarse, tal como ocurre con la vida en el

(286) QUINTANO RIPOLLES: *Derecho.*, op. cit., p. 15.

(287) JIMENEZ DE ASUA: *Tratado.*, op. cit., Tomo V, p. 885.

homicidio culposo o por negligencia. En cuanto al elemento psicológico de la culpa, el mismo consiste en no haber previsto el agente, o haber previsto indebidamente como que no sucedería, el hecho lesivo (luctuoso, para la hipótesis estudiada) encadenado causalmente a la conducta inicial. La culpa requiere, entonces, que el resultado no querido fuere previsible. Desde el lado del actor, lo que acontece es que siendo **cognoscible** el efecto lesivo de la conducta y **pudiéndose** prever esa consecuencia, el agente obró sin cuidado alguno. Psicológicamente juegan aquí papeles de importancia: el **saber**, el **poder** y la **previsión**. El **saber**, o mejor dicho, el **poder saber** presupone la capacidad cognoscitiva, en concepto del Maestro madrileño (288).

d).— **Relación de causalidad entre el acto de imprevisión y la muerte del sujeto pasivo.** Para ser punible la conducta culposa tiene que haber producido, de manera absolutamente inexcusable, como dice QUINTANO RIPOLLES (289), un resultado típico; es decir, la muerte de un hombre en la hipótesis legal comentada. Vale para aquí cuanto hemos dicho al tratar de la relación de causalidad en el estudio del homicidio simple. No obstante, tenemos que hacer una advertencia: hablamos de una **relación de causalidad** solamente, sin incluir aquí a la “atribuibilidad normativa del resultado”, en razón a que, según opinamos, no es posible pensar en la dogmática peruana respecto a la existencia de un homicidio culposo por omisión, menos aún por comisión omisiva (290). La acción de **causar la muerte**, núcleo del tipo descrito en el Art. 156 del C. P., está referida concretamente a la violación de una norma prohibitiva (“no matar”), no así a la vulneración de una norma imperativa o preceptiva. Por otro lado, si al comentar el Art. 150 consignamos también una relación de “atribuibilidad normativa del resul-

(288) *Ibidem*, p. 888.

(289) QUINTANO RIPOLLES: *Derecho*, op. cit., p. 196.

(290) Diferentes: HURTADO POZO, op. cit., Parte Especial I, p. 135; y, PEÑA CABRERA: *Tratado*, Volumen II, Parte Especial, p. 104. Este último autor expone su punto de vista con los siguientes ejemplos: “El homicidio por negligencia puede cometerse por actos positivos (el atropello de una persona por un automóvil, el empleo imprudente de un arma de fuego) y por actos omisivos (la partera que olvida ligar el cordón umbilical del recién nacido)”. Nosotros pensamos que las tres conductas son de signo positivo: **Manejar** un automóvil, **emplear** arma de fuego y **asistir** a la parturienta. Asimismo, opinamos que en los tres comportamientos ejemplificados hay momentos omisivos: del chofer, al **no** tomar las precauciones reglamentarias del caso; de quien emplea un arma de fuego, al **no** observar las reglas de prudencia que le imponían las circunstancias; y, de la partera, al **no** ligar el cordón umbilical.

tado” **muerte** (producto, según el texto legal indicado, de la violación de una norma prohibitiva), es porque en la comisión por omisión existe la **conciencia en el agente de estar quebrantando un deber**, elemento que indudablemente falta en el homicidio por negligencia. Claro está que en todos los delitos culposos existe un **momento omisivo**, como luego veremos, pero apoyarse en esta verdad para después concluir que sí es posible el homicidio culposo por omisión, pensamos que es incurrir en un error evidente.

Observamos que el C.P. no emplea las expresiones “produjere” u “ocasionare”, sino “causare”. Creemos que con el uso de este verbo nuestro texto punitivo está reclamando, con toda claridad, la existencia de una relación de causalidad para poder sancionar el homicidio por negligencia. Sostiene QUINTANO RIPOLES que la especialidad del elemento causal en la acción culposa estriba en su fragmentación dentro del ámbito psíquico de la voluntad del agente, pues mientras en la dolosa se quiere la causa y el efecto en todo su íntegro desarrollo, en la culposa es sólo querida la causa, y no ciertamente como tal causa, sino como acto independiente desconectado de su ulterior productividad (291). Apunta, el mismo autor español, que ninguna especialidad supone en la acción culposa la estimativa del nexa causal determinante, aunque quizás, sutizando un poco, podría considerarse en ella una menor exigencia de inmediatez que la demandada en la acción dolosa, en el sentido de ser en aquélla (en la acción culposa) más visible, y en todo caso más relevante, el proceso material, sin asistencia subjetiva de carácter moral. Así, en el homicidio doloso es menester “matar a otro”, pero en el culposo basta “causar su muerte”, por ejemplo, dejando imprudentemente un arma cargada a su alcance. Agrega luego, que en la acción culposa pueden coexistir una actividad causal ideal querida y otra material no querida, determinante ésta del acaecimiento. Tal **incongruencia** entre el resultado y el propósito, que no otra cosa es en el fondo la culpa, se resuelve por una prevalencia de la causalidad material sobre la ideal forjada en la mente del agente, siendo evidente que de no temperarse este proceso causal por otras referencias anímicas, notablemente por las de la culpabilidad, el sistema abocaría fatalmente a la estimativa de su responsabilidad objetiva (292).

(291) QUINTANO RIPOLES: *Derecho.*, op. cit., p. 187. En este punto el autor español invoca la autoridad de SCHUTZE y la de BRUCK para sustentar su afirmación.

(292) *Ibíd.*, 187 s.

Hasta aquí el estudio de los elementos constitutivos del homicidio por negligencia (293).

96.— EL MOMENTO OMISIVO

En el homicidio culposo, como en todos los delitos cometidos por negligencia, es indiscutible que existe un **momento omisivo**: el agente se abstiene de realizar la diligencia necesaria para el caso y produce por imprevisión un resultado evitable. La omisión de diligencia es, pues, presupuesto de toda conducta culposa. La constatación de este momento omisivo ha llevado a muchos autores a la confusión de creer que el mismo constituye la esencia de los delitos culposos, y por ende, han concluido transformando la ilicitud realizada por negligencia en un delito de omisión (294).

De conformidad con el Art. 101 del C.P., la omisión consiste en dejar de hacer lo que manda la ley punitiva, vale decir, la norma imperativa de cultura. Concordante, con el aludido texto sucede que, para la dogmática peruana, el homicidio culposo y en general todos los delitos realizados por negligencia, sólo se comenten por **acción** puesto que el sujeto hace precisamente lo que prohíbe la norma de cultura a través de la ley conminativa. La norma imperativa, y por tanto la omisión, no tienen cabida en los delitos de perpetración.

97.— NEGLIGENCIA, IMPRUDENCIA E IMPERICIA

En nuestra legislación penal la palabra “negligencia” tiene un amplio sentido que permite abarcar cualquier forma o clase de culpa. Esencialmente, la negligencia es el ingrediente psicológico de la culpa y está ínsita en la imprudencia e impericia. Conforme al Art. 82 del C.P., la negligencia comprende cualquier acto dañoso, o pe-

(293) En la primera edición de ese Tomo I sostuvimos que la **licitud del acto inicial** era otro de los elementos constitutivos. Hoy abandonamos este punto de vista por dos razones: 1º) porque no es una exigencia **expressis verbis** del Art. 156 del C.P.; 2º) porque la demanda de una licitud inicial podría llevarnos, caso de faltar y ser substituída por un arranque ilícito, a la aplicación del barbarizante aforismo **qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu** (quien incurre en un hecho ilícito responde aun por el resultado delictuoso fortuito), conforme han señalado los Maestros JIMENEZ DE ASUA (*Tratado.*, op. cit., Tomo V, p. 847), y QUINTANO RIPOLLES (*Derecho.*, op. cit., p. 306). Esta amenaza contra la validez del principio de culpabilidad podría hacerse presente no obstante las claras disposiciones contenidas en los Arts. 82, 83 y 167 del C.P. peruano.

(294) Véase: BUSTOS, JUAN: **Culpa y Finalidad**, Edit. Jurídica, Chile, 1967, p. 45.

ligroso, producido por imprevisión culpable.

Las distinciones entre negligencia, imprudencia e impericia son bastante sutiles, siendo de más importancia el común denominador (imprevisión culpable) que las hace integrantes de una situación culposa esencialmente idéntica.

La **negligencia** consiste en una conducta contraria a las normas que imponen determinado comportamiento solícito, atento y sagaz, prescripciones que están encaminadas a impedir la realización de un resultado dañoso o peligroso. En síntesis: la negligencia estriba en no tomar las debidas precauciones, sea en actos excepcionales o en los de la vida ordinaria.

La **imprudencia**, según ALTAVILLA, importa una acción de la cual había que abstenerse por ser capaz de ocasionar determinado evento de daño o peligro, o significa también que la acción se ha realizado de manera no adecuada, haciéndose así peligrosa para el derecho ajeno tutelado penalmente (295). Para JIMENEZ DE ASUA la imprudencia consiste en obrar o emprender actos inusitados, fuera de lo corriente y que, por ello, pueden causar efectos dañosos (296).

La **impericia** se funda en la **ignorancia**, el **error** y la **inhabilidad**. Su característica estriba en la incapacidad técnica del agente para el ejercicio de una función determinada, sea profesional, artística, industrial, etc. (297). Es **conditio sine qua non** que el actor tenga una profesión, arte u oficio en cuyo desempeño incurrió en una imprevisión culpable.

98.— IMPOSIBILIDAD DE TENTATIVA

La tentativa no es posible por faltar en el agente la **intención** de producir el resultado contemplado en la regla incriminadora. QUINTANO RIPOLLES, poco antes de recordarnos que CARRARA había calificado de “monstruo lógico” la opinión que admitía en la culpa formas comisivas imperfectas, lo mismo que el epíteto de **contradictio in adjecto** que a esta tesis le había lanzado EXNER, nos dice el Magistrado español que la más inmediata,

(295) ALTAVILLA, ENRICO: **La Culpa**, Edit. Temis, Bogotá, 1956, p. 9.

(296) JIMENEZ DE ASUA: **Tratado.**, op. cit., Tomo V, p. 918.

(297) ALTAVILLA: op. cit., p. 10.

obvia y práctica consecuencia de la exigencia de un resultado típico en la acción culposa, es que en la misma no caben imperfecciones ejecutivas de tentativa o frustración, concibiéndosele sólo como generadora de un hecho consumado (298).

99.— IMPOSIBILIDAD DE PARTICIPACION

Creemos que la participación en los delitos realizados por negligencia resulta imposible en nuestra dogmática (299). Si dos o más personas realizan una acción culposa de la que deviene una muerte, habrá, en tal caso, una **conurrencia** de imprevisiones en la que cada individuo negligente responderá por su personal culpabilidad, pero en manera alguna a título de co-participación.

Antes había sostenido PEÑA CABRERA que cuando un sujeto alienta a otro a la ejecución de un ejercicio de puntería y a consecuencia de ello se causa la muerte de una persona era posible, en tal caso, hablar de participación. Ahora piensa de manera diferente y correcta (300). Hemos considerado siempre, por nuestra parte, que **toda forma de instigación o de cooperación debe ser intencional**, según exigencia contenida en el Art. 100 del C.P. (301).

(298) QUINTANO RIPOLLES: *Derecho.*, op. cit., p. 198 s.

(299) El Art. 59, segundo párrafo, del C.P. uruguayo dice lo siguiente: "En los delitos culpables (léase culposos), cada uno responde de su propio hecho". ANTONIO CAMAÑO ROSA, al comentar dicho dispositivo legal, escribe: "Un concierto sobre el resultado no se concibe en los delitos culposos. Las culpas de varios agentes podrán sumarse, pero no comenetrarse. La responsabilidad por los delitos de homicidio y lesiones culposos es individual y no solidaria; cada uno responde de su propia imprudencia o negligencia. En cambio, el Art. 113 de C. italiano admite la cooperación en los delitos culposos. Tampoco cabe admitir participación culposa en homicidio doloso, ni viceversa" (*Delitos contra la persona física*, Montevideo, 1958, p. 123 s.). Esta interpretación vale para nuestra dogmática.

(300) Véase: PEÑA CABRERA, op. cit., Volumen II, Parte Especial, p. 106.

(301) Nosotros participamos en una defensa en la que, por desgracia, el Tribunal Correccional hizo una defectuosa interpretación del claro sentido del Art. 100 del C.P. El caso de autos era el siguiente: un Alférez y un clase de la Guardia Civil, destacados en el Puesto Policial de Agua Dulce, estuvieron haciendo tiro al blanco en dicho balneario. A consecuencia de tan imprudente ejercicio de tiro resultó muerto un empleado bancario que en ese fatal momento descendía a la playa. El Alférez poseía un revólver Smith Wesson calibre 32 y el guardia un Smith Wesson calibre 38. Pero el problema de la autoría, es decir, el de la identificación del autor no estaba resuelto a pesar que la bala encontrada en el cuerpo de la víctima correspondía al arma de calibre 38. La razón de tal imprecisión era la siguiente: después de haber disparado cada uno con su propia arma, hicieron un intercambio de las mismas y luego efectuaron nuevos disparos. En el curso del Juicio Oral se demostró que el autor del disparo fatal había sido el Alférez, quien era de-

Por lo demás, de **lege ferenda** este problema no es de fácil y precisa solución. Dos Maestros, que gozan de gran prestigio, como JIMENEZ DE ASUA y QUINTANO RIPOLLES, han sostenido puntos de vista diametralmente opuestos al respecto.

100.— LAS AGRAVANTES

Las infracciones de los deberes impuestos por una función, profesión o industria están consideradas como circunstancias agravantes específicas del delito de homicidio culposo. Las calificantes se fundamentan en la mayor exigibilidad de previsión para quienes desempeñan actividades que demandan una buena dosis de diligencia, precisamente porque inspiran más confianza gracias a un título o patente.

Especial consideración merece, en este aspecto, el homicidio causado por la imprevisión culpable en la que incurren eventualmente los profesionales sanitarios, más concretamente, el Médico-Cirujano. Además de exigírsele un conocimiento completo de la

fendido por el distinguido penalista CARLOS ENRIQUE MELGAR, disparo que hiciera el Oficial usando el arma del guardia (nuestro patrocinado). El Fiscal, Sr. Raúl Vargas Matta, dio por probado en su Requisitoria Oral que el disparo mortal había sido hecho por el Alférez. No obstante, con gran sorpresa para nosotros, acusó al guardia como **autor por instigación** del delito de homicidio culposo. En opinión del Representante del Ministerio Público estaba probado que había sido el guardia quien había determinado la voluntad del Alférez para que interviniera en los tiros al blanco (un árbol). Para fundamentar su tesis el Acusador Público se vió obligado a recurrir a la doctrina extranjera, concretamente a la opinión de EUSEBIO GOMEZ, expresada en su **Tratado de Derecho Penal**. Al momento de nuestra Defensa Oral, luego de haber hecho un análisis del Art. 100 de nuestro C.P., contestamos al Fiscal diciendo que la opinión de GOMEZ ni siquiera era su punto de vista interpretativo del Art. 45 del C.P. argentino, puesto que dicho texto no acogía la doctrina de la participación en los delitos culposos. Observamos que hasta el mismo Prof. GOMEZ así lo reconocía, ya que en el Art. 14 del Proyecto COLL-GOMEZ (1937), propugnaba por una reforma que diera reconocimiento legislativo a la participación en los delitos culposos, tesis que la dogmática argentina no aceptaba. También demostramos cuán discutible era la opinión de GOMEZ en el sentido de afirmar que el Art. 113 del C.P. italiano aceptaba la participación culposa. Hicimos ver que si bien era cierto que tal criterio era compartido por MAGGIORE, también era verdad que existían las discrepancias de ANTOLISEI, BETTIOL y JIMENEZ DE ASUA, expresadas al comentar el mismo dispositivo. Por último, hicimos notar que GOMEZ había guardado silencio al respecto en su obra **Leyes Penales Anotadas**, entregada a la estampa con posterioridad a su **Tratado**. La sentencia fue realmente una frustración de nuestras justas expectativas. El Tribunal, inducido a error por el Fiscal, aunque con indudable buena fe por parte del Acusador Público, condenó al guardia a la pena de 18 meses de prisión como **autor por instigación** del delito de homicidio por negligencia. El Alférez fue condenado a la pena de 36 meses de prisión al estar probado que fue el autor material del evento culposo.

anatomía, dicho profesional debe también poseer cualidades perceptivas, manuales y diagnósticas. Capacidad para componer el cuadro clínico, serenidad para solventar cualquier dificultad sobrevenida y un conocimiento preciso de lo que debe hacer. Señala ALTAVILLA, al respecto, que cualquier forma de indecisión puede ser peligrosa, cualquier forma de dubitación en el momento de operar puede costar la vida de un hombre. El Médico-Cirujano no sólo debe concentrar toda su atención sobre el paciente, sin que lo perturben las preocupaciones exteriores, especialmente afectivas, sino que sus manos y dedos deben tener una capacidad tal de coordinación y de inhibición de movimientos, que responda a las exigencias que demanda el instante de la intervención quirúrgica (302). El prestigio de esta profesión, pues, corre paralela con los riesgos propios de su ejercicio.

(302) ALTAVILLA: op. cit., p. 550 s. En nuestra vida profesional hemos defendido el caso de una enfermera que confundió la novocaína con el cloruro de zinc, dos sustancias químicas igualmente incoloras e inodoras, pero de efectos orgánicos completamente distintos. La paciente, que había concurrido a una Clínica para ser operada de amigdalectomía, falleció a los dos días a consecuencia del efecto necrosante del cloruro de zinc con el que fue preparada la inyección que supuestamente contenía una sustancia anestésica. Nuestra patrocinada fue sentenciada a la pena de 11 meses de prisión. En el Juicio Oral sostuvimos que no era aplicable la agravante contenida en el Art. 156, segundo párrafo, por tratarse de una "enfermera práctica", con experiencia, pero sin título. En otro proceso judicial, conocido como "El caso del Profesor dormido" o "El caso del Profesor descerebrado" (caso Gutarra), patrocinamos al Médico Cirujano que iba a practicar una amigdalectomía. Sin tener nuestro defendido absolutamente ninguna responsabilidad como Cirujano, en cuanto respecta a la cantidad, calidad y oportunidad en la administración de la sustancia anestésica, presumiéndose que por una sobredosis de la misma devino un paro cardíaco que dejó descerebrado al paciente, fue condenado, no obstante, a la pena de seis meses de prisión condicional. Igual sanción se le impuso al Médico Anestésista. Como se recordará, en la mesa de operaciones un maestro primario sufrió un paro cardíaco, de todo punto de vista imprevisible, puesto que no padecía de ninguna cardiopatía. El electrocardiograma, practicado después del paro cardíaco, así lo vino a demostrar fehacientemente. La presión psicológica que entonces ejerciera el gremio de profesores primarios fue muy grande y produjo su efecto sobre los Magistrados, al extremo que logró conseguir una insólita acusación del Ministerio Público en la que se pedía nada menos que la pena de **5 años de prisión** para cada procesado. He aquí, pues, un caso de la vida real en el que recayó una responsabilidad penal, felizmente no tan grave como la querida por el Acusador Público, por un resultado que, en nuestro entender, fue completamente fortuito. En aquella oportunidad, por primera vez en el Perú, se informaba oralmente ante un Juez Instructor. Fue el señor PEDRO MENDEZ JURADO, entonces Juez Instructor y hoy Fiscal Supremo, quien dictó sentencia en primera instancia conforme a la facultad concedida por el Art. 7º del entonces vigente Decreto-Ley Nº 17110. El Tercer Tribunal Correccional confirmó la sentencia del Juez Instructor. Los intereses de la Parte Civil fueron defendidos por el notable criminólogo EDUARDO MIMBELA DE LOS SANTOS. Correspondió a LUIS DEL VALLE RANDICH, nuestro desaparecido colega en la cátedra sanmarquina, asumir la defensa del anestésista.

Advierte HUNGRÍA que no debemos confundir el **error** profesional, debido a la imperfección misma de la ciencia, con la **impericia**, siendo ésta, a diferencia de aquél, una de las formas de la culpabilidad **stricto sensu**. El error profesional es inculpable cuando es invencible en relación a la medida media de la cultura médica y teniéndose a la vista la circunstancia de cada suceso concreto. Así, un facultativo de aldea que alejado del progreso científico emplea en un caso de urgencia un proceso operatorio ya superado, causando de esta manera la muerte del paciente, debe ser considerado exento de culpa. En idéntico trance, por el contrario no se eximirá de pena, impuesta a título de culpa, al especialista de la ciudad que no puede dejar de estar atento al **último grito** de la ciencia (303).

101.— EL RIESGO MODERNO Y EL DELITO CULPOSO

En 1958 escribía QUINTANO RIPOLLES que hacía más de un siglo que el positivista ANGIOLINI había predicho que la modalidad culposa habría de ser la criminalidad del porvenir, futuro que es ya presente en muchos lugares y está en camino de serlo en otras latitudes (304).

Como observa WELZEL, en verdad, hasta hace poco el delito culposo jugaba un papel de segundo orden en la dogmática y en la política criminal, del cual ha salido sólo a raíz de la tecnificación, en especial de la motorización de la vida moderna (305). Esto no significa, como es de justicia señalar, que el peligro inherente a la vida contemporánea haya dejado de ser oportuna y convenientemente advertido por la doctrina penal. El citado caso de ANGIOLINI es notable por la época en la que hizo pública su predicción.

Es necesario prevenirnos frente a la posibilidad que el riesgo de la vida moderna pueda llevarnos al peligro que significa una hipertrofia de los delitos culposos. Las conductas peligrosas, como dice JIMENEZ DE ASUA, no pueden constituir, sin más que el riesgo mismo, la sola base de la responsabilidad por culpa. Claro está que el ejercicio concreto de esas actividades riesgosas exige en

(303) HUNGRÍA: op. cit., Volumen V, p. 187.

(304) QUINTANO RIPOLLES: **Derecho.**, op. cit., p. 10.

(305) WELZEL: op. cit., p. 182.

quien las práctica, como profesional o técnico, un cuidado máximo para no aumentar el riesgo consentido y ordinario (306).

102.— PENALIDAD

La pena es de prisión no mayor de dos años ni menor de dos días para la forma no agravada. Cuando el homicidio culposo ha sido cometido con infracción de un deber propio de la función, profesión o industria, la pena es de prisión no menor de un mes ni mayor de cinco años. La inobservancia de las reglas técnicas de una profesión, arte u oficio, que importa una agravación especial, según estamos viendo, no debe confundirse con la impericia. La razón de la diferencia está en que en la impericia el agente no tiene los conocimientos técnicos; en la calificante, por el contrario, el actor posee esos conocimientos, pero deja de emplearlos por ligereza o indiferencia.

Creemos que entre las agravantes debería incluirse el hecho consistente en **dejar de prestar inmediato auxilio o socorro a la víctima**, tal y conforme prevé, entre otras legislaciones, el Art. 121 § 4º, del C.P. brasileño de 1940. Los frecuentes casos de accidente de tránsito, con abandono de la víctima, deben merecer el más franco repudio de la ley (307). El Proyecto de C.P. publicado en "El Peruano" a partir del 19 de Agosto de 1985, prevé con acierto la siguiente hipótesis prelegislativa: Art. 132.— "El que omite prestar socorro a una persona a la que ha incapacitado, poniendo en peligro su vida o su salud, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años". Se deduce del texto que la incapacidad puede provenir tanto de un hecho doloso como culposo.

Nuestros Tribunales han seguido un criterio uniforme en la aplicación de la primera parte del dispositivo legal comentado, observándose, en cambio, que las agravantes jamás han producido su natural efecto en el **quantum** de la pena. Tal vez si esta lenidad de nuestros Jueces en la aplicación de las sanciones sea una de las causas, no la menos insignificante, por cierto, del gran número de

(306) JIMENEZ DE ASUA: *Problemas.*, op. cit., p. 16 s.

(307) "Agrava la responsabilidad del autor del delito contra la vida por negligencia el haber dejado a la víctima abandonada, en peligro de muerte o ya fallecida" (Ej. Sup. 13-9-52, en *Rev. de Jur. Per.*, 1953, p. 484).

muerres y lesiones producidas por los profesionales del tráfico vehicular (308).

Por otra parte, los jueces nacionales han distinguido correctamente la imprevisión culpable de aquella otra denominada **imprevisión inculpable** (309).

INSTIGACION Y AYUDA AL SUICIDIO

Art. 157.— “EL QUE POR UN MOVIL EGOISTA INSTIGARE A OTRO AL SUICIDIO O LO AYUDARE A COMETERLO SERA REPRIMIDO, SI EL SUICIDIO SE HA CONSUMADO O INTENTADO, CON PENITENCIARIA O PRISION NO MAYOR DE CINCO AÑOS”.

COMENTARIO

103.— IMPUNIDAD DEL SUICIDIO

Sin excepción alguna conocida, el suicidio es un hecho no incriminado en las legislaciones contemporáneas. Claro está que nos referimos a la única forma en la que supuestamente podría serlo; es decir, a la tentativa (310). Esta impunidad no significa que los

(308) “Condenan a la pena de un año de prisión al chofer que conduciendo un camión de carga y pasajeros, por falta de pericia se estrelló contra un muro, originando que varios pasajeros perdieran la vida y otros resultaran gravemente lesionados” (Ej. Sup. 2-8-55, en *Rev. de Jur. Per.*, 1956, p. 709).

(309) “Habiéndose pasado a Juicio Oral por delito de homicidio por negligencia, es procedente el recurso de nulidad, por cuanto no es de aplicación en tal caso el Art. 10 del Decreto-Ley Nº 17110, ya que ello atentaría contra la doble instancia que es garantía procesal. En el caso de autos no existe imprevisión culpable, sino, caso fortuito, en la muerte ocasionada mediante el disparo de un arma de fuego que se hizo para matar a un gato negro que causaba daños, produciéndose la muerte de la víctima, la que no obstante haberse percatado de que el actor estaba preparado para disparar contra el animal, sin hacerle advertencia alguna al acusado, tomó una ruta distinta de aquella por la que debía salir del corral al que había acudido por una necesidad fisiológica. La oscuridad de la noche y la neblina reinante acentuaron en el agente la convicción de que el pequeño bulto, que asomaba por detrás del cerco, era el gato” (Ej. Sup. 17-11-72, en *Rev. de Jur. Per.*, Nº 352, Mayo 1973, p. 616 s.).

(310) En Latinoamérica sólo el ya abrogado C.P. boliviano de 1834 (actualmente está en vigencia el texto de 1972) sancionaba el suicidio frustrado con arresto de un mes a un año en un hospital (Art. 519). En realidad, se trataba más bien de una medida de seguridad que el antiguo documento codificado denominaba **pena corporal**.

modernos Cs. Ps. sean indiferentes con relación a ciertos aspectos, socialmente repudiables, que pudiera revestir la realización de un suicidio en el que participan otras personas, o que presuponga un reconocimiento de la pretendida facultad que tendría el hombre para decidir, por sí mismo, acerca de cuál es el momento preciso de procurar su extinción vital.

Entendemos la vida como un bien jurídico no solamente personal, sino también de interés para la sociedad. Si la vida humana es, además de un proceso fisiológico individual, una co-existencia, una convivencia, entonces nadie podrá discutir el afán del Estado en que su conservación sea respetada, por encima de las decisiones de aparente o real conveniencia personal que se persiga con su extinción. La vida es un bien que cada titular puede y debe comenzar a administrar desde que tenga uso de razón; pero su conservación y la dirección que se le imprima sólo debe hacerse en función de los demás. El hombre no puede disponer de su vida a título de un pretendido propietario que ejercitase una especie de **ius abundi**. El suicidio deviene, así, en un acto antisocial de aniquilamiento, frustración y negación. Cognoscitivamente, es un acto personal de **preferencia por la nada**. Moralmente, podría resultar, por paradoja, una actitud desesperada de quien ha decidido partir en busca de una esperanza de paz ultraterrena. Jamás el suicidio será un acto de libertad, el mismo que para nosotros significa tomar decisiones **dentro del ámbito de validez de las normas de cultura**, estén o no reconocidas por las leyes. Es por esta razón que no podemos compartir, con el respeto debido, la opinión de FERRI en cuanto afirmaba que “el suicidio es un acto jurídicamente lícito” (311). La ley penal, que domina un campo más estrecho que el correspondiente al jurídico, se abstiene de sancionar el suicidio sólo por motivaciones que, en verdad, muestran la inconveniencia o la imposibilidad de imponer castigo.

La naturaleza ha determinado una extinción ineludible de la vida por degeneración orgánica, o también por la potencia de factores físicos o mecánicos extraños a la voluntad y conciencia del hombre. Hasta el mismo Derecho reconoce en ciertos casos, como en el de una legítima defensa individual o del Estado ocurrida frente a una agresión externa, el ejercicio excepcional de la facultad circunstancial de matar al prójimo. Pero, en cambio, no existe

(311) FERRI: op. cit., p. 70.

autorización legal que ampare la auto-eliminación de la vida. Es verdad que, en principio, lo no prohibido está permitido; pero también es cierto que, al final de cuentas, no habría cómo prohibirlo. Sólo la más decadente filosofía o el más repudiable fanatismo castrense, religioso o terrorista que deforme la mentalidad de grupos restringidos, puede pretender justificar un acto normalmente contrario a un claro mandato de la naturaleza. No obstante, reclaman compasión los casos en los que el suicida actuó motivado por un gravísimo dolor moral, o impulsado por los sufrimientos de una enfermedad reputada incurable y no atendida médicamente.

La no incriminación del suicidio, pues, es de lógica incontestable. Si el sujeto ha consumado su decisión suicida, la que en última instancia solo él controla, pierde todo sentido una sanción **post mortem**, la misma que de ser posible aplicarla devendría transpersonal e inhumana. Por otro lado, si el suicidio se ha frustrado, la amenaza de la pena tal vez habrá de constituir un motivo más que, agregado a los ya existentes, precipitarían un nuevo intento, en esta oportunidad tomando todas las precauciones para no fallar. En consecuencia, sólo la instigación y la ayuda al suicidio son aquí verdaderas conductas punibles.

104.— FUENTE

La encontramos en el Art. 133 del Proyecto peruano de 1916. En la anterior edición de este Tomo I habíamos ubicado la fuente en el Proyecto suizo de 1918 (Art. 102). Nuestra rectificación obedece a que, siendo casi idénticos el texto peruano y el suizo, en el primero se utiliza el verbo “instigar”, mientras que en el segundo se emplea el verbo “incitar”. Siendo el caso que el codificador de 1924 utiliza en la descripción típica de una de las figuras del Art. 157 el modo verbal “instigare”, es que llegamos ahora a la conclusión anotada. PEÑA CABRERA indica como fuente el referido documento prelegislativo helvético (312).

El precedente legislativo nacional lo encontramos en el Art. 238 del C.P. abrogado, el mismo que sancionaba con pena de cárcel hasta cinco años al que “preste a otro medios para que se suicide” e imponiendo la misma pena del homicidio simple, o sea doce años de penitenciaría, al que “ayude a la ejecución del suicidio, cooperando personalmente”. Con terminología un tanto

extraña, que se ha usado y se usa todavía en doctrina, JOSE VITERBO ARIAS nos decía que en la última hipótesis legal aludida estaba previsto el caso del “co-autor de suicidio”.

105.— SUSTANTIVIDAD DEL TEXTO LEGAL

El dispositivo codificado que vamos a comentar contiene dos figuras delictivas: la **instigación al suicidio** i la **ayuda al suicidio**. Por ahora nos interesa poner en relieve que, a pesar de la clara naturaleza accesoria de ambas figuras, el codificador se ha visto obligado a reputarlas como autónomas para salvar el escollo que significa, desde una perspectiva técnico-jurídica, el hecho de la impunidad del suicidio. En efecto: no hay instigación, tampoco complicidad, sin la ejecución de un acto principal que la ley considere en sí mismo delictivo. No existe técnicamente, en consecuencia, participación criminal en un hecho que carece de descripción típica.

Escribía DE LA LAMA que la Jurisprudencia seguida por los Tribunales franceses daba por no reprimible al agente que hubiere provocado a un tercero para que se suicide, o le hubiese proporcionado instrumentos o armas para que se dé muerte, impunidad que tenía su fundamento en el hecho de no encontrarse inculcado el suicidio (313). Dicha Jurisprudencia es explicable si se tiene en cuenta que el C.P. francés (1810), por influencia de los enciclopedistas no consideraba delictuoso el suicidio, ni contenía disposición alguna para sancionar las modalidades de instigación i ayuda. La accesoriadad de estas figuras, entonces impunes, al no haber sido sustantivas seguían la misma suerte del caso o asunto principal, tal y conforme ocurre en la mecánica del Derecho Civil. Situación distinta presentaban los Cs. Ps. español de 1870 e italiano de 1889, textos punitivos que sí habían previsto como tipos delictivos ambas formas de participación en sus Arts. 421 y 370, respectivamente.

106.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** puede ser cualquier persona, pariente o extraño con respecto a la víctima.

(313) DE LA LAMA, MIGUEL ANTONIO: **Diccionario Penal de Jurisprudencia y Legislación Peruana**, Lima, 1889, p. 647.

b).— **Sujeto pasivo**, igualmente, cualquiera puede tener esta calidad jurídico-penal sea mayor o menor de edad, con salud o sin ésta. Algunas legislaciones, como el texto punitivo codificado húngaro (Art. 255, Inc. 2, apartado b.) se han puesto **expressis verbis** en las hipótesis en que la persona persuadida o ayudada a suicidarse sea un menor de edad, o un individuo cuya capacidad para juzgar su acto estuviera reducida a consecuencia de enfermedad, debilidad o turbación mentales, casos en los que la penalidad se agrava con relación al tipo legal no circunstanciado. En un sentido más o menos parecido legisla sobre el tema el C.P. brasileño de 1969, cuya entrada en vigencia fue diferida (Art. 123, § 1º). El C.P. italiano (Art. 580, segundo párrafo) dice, por su lado, que cuando el suicida es menor de catorce años, o se halle privado de la capacidad de entender, se deberá aplicar las disposiciones referentes al homicidio. Por último, el C.P. ruso-soviético demanda que la persona inducida al suicidio o a una tentativa de suicidio “dependa del culpable económicamente o en cualquier otra forma”, así como también que dicha inducción la produzca “un comportamiento despiadado hacia la víctima o un sistemático envilecimiento de la dignidad de la persona” (Art. 107). Similar hipótesis a la del texto ruso soviético se consigna en el art. 123 § 2º, del C.P. brasileño, aquí ya aludido, con el **nomen iuris** de “provocación indirecta al suicidio”.

107.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes, teniéndose en cuenta ambas figuras delictivas:

a).— **Acto suicida, tentado o consumado**.— El suicidio, en sentido jurídico, es la eliminación voluntaria y directa de la propia vida. Es imprescindible que la intención de renunciar, como un fin en sí mismo, a la conservación del bien jurídico vital se manifieste mediante comportamientos externos que signifiquen, por lo menos, un principio de ejecución del suicidio. La realización del acto material, sea intentando o perfeccionando la comisión del suicidio, debe corresponderle exclusivamente a la víctima instigada o auxiliada. Observa HUNGRÍA que no es suicidio, por ejemplo, la conducta del héroe que, en defensa de la patria o de un ideal, se lanza a un peligro cierto y se sacrifica. Dice el Magistrado brasileño, complementando su pensamiento, que el suicidio es un fin en sí mismo desde que el individuo se mata porque simplemente no quiere vivir. La ley penal no incrimina la participación en estos

actos llamados “suicidas” en sentido metafórico, sino, la instigación o ayuda a los suicidios auténticos (314).

b).— **Cooperación, ya sea por instigación o por ayuda, al acto suicida.** La inducción, que nuestro C.P. prefiere llamar “instigación”, para ser punible debe ser **directa y convincente**. Directa, significa que la influencia tiene que ser personal, sin intermediarios o terceros. Convincente, quiere decir que la instigación debe ser suficiente para determinar la voluntad del instigado a quitarse la vida, quedando descartado este carácter cuando va ínsito el **animus jocandi**. La incitación puede hacerse por palabras escritas o verbales, dibujos, composiciones fotográficas trucadas, etc., quedando a criterio del juzgador la apreciación de su potencia determinante de la voluntad ajena en caso que el suicidio se haya consumado o frustrado. Existe, en consecuencia, la posibilidad que, aun cuando el suicidio se haya intentado o logrado, el Juez estime insuficiente la instigación para reprocharla como delictiva, a pesar del resultado.

Los medios empleados por el agente en la instigación deben tener una naturaleza **intelectual**. No vemos, en realidad, cómo podría inducirse, de acuerdo a nuestra dogmática, a través de maltratos o lesiones físicas. En otras legislaciones (tal como sucede en el C.P. brasileño de 1969, todavía sin vigor) que contienen tanto la figura legal denominada “provocación directa al suicidio”, como también la llamada “provocación indirecta al suicidio”, deben considerarse, asimismo, la potencia de los medios **materiales** (315). No estimamos feliz esta última modalidad delictiva foránea desde que, si por desgracia, se sigue el principio **causa causae causa causati**, el agente responderá por un resultado que, en verdad, **pudo no haber previsto** al no conceptuarse como normalmente previsible un evento de tan grave desenlace como también de muy personal decisión. Opinamos que ya bastantes salvaduras se han hecho al construir la figura de la “instigación al suicidio” como para continuar agregándole una excepción más.

Pensamos que la instigación al suicidio jamás podrá realizarse por omisión. Tampoco por imprudencia. Se trata, por otro lado, de un delito de daño, aun cuando el incitado no haya logrado

(314) HUNGRÍA: op. cit., Volumen V, p. 197.

(315) Art. 123, § 2º C.P. brasileño: “Con detención de uno a tres años será sancionado quien deshumana y reiteradamente inflige malos tratos a alguien, sometido a su autoridad o dependencia, llevándolo en razón de eso, a la práctica del suicidio”.

finalmente su despropósito, siendo suficiente para el efecto las lesiones sufridas en el intento.

En lo que respecta a la figura de la ayuda al suicidio, el agente debe coadyuvar ya sea prestando una asistencia de carácter secundario con relación al gesto suicida, o una cooperación sin la cual el suicidio no habría podido ni siquiera intentarse. La actividad desarrollada por el auxiliador no siempre supone el conocimiento de una definitiva voluntad o decisión suicida. El auxilio está dirigido a favorecer la ejecución del autoexterminio, pero no requiere la preexistencia de una resolución firme del suicida conocida por el auxiliador, aunque claro está que se necesita de un principio de ejecución del acto, al menos, para imponer sanción. La ayuda, para constituir delito, debe ser prestada conscientemente; es decir, sabiendo que se favorece la ejecución del suicidio. Conforme sostiene OLESA MUÑIDO, el auxilio al suicidio no es la causa del acto principal ni de su resultado, sino la causa de haber facilitado o posibilitado la realización del acto principal (316).

Entre la instigación i la ayuda al suicidio hay, indudablemente, una diferencia de naturaleza. En la instigación el inductor determina la voluntad suicida de la víctima, pudiendo o no corresponderle la iniciativa en la idea exterminadora, pero su labor persuasiva y perseverante tiene un papel decisivo en el tramo final. La **fuerza moral** que su participación representa es innegable. En cambio, en la ayuda sucede que el auxiliador jamás tiene la iniciativa en la idea suicida, la misma que debe corresponderle al propio suicida, o a un hipotético instigador. El papel del auxiliador, pues, se desempeña en el **plano físico** y nunca preponderantemente en el moral, secundando la decisión ya tomada por el suicida. De aquí se sigue, como señala FERRI, que en la instigación haya mayores probabilidades de que los motivos determinantes tengan carácter antijurídico (venganza, odio, codicia, etc.); probabilidad solamente, pues en los anales judiciales se recuerdan casos de verdadera instigación impulsada por motivos legítimos y jurídicos (317).

(316) OLESA MUÑIDO, FRANCISCO-FELIPE: **Inducción y auxilio al suicidio**, Barcelona, 1958, p. 98.

(317) He aquí un caso decidido por Magistrados, no por un Jurado, que relata FERRI. "Era, en 1880, Profesor de la Universidad de Bolonia, cuando la opinión pública se vió fuertemente impresionada por la noticia de que en la vecina localidad de Imola el conde F. había sido detenido como culpable de asesinato. En efecto: en la bodega de su palacio había cavado una zanja, que luego disimuló convenientemente; había llamado

La ayuda, según nuestra dogmática, no puede llegar al extremo de comprender también la conducta del ejecutor material de la voluntad del suicida. El auxilio a que alude nuestro C.P. es el que se conoce en la doctrina española con el nombre de **auxilio no ejecutivo**, para diferenciarlo del **auxilio ejecutivo** en el que el agente realiza personalmente el acto de matar (318). Dicha interpretación podemos hacerla, inclusive, partiendo del orden en que se han dispuesto las figuras delictivas en el texto legal comentado. Obsérvese que se comienza por describir la forma teóricamente más grave, que en nuestro concepto es la instigación al suicidio, configurándose enseguida la hipótesis menos grave de la ayuda no ejecutiva. Pensamos que si la "ayuda" comprendiese realmente en

allí al viejo Arcipreste de su parroquia, que cayó en la trampa, y allí fue muerto por el conde F., golpeándole con piedras y a bastonazos. Este escandaloso delito fue ocasión de un doble triunfo de la doctrina, entonces naciente, de la Escuela Criminalista Positiva. Ante todo, leyendo en los periódicos la vida anterior del conde F., me convencí que debía estar en condiciones físico-psíquicas anormales, sobre todo conocido el hecho de que había tenido que salir del ejército, porque, siendo Oficial de caballería, un día se puso a pasearse por la ciudad vestido de uniforme y con una sombrilla abierta para defenderse de los rayos del sol. Pensé que este acto extraño debía explicarse como síntoma de condiciones cerebrales anormales; y, en efecto: de la autopsia pericial del cadáver del conde F., resultó que conservaba en el cerebro los vestigios de una meningitis, padecida en otro tiempo, y se encontró, además, anomalía muy rara, que entre los dos lóbulos de su cerebro existía un osteoma espinoso, que Lombroso y yo comentamos entonces en el 'Archivo de Psiquiatría y Antropología Criminal' 1881. Fue esto un primer triunfo de nuestras ideas, en aquella resonante ocasión, porque yo, desde la cátedra había expresado abiertamente el concepto de que el conde F. —entonces detenido— debía ser un anormal. El segundo triunfo se obtuvo poco después, con ocasión de haberse suicidado en la cárcel el conde F. Se llegó a comprobar que la mujer de éste, habiendo obtenido permiso para una entrevista, le entregó un anillo conteniendo ácido prúsico, diciéndole que debía sustraerse él mismo y sustraer a sus hijos a la ignominia del juicio público y de la condena. La misma noche el conde F. se envenenó, por lo que fue ordenada la autopsia del cadáver, que dió aquel resultado anatomo-patológico de característico significado antropológico-criminal. Pero, comprobado el suicidio por envenenamiento, corrió de boca en boca que el Fiscal había promovido un procedimiento criminal contra la mujer, por haber instigado al suicidio a aquel acusado, que así se sustrafía al imperio de la justicia humana. Yo, entonces, con entusiasmo juvenil, sostuve la tesis, que luego desenvolví en la primera edición de esta monografía, de que no debía procederse criminalmente contra quien había obrado por motivos legítimos, de piedad y de honor familiar, tanto más cuanto que la muerte voluntaria del culpable era un solemne homenaje a la majestad de la justicia. Y el Fiscal ordenó que no se promoviese acción penal contra aquella señora, demostrando así que mi tesis tenía el asentimiento también de los Magistrados jurisperitos, no impenetrables a las razones y a los latidos de la humana realidad" (op. cit., p. 71 ss.).

(318) Art. 409 del C.P. español: "El que prestare auxilio o induzca a otro a que se suicide, será castigado con pena de prisión mayor; si lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, será castigado con la pena de reclusión menor".

la legislación peruana también al auxilio ejecutivo, supuesto éste que de ser cierto merecería mayor reprochabilidad, entonces el codificador hubiese comenzado a redactar el texto con la figura de “el que ayudare”, no así con la de “el que instigare” (319). Claro está que no debemos prestar mucha atención a esta circunstancia de prelación, gramaticalmente manifestada, desde que la ley señala una penalidad única; pero de **lege ferenda** merece mayor repudio el auxilio ejecutivo en relación con la instigación y con el auxilio no ejecutivo. Lo cierto del caso es, al final de cuentas, que el vigente C.P. no tiene un texto similar al Art. 238 del C.P. abrogado, ni al Art. 409 del C.P. español vigente, documentos legislativos que sí previeron la hipótesis consistente en que la ayuda prestada por el actor pueda llegar “hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte”. La “ayuda al suicidio”, pues, tiene en nuestra dogmática un límite. Si el auxiliador, además de proporcionar los instrumentos para el suicidio, también los maneja, ejecutando personalmente la muerte, entonces la figura delictiva resulta siendo otra: homicidio simple o parricidio, no sólo cuando el móvil ha sido egoísta, sino, asimismo, para cuando fuere de piedad.

El auxilio al suicidio es un delito que sólo puede realizarse por acción **strictu sensu**. Si el agente, por su posición de garante, tenía el deber jurídico de evitar el suicidio, pero se abstuvo de intervenir por querer la muerte de la víctima, a pesar que tuvo la posibilidad real de evitar la muerte, tal conducta se tipificará como **homicidio** por comisión omisiva. POLITOFF y sus colaboradores, que son de similar parecer, ponen como ejemplo de una relación de garante el caso del enfermero contratado específicamente para proteger a un psicótico depresivo (320).

Advertimos que con la denominación de “homicidio-suicidio” se designa indistintamente, en la doctrina, a la instigación al suicidio, al auxilio ejecutivo y al auxilio no ejecutivo (321).

(319) Así, nuestro C.P. comienza por las formas delictivas doctrinariamente más graves al redactar los siguientes dispositivos: **sustraer** a un menor o **rehusar entregarlo** a sus padres (art. 220); **impedir con violencia** o **amenaza** la realización de un acto legal (Art. 222); **penetrar** en morada o **quedarse allí** (Art. 230); **perturbar con violencia** o **amenaza** una reunión lícita y pública (Art. 236), **alterar, introducir, expender** o **poner** en circulación moneda falsa (Art. 371), etc.

(320) POLITOFF y otros: op. cit., Parte Especial I, p. 331.

(321) El Proyecto PECO de 1941 contiene, bajo la denominación de “Homicidio-suicidio”, un tipo conglobante. He aquí su texto: “Al que instigare a otro al suicidio o le

c).— **Acatamiento de la instigación, o aceptación de la ayuda por parte de la víctima.** Cualquiera de estas dos exigencias, cada una correspondiente a su propia figura, significa que el agente no debe haber empleado la **coacción física**, ya que, si así fuera, nos encontraríamos realmente frente a un delito de homicidio.

Es interesante anotar que, según el Art. 100 del C.P., la instigación i la ayuda para ser punibles deberían estar dirigidas a lograr la comisión de un hecho delictivo. Sucede, no obstante, que en el dispositivo legal en comentario nos encontramos con participaciones en una “ilicitud impune”, en una “acción ilícita no típica”, en un “no delito”, expresiones todas con las que se hacen referencias al suicidio. Se piensa, con cierta lógica, que si no es delito el suicidio, entonces mal podría derivarse responsabilidad penal para quien instiga o ayuda a su realización. Pero, en verdad, ocurre aquí una paradoja: el instigador i el ayudante, por la acción del propio suicida, se convierten en una especie de **auxiliados** en la comisión de sus respectivos delitos. Es innegable que la instigación i la ayuda que nos ocupan están orientadas a que otro realice un hecho impune (suicidio), siendo esta la razón por la que no son sancionados los partícipes **cuando el móvil no es innoble**. En cambio, cuando el móvil es ilegítimo o antisocial, el codificador ha creído conveniente sustantivar estas dos formas de participación accesoria que no serían punibles como tales, pero que merecen castigo cuando la ley les ha dado la autonomía propia de los tipos delictivos.

El acatamiento de la instigación, o la aceptación de la ayuda, no deben quedarse en un plano subjetivo. La ley demanda que cualquiera de ambos asentimientos se evidencie, se ponga de manifiesto, se objetive con la consumación del suicidio, o al menos con una tentativa. Se requiere en el instigado o auxiliado, en consecuencia, una actividad ejecutiva dirigida inequívocamente a lograr su determinación de “quitarse” la vida, **conditio sine qua non** para las respectivas configuraciones delictivas. A esta manifestación exterior de la decisión de suicidarse, mediante la ejecución de actos tendientes a su realización, le ha dado **HURTADO POZO**

ayudare a cometerlo, si la muerte se hubiese consumado o tentado, se le aplicará privación de libertad de dos a ocho años. Cuando le diere muerte con expreso consentimiento del interesado, la sanción será de tres a diez años. Si el autor obrare por móviles piadosos, y en caso de consentimiento mediante instancias apremiantes del interesado, la sanción será de uno a tres años. Esta sanción también se aplicará cuando se hubiere concertado seriamente el suicidio común, aunque asumiese la forma de homicidio consentido’.

el carácter de **condición objetiva de punibilidad** (322). JIMENEZ DE ASUA, refutando a SOLER, quien sostenía igual punto de vista, ha escrito que esta exigencia no es una condición objetiva de punibilidad puesto que atañe a la propia esencia de las figuras comentadas. Si el suicidio no se consuma o intenta, el instigador, por ejemplo, no será responsable (323). El tema es polémico. No obstante, estamos convencidos que la razón está del lado de JIMENEZ DE ASUA. La actividad ejecutiva externa de la víctima instigada o auxiliada al suicidio es un elemento esencial del tipo (y como tal la hemos estudiado), no así una condición de aplicabilidad de sanción ajena a la acción delictiva.

d).— **Que el móvil sea egoísta.** Este importante requisito constituye un elemento subjetivo del tipo en orden a lo injusto. La motivación que impulsa al agente no puede estar inspirada, para ser delictiva, en un propósito noble o de carácter altruísta. Por el contrario, el actor debe proceder movido por un interés mezquino, sea económico, laboral, político, sexual, etc. Si el instigador, o en su caso el auxiliador, interviene en el suicidio estimulado por la piedad o compasión, sentimientos que han sido despertados por las especiales circunstancias lamentables vividas por la presunta víctima, entonces el hecho será impune.

e).— **Relación de causalidad.** Entre el inductor e inducido, o entre el ayudante y auxiliado, se precisa que haya una relación de causa a efecto en sus respectivos comportamientos. En la hipótesis de la instigación, la voluntad que ejecuta el acto suicida tiene que haber sido determinada y movida hacia su objetivo por nadie más que el inductor. En la figura legal de la ayuda, la voluntad que realiza el suicidio ve facilitada la obtención de su finalidad con un auxilio eminentemente material. Vale aquí, con algunas reservas, cuanto dijéramos al estudiar similar elemento constitutivo en la figura de homicidio simple.

f).— **Dolo.** El sujeto activo debe tener conciencia de que instiga o ayuda a la comisión de un suicidio, así como también debe concurrir la voluntad de llevar adelante su cooperación innoblemente motivada.

(322) HURTADO POZO: op. cit., Parte Especial I, p. 153.

(323) JIMENEZ DE ASUA, LUIS: *La Ley y el Delito*, Edit. Hermes, Bs. As., 1963, p. 424.

108.— IMPOSIBILIDAD DE TENTATIVA

Los delitos de instigación i ayuda al suicidio no admiten tentativa. Como tuvimos antes oportunidad de señalar, nuestro texto legal exige, como elementos constitutivos de cada una de las dos figuras, que el suicida llegue a consumir su influenciada decisión o intente, por lo menos, lograr su objetivo. Claro está que este comienzo de ejecución por parte de la víctima significa en sí mismo la consumación del delito para el instigador o auxiliador; pero, sin el requisito mínimo representado por un principio de ejecución del suicidio, tengamos presente la advertencia, aquí no hay delito. En consecuencia, mal puede hablarse de tentativa respecto a conductas que son todavía atípicas.

109.— POSIBILIDAD DE LA PARTICIPACION

No hay inconveniente para que en las acciones de instigación i ayuda al suicidio participen otras personas. Como dice HURTADO POZO, es probable que alguien instigue a otro para que incite a un tercero o para que lo ayude a causarse la muerte, siendo en todo caso indispensable que se presente, al menos, una tentativa de suicidio, sin importar que el suicida fallido resulte o no con algún daño físico o mental (324).

110.— EL HOMICIDIO PIADOSO

El homicidio por móvil pietista no existe en nuestra legislación como figura delictiva. El Prof. QUINTANO RIPOLLES escribió que el criterio ferriano de su impunidad triunfó legislativamente en el Perú, Uruguay y Colombia. “En el sistema peruano —decía el desaparecido Magistrado español— la eutanasia penetra un tanto subrepticamente, por el rodeo de la exclusión por similitud a la figura de ayuda al suicidio, pues al penar ésta en el Art. 157 únicamente ‘cuando se hace por un móvil egoísta’, parece implicar que, en ausencia del mismo, como en el supuesto piadoso, el hecho quedaría impune por falta de tipificación adecuada” (325). Por nuestra parte advertimos que la ayuda al suicidio en el C.P. peruano sólo comprende lo que en la doctrina española se denomina “auxilio no ejecutivo”, conforme ya lo hemos demostrado en estos comentarios. El pensamiento de QUINTANO RIPOLLES tendría lógica

(324) HURTADO POZO: op. cit., Parte Especial I, p. 153.

(325) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado.*, op. cit., Tomo I, p. 353.

si es que viera también en el “auxilio no ejecutivo” (por móvil de piedad), otra de las manifestaciones del homicidio eutanásico, supuesta tesis que sería bastante discutible. Estamos convencidos que nuestra dogmática no da asidero para construir la teoría de un homicidio piadoso impune. De haber previsto la legislación nacional la figura del “auxilio ejecutivo” por un móvil egoísta, entonces sí, por interpretación a **contrario sensu** (presencia de móvil altruísta) y ante la ausencia de tipo para el homicidio piadoso (consentido o no por la víctima), el hecho exterminador por motivación noble sería impune.

Menos complicada es la interpretación de JIMENEZ DE ASUA. El Maestro madrileño ha escrito certeramente que el Art. 157 del C.P. permite deducir, por lógica, que el auxilio al suicida prestado por piedad, que evidentemente no es un móvil egoísta, sino altruísta, constituye un hecho que debe quedar impune. Luego advierte, lo que hace posible precisar su pensamiento, que el C.P. peruano no llega tan lejos como el texto punitivo ruso de 1922 en el que se exime de pena al que mata por compasión (326).

La ausencia de la figura del homicidio por piedad, ya lo dijimos, puede plantear gravísimos problemas de conciencia a nuestros jueces, especialmente en los casos en que la víctima fuese uno de los sujetos a que se refiere el Art. 151 (327). Anotamos que

(326) JIMENEZ DE ASUA: *El Derecho Penal en la República del Perú*, op. cit., p. 56. Véase también, del mismo autor: *Libertad de Amar y Derecho a Morir*, op. cit., p. 440.

(327) Es interesante preguntarse cómo habría resuelto nuestra Administración de Justicia el siguiente caso ocurrido en 1939, en New York (EE.UU.). El autor de este relato, QUENTIN REYNOLDS, asegura que es absolutamente verídico y sólo ha cambiado los nombres de los personajes. He aquí una síntesis de lo acontecido: Luis Greenfield tenía un hijo de 17 años llamado Jerónimo, muy crecido para su edad, con 90 kilos de peso y con una mentalidad de un chiquillo de 2 años. Los especialistas que lo habían examinado no dieron ninguna esperanza y diagnosticaron: imbécil epiléptico. Los padres hicieron abandono de toda vida social para poder atender al hijo, quien no podía ser descuidado en ningún momento. De hecho los padres sentían un amor protector muy grande hacia el joven, ya que sin ayudarlo era imposible que viviera. Los efectos de esta situación produjeron en la madre un desequilibrio que, según los médicos, la conduciría a la locura si es que no se internaba al hijo en un sanatorio. El horror que les produjeron estos centros de internamiento los hizo desistir de la recomendación de confinarlo. Un día Luis, viendo que peligraba la salud mental y hasta la integridad física de su esposa, aprovechó que Jerónimo se reponía lentamente de un ataque y lo cloroformizó, oprimiendo luego el pañuelo contra la nariz hasta que la respiración se detuvo, muriendo el hijo. El caso fue llevado al Gran Jurado. La defensa corrió a cargo del gran penalista, posteriormente magnífico Juez, SAMUEL S. LEIBOWITZ. El veredicto fue absolutorio (Véase en: *Sala de Jurados*, México, 1969, p. 191 ss.).

el Proyecto de C.P. (1984) había omitido tratar específicamente el homicidio piadoso. Este defecto fue subsanado en la reelaboración del documento pre-legislativo ocurrida en Febrero de 1985 (Art. 120), el mismo que circulara restringidamente en copias mimeográficas. No está demás advertir que en el Proyecto de C.P., que comenzó a aparecer en el Diario Oficial "El Peruano" a partir del 19 de Agosto de 1985, por iniciativa de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia, también se prevé la figura del homicidio piadoso, pero exigiéndose esta vez nuevos elementos constitutivos.

111.- PENALIDAD

La sanción señalada es la de penitenciaría no menor de un año ni mayor de cinco, o prisión no menor de dos días ni mayor de cinco años. La alternatividad de las penas es perfectamente explicable si se tiene en cuenta la diferencia de gravedad entre las dos figuras, aun cuando la ley no se haya pronunciado expresamente haciendo distinciones en este sentido.

REPARACION CIVIL EN HOMICIDIO

Art. 158.- "LA REPARACION CIVIL EN LOS CASOS DE HOMICIDIO, PODRA CONSISTIR O EN LA ENTREGA DE UN BIEN O DE UNA CANTIDAD DE DINERO, O EN EL ESTABLECIMIENTO DE UNA PENSION O DE UNA RENTA EN FAVOR DE LA FAMILIA DE LA VICTIMA".

COMENTARIO

112.- CARACTER ESPECIAL DE LA NORMA

Se trata de una regla especial que debe ser interpretada dentro del marco de las disposiciones generales que, sobre reparación civil, conforman los Arts. 65 y ss. del C.P. Observamos que ni la instigación al suicidio, ni la ayuda al mismo, están alcanzadas por el dispositivo legal en análisis.

113.- JUSTIFICACION DEL TEXTO

Para los casos de homicidio el codificador ha querido establecer otras formas que puede revestir el pago de la reparación civil. Este propósito es comprensible si se tiene en cuenta que el hecho que lo motiva es nada menos que la extinción vital de un semejante.

te. Con la víctima es frecuente que desaparezca el jefe de una familia de quien dependía tanto el apoyo material como moral para la cónyuge i la prole. Teniendo en cuenta la magnitud del daño causado, las obligaciones de la víctima y la situación económica del victimario (sobre todo esta última), bien podría el juzgador optar por más conveniente que la reparación civil se establezca en la forma de una pensión o renta, en lugar de fijar una suma de dinero para ser entregada por única vez (328).

114.— FUENTE

La encontramos en el art. 134 del Proyecto peruano de 1916. El precedente legislativo nacional lo identificamos en el Art. 239 del C.P. abrogado.

115.— UBICACION DEL TEXTO

Técnicamente consideramos fuera de sitio el dispositivo legal comentado. El congruo lugar para una prescripción sobre formas de reparación civil no puede ser otro que la Parte General. El sitio que le corresponde, en consecuencia, es el Título VII, Libro Primero, del C.P. Nada impide que se haga allí una referencia específica para los casos de homicidios.

116.— MODALIDADES

Las nuevas modalidades que señala el Art. 158 para los efectos de encaminar el pago de la reparación civil son, en realidad, la entrega de un bien y el establecimiento de una pensión o renta. En cuanto a la entrega de una cantidad de dinero, observamos que constituye la forma común de establecer la indemnización para todos los delitos (Art. 66, Inc. 3º). La cosa adjudicada, previamente embargada, puede ser mueble o inmueble. La entrega se hará para que el bien sea recibido en propiedad por los herederos legales de la víctima. En sustitución del victimario, o de su curador (si hubiere lugar a tal nombramiento), el mismo Juez puede firmar la escritura pública de transferencia de dominio. La pensión (o renta) no tiene el carácter de vitalicia, debiendo el juzgador fijar el tiempo durante el cual el victimario tendrá la obligación de proporcionar este recurso económico.

(328) "La reparación civil, en el delito de homicidio, debe guardar proporción con la entidad del daño material y moral irrogado a la víctima" (Ej. Sup. 18-7-72, en Rev. de Jur. Per., Octubre 1972, Nº 345, p. 1283).

TITULO II

ABORTO

117.— CONCEPTO

La expresión “aborto” deriva de la voz latina **abortus** (**ab**, mal; **ortus**, nacimiento), significando parto anticipado, privación de nacimiento, nacimiento antes de tiempo. Biológica y jurídicamente hablando, el delito de aborto representa un atentado contra la vida humana, pero no contra la persona. La razón está en que el feto indudablemente no ostenta todavía tal cualidad, desde que es un ser concebido pero no nacido, una esperanza de vida extrauterina, una **espes hominis** (329). Como señalan POLITOFF y otros, las diversas figuras de aborto constituyen una agresión en contra de la vida humana incipiente o en gestación (330).

El feto no es todavía una persona humana, pero tampoco es una cosa. El feto sólo deviene persona con el nacimiento. Por tal motivo su aniquilamiento no constituye homicidio. La presunción de Derecho Privado (Art. 1 del C. Civil de 1984), que consagrara nuestra Constitución Política de 1979 (Art. 20, Inc. 1.), de reputar al concebido como persona humana (sujeto de derecho) para todo lo que le favorece, no trasciende en la totalidad de su significado al campo del Derecho Penal.

El Derecho Canónico, basándose en la autoridad de los Santos Padres y sobre todo en San Agustín, consideró la expulsión procurada del **corpus formatum** como un delito de homicidio. Esta tesis de la Iglesia Católica no es la del C.P. peruano. Pero nuestro texto punitivo tampoco acogió el criterio de estimar al feto como una cosa adjetiva, sin sustantividad propia, como una **portio viscerum matris** ante cuya extinción vital la sociedad tenía que permanecer indiferente. Pensamos que su categoría es intermedia: ni es

(329) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado.*, op. cit., Tomo I, p. 471.

(330) POLITOFF y otros: op. cit., Parte Especial I, p. 185.

persona como quiere la Iglesia Católica, ni es cosa como prescribió el Derecho Romano. Dialécticamente podría decirse que todavía no es persona, pero que sí ha dejado de ser cosa. En definitiva, según nuestro modo de ver, **el feto es vida humana en formación que se proyecta, temporal y espacialmente, hacia la obtención de su reconocimiento jurídico como persona.**

Tal vez no exista otro hecho delictuoso que sea más sensible a la influencia de las corrientes filosófica, religiosa, ética, política, sanitaria y sociológica, lo que vendría a explicar la constante y variada problemática que presenta el tema del aborto. A lo largo de su evolución histórica las legislaciones penales del mundo han experimentado el impacto que, en mayor o menor medida, ya sea por corto o prolongado tiempo, produjeron las distintas tendencias en los ámbitos anotados. El cristianismo, el nazismo y el comunismo por un lado; así como también el interés demográfico, el mejoramiento del nivel de vida familiar y el derecho a la protección de la esfera íntima de las personas han dejado, por otro lado, sus huellas entre el impunismo y la punibilidad, grave o moderada, del aborto. Se ha querido ver en la comisión del aborto ya sea un agravio a la obra de Dios; o también un delito contra la estirpe, la raza, la nación, el Estado, el orden familiar, la moral, la honestidad; o simplemente se le ha considerado como un ataque al interés demográfico; o, por último, como un acto de libre determinación de la persona, sin otro interés para el Estado que la salud de la abortante. El ordenamiento penal, según nuestra observación, ha sido utilizado como una compuerta para hacer pasar o detener, a discreción, la **vida humana proyectada**, de acuerdo con la concepción enaltecedora o envilecedora del prójimo que circunstancialmente se imponga en un país determinado.

118.— DEFINICION

No ha dejado de constituir también un problema la definición del delito de aborto. La ley especial española de 24 de Enero de 1941, en su Art. 1.º, lo definía de la siguiente manera: "la expulsión prematura y violentamente provocada del feto o su destrucción dentro del vientre materno". Esta delimitación conceptual es, en última instancia, una composición efectuada con las defini-

ciones que habían presentado TARDIEU (331) y CARRARA (332).

Ha criticado QUINTANO RIPOLLES las definiciones que se atienen a la materialidad de la expulsión prematura del fruto de la concepción y omiten, no obstante, aludir a su muerte. En su concepto, la esencia de la noción de aborto es el acto de **matar**, y no meramente el de **expeler** o **expulsar** al feto (333). De la misma manera interpreta el Maestro sanmarquino BRAMONT ARIAS la dogmática peruana (334).

Con certero criterio define JIMENEZ DE ASUA el aborto, tanto en su estricta noción ginecológica, como también en su amplio sentido jurídico. El aborto ginecológico consiste en la expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, con independencia del resultado mortal de la maniobra destinada a conseguir que el feto sea expelido. En cambio, desde un punto de vista jurídico-penal, aborto es el aniquilamiento del producto de la concepción en cualquiera de sus dos momentos anteriores al término de la preñez, ya sea por la expulsión violenta del feto o por su destrucción en el vientre de la gestante. Ratificando esta última definición agregaba el Maestro español que la esencia del aborto residía en que se logre el aniquilamiento del feto, claro está que en referencia al tipo de delito consumado, que es el que describen las leyes. Si no se produjera su extinción vital y el feto expulsado por violencia viviera, habrá entonces una tentativa de aborto, pero no un delito perfecto (335).

(331) TARDIEU, AMBROSIE. Su definición es la siguiente: "expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, independientemente de la circunstancia de edad, viabilidad y formación regular" (Véase en: *Etude médico-légale sur l'avortement*, Paris, 1884, p. 4).

(332) CARRARA. En concepto del Maestro de Pisa, el feticidio (así denominaba al aborto), puede definirse: "como la muerte dolosa del feto dentro del útero, o como su violenta expulsión del vientre materno, de la que sigue la muerte del feto" (op. cit., § 1252).

(333) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado.*, op. cit., Tomo I, p. 475.

(334) BRAMONT ARIAS, LUIS: *El delito de aborto en el C.P. Peruano*, Lima, 1957, p. 150.

(335) JIMENEZ DE ASUA: *Libertad de Amar y Derecho a Morir*, op. cit., p. 319 s. En el año 1924, siguiendo a VIADA, y en función de la dogmática española, definía el aborto como "la expulsión del embrión o del feto antes de seis meses, o sea antes del término de viabilidad legal" (*Derecho Penal*, 3a. Edición, Madrid, 1924, p. 350). En

En opinión de CUELLO CALON, aborto es la muerte del fruto de la concepción en cualquiera de los momentos anteriores a la terminación de la gestación, con o sin expulsión del vientre materno (336). Para CAMAÑO ROSA el aborto es, desde una perspectiva técnica, la interrupción del embarazo con muerte o dispersión del producto de la concepción (337).

119.— CRITERIOS PARA SU CLASIFICACION

El delito de aborto puede dividirse atendiendo a diversos criterios, tales como: a su forma de producción, a la causa provocadora, a su excusabilidad y al elemento subjetivo.

En razón a la **forma de producirse**, se clasifica en:

a).— **Externo**, cuando el fruto de la concepción es expulsado ya muerto, o muere a consecuencia de su expulsión prematura.

b).— **Interno**, si el feto es destruido vitalmente en el útero, donde permanece alojado y sucesivamente transformado por absorción parcial, calcificación o momificación.

Atendiendo a la **causa provocadora**, se divide en:

a).— **Espontáneo**, cuando se produce por causas que explica la patología, o por accidente, independientemente a una voluntad abortiva de la gestante o de un tercero.

b).— **Provocado**, si es producido voluntariamente por la propia gestante o por un tercero, profesional o no, con el consentimiento de la mujer o sin el mismo.

Desde el punto de vista de su **potencia excusante**, se clasifica en:

a).— **Justificable**, cuando la extinción vital del germen de vida humana está exenta de pena en razón a que responde a finalidades

el año 1929, siguiendo entonces el pensamiento de LISZT, lo definía así: "por aborto se entiende la expulsión del embrión o feto antes de seis meses, o sea antes del término de viabilidad legal, o la muerte del feto provocado dentro de la madre" (**Derecho Penal**, Tomo II, Parte Especial, 1a. Edición, Madrid, 1929, p. 146). Esta última obra fue escrita en colaboración con JOSE ANTON ONECA.

(336) CUELLO CALON, EUGENIO: **Tres temas penales**, Barcelona, 1955, p. 46.

(337) CAMAÑO ROSA, ANTONIO: **Delitos contra la persona física**, Edi. Bibliográfica Uruguaya, Montevideo, 1958, p. 155.

o móviles **expressis verbis** reconocidos por la ley. Tales fines o móviles pueden ser: terapéutico, sentimental, eugénico, **honoris causa**, demográfico, de interés social, etc. Advertimos, de paso, que en algunas legislaciones los mismos motivos o móviles indicados no tienen más que un alcance atenuante.

b).— **Criminal**, si es que obedece a motivaciones no amparadas legalmente, por lo general de naturaleza egoísta y sin ninguna trascendencia para el orden social.

En consideración al elemento **subjetivo**, se divide en:

a).— **Intencional**, cuando ha existido en el agente conciencia y voluntad de causar el aborto.

b).— **Preterintencional**, en el caso que sin ánimo de causar el aborto, pero constándole el estado de embarazo o teniendo conocimiento del mismo, el actor ejerce violencia intencional sobre la gestante y la hace abortar.

c).— **Culposo**, en el supuesto que sea producido por falta de previsión, sin constarle al agente el estado de embarazo o sin tener conocimiento de su existencia.

119 bis.— MORFOLOGIA DEL TITULO

Es la siguiente:

a).— Aborto causado por la propia mujer, o auto-aborto, (Art. 159).

b).— Aborto con el consentimiento de la mujer, (Art. 160).

c).— Aborto sin el consentimiento de la mujer, (Art. 161).

d).— Aborto agravado para profesionales sanitarios, (Art. 162).

e).— Aborto necesario o terapéutico, (Art. 163).

f).— Aborto preterintencional, (Art. 164).

AUTO-ABORTO

Art. 159.— “LA MUJER QUE POR CUALQUIER MEDIO ADOP-
TADO POR ELLA, O POR OTRO CON SU CON-
SENTIMIENTO, CAUSARE SU PROPIO ABORTO,
SUFRIRA PRISION NO MAYOR DE CUATRO
AÑOS”.

COMENTARIO

120.— DENOMINACIONES

El auto-aborto también es conocido con los **nomen iuris** de: aborto propio, aborto provocado por la gestante y aborto procurado por la mujer. El Art. 343 del C.P. colombiano de 1980 denomina a esta figura simplemente “aborto”, término escueto que no permite deducir o precisar su contenido (auto-aborto **strictu sensu** y aborto consentido).

121.— FUENTE

La ubicamos en el Art. 135 del Proyecto peruano de 1916. En cuanto al precedente legislativo nacional, lo encontramos en el Art. 243 del C.P. abrogado. En la primera edición de este Tomo I indicamos, erróneamente, que la fuente estaba en el Art. 105 del Proyecto suizo de 1918.

122.— BIEN JURIDICO

Es la vida del feto durante todo el tiempo del embarazo. El interés protegido no puede ser otro, según nuestra dogmática, que la vida germinal de una existencia humana. El Art. 18 del Decreto-Ley No. 17505 (Código Sanitario) prescribe que “el que está por nacer tiene derecho al cuidado de su salud”.

123.— OBJETO MATERIAL

Es el producto de la concepción a través de todas sus fases de desarrollo. POLITOFF y sus colaboradores apuntan que respecto al momento inicial hay un leve matiz de diferencia entre los autores, así: mientras MEZGER y GUNTER BLEI fijan el comienzo de la calidad de feto en el momento en que el huevo femenino es fecundado por el semen, resulta que MAURACH, WELZEL y ANTOLISEI señalan ese instante en la anidación del huevo fecundado en el útero. Explican los autores chilenos que la especial labilidad del huevo no implantado, el mismo que con mucha frecuencia por razones puramente metabólicas o naturales no está en condición de anidarse, justifica la opinión mayoritaria de excluirlo como objeto de tutela en el aborto (337 bis). Nuestra coincidencia al respecto es total.

(337 bis) POLITOFF y otros: op. cit., Parte Especial, Tomo I, p. 193.

124.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** puede ser cualquier mujer embarazada mayor de 18 años, ya sea soltera, casada, viuda o divorciada; de buena o mala fama; con salud o enferma. Pensamos que el “otro”, al que alude el texto comentado, viene a ser el sujeto activo de la segunda modalidad de la acción delictiva contenida en el Art. 160. La mención aquí de la eventual intervención del “otro” sólo se hace con la finalidad de explicar mejor que la participación de un **extraneus** no excluye la imputación de auto-aborto que se le debe formular a la gestante (337 **ter**).

b).— **Sujeto pasivo** no es otro que el producto de la concepción durante toda la etapa pre-natal. Si el aborto es un delito contra la vida, la conclusión no puede ser otra. El art. 17 del Código Sanitario refuerza esta tesis al prescribir que “con la concepción comienza la vida humana”.

El Prof. JIMENEZ DE ASUA ha escrito que sujeto pasivo de delito es todo poseedor de un bien o interés jurídico protegido y que, por consiguiente, tienen tal calidad: el hombre, la persona jurídica, el Estado, o la colectividad. Partiendo de esta premisa, argumenta que el aborto no lesiona en el feto el bien jurídico “vida” desde que el producto de la concepción no es persona ante el Derecho Penal. En su criterio, el delito de aborto vulnera el interés de la comunidad a propagarse; es decir, un interés **demográfico** y no vital. Concluye manifestando, consecuente con su perspectiva sobre el tema, que el aborto no tiene como sujeto pasivo al **embrión humano**, sino a la **comunidad** (338). La opinión del ilustre penalista no es, al menos, aplicable a nuestra dogmática. Para nosotros, sujeto pasivo del delito de aborto es el **feto vivo**.

Para los penalistas que sostienen que el nacimiento comienza con los dolores del parto, resultaría sujeto pasivo de infanticidio, no así de aborto, el ser que todavía se encuentra, en tal circunstancia, en el clausto materno.

(337 **ter**) El Art. 343 del C.P. colombiano sanciona, en un mismo texto, la conducta de la mujer que causa su aborto y la de quien realiza el hecho delictivo con el consentimiento de la gestante. He aquí su literatura: “La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior”.

(338) JIMENEZ DE ASUA: *Tratado*, op. cit., Tomo III, pp. 90 y 94.

125.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Que preexista un estado fisiológico de preñez.** La perpetración del delito de aborto supone un estado de embarazo. En caso contrario, de no existir gravidez, jamás podría producirse la expulsión de feto alguno o su destrucción en el claustro materno.

En muchos casos se necesita la intervención del Médico para acreditar fehacientemente un estado de gestación. Dice GARCIA RADA que puede presentarse el caso de gravidez creída por la mujer y de su intención de provocarse el aborto; sin embargo, faltando el embarazo cierto y efectivo, no puede configurarse el delito de aborto. Apunta el jurista sanmarquino que también pueden darse los casos del llamado embarazo nervioso o psicológico, y del histérico, bastante difícil de distinguirlos de los reales en razón a que la sintomatología es exacta. Estos delicados problemas, anota finalmente el comentarista de nuestro C. de P.P., son competencia del Médico y sólo pueden ser esclarecidos con un concienzudo examen pericial (339).

El Art. 182 de nuestro C. de P.P. dispone que, en caso de delito de aborto, el Juez hará comprobar la preexistencia de la preñez. El Maestro CARRARA señalaba al “estado de gestación” como el primer requisito de la figura penal que denominaba feticidio.

b).— **Que se empleen medios dirigidos a la provocación del aborto.** La ley no hace referencia alguna a la naturaleza de los medios. En consecuencia, podemos interpretar que pueden ser utilizados tanto los medios **materiales** como también los **morales**. Entre los primeros tenemos los **mecánicos** y **químicos**. Los medios químicos, denominados también **internos**, son productos farmacéuticos, tales como purgantes o ciertos estimulantes, que ingresados en el organismo de la gestante, por vía bucal o intravenosa, excitan las contracciones uterinas y provocan la muerte del feto o su expulsión. Según refiere QUINTANO RIPOLLES, los ginecólogos afirman que no es posible decidir en abstracto qué medios químicos son idóneos y cuáles no para producir aborto, debiéndose en cada caso tomar en cuenta las condiciones fisiológicas de la mujer, el

(339) GARCIA RADA, DOMINGO: *La instrucción*, Volumen Segundo, (La Prueba), Lima, 1968, p. 283.

tiempo de embarazo, la cantidad del medio empleado y sobre todo, lo que suele ser decisivo para los efectos penales, lo equívoco o inequívoco de su utilización (340). En cuanto a los medios mecánicos, los mismos aparecen teniendo mayor importancia por cuanto su empleo es frecuente y su eficacia está asegurada. Consisten en manipulaciones locales, efectuadas con instrumentos o sin los mismos, de tal modo que forzando materialmente el organismo de la gestante se logre el resultado abortivo. Entre los medios mecánicos distingue CAMAÑO ROSA los métodos antiguos (golpes o masajes en el vientre) y los modernos (operaciones quirúrgicas, perforación de las membranas fetales, dilatación del cuello del útero, inyección de líquidos calientes o irritantes, corriente eléctrica, etc.) (341).

Para SIMONIN, sustancias abortivas son todas aquellas que tienen una naturaleza tóxica, de posología incierta y de acción variable, tan peligrosas para el feto como para la gestante desde que pueden lesionar gravemente el organismo de la mujer. En los efectos abortivos tiene un papel importante el factor individual, pero resulta que las sustancias químicas producen una intoxicación general que permite caracterizarlas. Pueden ser de procedencia vegetal como la sabina y la artemisa; o mineral como el plomo, el fósforo blanco, la cantárida y el nitrobenzol. Entre las maniobras abortivas SIMONIN menciona: la dilatación del cuello del útero, el desprendimiento instrumental de las membranas y del huevo, el legrado uterino quirúrgico, etc. (342).

En lo que respecta a los medios **morales** o **psíquicos**, como el terror, el susto, es comprensible que puedan provocar también el aborto en otras hipótesis delictivas, no en la que estudiamos aquí. No es posible auto-asustarse o auto-terrorizarse conscientemente. Tampoco es posible imaginar que la gestante se ponga de acuerdo con otra persona conocida para que la aterrorice, por ejemplo (343).

c).— Que el medio sea empleado por la gestante, o por otro, pero con su iniciativa e incitación. Esta exigencia significa que la

(340) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado.*, op. cit., Tomo I, p. 519.

(341) CAMAÑO ROSA: op. cit., p. 168.

(342) SIMONIN: op. cit., p. 439 ss.

(343) Conforme: HURTADO POZO, op. cit., Parte Especial I, p. 191.

mujer embarazada de ninguna manera debe desempeñar un papel pasivo en el auto-aborto. No sólo debe haber tenido la iniciativa en la idea abortiva, sino también el dominio de la acción que le permita dirigir su propia voluntad, o encaminar la ajena, para los fines abortivos propuestos. Si se limita a proponer el evento delictivo o prestar su consentimiento para que otra persona le practique el aborto, entonces el dispositivo legal aplicable, a nuestro entender, sería el Art. 160 del C.P.

d).— **Que el feto muera.** La extinción vital del feto puede ocurrir mediante su expulsión o destrucción en el claustro materno. La interpretación en sentido amplio del vocablo "aborto", coincidente con su noción jurídico-penal, es aceptada entre nosotros por CORNEJO (344), BRAMONT ARIAS, PEÑA CABRERA y HURTADO POZO.

El modo más característico de producir el aborto es mediante la expulsión procurada del feto. Observamos que el feto muerto puede ser expelido como una reacción natural del organismo. En caso de expulsión, la muerte del feto debe producirse como una secuela pura del hecho de haber sido expelido. Si el feto sustraído del claustro materno fuere viable y se le privare intencionalmente de la vida, entonces nos encontraríamos frente a otra figura delictiva que sería verbigracia la de infanticidio, si la madre fuese la autora.

Existe aborto sin expulsión cuando, como consecuencia de las maniobras abortivas, por ejemplo, el producto de la concepción muere sin que el organismo de la embarazada lo expela, o cuando muere con la gestante sin ser extraído. También se comprende aquí el caso de extracción quirúrgica del feto, para salvar la vida de la madre, después de haberse empleado medios abortivos.

Puede presentarse también el caso de expulsión del feto sin aborto, como cuando se ignora que el producto de la concepción estaba ya muerto en el útero con anterioridad al empleo de los medios abortivos. En esta última hipótesis nos encontramos frente a un delito imposible por inidoneidad del objeto material de la

(344) CORNEJO presenta la siguiente definición de aborto provocado: "La destrucción prematura y violenta o la destrucción provocada del producto de la concepción, independientemente de toda circunstancia de edad, de viabilidad y hasta de forma regular" (op. cit., Tomo I, p. 40). No cabe duda que esta definición corresponde, en verdad, a AMBROISE TARDIEU (Véase la Nota No. 331).

infracción penal. Creemos que también habrá delito imposible en el supuesto que el medio utilizado para abortar sea inidóneo (Art. 99 del C.P.).

El hecho de prevenir la concepción, esto es, impedir la fecundación del óvulo, no constituye delito de aborto. Tampoco el impedimento de la anidación del huevo fecundado en el útero.

e).— **Relación de causalidad.** Debe existir una relación de causalidad entre el medio abortivo empleado por la gestante, o el suministrado o administrado por otro pero con su iniciativa o consentimiento, y el resultado letal para el feto.

El C. de P.P. establece en su Art. 182 que deben ser comprobadas “las causas” que determinaron el aborto y también “los signos demostrativos de la expulsión violenta del feto”. En lo que respecta a esta última exigencia del texto adjetivo, advertimos que no debe conducirnos a pensar que el aborto sólo puede cometerse mediando expulsión del feto. La esencia del delito de aborto está en la muerte del producto de la concepción, siendo su expulsión sólo un epifenómeno. Si nuestra ley procesal se refiere expresamente a la expulsión es porque constituye la consecuencia natural y más frecuente de la interrupción criminal del embarazo.

f).— **Dolo.** La gestante debe tener conciencia y voluntad de que su conducta está dirigida a conseguir la muerte del feto. La acción delictiva puede ejecutarla materialmente la propia embarazada, o instigar a otro para que la realice. Su papel es protagónico. Tendrá siempre la iniciativa y el control de la acción delictiva.

126.— TENTATIVA

Es perfectamente posible, desde que se trata de un delito de resultado. En la doctrina se ha sostenido la inconveniencia de hacer pesquisas en la intimidad de la vida familiar, razón por la cual CARRARA y GROIZARD son de opinión que la tentativa no debería ser castigada. En la dogmática peruana, no obstante tan autorizadas voces, la tentativa es punible.

Si con ánimo de exterminar el germen de vida humana se provoca su expulsión prematura, deviniendo el feto viable y sobreviviente, el hecho será castigado como tentativa o frustración.

127.— PARTICIPACION

Es posible la participación. Ha sido voluntad de nuestra ley que las conductas de los co-partícipes se subsuman y sancionen en otros dispositivos de este título. El texto que nos ocupa es para ser aplicado exclusivamente a la gestante (345).

128.— PENALIDAD

La pena aplicable es prisión no menor de dos días, ni mayor de cuatro años. En realidad, creemos que nada justifica que el máximo de la sanción para la figura del auto-aborto sea más grave que el señalado para el delito de infanticidio.

ABORTO CONSENTIDO

Art. 160.— “EL QUE CAUSARE EL ABORTO DE UNA MUJER CON EL CONSENTIMIENTO DE ELLA, O LE PRESTARE ASISTENCIA CON TAL OBJETO, SERA REPRIMIDO CON PENITENCIARIA NO MAYOR DE CUATRO AÑOS O CON PRISION NO MAYOR DE DOS AÑOS.

EL TIEMPO DE LA PENA PUEDE EXTENDERSE HASTA SEIS AÑOS, SI EL ABORTO O EL PROCEDIMIENTO EMPLEADO PARA EL, CAUSARE LA MUERTE DE LA MUJER Y SI EL DELINCUENTE PUDO PREVER ESTE RESULTADO”.

COMENTARIO

129.— FUENTE

La encontramos en el Art. 106, Incs. 1 y 3 del Proyecto suizo de 1918. El precedente legislativo nacional está en el Art. 243 del

(345) HURTADO POZO escribe con relación al tema: “El tercero que causa el aborto no es reprimido de acuerdo con el Art. 159; éste es sólo aplicable a la mujer cualquiera que sea la forma de su intervención. Es decir, desde la realización de los actos ejecutivos hasta la dación de su simple consentimiento” (op. cit., Parte Especial I, p. 193). Coincidimos con nuestro colega sanmarquino en cuanto a considerar a la mujer como única sujeto activo de la figura prevista en el Art. 159 del C.P. Discrepamos, en cambio, en lo que respecta a estimar la conducta de la embarazada, que sólo presta su simple consentimiento, como subsumible también en la misma hipótesis de auto-aborto. Su tesis acerca de la existencia de un auto-aborto activo (cuando la mujer adopta los medios) y un auto-aborto pasivo (cuando la embarazada consiente o acepta que un tercero

C.P. abrogado. El Art. 136 del Proyecto peruano de 1916 tiene una redacción idéntica, con la sola exclusión de la parte referente al que "prestare asistencia".

130.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** es más de una persona. Como mínimo se necesitan dos intervinientes: la gestante y el que causa el aborto. Se trata, en consecuencia de un delito **plurisubjetivo**. La gestante tiene la calidad de cómplice primario (**autora**, según el Art. 100 del C.P.), en razón a que sin su consentimiento no es posible que se configure el delito descrito en el texto comentado. Con la expresión "el que causare" la ley alude al autor material (primera modalidad de la acción). Con la frase "prestare asistencia" la norma se refiere al cómplice primario del delito de auto-aborto (segunda modalidad de la acción).

b).— **Sujeto pasivo** no es otro que el feto vivo. De ninguna manera la gestante, quien en esta hipótesis delictiva, como en la precedente, tiene la calidad de autora o co-autora.

131.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Que preexista un estado de preñez**. En este punto remitimos a cuanto dijéramos al examinar el mismo elemento en el Art. 159.

b).— **Que se utilicen medios orientados a la provocación del aborto**. Nada hay que agregar al comentario que hiciéramos sobre similar tema al tratar del auto-aborto.

le interrumpa la gestación), en realidad no llega a convencernos. Pensamos que la mujer siempre desempeñará un papel protagónico en la figura de auto-aborto (Art. 159), no así también otro que supuestamente pudiera tener un carácter pasivo. Nos parece, en verdad, una contradicción sostener que está incluido, bajo la denominación de "auto-aborto", el caso de la embarazada que acepta o consiente pasivamente que otra persona le interrumpa la gestación. Es en la hipótesis del Art. 160, por el contrario, donde su participación es secundaria. Esto explicaría porqué la pena para la mujer en el delito de aborto consensual (penitenciaría no mayor de cuatro años o prisión no mayor de dos años) puede resultar siendo menos grave que la prevista para el auto-aborto (exclusivamente prisión no mayor de cuatro años). Aclaremos: mientras que alternativamente el Art. 160 señala como máximo sólo **dos** años de prisión, resulta que el Art. 159 prescribe como máximo único **cuatro** años de prisión.

c).— **Que la gestante preste su consentimiento para abortar.** El consentimiento para que se empleen los medios tendientes a causar el aborto tiene que ser prestado de manera espontánea y voluntaria. El consenso de la mujer no tiene ningún valor eximente, ya que el mismo recae sobre el destino de un bien jurídico que no es susceptible de disposición. Con razón escribe BRAMONT ARIAS que el consentimiento de la gestante hace que desaparezca la ofensa al derecho personal de la mujer, pero deja intacto el agravio contra el interés del Estado por la conservación de una esperanza de vida, lo que sólo justifica una disminución de la pena para el co-partícipe con relación a la figura del aborto realizado sin que la mujer consienta (346). Al comenzar el texto describiendo la conducta de quien “causare el aborto”, para luego referirse al “consentimiento” de la mujer, está dando claramente a entender que la gestante no debe realizar la conducta indicada en el tipo con el uso del verbo principal “abortar”. La iniciativa en la idea abortiva puede corresponderle eventualmente a la mujer embarazada, pero no así el sostenimiento de tal propuesta hasta el extremo que determine la voluntad de otro para materializarla. Creemos que nuestra ley quiere que la participación de la gestante tenga una naturaleza psicológica, pero no decisoria, sino consultiva. La intervención física de la mujer, como co-ejecutante del acto abortivo, está aquí definitivamente descartada.

La mujer embarazada no debe tener una edad inferior a los 18 años, pues de lo contrario se uniría, al hecho de ser penalmente inimputable, también su incapacidad civil (346 bis). En nuestro criterio, la aprobación para el aborto que pudiera prestar una menor de dicha edad es equivalente al no consentimiento y, por tanto, carece de valor alguno. La figura sería, de presentarse tal supuesto, la de aborto no consensual. También carece de valor el permiso que aparentemente pudiera prestar una enajenada o débil

(346) BRAMONT ARIAS: **El delito de aborto en el C.P. Peruano**: op. cit., p. 163 s.

(346 bis) Nuestro C. Civil, puesto en vigencia a partir del 14 de Noviembre de 1984 por el Decreto Legislativo N° 295, establece que tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido 18 años de edad (Art. 42). Como relativamente incapaces están considerados los mayores de 16 años y menores de 18 (Art. 44, Inc. 1). El cese de la incapacidad de las personas mayores de 16 años ocurre por matrimonio o por obtener título oficial que las autorice para ejercer una profesión u oficio. Tratándose de mujeres mayores de 14 años la incapacidad cesa también por matrimonio, sin que la capacidad así adquirida se pierda por la terminación del vínculo matrimonial (Art. 46).

mental. Igualmente, si el consentimiento es obtenido por violencia, intimidación, amenaza o engaño, desaparece la figura estudiada, en correcta opinión de DIAZ PALOS (347), pasando a integrar, según nuestra dogmática, el delito de aborto no consentido.

d).— **Que se cause el aborto de la gestante, o se le preste asistencia con tal fin.** Pensamos que en el texto legal interpretado se describen dos modalidades delictivas: la primera, es una conducta autónoma aceptada por la gestante (“El que causare el aborto de una mujer con el consentimiento de ella . . .”); la segunda, conforma un comportamiento subsidiario realizado a requerimiento de la embarazada (“. . . o le prestare asistencia con tal objeto . . .”).

Según la primera modalidad, resulta que uno de los actores es el que origina materialmente el aborto, limitándose la gestante a dar su aprobación. A nuestro entender, la participación de la embarazada cumple aquí un papel de menor relieve en comparación con el protagónico que le corresponde en la figura delictiva prevista en el Art. 159 del C.P. En la modalidad ahora examinada, conforme se desprende de la misma lectura del texto legal, la mujer no se causa el aborto desde que su participación aparece circunscrita a prestar su consentimiento para que sea otra persona quien ejecute la acción delictiva, teniendo su intervención el carácter de una complicidad primaria. En cambio, insistimos, en la hipótesis de auto-aborto (Art. 159) es la misma gestante la que causa el hecho delictivo, ya sea realizando físicamente la acción abortiva, o instigando a otra persona para que ejecute su iniciativa.

En cuanto a la segunda modalidad, opinamos que su texto describe la conducta de quien ha prestado asistencia a la mujer para que perpetre el delito de auto-aborto. Creemos que esta cooperación en manera alguna es la prescindible del cómplice secundario, sino, la **necesaria** del cómplice primario quien, como sabemos, tiene en nuestra legislación la calidad de autor (Art. 100 del C.P.). Arribamos por lógica a esta conclusión. En efecto: el C.P. en la Parte Especial describe sólo las conductas de los autores, no la de los cómplices secundarios; es decir, prevé los comportamientos principales, no así los accesorios que tienen el carácter de prescindibles frente a la realización del delito. No vemos ninguna

(347) DIAZ PALOS, FERNANDO: “Aborto”, voz estudiada en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Edit. Seix, Tomo II, 1950, p. 89.

razón para que el codificador peruano, haciendo aquí una excepción, se hubiere ocupado en la Parte Especial de presentar la conducta de los cómplices secundarios sólo para la hipótesis del delito de aborto consentido.

Dejamos constancia que en la doctrina nacional no es pacífica la tesis que sustentamos en el sentido de considerar también a la gestante como sujeto activo en la acción que hemos señalado como primera modalidad delictiva (348).

e).— **Dolo.**— En la comisión de esta figura delictuosa se requiere conciencia y voluntad, tanto en la gestante que da su consentimiento como también en el agente que causa el aborto o le presta asistencia con tal finalidad ilícita. En nuestra dogmática no es punible el aborto culposo. Sin embargo, CORNEJO es de opinión que en el C.P. de 1924 el aborto resulta imputable no sólo a título de dolo, sino, también por imprevisión, imprudencia o impericia (349).

132.— MUERTE PRETERINTENCIONAL

Apunta con acierto HURTADO POZO que el agente, con ocasión de causar dolosamente el aborto, puede culposamente producir un resultado más grave: la muerte de la mujer. Agrega que el fallecimiento de la gestante, previsible, no sólo ha de ser causa de las maniobras abortivas, sino que es necesario que se deba a una imprevisión culpable (350). Por nuestra parte precisamos que la muerte de la embarazada debe haber sido causada **mediatamente**, por el empleo del medio abortivo; e **inmediatamente**, por el aborto propiamente dicho. Para hacer responsable al actor por el resultado más grave no es suficiente la causalidad física. Se necesita también la causalidad jurídica, que exige la **previsibilidad** del resultado letal. La previsibilidad demanda, por su parte, que la muerte de la gestante deba ser **causada** por el aborto y no solamente haberle servido éste de **ocasión**.

(348) En contra: HURTADO POZO, op. cit., Parte Especial I, p. 194.

(349) CORNEJO: op. cit., Tomo I, p. 41. Todos los autores peruanos que después han escrito sobre el delito de aborto sostienen la inexistencia del aborto culposo en nuestra dogmática, discrepando, así, del parecer de quien ha sido el primer comentarista del C.P. de 1924.

(350) HURTADO POZO: op. cit., Parte Especial I, p. 203.

Está claro que la muerte de la mujer no debe haber sido querida por el autor del aborto, ni siquiera de modo eventual. En la hipótesis que el agente así lo hubiere deseado, el caso se tipificaría como delito de homicidio, conforme señala BRAMONT ARIAS (351). El Magistrado HUNGRIA pensaba, para el mismo supuesto, que se trataba de un concurso ideal entre los delitos de homicidio y aborto (352).

Advertimos que al no haber sido específicamente previsto en el texto comentado el daño considerable que el aborto puede producir en el cuerpo o en la salud de la mujer, tal circunstancia sólo tiene el carácter de agravante genérica (Art. 51 C.P.).

133.— TENTATIVA

Siendo el delito de aborto un hecho de resultado, la tentativa es perfectamente posible. Habrá tentativa cuando no se da la pre-existencia del estado de preñez, cuando el medio empleado es inidóneo para producir el resultado, o cuando realizado todo lo que se necesita para producir el aborto, el feto no muere y sobrevive fuera del claustro materno gracias a su viabilidad. En realidad, las dos primeras hipótesis constituyen un delito imposible (Art. 99 del C.P.).

134.— PARTICIPACION

Todas la personas que hubiesen tomado parte en la ejecución del delito, o instigado para su comisión, deben responder a título de autores de aborto consentido (Art. 100 del C.P.), a excepción del caso de la mujer gestante cuando cumple con un papel protagónico. En este último supuesto, como sabemos, el texto aplicable es el del Art. 159 del C.P.

Los que han prestado asistencia, si la misma ha sido necesaria para la comisión del delito, responderán como cómplices primarios, conforme al Art. 100 del C.P. Si la ayuda se considera secundaria, su responsabilidad será la que corresponde al cómplice

(351) BRAMONT ARIAS: *El delito de aborto en el C.P. Peruano*, op. cit., p. 165

(352) HUNGRIA: op. cit., Volumen V, p. 267. Con respecto a la hipótesis de resultado **preterintencional** escribe este autor brasileño: "Trátase de un delito-base (aborto) de naturaleza dolosa ligado a un resultado más grave (muerte de la gestante) que excede la intención criminosa, imputable al actor a título de culpa (op. cit., Volumen V, p. 267).

propiamente dicho (cómplice secundario). El juzgador determinará, en cada caso concreto, si la subsunción de la conducta del co-operador en el tipo es procedente por vía principal (directa) o por vía accesoria (indirecta).

135.— PENALIDAD

La primera parte del texto comentado establece una penalidad alternativa: penitenciaría no mayor de cuatro años ni menor de un año, o prisión no mayor de dos años ni menor de dos días.

El máximo de ambas penas puede extenderse hasta seis años si se diere la circunstancia agravante específica consistente en la muerte previsible de la gestante. La responsabilidad es mayor no en función del resultado exclusivamente, sino, en atención a que el actor **no previó** una gravísima consecuencia que **pudo y debió prever**. La responsabilidad penal, por tanto, tiene su correctivo en el **principio de culpabilidad** (353).

El resultado letal debe ser consecuencia del empleo de los medios abortivos. Si la muerte sobreviene, por ejemplo, a raíz de un paro cardíaco ocasionado por la administración de un anestésico, no contraindicado por el riesgo quirúrgico que se le hizo a la

(353) El **principio de culpabilidad** no ha sido reconocido de una manera expresa y general por nuestras leyes. No obstante, advertimos la existencia de un reconocimiento tácito y general a través del Art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Ley para el Perú, por Resolución Legislativa N° 13282). También existen casos de reconocimiento expreso para hipótesis concretas, como la contemplada en el Art. 160, segundo párrafo. Con fecha 23 de Setiembre de 1981 presentamos a la Comisión Revisora de Código Penal una Ponencia en cuyo Art. 4° se proponía el siguiente texto: "No hay delito sin culpabilidad. Se prohíbe toda forma de responsabilidad que atienda exclusivamente al resultado". Como nota explicativa sosteníamos: "Los autores de las conductas previstas como delictuosas son punibles en la medida en que actuaron con dolo, culpa o preterintencionalidad. La responsabilidad objetiva no debe existir. El texto proyectado consagra el principio **nullum crimen sine culpa**. Se proscribire, así, la tesis de la responsabilidad objetiva que se inspira en el bárbaro aforismo del **versari in re illicita etiam casus imputatur** (quien incurre en un hecho ilícito responde también del resultado fortuito o imprevisto)". Un C.P. moderno, como lo es el texto colombiano de 1980, consagra el **principio de culpabilidad** en su Art. 5°: "Para que una conducta típica y anti-jurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscribida toda forma de responsabilidad objetiva". El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal para España (1979) dice al respecto, en su Art. 3°: "No hay pena sin culpabilidad. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa". Por último, el Proyecto de C.P. publicado en "El Peruano", a partir del 19 de Agosto de 1985, prevé en su Título Preliminar, Art. IV, el citado principio. Su redacción es muy similar a las aquí presentadas.

gestante, sin haberse comenzado la maniobra abortiva, o sin haberse ingerido todavía la sustancia abortiva, el hecho sería imputable en su totalidad. Aquí sólo estaríamos, en nuestro criterio, frente a un acto preparatorio cuyo resultado letal no había sido previsto por el anestesista precisamente por ser **imprevisible**. Si se die-re el caso consistente en administrar una sobredosis de anestesia, sin comenzar siquiera la realización del acto abortivo, entonces estaremos frente a un homicidio culposo. Únicamente en las hipótesis que el aborto o el procedimiento empleado con tal fin causen la muerte, podrá aplicarse la agravante.

La realidad judicial pone en evidencia que la muerte de la mujer abortante ocurre con frecuencia. Las hemorragias, los procesos infecciosos y las intoxicaciones, fenómenos todos derivados del aborto mismo o del uso inexperto de los medios empleados, ocasionan el fallecimiento de la gestante. Insistimos en indicar que el actor debe responder no sólo por el aborto, sino, también por el resultado más grave que no quiso causar, pero que pudo prever si hubiera sido diligente, al menos respecto a evitar este desenlace fatal para la mujer.

Observa SIMONIN que tratándose del cadáver de la gestante ocurre que, incluso el examen del útero, no aporta a menudo nada más que signos de probabilidad, recomendando a los médico-legistas que deben mostrarse circunspectos en sus juicios. En cuanto a los signos de certeza, se les reconoce tal carácter a los observables: presencia en el útero de un instrumento o de un cuerpo extraño; gangrena uterina y perforación gangrenosa en cráter, fenómenos éstos que constituyen la herencia casi exclusiva de los abortos criminales; y, la embolia gaseosa que se caracteriza por la presencia de aire en las cavidades derechas del corazón, en las venas coronarias, en el útero, en las venas uterováricas y uterinas (354).

La muerte de la gestante constituye un agravación específica en nuestra dogmática (355). La naturaleza de esta circunstancia

(354) SIMONIN: op. cit., p. 461.

(355) El C.P. colombiano de 1980 omite referirse a cualquier resultado preterintencional en el aborto. Si bien es cierto que en la figura del "aborto sin consentimiento" (Art. 344) los extremos de la pena (mínimo tres años y máximo diez) permiten al Juez graduar la sanción teniendo en cuenta la muerte de la gestante, o el grave daño producido a su salud, también es verdad que en el aborto consensual (Art. 343, segundo párrafo), el arbitrio judicial queda muy limitado en la apreciación de tal agravante genérica debido a la poca diferencia entre los extremos de la penalidad señalada (mínimo un año, máxi-

creemos que es material. Por tal razón, ante el expreso silencio del Art. 104 del C.P., que sólo se refiere a la incomunicabilidad de las situaciones y cualidades personales que afectan a la culpabilidad y penalidad de alguno de los autores, deducimos por interpretación a **contrario sensu**, sobre la base de estimar su carácter como **objetivo**, que la muerte de la mujer embarazada, ya sometida a manio-bras abortivas (por ejemplo), es circunstancia agravante **comunica-ble** a todos los partícipes.

ABORTO NO CONSENTIDO

Art. 161.— “EL QUE HICIERE ABORTAR A UNA MUJER, SIN SU CONSENTIMIENTO O CONTRA SU VOLUNTAD, SUFRIRA PENITENCIARIA NO MENOR DE TRES AÑOS NI MAYOR DE DIEZ AÑOS. LA PENA SERA NO MENOR DE CINCO AÑOS DE PENITENCIARIA, SI SOBREVINIERE LA MUERTE DE LA MUJER A CONSECUENCIA DEL ABORTO Y SI EL DELINCUENTE PUDO PREVER ESTE RESULTADO”.

COMENTARIO

136.— FUENTE

La encontramos en el Art. 137 del Proyecto peruano de 1916. En la primera edición de este Tomo I, habíamos señalado como fuente al Art. 106, Incs. 2 y 3 del Proyecto suizo de 1918. Un examen más detenido del mencionado texto helvético nos ha permitido constatar que no contiene la frase “contra su voluntad”, la misma que sí aparece en el documento prelegislativo nacional de 1916. El precedente legislativo patrio está en el Art. 244 del C.P. abrogado.

137.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** de este delito es cualquier persona, excepción hecha de la gestante. Puede ser pariente o extraño, profesional sanitario o profano.

mo tres). En cuanto al Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal para España (1979), observamos que, según su Art. 163, 2º párrafo, las penas que corresponden al delito se impondrán al culpable en su mitad superior: “Cuando por lo medios utilizados o por la forma imperita de su actuación se hubiere creado un riesgo para la vida o salud de la embarazada”.

b).— **Sujeto pasivo** es tanto el feto como la mujer embarazada. Escribe HURTADO POZO que en el aborto no consentido se atenta no sólo contra el feto, sino también contra los intereses, los sentimientos y la salud de la gestante, motivo por el que nuestro legislador ha establecido diversas penas para sus autores (356).

138.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Que preexista un estado fisiológico de gravidez.** No tenemos nada que agregar a lo ya escrito sobre similar punto al tratar del auto-aborto.

b).— **Que se empleen medios dirigidos a provocar el aborto.** Remitimos a todo lo expresado al comentar el mismo elemento en la figura del Art. 159 del C.P.

c).— **Que la gestante no haya prestado su consentimiento para el aborto, o que se practique el delito contra su voluntad.** La no prestación del consentimiento permite suponer que la embarazada no ha sido, en momento alguno, consultada respecto a la maniobra abortiva, o sobre la administración del medio abortivo. No es necesaria, en este extremo del tipo legal, la negativa expresa de la mujer grávida. El sujeto activo del delito se aprovecha en este caso del estado de inocencia o inconsciencia de la gestante. Cuando la ley dice “contra su voluntad” (de la grávida) da a entender que la mujer ha podido ser consultada o que se ha percatado, por los actos preparatorios, de la finalidad delictuosa proyectada, oponiéndose con palabras, gestos o actitudes a la interrupción del embarazo. También se puede obligar a la mujer, mediante actos de coacción moral o de violencia física, a que aparente consentir la perpetración del delito.

Crítica BRAMONT ARIAS al codificador por no haberse limitado a decir “sin el consentimiento de la mujer”, ya que, según su opinión, el disentimiento es la forma más aguda de falta de consentimiento. Sostiene, asimismo, que siempre que se obra contra la voluntad de una persona se está actuando, naturalmente, sin su consentimiento, siendo en este sentido redundante el texto legal

comentado (357). Nosotros advertimos que es verdad lo expresado por el Maestro sanmarquino en cuanto afirma que “siempre que se obra contra la voluntad de una persona se obra sin su consentimiento”, pero también nos percatamos que proceder a la comisión del delito sin el consentimiento de la gestante no siempre supone que se obra contra su voluntad. En efecto. En la primera hipótesis legal la mujer grávida ni siquiera tiene idea que va a ser víctima de aborto. Sobre este aspecto (el delictivo) su mente está **en blanco** y, por tanto, no puede prestar consentimiento para algo que desconoce. En la segunda hipótesis legal, que permite explicar la primera, se supone un conocimiento por parte de la gestante de las finalidades abortivas que se han propuesto realizar otras personas. Su estado mental ahora ya no es de ignorancia, sino, de cognición. Enterada de lo que se proponen el marido, el novio, el amante, los parientes consanguíneos, la comadrona o el Médico, la gestante objetiva su negación y rechazo a que se le haga víctima de este delito. Su oposición puede obligar a que la mujer sea coaccionada moralmente, o violentada físicamente, para que se someta a los fines criminales proyectados. Si la gestante es persuadida, con argumentos más o menos convincentes, pero sin amenazas de ninguna especie, entonces habrá prestado su consentimiento y su conducta no será subsumible en el texto legal ahora comentado. Si la mujer embarazada es menor de 18 años, se supone **juris et de jure** que el aborto se ha practicado no contando con su consentimiento, sin perjuicio que pueda darse la hipótesis (más grave en nuestro concepto) consistente en que el delito haya sido cometido contra su voluntad expresa. Advertimos que si bien es cierto que la ausencia de consentimiento de una menor (inimputable) es irrelevante al no posibilitar cambiar la hipótesis delictiva a la de un aborto consentido, también es verdad que el aborto contra la voluntad **psíquica** de la menor es importante para graduar la pena del autor o autores.

d).— **Que un tercero mate al feto.** La mujer embarazada, si fuere imputable, entonces debe ser completamente ajena a la comisión del delito de aborto, tanto desde la perspectiva material como desde el punto de vista psicológico.

e).— **Dolo.** Se requiere conciencia y voluntad de producir el aborto. El sujeto que practica el aborto debe ser consciente, por

(357) BRAMONT ARIAS: *El delito de aborto en el C.P. Peruano*, op. cit., p. 167.

ejemplo, que maniobra en el cuerpo de una embarazada, a sabiendas que la mujer no ha prestado su consentimiento o no puede prestarlo por su edad o estado mental, o que ha manifestado su negativa, y también debe tener conocimiento que su acción está dirigida al exterminio del feto.

138 bis.— MUERTE PRETERINTENCIONAL

Nuestro texto punitivo nuevamente rinde justificado culto aquí al **principio de culpabilidad**. La sanción más severa a imponerse, por un resultado muy grave e inesperado (muerte de la gestante), se sustenta en su **previsibilidad**. El reproche de la ley es mayor para quien no previó una consecuencia letal que **pudo y debió prever**.

139.— PENALIDAD

Es de las más severas. Para el caso que no sobrevenga la muerte previsible de la gestante, la sanción a imponerse es de penitenciaría no menor de tres años ni mayor diez.

Si se produce la muerte de la embarazada, siempre que el agente haya podido prever este resultado más grave, entonces la penalidad es mucho mayor: penitenciaría no menor de cinco años ni mayor de veinte. Nuestra ley no señala en el texto comentado, al igual que en varias otras figuras delictivas, el máximo de la pena de penitenciaría aplicable aquí para el caso de muerte preterintencional de la gestante. Por interpretación lógica, teniendo en consideración el **quantum** máximo genérico de la pena de penitenciaría (Art. 12 del C.P.), es que arribamos a la anotada conclusión.

Observamos que el máximo de diez años de penitenciaría sólo es aplicable para la comisión **no circunstanciada** que ha sido descripta en la primera parte del dispositivo legal comentado. Nada autoriza a concluir que el extremo penal fijado para el delito no agravado debe constituirse, ante el silencio específico de la ley, también en el máximo de la sanción para la forma calificada.

Merece elogio que el codificador peruano se base en la culpabilidad para prescribir mayor penalidad en caso de producirse la muerte de la gestante. Tratándose de un delito de aborto **no consensual**, es explicable que el resultado preterintencional (muerte) tenga aquí una sanción más grave que cuando proviene de un aborto consentido.

ABORTO ABUSIVO

Art. 162.— “LOS MEDICOS, CIRUJANOS, PARTERAS, FARMACEUTICOS Y CUALESQUIERA OTRAS PERSONAS DEDICADAS A PROFESIONES SANITARIAS, QUE ABUSAREN DE SU ARTE PARA CAUSAR EL ABORTO, SUFRIRAN LAS PENAS DE LOS ARTICULOS ANTERIORES E INHABILITACION ESPECIAL POR UN TIEMPO NO MENOR DE CINCO AÑOS”.

COMENTARIO

140.— FUENTE

La ubicamos en el Art. 138 del Proyecto peruano de 1916. El Art. 86, primer párrafo, del C.P. argentino de 1921 contiene un texto muy similar, pero es evidente que no constituye la fuente inmediata del dispositivo legal ahora comentado. El precedente legislativo nacional está en el Art. 245, primera parte, del C.P. de 1863. Los Ante-proyectos peruano de 1877 (Art. 316) y de 1900-1902 (Art. 291) también se preocuparon por regular esta circunstancia agravante del aborto.

141.— CARACTER ENUNCIATIVO DEL TEXTO

La enumeración de los profesionales sanitarios no obedece a un criterio taxativo como ocurre en el C.P. argentino, sino, a un sentido evidentemente enunciativo. Así, por ejemplo, debemos entender tácitamente incluidos en la agravante a los profesionales de Enfermería. La ley exige un título profesional. Ni el graduado únicamente de bachiller, ni el estudiante de Medicina caen dentro de esta agravación.

142.— MISION DE LAS PROFESIONES SANITARIAS

La conservación de la vida y la preservación de la salud (física y mental) constituyen los destinos superiores de las profesiones sanitarias. Las cualidades psíquicas y morales que se demandan para su ejercicio responden, precisamente, a que en sus manos se deposita el cuidado de los bienes jurídicos más preciados de la humanidad: la vida y la salud. No se concibe el desempeño de una profesión sanitaria, sobre todo la de Médico-Cirujano, sin una actitud altruísta de constante amor al prójimo. En mayor o menor

medida, según la importancia de la profesión sanitaria, su fuente de inspiración no debe ser otra que el sincero deseo de ayudar al prójimo en el alivio de sus males, permitiéndole recobrar las fuerzas físicas, psíquicas y morales que son necesarias para vivir y sobrevivir en la lucha honesta por la vida. No es posible, entonces, que tan deseable bondad hacia nuestros semejantes sea supremamente contradicha sin merecer reproche. Es explicable que la ley penal se muestre severa con los malos profesionales sanitarios que abusan de su arte, es decir, con aquellos que hacen un mal uso de su saber, un uso criminal de su ciencia, impulsados generalmente por un móvil tan egoísta como es el crematístico.

143.— UN CASO DE ATENUACION

No todas las legislaciones consideran igualmente grave la intervención clandestina de profesionales sanitarios en la comisión del aborto. El C.P. ruso soviético vigente, por ejemplo, establece en su Art. 116 una menor penalidad cuando se produce el aborto ilegal con la intervención de un médico, en comparación con el caso en que participan personas desprovistas de estudios superiores de Medicina. La explicación de la atenuante está en que la intervención del médico constituye, por lo menos, una garantía para la salud y la vida de la gestante. Solo en el supuesto que el resultado sea la muerte de la embarazada u otra secuela grave, el máximo de la pena equipara la situación legal del Médico con la correspondiente al no profesional o con el profesional sanitario menor (358).

144.— EL CASO DE COOPERACION PROFESIONAL

Observamos que nuestro texto penal ha omitido considerar expresamente en el tipo aquellas hipótesis en las que el profesional sanitario no “causa” el aborto, sino, “coopera” a su producción, situaciones que sí están previstas, por ejemplo, en el Art. 86, primer párrafo *in fine* del C.P. argentino. Claro que no es concebi-

(358) Art. 116 del C.P. ruso: (**Producción ilegal de aborto**).— “La producción ilegal del aborto realizado por un médico, se sancionará con privación de libertad hasta por un año o con trabajos correccionales por el mismo término, o con privación del derecho de ejercer la profesión médica. La producción del aborto por parte de persona desprovista de instrucción médica superior, se sancionará con privación de libertad hasta por dos años o con trabajos correccionales hasta por un año. Las acciones previstas en los párrafos primero y segundo de este artículo, cuando sean realizadas reiteradamente u ocasionen la muerte de la víctima u otras consecuencias graves, se sancionarán con privación de libertad hasta por ocho años”.

ble que un Médico-Cirujano se limite a cooperar; en cambio sí es posible que una obstetrix coopere con el médico, o que un farmacéutico o enfermero colabore con la obstetrix o con el Médico-Cirujano. Nosotros pensamos que la técnica del C.P. peruano es mejor. No es acertado que un texto punitivo se refiera en la Parte Especial a los cooperadores o auxiliares, sean necesarios o secundarios (359). Corresponde al juzgador precisar quién es autor y quién es cómplice, de acuerdo a su grado de participación, sin otra prescripción legal orientadora que la contenida en el Art. 100 del C.P.

145.— LA PUNIBILIDAD DE LA INTERVENCION PROFESIONAL

Escribe NUÑEZ que lo punible no es cualquier intervención profesional en el aborto, sino, su participación **con abuso de su ciencia o arte**. Aclara que no sólo no es abusiva la intervención necesaria del profesional para salvar la vida de la gestante puesta en peligro por el embarazo, sino, que constituye una exigencia social su participación tendiente a curar o evitar mayores males físicos en un caso de aborto en cuya comisión delictiva el profesional es un extraño. Concluye manifestando que solamente es abusiva la intervención del profesional en el proceso abortivo cuando tiene lugar maliciosamente con el fin de causarlo (360).

En nuestra dogmática no es punible, a título de autor del delito de aborto, el profesional sanitario que, por falta de pericia o por error, origina la muerte del producto de la concepción (intervención quirúrgica inoportuna, medicación contraindicada, etc.). La razón está en que nuestro C.P. no contempla la figura de aborto culposos.

146.— PENALIDAD

Además de la sanción privativa de libertad a imponerse, de acuerdo con la que aparece señalada para cada tipo penal, la ley prescribe la pena de inhabilitación para los profesionales sanitarios

(359) En nuestro concepto, nada hay que fundamente la opinión de NUÑEZ expresada en el sentido de que cuando el texto argentino se refiere a la **cooperación** en la causación del aborto, no se ciñe al significado que al término le atribuye el mismo C.P. en las disposiciones sobre participación criminal, sino que le asigna el significado amplio de un obrar físico o psíquico junto con el autor para lograr el fin de aborto (op. cit., Tomo Tercero, Parte Especial, p. 174).

(360) NUÑEZ: op. cit., Tomo Tercero, Parte Especial, p. 174 s.

que causan o cooperan en la perpetración del delito del aborto. El texto comentado indica que la inhabilitación será aquella que tiene carácter "especial", la misma que para el caso puede ser **temporal** o **perpetua** (Art. 30 del C.P.). La temporal, que casi siempre se aplicará cuando se trate de un delincuente primario, puede ser a su vez **determinada** o **indeterminada**. En los supuestos que nos ocupan la inhabilitación determinada tendrá un mínimo de cinco años y un máximo de diez. La indeterminada tiene una duración mínima de veinticinco años. La inhabilitación "especial" consignada en el texto legal examinado no es otra que la **relativa** prescrita en el Art. 28, segundo párrafo, del C.P. Su consecuencia, a diferencia de la inhabilitación absoluta, es la producción de incapacidades concretas y específicas. Todo profesional sanitario que intervenga en la comisión de un delito de aborto será también condenado a sufrir la incapacidad de ejercer por sí mismo, o por intermedio de otro, su actividad profesional (Art. 27, Inc. 6º del C.P.) (360 bis).

Interesante sería el caso que se presentaría en el supuesto que un profesional sanitario realice delito de aborto siendo miembro del Directorio de una sociedad anónima dedicada a la prestación de servicios médicos y clínicos. Conforme al Art. 162 del C.P. se entiende que la inhabilitación sólo alcanzaría al ejercicio de la profesión sanitaria. No obstante, pensamos que, en atención a la norma contenida en el Art. 36 del C.P., la inhabilitación también puede imponérsele para el ejercicio de una negociación si es que el aborto se hubiere ejecutado en el nosocomio, clínica o cualquier local asistencial controlado por un ente jurídico que se dedique a hacer un negocio del cuidado de la salud.

(360 bis) POLITOFF y sus colaboradores, han planteado el siguiente problema: "¿Puede concebirse que un médico, aunque extralimitando objetivamente los márgenes de su *lex artis*, pero determinado por consideraciones humanitarias y altruistas, reciba una agravación que, según antes se ha visto, reposa en criterios de mayor reprochabilidad moral?". La respuesta fundamentada a esta interrogante que, *mutatis mutandis*, consideramos aplicable a la interpretación del Art. 163 de nuestro C.P., es la siguiente: "El facultativo puede prescindir conscientemente de las exigencias materiales y formales que deslindan el aborto terapéutico del aborto delictivo, pero guiado por una finalidad terapéutica, dirigido a lo que él juzga beneficioso para la salud física y psíquica de su paciente. Pareciera, en suma, que la expresión 'abusando de su oficio' como agravación que desplaza al tipo simple de aborto causado por extraños, sólo puede aplicarse al facultativo que realiza la acción típica no justificada, motivado por fines ajenos a los principios terapéuticos que deben guiar su función profesional. Si lo que perseguía era evitar los sufrimientos u otros conflictos psíquicos o físicos de una paciente, lo que está abarcado por su misión, aún que haya traspasado el límite de la licitud, no podría considerarse un

ABORTO TERAPEUTICO

Art. 163.— “NO ES REPRIMIBLE EL ABORTO PRACTICADO POR UN MEDICO CON EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER ENCINTA, SI NO HUBIERE OTRO MEDIO DE SALVAR LA VIDA DE LA MADRE O DE EVITAR EN SU SALUD UN MAL GRAVE Y PERMANENTE”.

COMENTARIO

147.— FUENTE

La encontramos en el Art. 107 del Proyecto suizo de 1918. El texto peruano en examen es nada más que su transcripción exacta. El “Message” que acompaña al citado Proyecto considera, según nuestra opinión, que este aborto impune es una manifestación *sui generis* del estado de necesidad. El C.P. de 1863 no contenía en su articulado esta figura o hipótesis no-delictiva denominada en doctrina aborto **necesario** o **terapéutico**. En ninguno de los documentos prelegislativos nacionales, anteriores a la vigencia del C.P. de 1924, existe proyectada una norma similar a la comentada, aunque es de advertir que el Art. 282 del Proyecto peruano de 1859, preparado por la Comisión presidida por JOSE SIMEON TEJEDA previó una forma de aborto necesario.

El Código Sanitario (Decreto-Ley No. 17505) contiene disposiciones complementarias a esta figura lícita, en sus Arts. 21^o (modificado por el Decreto Legislativo No. 121), 22^o y 23^o.

abuso del oficio en el sentido del precepto agravatorio. Más claro se advierte la razón de esta restricción, si se piensa que desde el punto de vista de la mujer objeto del tratamiento toda la actividad del facultativo corresponde a los fines del derecho y a su *lex artis* y que solamente la lesión de otro bien jurídico (la vida del feto) es lo que vuelve típica la conducta” (op. cit., Parte Especial, Tomo I, p. 225 s.). El Art. 345 del C.P. chileno prescribe: “El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el Art. 342, aumentadas en un grado”. Como ya hemos examinado, el C.P. peruano no aumenta el **quantum** de la pena específica indicada para cada tipo del delito de aborto en el que pudiera participar el profesional sanitario, sino, señala la pena de **inhabilitación** para ser aplicada **acumulativamente** a la sanción privativa de la libertad que le respecta.

148.— JUSTIFICACION TECNICA DEL TEXTO PENAL

Es importante preguntarse si, desde una perspectiva técnico-jurídica, era o no exigible que el codificador peruano insertase en la Parte Especial un dispositivo legal referido a un caso en el que no existe antijuricidad, cuando aparentemente la misma situación estaría cubierta y resuelta por una previsión normativa más amplia contenida en la Parte General. La respuesta vamos a darla en función de la dogmática nacional, sin perjuicio de exponer nuestra opinión.

Observamos que el Art. 85, Inc. 3º, de nuestro C.P. no tiene con relación al estado de necesidad una fórmula tan amplia como la prescrita en el Art. 29, Inc. 5º, del C.P. colombiano de 1980. La citada norma extranjera dice que el hecho se justifica, entre otras causales, cuando se comete: "Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar". Nuestra fórmula del estado de necesidad, comparada con la colombiana, resulta siendo de menos alcance. El texto peruano no permite ampliar la justificante en favor del tercero que actúa para solventar un conflicto entre intereses que son extraños a su propia persona. En cambio, tratándose de la legítima defensa, el C.P. patrio sí ha previsto expresamente la defensa justificada propia o de un tercero.

Somos partidarios, como la mayoría de los penalistas latinoamericanos, de una concepción amplia del derecho de necesidad que comprenda no solamente la vida, la integridad corporal, el honor, el patrimonio, la libertad y demás bienes jurídicos pertenecientes al que actúa por necesidad, sino, que también abarque los correspondientes al extraño que recibe un auxilio necesario (361). No obstante, atendiendo a nuestra dogmática, tenemos que llegar

(361) El Proyecto de C.P. Tipo para Latinoamérica propone en su Art. 17, respecto al estado de necesidad, el siguiente texto: "No comete delito el que en una situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, lesionare otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren conjuntamente los siguientes requisitos: 1º).— Que el peligro sea actual o inminente, 2º).— Que no lo haya provocado intencionalmente, 3º).— Que no sea evitable de otra manera. Si el titular del bien que se trata de salvar tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo" (Véase el articulado completo de la Parte General de dicho Proyecto en: *Boletín del Colegio de Abogados de Lima*, N° 13, Abril, 1971, p. 195 ss.).

a la conclusión que el Art. 85, Inc. 3º, sólo permite amparar con la justificante a quien se encuentra en un estado de necesidad propio. La forma reflexiva como utiliza el Art. 85, Inc. 3º, el verbo **preservar** ("preservarse"), no posibilita hacer una interpretación extensiva o de naturaleza supra-legal para comprender aquí lo que la doctrina alemana denomina "auxilio necesario" (**Nothilfe**). En este sentido, sólo de **jure condendo**, desde el plano doctrinario, estamos de acuerdo con el Maestro JIMENEZ DE ASUA cuando sostiene: **quien auxilia a otro necesitado, está en estado de necesidad, ante un estado de necesidad**, sin que importe que esa situación le afecte a él o a otro (362). Pero, insistimos, de **jure condito**, desde la perspectiva de nuestro derecho penal positivo, estamos impedidos de rubricar tan certera y altruísta afirmación (363).

Consideramos correcto que nuestro codificador haya previsto de manera especial en el Libro Segundo esta eximente de responsabilidad, desde que no existe en nuestro ordenamiento jurídico-penal una fórmula amplia del estado de necesidad que justifique la actuación en favor de terceros. Si su criterio fue, a diferencia del proyectista helvético de 1918 (Art. 33), no extender el estado de necesidad hasta extremo que abarque también la preservación de los bienes pertenecientes a "otra persona", lo menos que debía hacer era lo que realizó: prever una norma especial sobre aborto terapéutico.

Razones de mayor peso ha presentado BRAMONT ARIAS en favor de la previsión específica del aborto necesario. Al hacer un estudio comparativo entre los requisitos del estado de necesidad (como causa de justificación genérica) y los que demanda el aborto terapéutico, llega a la conclusión que este último ha sido regulado

(362) JIMENEZ DE ASUA: *Tratado.*, op. cit., Tomo IV, 1961, p. 378.

(363) El Prof. JIMENEZ DE ASUA, a pesar de haber hecho una previsión bastante amplia del "estado de necesidad" en el Art. 42, Inc. 3º, del *Anteproyecto de C.P. para Venezuela* (1967), consideró oportuno establecer también, en el Art. 180 del mencionado documento prelegislativo, el aborto terapéutico que allí aparece con la sumilla de "aborto lícito": "No es punible el aborto siempre que se realice por un facultativo, como medio indispensable para salvar la vida de la mujer embarazada, o cuando ésta sea una enferma mental incurable". El tratadista español no parece, así, muy consecuente con esta otra afirmación suya: "Los nuevos códigos han acogido taxativamente este caso de necesidad, a nuestro juicio sin que fuera preciso, pues si se instala en la Parte General una buena fórmula justificativa del acto necesario, no hay para qué hablar específicamente del aborto médico, pues, como luego vamos a demostrar, el conflicto, en este caso, es entre bienes desiguales" (*Tratado.*, op. cit., Tomo IV, 1961, p. 368).

entre nosotros conforme a criterios que no se adecúan a las condiciones del estado de necesidad **in extenso**. Observa, en primer lugar, que el Art. 85, Inc. 3º, se refiere al estado de necesidad de la persona que se halla en una situación de peligro personal, mientras que el Art. 163 comprende al extraño a tal circunstancia de riesgo, como sería el médico, por ejemplo. En segundo lugar, el Art. 85, Inc. 3º, contempla el caso de un peligro **inminente**; en tanto que el Art. 163 no contiene este requisito, pues aquí no es necesario que el peligro sea inminente, bastando que a juicio del médico exista un riesgo, que bien puede ser futuro, para la vida o la salud de la gestante. En tercer lugar, en el supuesto que el Art. 85, Inc. 3º, comprendiera también a los extraños, cualquier persona podría practicar el aborto, mientras que en la hipótesis del Art. 163 solamente puede hacerlo el **médico**. El Art. 163, pues, contiene una exigencia mayor en razón a que son los médicos quienes, por sus conocimientos del organismo humano, han de declarar que el embarazo implica un peligro para la vida o la salud de la gestante. En cuarto lugar, el Art. 85, Inc. 3º, no contiene referencia alguna al requisito del **consentimiento** prestado por la mujer encinta, el mismo que de exigirse en dicha justificante haría impracticable el auxilio necesario que supone una decisión y acción inmediatas; en cambio, resulta que el Art. 163 sí demanda el consentimiento de la embarazada (364). Algunas de las razones aquí expuestas permiten explicar también por qué el Proyecto suizo de 1918, fuente constante de nuestro C.P. en vigencia, ha previsto especialmente la figura impune del aborto terapéutico (Art. 107), no obstante contener una norma sobre el estado de necesidad que faculta actuar en la preservación de bienes “pertencientes al autor del acto o a otra persona, especialmente la vida, la integridad corporal . . .”, etc.

El análisis precedente nos permite concluir, por un lado, que el aborto necesario no responde a todas las exigencias de nuestra dogmática sobre el estado de necesidad; y, por otro, que el aborto terapéutico tiene formuladas sus propias demandas. A nuestro juicio, insistimos, es explicable que el codificador nacional haya preceptuado específicamente esta previsión. De no haber procedido así, la solución adecuada hubiera sido difícil de encontrar. En efecto: con gran cautela dice BRAMONT ARIAS que si no existiera el Art. 163 del C.P., el estado de necesidad tal vez funcionaría,

(364) BRAMONT ARIAS: *El delito de aborto en el C.P. peruano*, op. cit., p.

forzando un poco los alcances de esta justificante, para el aborto terapéutico, pero con **otros elementos**, atinencia que de por sí es bastante para justificar la estatución del Art. 163 en la Parte Especial del C.P. (365). Nosotros pensamos que, tal como ha sido conceptualizado el Art. 85, Inc. 3º, en manera alguna podría aplicarse al tema tratado. Anteriormente opinábamos, en base a la imaginada inexistencia del Art. 163 del C.P., sobre la posibilidad de construir una **causa supralegal de justificación** que acreditara que la norma de cultura tutelada por la ley penal **no había sido violada**. La total carencia de antecedentes en nuestra jurisprudencia, con relación a las denominadas causas supralegales de justificación, nos ha hecho cambiar de parecer. Ahora creemos que, en ausencia del Art. 163 del C.P., vacío que sólo concebimos como hipótesis de trabajo, la solución podría estar dada por la justificante que consiste en el cumplimiento de un deber profesional (Art. 85, Inc. 4º **in fine** del C.P.).

149.— DISPOSICIONES DEL CODIGO SANITARIO

El art. 11º del Decreto Legislativo No. 121, expedido el 12 de Junio del año 1981, modificó el Art. 21º del Código Sanitario, siendo su redacción actual la siguiente: "El aborto terapéutico es permitido cuando es practicado por un médico con consentimiento de la mujer encinta y con la opinión previa de dos médicos que tratarán el caso en consulta, si no hubiera otro medio de salvar la vida de la madre o de evitar en su salud un mal grave y permanente". Se volvió, de esta manera, a los cauces abiertos por el Art. 163 del C.P., pues, había ocurrido que en la redacción original del Art. 21º del Código Sanitario se introdujo una inaceptable exigencia, que felizmente ya no subsiste: "El aborto terapéutico sólo es permitido cuando existe prueba indubitable de daño en la salud con muerte del producto de la concepción o de la madre . . .". Superado este equivocado intento para restringir el número de interrupciones permitidas del embarazo, conforme señala HURTADO POZO, el autor de la modificación aludida, en la actualidad no es indispensable, para la impunidad del aborto terapéutico, comprobar en forma indubitable un daño en la salud de la madre que ocasionaría la muerte del feto o acarrearía la muerte de la propia gestante (366). Ahora, como antes de la expedición del Decre-

(365) *Ibíd*em, p. 173.

(366) HURTADO POZO: *op. cit.*, Parte Especial I, p. 209.

to-Ley No. 17505, el aborto terapéutico se justifica en la medida en que constituye el único medio de salvar la vida de la embarazada o de evitarle en su salud un mal grave y permanente; es decir, no se requiere **prueba indubitable de daño**, siendo bastante la **situación de peligro**. Adviértase que el riesgo puede ser o no inminente.

Por otro lado, nos percatamos que el Art. 22º del Código Sanitario prescribe que “está prohibido el aborto terapéutico basado en consideraciones de orden moral, social o económico”. El sentido de la ley se evidencia con claridad, pero observamos que ha hecho un uso equivocado de la expresión “terapéutico”, vocablo que, como sabemos, significa curar una enfermedad, aliviar un dolor o una dolencia. Los abortos practicados por consideración moral (sentimental), social (demográfica), o económica (miseria), no pueden ser calificados de **terapéuticos** (367). Esta adjetivación sólo puede dársele a la figura lícita que prevé el Art. 163 del C.P., en concordancia con el Art. 21º del Código Sanitario (modificado).

150.— DEFINICION

El aborto terapéutico, de acuerdo con nuestra dogmática, podemos definirlo de la siguiente manera: es la interrupción artificial del estado de gravidez que practica un médico, con el consentimiento de la mujer embarazada y con la previa opinión favorable de los dos médicos que trataron el caso en consulta, para salvar la vida de la gestante o evitarle en su salud un mal grave y permanente (368).

151.— CONFLICTOS ENTRE DOS INTERESES

Del examen del texto comentado se desprende con claridad la existencia de un conflicto entre dos intereses, ambos protegidos

(367) En realidad, pensamos que si quisiéramos emplear bien el léxico médico, más apropiado sería denominarle “aborto profiláctico”. La terapéutica, **cura**; la profilaxis, **previene**. No pretendemos presentar innovaciones nominales, puesto que lo interesante radica en lo sustantivo. Al parecer, ya todos los penalistas nos entendemos cuando hablamos de “aborto terapéutico”.

(368) El Art. 163 del C.P. y el Art. 21º del Código Sanitario (tanto antes, como después de la modificación) incurrir en el error de emplear el vocablo “madre” para referirse a la gestante. Constituye una ironía, que nadie ha querido procurar, que se utilice precisamente la denominación “madre” para indicar a la persona que, aun cuando son justificados los motivos, va a experimentar la tristeza de ver, así, frustrada su maternidad.

incuestionablemente por el ordenamiento jurídico: la vida de la gestante y la vida del producto de la concepción. No obstante, advertimos que existe disparidad en cuanto a la magnitud del amparo desde que la protección no se realiza en una misma medida, como se comprueba en el área del Derecho Penal. La demostración está en el **quantum** fijado en la determinación legal de las respectivas penas para las figuras de homicidio y aborto. Esta manifiesta diferencia en la jerarquía de dos bienes jurídicos (la vida de la gestante y la vida del feto), hace posible que hablemos de **aborto necesario**. Si nuestra dogmática les atribuyera una hipotética equivalencia, sólo nos expresaríamos con propiedad si le llamáramos **aborto inculpable**.

Evidenciado, así, que existe un conflicto de intereses que requiere ser solventado, no ha dejado de ser un problema precisar cuáles son los bienes que conforman la alternativa. De acuerdo con lo que venimos sosteniendo a lo largo del comentario de este Título del C.P., el conflicto se presenta entre la **vida autónoma i cierta de la gestante**, reconocida jurídicamente como persona, y la **vida dependiente e incierta del feto** poseedor de un proyectado o presuntivo derecho a ser persona. Estos bienes no pueden ser iguales porque su rango en la consideración social y su potencia vital son distintos, situación que ha sido aceptada por la ley. No es un conflicto entre dos vidas equivalentes de seres humanos, sino, entre una vida concluyente frente a otra vida en formación. El conocido filósofo ORTEGA Y GASSET ha escrito que el hombre desde que **nace** es lo suficientemente viejo como para morir, no desde que es **concebido**. Salvo algunas perspectivas religiosas sobre el tema, el embrión no es todavía un ser humano. Es, sin duda, del hecho trascendental del nacimiento que depende social, filosófica y jurídicamente su **condición humana**.

Esta relación entre un interés jurídico subordinante y otro subordinado, pero de la misma naturaleza, está reconocida concretamente por la ley cuando permite el aborto para salvar la vida de la gestante o evitarle en su salud un mal grave y permanente. El Art. 163 del C.P., conforme hemos apreciado, ha merecido una ratificación por parte del Art. 21º del Código Sanitario, modificado por el Art. 11º del Decreto Legislativo No. 121.

Nuestra ley ha evaluado la vida según su grado de desarrollo. Mientras que la mujer embarazada es un ser humano completo, con vida de relación objetivada e independiente, el feto es nada

más que un ser concebido en quien “comienza la vida humana” (Art. 17º del Código Sanitario). En nuestro criterio, **la vida es un constante devenir, un proceso que se sustancia temporal, espacial e históricamente.** Las dimensiones de espacio, tiempo y relación social han sido estimadas por el derecho con el fin de fijar una valoración mayor o menor de la vida, según que se haya superado o no, el estadio biológico previo y dependiente que exige todo desarrollo vital humano.

152.— REQUISITOS

Son los siguientes:

a).— **Que el feto esté vivo.** Si el feto ya estuviere muerto no podría hablarse de aborto terapéutico, aun cuando se le practicare a la mujer una operación con el fin de extraérselo. Sería un caso sin proyección alguna al dispositivo legal en comentario.

b).— **Que como consecuencia del embarazo esté en peligro la vida de la gestante, o esté en riesgo de sufrir un mal grave y permanente en su salud.** Ambas situaciones deberán ser probadas suficientemente. Cuando la ley protege la salud de la gestante lo hace aquí tanto en su aspecto físico, como también mental. Los males que se evitan con el aborto son: la muerte de la mujer encinta, o un daño que debe reunir, al mismo tiempo, las características de gravedad y permanencia. El aborto que realiza el médico con fines terapéuticos, de conformidad a los requisitos legales, no precisa de ciertas condiciones propias del estado de necesidad, tal como la **inminencia del peligro** que se quiere evitar. En este aspecto, según apuntan POLITOFF y sus colaboradores, basta con la **realidad** del peligro, sobre la base de la experiencia médica, utilizada con arreglo a las normas consuetudinarias de la **lex artis** (369). Los referidos autores chilenos sostienen, por ejemplo, que un médico puede decidir, apenas comenzada la gestación, que una paciente cardíaca corre peligro con los **futuros** trabajos de parto y realizar entonces el aborto, si la opinión documentada de dos médicos así lo ratifican.

c).— **Que la embriotomía sea el único medio de salvar la vida, o salvaguardar la salud de la mujer grávida.** No debe haber otra solución al dilema. La ley ha escogido entre estos dos polos de la alternativa: o la vida en salud de la gestante, o la vida del feto. Sólo

(369) POLITOFF y otros: op. cit., Parte Especial, Tomo I, p. 230.

en tal caso extremo, así planteado, la ley permite proceder al sacrificio de la vida fetal.

d).— **Que por lo menos un médico intervenga en la práctica de la embriotomía.** No puede ser cualquier profesional sanitario. Están excluidos: los estudiantes de Medicina, enfermeros, obstetras, optómetras, etc. Nuestra dogmática demanda que la operación esté a cargo de un médico. Los Cs. Ps. de Argentina, Ecuador, Suiza y Venezuela, entre varios otros, exigen la calidad de médico en el autor del aborto necesario. Algunos pocos, como los de Uruguay y República Popular Húngara no demandan tal profesionalidad de manera expresa. Conforme indican POLITOFF y otros, entre las razones para restringir solamente al médico la justificante está la de poner obstáculos a la charlatanería y el curanderismo, así como a la profesionalización en la práctica de abortos. De acuerdo con esta exigencia, la **finalidad terapéutica** debe ir acompañada del **conocimiento** sobre el carácter indispensable de la operación abortiva (370).

e).— **Que la mujer grávida preste su consentimiento.** Es un requisito expreso del Art. 163 del C.P. y del Art. 21º del Código Sanitario, texto éste según el tenor de la modificación ya aludida, pues antes no contenía tal exigencia. La demanda porque se recabe el consentimiento de la mujer encinta pone en evidencia que el aborto terapéutico no tiene un carácter ineludible. La exigencia legal en este sentido es no sólo un respeto a los sentimientos de la embarazada, por no decir al instinto maternal de la gestante, a veces más fuerte que el de su propia conservación, sino, en cierta forma también un reconocimiento indirecto del derecho del feto a la vida extrauterina. La ley dice que previamente a la embriotomía (no hay otra forma de interpretación) debe recaudarse el consentimiento de la mujer para el aborto. Mientras esta disposición no sea derogada o modificada, no queda otra solución que respetarla. Claro está que su observancia debe ocurrir siempre que la gestante se encuentre en condiciones de manifestar su voluntad de manera indubitable. En caso contrario, el derecho al cuidado de la salud del que está por nacer (Art. 18º del C. Sanitario), debe ceder el paso al derecho prevaleciente a que se cuide la salud de la gestante (Art. 17º del C. Sanitario). Esta decisión deberá asumirla el médico que va a practicar la operación abortiva, salvo que el esposo de

(370) *Ibidem*, p. 230.

la gestante, o en su defecto el hijo mayor de edad, o los padres en ausencia de cualquiera de las personas mencionadas, manifiesten su voluntad en favor de la supervivencia del producto de la concepción, con sacrificio de la existencia de la grávida.

f).— **Que dos médicos emitan opinión favorable respecto a la necesidad del aborto.** El art. 21º del Código Sanitario reclama “la opinión previa de dos médicos que tratarán el caso en consulta”. Aun cuando nada dice expresamente la ley de sanidad en relación al sentido del dictamen médico, se supone que el parecer de los facultativos tiene que ser coincidente y en favor de la embriotomía. Ninguno de los médicos que emitan la aludida opinión puede participar en la operación abortiva.

Escriben POLITOFF y sus colaboradores, que el fundamento de esta exigencia, además de la certidumbre sobre la razón terapéutica, está en proscribir el aborto clandestino (371).

De todo lo expuesto hasta aquí, luego del estudio de los elementos constitutivos de esta figura lícita, se desprende que nuestra ley penal no impone a la gestante el deber de soportar o afrontar el riesgo cuando, con motivo del embarazo, se encuentre en peligro su vida o salud. Si la propia mujer grávida, para solventar la situación de peligro a que alude la ley, causare su propio aborto, es evidente que el mismo no podrá ser adjetivado de “terapéutico”. No obstante, puede ser procedente que se aplique la justificante del estado de necesidad, sea en su forma perfecta (Art. 85; Inc. 3º *in fine*), o imperfecta (en concordancia con el Art. 90 del C.P.) (371 bis).

(371) *Ibídem*, p. 233.

(371 bis) H.H.A. COOPER, para quien el Art. 163 del C.P. peruano no prevé la solución a un simple conflicto entre la vida de dos personas, sino a una pugna entre la vida de la embarazada y la vida del feto especialmente protegido por la ley, elevada así a una igualdad notional en la pauta de valores, no teniendo el Derecho otra opción que dejar a la gestante la libre elección entre salvarse o perecer ante el mal, ha escrito lo siguiente sobre el tema que motiva la cita: “En cambio, no obstante los riesgos, la mujer encinta impulsada por la necesidad de preservarse de la muerte pudiera practicar por sí misma el aborto amparándose en el Art. 85 (Inc. 3º). Si fuera en realidad el caso de la solución de un conflicto entre bienes desiguales, la mujer obrando de esta manera estaría justificada; si los bienes fueran iguales, más bien se hallaría ante una causa de inculpabilidad a base de la no exigibilidad de otra conducta” (**La no exigibilidad de otra conducta en el Derecho Penal**, Edit. Gráfica Pacific Press S.A., Lima, 1970, p. 28).

153.— OTRAS JUSTIFICANTES EN LA LEGISLACION PENAL COMPARADA

Existen otros casos en los que el aborto está justificado. El legislador peruano, con plausible criterio, sólo ha aceptado al aborto terapéutico como figura exenta de penalidad. En la doctrina i legislación comparadas se estudian i prevén además del aborto necesario, aquellos practicados por móvil eugénico, motivo sentimental y fin económico o social.

El aborto **eugénico** es el que se realiza teniendo en cuenta la sanidad futura de la prole. Tiene por objeto evitar el nacimiento de personas que serán infelices por la tara degenerativa de la que son portadores. Su finalidad es, como se advierte, prevenir la procreación de hijos enfermos o defectuosos, física o mentalmente. El nacional-socialismo de Hitler, inspirado en el sofisma de la superioridad y pureza de la raza aria, miró con simpatía esta clase de justificación abortiva.

Señala QUINTANO RIPOLLES que existe falta de precisión en las teorías hereditarias con relación a las probabilidades de trasmisión del contagio de ciertas enfermedades. Con mucho ingenio dice que sin esa certeza o relativa seguridad, que la ciencia actual está muy lejos de brindar, el aborto eugénico no hace más que ocasionar un mal **cierto** para evitar otro **probable**, lo que no es admisible en la justificación jurídica, ni en la lógica más elemental (372).

El aborto **sentimental**, o por motivación **ética**, es el efectuado para interrumpir los procesos de embarazo producidos como consecuencia de determinados delitos contra la libertad sexual (violación e incesto). El fundamento de su impunidad no es otro que el derecho de toda mujer a tener una maternidad consciente. Si le hubiere sido impuesta la presunta maternidad con violencia física o grave amenaza, se sostiene que debe reconocérsele a la mujer la facultad a deshacerse del estado de gestación. Con relación a esta clase de aborto, FERNANDEZ DAVILA manifiesta que resulta evidente que la conciencia sufre apremios indiscutibles al apreciar los casos en los que, como consecuencia de violencias carnales en personas inconscientes, o por acto de fuerza mayor en mujeres honradas, quedan en estado de gravidez contra su voluntad. Agrega

(372) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado.*, Tomo I, p. 513.

que no es posible aceptar y pedir para ellas la obligación de soportar todas las ansias y todos los dolores propios del proceso en que se gesta un producto aborrecido; la maternidad, por más íntimamente que esté ligada al alma femenina, como esencia de su vida y trasunto de su existir, se convierte en estos casos en odiosa pasión. Concluye manifestando que esta mujer, puesta en tales trances, no repara en la moral, ni teme el castigo, y el delito de aborto se comete infalible y fatalmente (373). En nuestro C.P. de 1924 no existe, como se sabe, la justificante que ahora nos ocupa. No obstante, advertimos que en el Proyecto de C.P. reelaborado en 1985 (versión mimeográfica), prevé en su Art. 129, Inc. 2, como no constitutivo de delito, el caso del aborto practicado por un médico con consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, "si el embarazo proviene de una violación o de inseminación artificial no consentida" y "siempre que el proceso penal se haya iniciado". En iguales términos se pronuncia al respecto, en su Art. 123, Inc. 2, el Proyecto de C.P. que comenzó a publicarse en el Diario Oficial "El Peruano" a partir del 19 de Agosto de 1985, por iniciativa de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia. El citado texto del Proyecto, elaborado por la Comisión Revisora creada por la Ley N° 23859, tiene una inspiración, sin duda, loable. Opinamos, sin embargo, que no ha logrado superar estos dos inconvenientes: 1º) El Art. 77, segundo párrafo, del C. de P.P., modificado por el Decreto Legislativo N° 126, exige la individualización del presunto autor del delito para poder abrirse instrucción. Si se presentase el caso de un violador no identificado, lo cual es frecuente, resultaría que la falta de proceso penal impediría la práctica lícita del aborto, según el Proyecto. 2º) Puede ocurrir que la víctima o su representante legal no tengan interés en iniciar un proceso penal por temor a las consecuencias del estrépito judicial. Es posible que así suceda, por ejemplo, en los casos en que el ejercicio de la acción penal no sea pública, o siéndola solamente proceda a instancia de la parte agraviada. La inexistencia del proceso penal en estos supuestos haría, igualmente, impracticable el aborto lícito. Creemos que, para superar estos obstáculos, debe preverse alternativamente, en defecto de un proceso penal, la posibilidad de que la investigación, respecto a las circunstancias en las que ocurrió la violación, se haga ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil que estuvo de turno a la fecha del delito. Por

(373) FERNANDEZ DAVILA, GUILLERMO: *El delito de aborto*, Lima, 1926, p. 80.

otro lado, pensamos que no es violatorio de la Constitución Política prever una figura impune en la que el honor de la gestante (como sentimiento de su propia dignidad y como reputación) prevalezca sobre el derecho del feto a la vida extrauterina.

Entre los Cs. Ps. latinoamericanos que aceptan el aborto sentimental, tenemos: argentino (Art. 86, Inc. 2º), brasileño de 1969, todavía sin vigor (Art. 130, Inc. II, parágrafo único); mejicano (Art. 333); y, uruguayo (Art. 328, Inc. 2º).

El aborto impune por razones **sociales** o **económicas**, concede a la mujer el derecho para abortar cuando su situación manifiestamente mísera no le permite aumentar el número de sus hijos. Se cree, de esta manera, prevenir los perjuicios de orden colectivo o crematísticos que afectarían a la gestante y a sus familiares. En opinión de MEZGER no se puede negar que esta cuestión llegue a asumir, en las situaciones de miseria que se presentan en la actualidad, formas muy graves. Prevenir la procreación de otros hijos es, a menudo, recomendable tanto en el propio interés, como en el de los ya nacidos (374). Creemos que controlar así la procreación, mediante el aborto por motivación económica, es una tesis que nosotros no podemos compartir en manera alguna. Nuestra discrepancia con MEZGER es total en este aspecto. Observamos que CAMAÑO ROSA prefiere emplear la denominación de aborto **miserable** por considerar que lo que debe tenerse en cuenta especialmente es el factor social de la miseria, y no la indicación eugénica indirecta que suele concurrir (la miseria apareja la tuberculosis), menos todavía otras causas sociales egoístas como sería el deseo de una vida cómoda y libre de preocupaciones (375).

En Latinoamérica, sólo el Art. 328, Inc. 4º, del C.P. del Uruguay se refiere específicamente al aborto miserable como un caso de atenuación de la penalidad (cuando se comete sin el consentimiento de la mujer), pudiendo llegarse hasta la exención de pena (si se realiza con el consentimiento de la gestante). También aparece contemplado en leyes especiales de Rumanía, Dinamarca y Suecia.

(374) MEZGER: op. cit., Parte Especial, p. 63.

(375) CAMAÑO ROSA: op. cit., p. 182.

154.— EL ABORTO TERAPEUTICO EN LA LEGISLACION PENAL LATINOAMERICANA

Entre los Cs. Ps. de esta parte del continente que prevén el aborto terapéutico contamos los siguientes: argentino (Art. 86, Inc. 1º, después de la sustitución efectuada por la "Ley" No. 21338), ecuatoriano (Art. 423), brasileño de 1940 (Art. 128, Inc. I), mejicano (Art. 344) i uruguayo (Art. 328, Inc. 3º). El C.P. chileno no contiene norma sobre el aborto terapéutico, pero por obra de la Ley No. 16585 se dictó el Decreto 725, de 11 de Diciembre de 1967, que modificó el texto punitivo del Código Sanitario (Art. 226), consagrándose así en su Art. 119 la justificante específica en estos términos: "Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos cirujanos".

155.— EL ABORTO TERAPEUTICO EN EL ART. 120 DEL C.P. SUIZO DE 1937

En comparación con el escueto texto del Art. 107 del Proyecto helvético de 1918, fuente del Art. 163 del C.P. peruano, conforme ya comprobamos, el vigente C.P. suizo contiene en su Art. 120 la norma más circunstanciada que conocemos en materia de aborto necesario. Algunos elementos de la descripción típica, tales como la especialidad del médico que emite su "parecer conforme" con el de quien efectuará la embriotomía, la autorización oficial para proceder a la realización del aborto, el consentimiento escrito del representante legal de la gestante incapaz de discernimiento, etc., son dignos de tomarse en cuenta para la redacción de un texto que, siendo más breve que el suizo vigente, no pierda la precisión que demanda una figura lícita tan singularizada como el aborto terapéutico (376).

(376) El Art. 120 del C.P. suizo dice: "1.— No hay aborto en el sentido del presente código, cuando el embarazo hubiera sido interrumpido por un médico titulado, con el consentimiento escrito de la persona encinta y con el parecer conforme de un segundo médico titulado, con el fin de eliminar un peligro imposible de evitar de otro modo y que amenaza la vida de la madre o que amenaza seriamente su salud con un mal grave y permanente. El parecer conforme exigido en el párrafo primero, debe darse por un médico calificado de especialista con respecto al estado de la persona encinta, y autorizado de manera general o en cada caso particular por la autoridad competente del Cantón en que la persona encinta tiene su domicilio o de aquel en el que la operación tendrá lugar. Si la persona encinta es incapaz de discernimiento, deberá requerirse el consentimiento escrito de un representante legal. 2.— Las disposiciones del Art. 34, parágrafo 2 (auxilio del tercero al necesitado) permanecen aplicables, si el embarazo ha sido interrumpido por

155 bis.— EL ABORTO TERAPEUTICO Y LA IGLESIA CATOLICA

En la Carta Encíclica “De la Vida Humana” de S. S. Paulo VI, sobre regulación de la natalidad, la Iglesia Católica declara, una vez más, que “hay que excluir absolutamente, como vía lícita para la regulación de los nacimientos, la interrupción directa del proceso generador ya iniciado, y sobre todo el aborto directamente querido y procurado, aunque sea por razones terapéuticas”. Esta tesis encuadra dentro del pensamiento general de la Iglesia Católica manifestado en el sentido de que no es lícito, ni aun por motivaciones gravísimas, hacer el mal para conseguir el bien, sea éste individual, familiar o social.

ABORTO PRETERINTENCIONAL

Art. 164.— “EL QUE CON VIOLENCIA OCASIONARE EL ABORTO, SIN HABER TENIDO EL PROPOSITO DE CAUSARLO, SIENDO NOTORIO O CONSTANDOLE EL EMBARAZO, SUFRIRA PRISION NO MAYOR DE DOS AÑOS”.

COMENTARIO

156.— FUENTE

La fuente mediata la ubicamos en el Art. 329 del C.P. español de 1848, dispositivo legal mantenido en las reformas de 1870 y 1928, suprimido en la redacción del C.P. de 1932 y restablecido en el texto de 1944 (Art. 412). La fuente inmediata la tenemos en el Art. 139 del Proyecto peruano de 1916. El precedente legislativo nacional está en el Art. 244, tercer párrafo, del C.P. abrogado de 1863.

un médico titulado y si se trata de eliminar un peligro inminente, imposible de evitar de otro modo, que amenace la vida de la madre o que amenace seriamente su salud con un mal grave y permanente. En este caso, el médico que la trate debe, dentro de las veinticuatro horas después de la operación, dar aviso a la autoridad competente del Cantón en que la operación ha tenido lugar. 3.— Si el embarazo ha sido interrumpido por causa de algún otro estado de angustia grave dentro del cual se encontraba la persona encinta, el Juez podrá atenuar libremente la pena (Art. 66). 4.— Las disposiciones del Art. 32 no son aplicables”.

157.— NATURALEZA SUBJETIVA DE LA FIGURA

No existe uniformidad en el parecer de los tratadistas con respecto al elemento culpabilista que informa esta figura delictiva también conocida con el nombre de **aborto preterdoloso**. Para penalistas como QUINTANO RIPOLLES, RAMOS, PECO (377) y ODERIGO, se trata de un aborto **culposo**. En criterio de otros autores como RIVAROLA, SOLER, NUÑEZ, FONTAN BALESTRA, BRAMONT ARIAS, PEÑA CABRERA y HURTADO POZO, la imputación de esta forma de aborto se hace a título de **preterintencionalidad**. Por último, GOMEZ cree que la hipótesis comentada es un caso de **dolo indirecto** (378).

Precisando el tema de la culpabilidad concerniente a la figura comentada, somos del parecer, siguiendo a NUÑEZ (379), que la cuestión debe ser sacada decididamente del campo de la culpa. En nuestra dogmática no es admisible el aborto culposo, siendo dos las razones: 1º) nuestro C.P. no tipifica expresamente el aborto culposo como lo demandaría, en caso que sí se hubiere decidido preverlo, la sistemática ítalo-suiza que sigue nuestro texto punitivo en materia de negligencia; y, 2º) el Art. 164 exige una conducta con arranque doloso (“violencia”) y con resultado culposo previsible, el mismo que el agente no previó (“ocasionare el aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo”).

La figura del aborto culposo es bastante rara. El Proyecto del C.P. para Venezuela (1967) la contempla en su Art. 183 en los siguientes términos: “Cualquiera que causare a una mujer aborto por culpa, será penado con prisión de uno o dos meses”.

Está claro, en consecuencia, que el texto del Art. 164 en comentario no es el tipo abierto de la culpa que el codificador perua-

(377) PECO proponía en su Proyecto de Código Penal (1941), bajo el rubro “Aborto culposo”, el siguiente texto: “Art. 122.— Al que causare aborto por culpa, si el embarazo de la mujer fuere visible o le constare, se le aplicará multa de trescientos a dos mil pesos moneda nacional”.

(378) GOMEZ, refiriéndose al pertinente texto punitivo argentino, escribe: “El Art. 87 del C.P. no prevé el aborto culposo. Alude al empleo de **violencias**, y si bien ellas no han respondido al propósito de causar el aborto, no podrían encuadrarse en ninguno de los supuestos de la culpa. El hecho es doloso, pero con **dolo indirecto**” (*Leyes Penales Anotadas*, op. cit., Tomo II, p. 100).

(379) NUÑEZ: op. cit., Tomo III, p. 177.

no, de haber querido prever el aborto culposo, hubiese descrito empleando la frase "el que por negligencia causare el aborto".

Con respecto a la opinión del Prof. GOMEZ, estimamos que la expresión "dolo indirecto" ya no tiene personería científica en el ámbito del Derecho Penal de la hora actual. Por lo demás, dentro del llamado **dolo indirectus** se pueden comprender, como sostiene el P. PEREDA, tanto los delitos calificados por el resultado como también el dolo eventual y los delitos preterintencionales.

El aborto preterintencional en nuestra dogmática, conforme lo comprobaremos luego, es una forma de culpabilidad que está constituida por la mixtura de dolo en la acción (empleo de violencia) y de culpa en el resultado (aborto ocasionado por falta de previsión).

158.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** puede ser cualquier persona, profesional sanitario o profano; pariente o extraño con relación a la grávida. Sólo hay que excluir aquí a la propia gestante.

b).— **Sujeto pasivo** es tanto el producto de la concepción como también la mujer encinta.

159.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Que preexista un estado fisiológico de embarazo.** Remitimos a cuanto hemos escrito al tratar este mismo elemento en la figura del Art. 159.

b).— **Que el embarazo sea notorio o de conocimiento del agente.** El estado de preñez debe ser objetivo; es decir visible o notorio, como exige la ley. El proceso de la gestación, después de cuatro o cinco meses, desfigura la silueta de la mujer. Esta deformación circunstancial del cuerpo está impuesta por la naturaleza y no hay manera de evitarla o disimularla, pues va en aumento a medida que se produce el desarrollo del feto.

El texto legal ha previsto también la hipótesis consistente en que el agente conozca el estado de gestación, aun cuando todavía no sea notorio el embarazo. Este conocimiento puede poseerlo por tratarse del esposo, amante, médico u obstetrix. Hay que pensar en la posibilidad que estas personas hayan proporcionado informa-

ción a terceros en tal sentido, información que también puede provenir de la misma gestante.

Si el embarazo no fuere notorio, o si al agente no le consta el estado de gravidez, sólo es posible subsumir el hecho dentro del tipo de lesiones intencionales.

c).— **Que el agente utilice violencia.** La violencia aquí no es otra cosa que la fuerza física, la misma que debe ser empleada sobre el cuerpo de la grávida, pero sin el propósito de causar aborto. Tácitamente ha sido descartado el uso de la coacción moral como un medio idóneo para ocasionar el aborto reprochable a título de preterintencionalidad. Por la expresión "violencia" hay que entender los traumatismos, golpes, maltratos (vocablo utilizado por el Art. 244, tercer párrafo del C.P. de 1863) y lesiones intencionalmente producidos en el organismo de la mujer. Como dice NUÑEZ, se trata del despliegue de una energía física realizado por el autor contra el cuerpo de la gestante embarazada.

La violencia exigida por nuestra ley es un elemento constitutivo del delito comentado. Por tal razón, no existirá concurso ideal de delitos (lesiones intencionales y aborto preterintencional) cuando la violencia no revista cierta gravedad (380). En caso, por ejemplo, que la violencia cause lesiones graves y ocasione también el aborto, quedaría, en nuestro criterio, descartada la preterintencionalidad. Se trataría, en este último supuesto, de un concurso ideal entre los delitos de lesiones graves y aborto intencional no consentido. Las lesiones graves estarían indicando, por lo menos, la existencia de un dolo eventual en el delito de aborto (381).

En opinión de SOLER, la expresión genérica de "violencia" absorberá aquí solamente aquellas lesiones que no importen mayor mal que el causado a la mujer por el aborto mismo. Si se han producido lesiones de gravedad, las mismas concurrirán con el aborto preterintencional. Por nuestra parte, insistimos en manifestar que el concurso sería con el delito de aborto no consentido.

(380) Existe **concurso ideal de delitos** cuando con una acción unitaria se violan efectivamente dos o más leyes que tipifican infracciones penales, de tal manera que un mismo hecho resulta siendo susceptible de múltiple subsunción o encuadramiento en dos o más figuras delictivas que no se excluyen entre sí por ser compatibles. Para tal caso es de aplicación el Art. 105 del C.P.

(381) El Art. 182 del Anteproyecto de C.P. para Venezuela (1967), luego de describir el delito de aborto preterintencional, dice en su segundo párrafo: "Las lesiones que se hubieren producido serán además penadas de acuerdo a su gravedad".

d).— **Que la violencia no esté dirigida a causar el aborto.** La violencia empleada debe ser la “ocasión” para que se produzca el aborto. En manera alguna cabe aquí su utilización con el propósito de causar la muerte del feto. La dirección del golpe será uno de los elementos de juicio importantes que considerará el Juez para decidir si hubo o no intención abortiva en la violencia descargada sobre el organismo de la gestante. Pensamos que debe tipificarse como aborto no consentido, por ejemplo, el caso del marido que por desavenencias conyugales motivadas por los celos que ha despertado la inconducta de su mujer, no obstante constarle el estado de embarazo, le aplica un puntapié en los órganos genitales y le produce una fuerte hemorragia de la cual devino un aborto.

Manifiesta SOLER, por su parte, que difícilmente podría decirse que no tenía intención de hacer abortar, el sujeto que, constándole el embarazo, según exige la figura legal, ejercitara violencia sobre la vagina de una mujer con algún instrumento (382).

Nuestra ley concreta el elemento, aquí estudiado, con la frase “sin haber tenido el propósito de causarlo”.

e).— **Que el aborto, a pesar de ser previsible, no haya sido previsto por el agente.** La previsibilidad, elemento del tipo no demandado *expressis verbis* por la ley, se desprende de las exigencias consistentes en que el embarazo sea notorio o le conste al sujeto activo. La acción debe estar orientada a la producción de un daño de menor entidad en el organismo de la gestante, pero, al no haber previsto lo previsible, el infractor ocasiona un daño más grave en comparación con el que se había propuesto. El aborto por sí mismo, como resultado imprevisto más dañoso derivado de la acción inicialmente intencional, le es reprochable al actor a título de culpa.

Comentando QUINTANO RIPOLLES el Art. 412 del C.P. español, poniéndolo en relación con el Art. 87 del C.P. argentino, ambos textos de estructura igual al numeral de nuestro documento punitivo en examen, dice que no estamos frente a un delito preterintencional, sino a una figura culposa de aborto, la misma que, desde la perspectiva de la legislación penal española, sería un delito

(382) SOLER: op, cit., Tomo III, p. 125.

de aborto culposo tipificado (383). He aquí el desarrollo de su crítica: el argumento de la preterintencionalidad que se formula sobre la base de constituir las violencias un ilícito inicial, que por serlo excluye la culpa y obliga a un desplazamiento hacia la preterintencionalidad, en razón de ser el mal causado de mayor entidad que el querido, es una tesis que tiene su punto débil. El talón de Aquiles de esta tesis de la preterintencionalidad no sería otro distinto al hecho de que la definición de culpa o imprudencia no contiene el pretendido requisito de la licitud originaria, mera adición que, según observa QUINTANO RIPOLLES, resulta poco feliz y tiende a ser eliminado por la más moderna jurisprudencia española. Por último, sobre el mismo tema aquí tratado, agrega el Profesor español que la preterintencionalidad suele requerir una cierta homogeneidad entre el mal pretendido y el causado, como en quien queriendo lesionar, matar; lo que no se da en el caso del aborto sobrevenido por quien quiso tan solo maltratar a la mujer, no a su hijo futuro (384).

Nos permitimos discrepar del punto de vista del Magistrado QUINTANO RIPOLLES, teniendo en cuenta que su crítica se haría extensiva al texto nacional comentado. No se trata de aceptar aquí la equivocada exigencia **doctrinaria** de una licitud inicial en la construcción de la culpa, sino, que la "violencia" a que se refieren los textos legales, constituye **en sí y por sí misma una acción ilícita**. Tampoco creemos en la no existencia aquí de "una cierta" homogeneidad entre el mal pretendido y el efectivamente causado, como sostiene el citado ius-penalista. Dos son las razones que consideramos nos asisten para opinar lo contrario. En primer lugar, la violencia es un ataque dirigido a lesionar la integridad corporal; y, por su parte, el aborto es una lesión a la vida del feto: **ambos hechos están en la misma línea de afectación**. En segundo lugar, resulta por necesidad biológica que toda violencia de cierta magnitud contra el cuerpo de la gestante repercute en el feto, sólo que

(383) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado*, op. cit., Tomo I, p. 594 s. En la legislación española la punibilidad de la imprudencia sigue el sistema de **numerus apertus** (Art. 565), a diferencia de la sistemática ítalo-suiza de **numerus clausus** que ha seguido el codificador peruano. La figura del aborto culposo tipificado, de la que habla tan distinguido penalista, no es otra que la contenida en el Art. 412 del C.P. español, cuyo texto es el siguiente: "El aborto ocasionado violentamente, a sabiendas del estado de embarazo de la mujer, cuando no haya habido propósito de causarlo, se castigará con la pena de prisión menor".

(384) *Ibíd.*, p. 594.

esta trascendencia física está sancionada penalmente cuando ocasiona la muerte del producto de la concepción, siempre que se trate de un resultado **previsible**, aunque imprevisto por el sujeto activo en la hipótesis legal analizada. No comprendemos, en realidad, cómo lo culposo puede quedar de manifiesto con la condición **negativa** de no haber tenido la intención de causar el aborto, hermanada con la **positiva** de conocer el estado de embarazo de la mujer, siempre que no omitamos, como omite QUINTANO RIPOLLES (385), agregarle el otro ingrediente de la “violencia” (condición de naturaleza igualmente **positiva**). Pensamos que las dos primeras condiciones, con el denominador común de la “violencia” empleada (tercera condición), vienen a demostrar la existencia de una conducta reprochable en grado no menor a **praeter intentionem**.

f).—**Que el feto muera.** Nuestro texto legal no dice que la violencia sea la **causa**, sino la **ocasión** del aborto (“ocasionare”). En igual sentido se expresa, por ejemplo, el Art. 412 del C.P. español.

En este punto también nos permitimos discrepar del Magistrado QUINTANO RIPOLLES, quien, no obstante interpretar el Art. 412 del C.P. español, muy similar al texto peruano en comentario, como tipificante de **aborto culposo**, demanda la existencia de un nexo causal que enlace las violencias con el aborto. Para nuestra dogmática, y creemos que también para la española, es suficiente que la violencia empleada **ocasiona** el aborto. Si a los maltratos físicos se une la debilidad orgánica de la evidente gestante, por ejemplo, produciéndose como resultado el aborto, creemos que en tal caso el delito es preterintencional, aun cuando la Medicina Legal nos informe que la fragilidad corporal de la grávida fue una concausa. No podemos, en consecuencia, rubricar aceptando, plenamente, como lo hace QUINTANO RIPOLLES, la materia doctrinaria de la sentencia española de 12 de Mayo de 1942 en cuanto establece que al no probarse plenamente las causas del aborto, y aun siendo indubitada la realidad de su producción y las violencias causadas a la mujer, no puede llegarse a una conclusión condenatoria por falta de alusión al nexo causal enlazando las violencias con el aborto (386). Si al suprimir **in mente** la violencia

(385) *Ibidem*, p. 595.

(386) *Ibidem*, p. 592.

empleada, desaparece también la muerte del feto, entonces nos encontramos frente a dos hechos que, en nuestro concepto, están en relación de causa a efecto. La determinación del grado de culpabilidad es, claro está, otro problema.

160.— IMPOSIBILIDAD DE TENTATIVA

No cabe la tentativa por tratarse de un delito sancionado a título de preterintencionalidad. Sólo es punible la consumación. El tema relativo a la tentativa debe averiguarse aquí desde la perspectiva de la "violencia", que es el hecho hacia el que tiende la intención del agente. La tentativa no es admisible, pues: o se tratará de actos preparatorios relacionados con el ejercicio de la violencia, o se tratará de su realización misma desde que la amenaza de aplicar la energía desplegada ya es una violencia consumada (387).

161.— LEGISLACION COMPARADA

El aborto preterintencional aparece tipificado en los siguientes textos: argentino (Art. 87), brasileño de 1969 (Art. 129) y chileno (Art. 343). En nuestra opinión, ya manifestada anteriormente, el Art. 412 del C.P. español prevé esta figura delictiva. El derogado C.P. húngaro de 1878 contenía esta hipótesis en su Art. 304, pero ha desaparecido del texto legal vigente de 1961 (388).

162.— PENALIDAD

La pena es de prisión no mayor de dos años ni menor de dos días. Para el caso hipotético que el aborto fuere ocasionado por un profesional sanitario, no sería de aplicación la pena inhabilitante contenida en el Art. 162 por no constituir la acción delictiva, en tal caso, un "abuso" del arte de curar. No cabe duda que tal conducta merecerá mayor reproche, pero la sanción no puede ser distinta a la precisada en los extremos determinados por el texto en comentario.

(387) NUÑEZ: op. cit., Tomo III, p. 180.

(388) El C.P. brasileño de 1940 contiene esta hipótesis delictiva en el Art. 129 § 2º, Inc. V, previéndola como una lesión corporal que produce un resultado grave. En cuanto al C.P. de 1969, que todavía no tiene vigencia en el Brasil, observamos que la figura delictiva estudiada aparece en un Capítulo apropiado, con una conceptualización más precisa y una técnica más perfecta, como comprobaremos a continuación: Art. 129 (Aborto preterdoloso). "Emplear violencia contra la mujer cuya gravidez no se ignora o es manifiesta, causándole involuntariamente el aborto: Pena-detención, de tres meses a un año, además de la pena correspondiente a la violencia":

TITULO III

LESIONES

163.— CONCEPTO

En orden de importancia, entre los bienes jurídicamente tutelados en la Sección Primera del C.P., la integridad física y la salud ocupan el lugar inmediato inferior a la vida. No obstante, diremos con QUINTANO RIPOLLES, que esta afirmación tiene valor para una jerarquía axiológica en abstracto desde que, en determinadas situaciones, en función de elementos culpabilistas y circunstanciales, los delitos que menoscaban la integridad física pueden resultar siendo de mayor gravedad que los privativos del bien supremo de la vida (389). En nuestro ordenamiento jurídico-penal, por ejemplo, el homicidio culposo y el infanticidio tienen escalas penales menos severas que la determinada legalmente para el delito de lesiones graves (Art. 165 del C.P.).

El Derecho Penal no puede dejar de reconocer la muy estrecha relación existente entre la vida, la integridad física y la salud mental. Tal vinculación tiene una dinámica objetivamente tan íntima que es siempre difícil, en los casos dolosos, precisar si subjetivamente el agente actuó impulsado por **animus necandi**, o por **animus vulnerandi**. Si la muerte de la víctima no se produce como consecuencia más o menos inmediata a la acción delictuosa impulsada por ánimo homicida, ante la dificultad que el problema presenta los jueces casi siempre estarán más inclinados a darle solución considerando el hecho como un delito de lesiones consumado, en lugar de apreciarlo como un homicidio frustrado. Si la muerte es inmediatamente subsecuente a la agresión, aun cuando sólo hubiera intención de lesionar, ante la magnitud del resultado, estarán más propensos los juzgadores, en cambio, a tipificar el

hecho con un homicidio consumado, descartando el delito de lesiones. En este sentido, no es indiferente en manera alguna el papel que juega el **resultado** en la calificación jurídico-judicial. En ciertas legislaciones penales, como la peruana, el problema se ha tratado de resolver creando una figura delictiva de término medio: el delito de lesiones seguidas de muerte. En lo que respecta al homicidio por negligencia, o a las lesiones por culpa, es más evidente la importancia casi exclusiva que el **resultado** tiene en la calificación jurídico-judicial. El crecimiento del riesgo en la vida moderna, creado por la tecnificación motorizada del transporte y la producción mecanizada, ha hecho que el delito de lesiones en su forma culposa sea uno de los más frecuentes. Difícilmente un juzgador, por ejemplo, estimará que el autor de un atropello vehicular ha matado intencionalmente a la víctima. El resultado letal aquí atribuido será siempre, salvo algún caso excepcional, a título de negligencia.

164.— DEFINICION

El delito de lesiones, de acuerdo a nuestra dogmática, consiste en **el daño causado a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona, sin ánimo de matar.**

Los alcances de la noción que hemos presentado comprende a todo tipo de lesiones punibles. Tres conceptos médicamente distintos, pero con equivalencia jurídica en cuanto a su protección penal, se advierten en la definición comentada, constituyendo cualquiera de ellos un delito de lesiones. En este sentido, la figura delictiva estudiada puede traducirse:

- a).— en una vulneración de la **integridad física**; o,
- b).— en un daño a la **salud física**; o,
- c).— en un agravio a la **salud mental**.

No se descarta la posibilidad que una lesión corporal comprometa al mismo tiempo la salud física y la salud mental, situación que debe tenerse en cuenta al momento de determinarse judicialmente la pena. Recordemos que el Art. 51 del C.P. establece que la “extensión del daño” causado es una de las circunstancias genéricas que permiten graduar la sanción.

Conforme enseña SOLER, se dirá que existe daño en el cuerpo toda vez que se destruya su integridad, o la arquitectura y correlación de los órganos y tejidos, vulneración que puede ser

aparente, externa o interna. No es necesaria una solución de continuidad en los tejidos de la piel; así, puede hacerse estallar el bazo de una persona sin que externamente se alteren los tejidos superficiales. El daño en el cuerpo existe independientemente de que se ocasione o no **dolor** porque, en este aspecto, hay que tener en cuenta que la ley protege la anatomía del organismo como tal (390). Para FONTAN BALESTRA se entiende por daño en el cuerpo cualquier modificación, más o menos duradera, en el organismo de la víctima (391). Ampliando su definición, nos dice que es innecesario que el resultado reduzca la integridad física del individuo puesto que se trata de un concepto anatómico, válido también para el caso de modificaciones plásticas, poniendo como ejemplo el caso de la mujer a la que le quedare la nariz torcida, o un párpado más bajo que el otro, a consecuencia de un golpe de puño. La modificación en referencia ha de ser **más o menos duradera**; es decir, ha de quedar, aunque sea por breve tiempo, manifestada en el organismo. En este sentido hay que tener en cuenta que una presión violenta, una torcedura, modifican temporalmente la contextura física del individuo, en tanto está actuando sobre ella una fuerza exterior, pero una vez que la misma cesa en su acción resulta que el organismo torna a su armonía habitual, por lo que no habrá daño en el cuerpo. Conviene advertir que **no es necesaria la emanación de sangre**, siendo frecuentes las lesiones graves que no la producen, como en el caso de las fracturas óseas (392).

Por otro lado, dañar la salud significa, en general, provocar o acentuar un estado patológico de cierta intensidad, aun en el caso que produjere nada más que una perturbación transitoria (393).

Hay daño en la salud física cuando se altera la fisiología, es decir, el equilibrio funcional del organismo (394). Generalmente el daño en el cuerpo trae consigo un daño en la salud, sin que esta afirmación signifique negar la existencia independiente del último. No es preciso que exista propiamente una lesión en el cuerpo para que se castigue el daño producido en la salud: basta que se turbe,

(390) SOLER: op. cit., Tomo III, p. 133.

(391) FONTAN BALESTRA, CARLOS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969, p. 258.

(392) FONTAN BALESTRA: op. cit., Tomo IV. p. 258.

(393) MEZGER: op. cit., Parte Especial, p. 72.

(394) SOLER: op. cit., Tomo III, p. 134.

impida o altere la función fisiológica, de manera que pueda decirse perturbada la salud (395). En este sentido, existirá el delito de lesiones por daño en la salud física no solamente en el hecho de contagiar una enfermedad, sino, también cuando se altera el orden normal de las funciones fisiológicas, ya sea que dichos estados fueren muy prolongados o relativamente durables. Para FONTAN BALESTRA el problema de mayor interés que aquí se plantea es el que se refiere a la **duración del trastorno funcional**. En efecto: una sensación de malestar, un mareo, el frío, la repugnancia pueden ser provocados, y no podría decirse, sin embargo, que se ha causado lesión, salvo el caso que cualquiera de tales situaciones se prolongara por un término más o menos largo, de modo que pueda hablarse fundadamente de un trastorno en el estado de salud del individuo (396).

El daño en la salud mental puede o no estar causalmente encajado a una lesión corporal o alteración fisiológica. No debemos olvidar que cualquier enfermedad psíquica viene, casi siempre, determinada por factores del medio ambiente, a manera de un resultado de la interacción desfavorable entre el organismo y las circunstancias físicas en las que se desarrolla. Tales factores son: infecciones, intoxicaciones, traumatismos físicos, psíquicos y enfermedades somáticas (397). El Derecho Penal se interesa por estos factores en la medida en que culpablemente son puestos en acción para producir un resultado que agravia a la salud. Hay unanimidad en la doctrina respecto a considerar a las alteraciones psíquicas como constitutivas también del delito de lesiones, siempre que pueda afirmarse que se trata de un desequilibrio patológico, sea este durable o relativamente pasajero. Entre los transitorios tenemos, por ejemplo, la ebriedad de origen alcohólico y la intoxicación por suministro de estupefacientes.

Siguiendo CAMAÑO ROSA las enseñanzas de IRURETA GOYENA, nos dice que la evolución del delito de lesiones presenta tres fases en la codificación moderna, pues se le ha concebido, su-

(395) *Ibíd.*, p. 135.

(396) FONTAN BALESTRA: *op. cit.*, Tomo IV, p. 260. Igualmente: SOLER; *op. cit.*, Tomo III, p. 135; y, PEÑA CABRERA; *op. cit.*, Volumen II, Parte Especial, p. 160.

(397) Véase: SLUCHEVSKI, I.F.; *Psiquiatría*, Edit. Grijalbo, Méjico, 1960, p. 40 ss.

cesivamente, como un atentado contra la integridad anatómica, fisiológica y psíquica del hombre. En opinión de los citados ius-penalistas uruguayos, las denominaciones respectivas reflejan dicha evolución. En efecto. Primero se conoció el delito con el nombre de **golpes y heridas**. Cuando se demostró que podía ofenderse físicamente a una persona sin alterar su organización anatómica, trastornando simplemente su funcionamiento fisiológico, pareció justo llamarlo **lesiones corporales**. Cuando ya quedó bien establecido que la lesión podía ser un daño en el cuerpo o en la salud, o una perturbación de naturaleza mental, entonces, se le denominó **lesiones personales** o, simplemente, lesiones. Por último, ocurrió que en algunas legislaciones, el delito de traumatismo se desprende de las lesiones para constituir un tipo autónomo (398).

165.— CRITERIOS DE CLASIFICACION

Atendiendo a nuestra dogmática, las lesiones se clasifican:

a).— según la **culpabilidad**: intencionales, preterintencionales, culposas, seguidas de muerte previsible, y con resultado fortuito.

b).— según la importancia del **resultado**: graves, menos graves y simples (faltas).

166.— MORFOLOGIA DEL TITULO

En la siguiente:

a).— Lesiones intencionales graves, (Art. 165).

b).— Lesiones intencionales graves seguidas de muerte, (Art. 165, último párrafo).

c).— Lesiones intencionales menos graves, (Art. 166, primer párrafo).

d).— Lesiones preterintencionales, (Art. 166, segundo párrafo).

e).— Lesiones intencionales menos graves seguidas de muerte, (Art. 166, último párrafo).

f).— Lesiones con resultado fortuito, (Art. 167).

g).— Lesiones por negligencia o culposas, (Art. 168).

LESIONES GRAVES

Art. 165.— “SE IMPONDRÁ PENITENCIARIA NO MAYOR DE DIEZ AÑOS, O PRISION NO MAYOR DE CINCO AÑOS NI MENOR DE SEIS MESES:

1º.— AL QUE, INTENCIONALMENTE, INFIRIERE HERIDA A UNA PERSONA DE MANERA QUE PUSIERE EN PELIGRO SU VIDA;

2º.— AL QUE, INTENCIONALMENTE, MUTILARE EL CUERPO DE UNA PERSONA, UNO DE SUS MIEMBROS U ÓRGANOS IMPORTANTES O HICIERE IMPROPIO PARA SU FUNCION UNO DE SUS MIEMBROS U ÓRGANOS IMPORTANTES, O CAUSARE A UNA PERSONA INCAPACIDAD DE TRABAJO, INVALIDEZ O ENFERMEDAD MENTAL PERMANENTES, O DESFIGURARE A UNA PERSONA DE MANERA GRAVE Y PERMANENTE;

3º.— AL QUE, INTENCIONALMENTE, INFIRIESE CUALQUIER OTRO DAÑO GRAVE A LA INTEGRIDAD FISICA O MENTAL DE UNA PERSONA.

LA PENA SERÁ DE PENITENCIARIA, SI LA VÍCTIMA HUBIERE MUERTO A CONSECUENCIA DE LA LESION Y SI EL DELINCUENTE PUDO PREVER ESTE RESULTADO”.

COMENTARIO

167.— FUENTE

La encontramos en el Art. 108 del Proyecto suizo de 1918. El precedente legislativo nacional radica en los Arts. 246 al 249 del C.P. abrogado.

168.— BIEN JURIDICO

El interés penalmente tutelado es la integridad corporal y la salud de las personas, tanto en su aspecto físico como mental. El Art. I del Título Preliminar del Código Sanitario establece que la salud, como bien jurídico irrenunciable, constituye el principal componente del bienestar y desarrollo de los hombres, así como también el indispensable elemento para el progreso de los pueblos.

169.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** de este delito puede ser cualquier persona, con exclusión del propio lesionado. El Art. 185, Inc. g., del Código Sanitario (dispositivo ahora derogado por el Decreto Legislativo No. 121, Art. 11º) consideraba como delito contra la salud las autolesiones graves producidas voluntariamente. El vigente Código de Justicia Militar (Decreto-Ley No. 23214) prevé en su Art. 234 el delito de “inutilización voluntaria para el servicio” (399).

b).— **Sujeto pasivo** también puede ser cualquier persona comprendida en el período de desarrollo que va desde el nacimiento hasta el instante de su muerte. El consentimiento del individuo ofendido carece de eficacia excriminatoria. Debemos advertir que el sujeto que practica un deporte que fuere peligroso por la agresividad física que requiera su ejercicio, como el box, por ejemplo, en manera alguna está autorizando a su adversario para que le cause lesiones descargando golpes contrarios al reglamento respectivo. Las lesiones producidas, sin violar las reglas deportivas, están amparadas por una causa de justificación: practicar un acto permitido por la ley (Art. 85, Inc 4º). En cambio, las lesiones anti-reglamentarias, generan responsabilidad penal, ya sea a título de dolo, culpa o preterintencionalidad.

170.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS:

Son los siguientes:

a).— **Realización de un acto dañoso al cuerpo, o a la salud.** El acto lesivo puede revestir diversas formas, según sea el órgano, el miembro, la función física o mental afectados, así como también el medio empleado para causar la lesión.

Los daños corporales pueden ser producidos usando la violencia (**golpes, maltratos**); o dando lugar a un proceso morboso, sea agudo o crónico, localizado o difuso, al que corresponde un proceso reactivo y autodefensivo del organismo (**enfermedad**); o empleando medios físicos (**armas de fuego, instrumentos cortantes, contundentes, etc.**); o medios morales (**amenaza, estado de terror**

(399) Art. 234 del C. de J.M.: “Los que, por sí mismos o por medio de otros, se mutilen, infieran lesiones o provoquen dolencias, o de cualquier otra manera se inutilicen a fin de eximirse del servicio militar a que están obligados o de obtener su separación de él, serán reprimidos con prisión en tiempo de guerra y con reclusión militar en tiempo de paz. Los que cooperen en la realización de este delito serán reprimidos como cómplices”.

que puede producir perturbaciones mentales). Para nuestra ley es indiferente el medio empleado desde el punto de vista de la tipificación, siendo lo trascendente, en realidad, el resultado que se manifieste en la salud física o mental, claro está que sin perder la perspectiva culpabilista.

b).— **Que el resultado dañoso sea grave o haya puesto en peligro la vida.** Nuestro C.P. no siempre identifica *expressis verbis* cuáles son las lesiones graves, siendo posible determinarlas aquí por vía de interpretación analógica, así como también apreciando la puesta en peligro de la vida.

El resultado vulnerante grave puede consistir en una herida, una castración, una mutilación o en hacer impropia para su función un miembro u órgano importante. Así mismo, puede concretarse la lesión en una enfermedad física que produzca o no invalidez, o en una deformación permanente, o en una enfermedad mental. La información respectiva debe ser proporcionada a través de la prueba pericial médico-legal, la misma que también puede ser de naturaleza psiquiátrica (400).

c).— **Relación de causalidad entre el acto lesivo y el resultado dañoso.** Tiene aquí valor lo que hemos sostenido al tratar similar punto cuando comentamos el delito de homicidio simple (Art. 150 del C.P.). Diremos, siguiendo al respecto el pensamiento de QUINTANO RIPOLLES, que basta tener en cuenta a los efectos prácticos, más bien que a los teóricos, que los principios generales de la causalidad suelen merecer una aplicación harto más laxa al referirse a las lesiones, en parte porque sus estructuras de resultado son más aptas para la prevalencia de factores objetivos, y en parte, asimismo, en razón a la menor gravedad de las responsabilidades penales que abona por idéntica solución, sin tomar en cuenta, o con menos rigor que en el homicidio, la presencia de concausas determinantes del evento. El peligroso aforismo que se enuncia **la causa de la causa es causa de lo causado**, del que tanto se usa en el homicidio, adquiere frecuentemente matices de excesivo objetivis-

(400) El Art. 181 del C. de P.P. dice: "En caso de lesiones corporales, el Juez Instructor exigirá que los peritos determinen en su informe el arma o instrumentos que las hayan ocasionado y si dejaron o no deformaciones y señales permanentes en el rostro, puesto en peligro la vida, causado enfermedad incurable o la pérdida de algún miembro u órgano, y en general, todas las circunstancias que conforme al Código Penal influyen en la calificación del delito".

mo tratándose de las lesiones, donde suele cargarse al autor la realidad de las lesiones sufridas, aun en supuestos en los que el lesionado, por su negligencia en reclamar asistencia facultativa, agrava la situación. Sin embargo, considera el citado autor español que la doctrina judicial más correcta es aquella que admite la ruptura del nexo causal cuando sobreviene una conducta culposa o dolosa del lesionado o de un tercero (401).

d).— **Dolo**. El agente debe actuar con **animus vulnerandi**, llamado también **animus laedendi**; es decir, se requiere conciencia y voluntad de dañar la integridad física o la salud (física o mental), no así de matar. Si existiera **animus necandi** estaríamos frente a un caso de homicidio frustrado.

171.— TENTATIVA

Siendo las lesiones un delito de naturaleza material, la tentativa es configurable (402). Sólo queda a salvo de esta posibilidad el caso de las lesiones seguidas de muerte (también denominado, aunque con impropiedad para nuestra dogmática, “homicidio preterintencional”).

Algunos penalistas han sostenido que no existe posibilidad de tentativa en el delito de lesiones, en razón a que, al frustrarse el proceso ejecutivo de esta infracción penal, no se podría conocer si el propósito del agente fue causar una lesión grave o solamente un daño menos grave. No obstante, nosotros pensamos que si las circunstancias ponen de manifiesto un **animus vulnerandi** que merece mayor reprochabilidad, no materializado por motivos ajenos a la voluntad del agente, entonces no hay dificultad para la configuración de tentativa. Los medios empleados por el actor pueden aquí servir de valiosos elementos de juicio. Así, por ejemplo, en el caso de quien arroja ácido sulfúrico con dirección al rostro de su

(401) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado*, op. cit., Tomo I, p. 636.

(402) Conformes: HUNGRÍA, op. cit., Volumen V, p. 287. SOLER: op. cit., Tomo III, p. 137. NUÑEZ: op. cit., Tomo III, p. 194. GOMEZ: *Leyes Penales Anotadas*, op. cit., Tomo II, p. 109. Sostiene este autor que el delito de lesiones es susceptible de tentativa y que la misma está prevista en el Art. 104 del texto penal argentino, dispositivo legal que sanciona el delito de agresión con armas y lo reprime aun en la hipótesis que no se cause herida. Por su parte MARIO M. MALLO nos dice que, en su opinión, el delito de lesiones no es una infracción susceptible de tentativa, claro que no por el carácter del mismo —material— sino porque hay en el C.P. argentino la norma expresa del Art. 104 que cubre los casos tentados (Véase en: **Código Penal Argentino**, Tomo II, Bs. As., s/f, p. 177).

enemigo, el mismo que, al desviarse o desubicarse oportunamente, consigue escapar ileso. En cambio, cuando las circunstancias, en lugar de ser claras, ofrecieran alguna duda con respecto a si la intención del sujeto activo fue causar una lesión grave o una menos grave, la solución está dada por el principio **in dubio pro reo**, de universal aplicación (Art. 233, Inc. 7, de la Constitución Política).

172.— PARTICIPACION

La concurrencia de varias personas en este delito es perfectamente posible. Como ejemplo tenemos el caso, presentando en la vida real, de dos sujetos que atan de pies y manos a la víctima con la finalidad de extirparle el miembro viril. Aunque uno de ellos realice solo el corte, el otro tiene la calidad de coautor (cómplice primario, de acuerdo con el Art. 100 del C.P.).

173.— ABSORCION O EXCLUSION DE LAS LESIONES

La tentativa de homicidio (**animus necandi** en el agente) succiona las lesiones grave o leve. En nuestra dogmática la lesión grave aparece absorbida por los delitos de robo o rapiña con agravante, y asalto (Art. 239, segundo párrafo, modificado por la Ley 23405, de fecha 25 de Mayo de 1982).

Por otro lado, la aplicación del tipo correspondiente al delito de lesión grave queda excluido por otras hipótesis delictivas, tal como sucede en los casos de riña y duelo. Tanto la absorción como exclusión aludidas constituyen verdaderas situaciones de concurso aparente de leyes.

174.— MORFOLOGIA DEL ARTICULO COMENTADO

Es la siguiente:

- a).— Heridas que pongan en peligro la vida, (Inc. 1º).
- b).— Mutilación del cuerpo de una persona, de uno de sus miembros u órganos importantes, (Inc. 2º **ab initio**).
- c).— Lesiones que hagan impropio para su función uno de los miembros del cuerpo u órgano importantes, (Inc. 2º **in medius**).
- d).— Lesiones que causen incapacidad permanente para el trabajo, (Inc. 2º **in medius**).
- e).— Lesiones que causen invalidez permanente, (Inc. 2º **in medius**).
- f).— Lesiones que causen enfermedad mental permanente, (Inc. 2º **in fine**).

- g).— Lesiones que desfiguren a una persona de manera grave y permanente, (Inc. 2º **in fine**).
- h).— Lesiones que causen cualquier otro daño grave a la integridad corporal, o a la salud física o mental, (Inc. 3º).
- i).— Lesiones graves seguidas de muerte, (último párrafo).

175.— HERIDAS QUE PONGAN EN PELIGRO LA VIDA

Las heridas, en general, comprenden todas las lesiones producidas sobre el cuerpo humano, ya sea por contacto o choque de un arma, de un instrumento o de un objeto contundente cualquiera. Las heridas entran en una de las categorías anatomopatológicas siguientes: **contusiones, fracturas, desgarros y rupturas** de órganos internos, **trituration o arrancamiento** de partes del cuerpo. La calificación de "grave" efectuada aquí por la doctrina penal, no por nuestra ley, se justifica por el requisito que demanda el texto comentado en el sentido que haya **puesto en peligro la vida** de la víctima.

Examinando una hipótesis delictiva del C.P. argentino, similar a la del documento punitivo peruano que motiva este análisis, SOLER anota que la dificultad evidente consiste en que se pone como base de una agravación la idea de peligro (posibilidad de un daño grave) que siempre se sustenta en un juicio pronóstico sobre un hecho futuro. Como en tal caso debe descartarse que el peligro se transforme en el daño máximo (muerte); resulta que siempre, a pesar que el herido no muere, la pena se agrava, en realidad, porque en un determinado momento hubo el temor de que falleciese (403). El mismo SOLER apunta que para atenuar esa consecuencia de la manera de concebir el peligro, la doctrina y la jurisprudencia argentinas concuerdan en que solamente puede hablarse de peligro para la vida cuando en la lesión se inserta realmente el proceso morboso que puede resultar mortal. Lo expuesto significa que no es suficiente la **idoneidad genérica** de la herida para crear una situación de peligro, sino, que es preciso que pueda afirmarse que esa situación de peligro sí se ha producido en el caso concreto que se juzga (404). Siguiendo el pensamiento de MEZGER, expuesto al comentar la figura de la lesión corporal causada mediante **trato que ponen en peligro la vida** (§ 223 a., del C.P. alemán), diremos que no es suficiente que la lesión sea **apta, en sí**, para poner en pe-

(403) SOLER: op. cit., Tomo III, p. 147.

(404) *Ibidem*, p. 147.

ligro la vida, sino que debe haber **producido**, en el caso **concreto**, un peligro para la vida (405). El problema consiste, en consecuencia, en precisar si un determinado sujeto lesionado ha estado, en alguno de los momentos de su proceso patológico, en peligro de morir a causa de la herida, aunque haya mejorado en razón de una oportuna y esmerada atención médica.

Creemos que las heridas, a las que se refiere el Inc. 1º del texto comentado, son principalmente aquellas que lesionan o dañan los tejidos u órganos internos. La importancia del órgano afectado, así como la extensión de la herida, su profundidad y tiempo demandado para la curación, constituyen elementos de juicio que contribuirán a evaluar si fue puesta o no en peligro la vida de la víctima. De acuerdo con el Art. 181 del C. de P.P. corresponderá a los peritos médicos proporcionar al Juez esta información especializada.

176.— MUTILACION DEL CUERPO, DE UNO DE SUS MIEMBROS U ORGANOS IMPORTANTES

Mutilar es sinónimo de separar o cercenar cualquier parte del cuerpo humano, ya sea alguno de sus miembros, extremidades u órganos; se realice en forma parcial o total. Con el uso del verbo “mutilar” la ley describe la acción típica en relación al momento físico del delito. La técnica del texto punitivo peruano es correcta al no haber consignado el supuesto mutilatorio específico de la castración, grave lesión ésta que ya se encuentra comprendida en la hipótesis legal prevista en forma genérica. El C.P. abrogado, siguiendo la tradición legislativa española, sí se ocupaba de esta mutilación concreta en el Art. 246, estableciendo para su autor el castigo correspondiente al homicidio. En el hombre, la castración significa la extirpación de los testículos y del pene, o del pene solamente. En la mujer, el mismo vocablo se emplea para indicar la extirpación de ambos ovarios.

Existen mutilaciones que son de menor importancia, como en los casos del cercenamiento de un dedo o de una oreja. No cabe duda que el uso del adjetivo “importante”, con el que la ley califica el órgano, el miembro o la parte del cuerpo que ha sido mutilado, permite deducir que los cercenamientos aquí previstos son exclusivamente los denominados “graves”. Nuestro texto punitivo,

(405) MEZGER: op. cit., Parte Especial, p. 74.

por otro lado, no precisa cuáles son los alcances del adjetivo "importante". En nuestro concepto, el miembro u órgano será importante cuando su mutilación produce un resultado **equivalente**, en trascendencia para la salud, a otras consecuencias determinadas **expressis verbis** en el Art. 165 del C.P., o sea cuando pueda parangonarse con las siguientes graves secuelas: impropiedad del órgano o miembro para ejecutar la función natural que antes cumplía, incapacidad permanente para el trabajo, invalidez i desfiguración grave y permanente.

Escribe QUINTANO RIPOLLES que la técnica finalista ayuda eficazmente a la tarea discriminatoria entre las lesiones, pues en las mutilaciones la acción es netamente **final**, en contraste con la meramente **causalista** o natural de las lesiones propiamente dichas. En otras palabras: el dolo de las mutilaciones es específico, según la vieja terminología, con acción preordenada (no necesariamente premeditada) a castrar o mutilar, mientras que en las otras lesiones es suficiente el dolo genérico de causar un mal corporal cualquiera, imputándose el resultado en virtud de un proceso causal naturalista ciego (406). En el mismo sentido se pronuncia ETCHEBERRY al comentar la jurisprudencia existente en relación a los Arts. 395 y 396 del C.P. chileno, recordándonos que las mutilaciones se caracterizan, frente a las restantes lesiones corporales, no tanto por la objetividad de los actos que las constituyen como por la particular posición anímica del hechor, que debe estar impulsado por el propósito específico de causar esa lesión (mutilación) y no otra (407).

(406) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado*, op. cit., Tomo I, p. 703.

(407) ETCHEBERRY, distinguido penalista chileno, consigna un interesante caso de supuesta castración visto en la administración de justicia de su patria. La causa judicial fue contra Floriano Levio Millacura. He aquí el asunto: "El reo de dicho nombre —relata ETCHEBERRY— acompañado por un menor que luego fue declarado sin discernimiento, atacó a Batolomé Calvio, atándole los pies y sujetándole las manos, en un pajar en que dormían todos y lesionándolo luego con un cortaplumas en el escroto. La herida le provocó hernia y putrefacción de un testículo, a consecuencia de lo cual se hizo necesario amputárselo en un hospital. La sentencia de segunda instancia condena al reo como autor del delito de lesiones graves del Art. 397 número 1º del Código Penal. En medicina, dice el fallo, 'castración' equivale a separación, ablación, destrucción o extirpación del pene, testículos, vesículas seminales y cordón espermático en el varón, y los ovarios, las trompas y el útero en las mujeres. Pero en el Derecho Penal, prosigue, el significado según algunos sería más restringido y se referiría sólo al método de ablación y a los órganos genitales del varón, en su función reproductora y de cohabitación. Empero, el punto no sería totalmente claro, pues a los antecedentes históricos que apuntan en este sentido, y que son el Digesto, las Partidas y el Código español de 1848-50, deben agregarse el Cód-

177.— LESIONES QUE HAGAN IMPROPIO PARA SU FUNCION A UNO DE LOS MIEMBROS U ORGANOS IMPORTANTES

Se denomina **función** a la actuación específica cumplida por cualquier órgano. **Órgano** es la colección de tejidos que tienen una determinada función. En realidad, quien dice función dice también órgano, y viceversa. **Miembro** es cualquier parte de las extremidades del cuerpo humano vinculadas al tronco y que contribuye a desempeñar una función de relación. Cada miembro superior o torácico se divide en brazo, antebrazo y mano. Cada miembro inferior o abdominal se divide en cadera, pierna y pie.

Nuestra ley, como puede observarse, no solamente sanciona con drástica penalidad la conducta consciente y voluntaria que produce la pérdida de un miembro u órgano importante en el prójimo, sino, también castiga severamente el hecho de ocasionar el impedimento de su uso. Nada precisa el texto comentado respecto al tiempo que debe durar la impropiedad para la función del miembro u órgano importantes, pero, atendiendo al **quantum** de la pena consideramos que debe ser permanente; es decir, la impropiedad aludida debe tener carácter de irreversible.

Con la fórmula “hiciera impropio para su función”, la ley quiere dar a entender que aquí no se está refiriendo a la integridad anatómica del miembro u órgano importantes, sino, a la **integridad**

go español de 1822, que consideraba a ambos sexos como posibles sujetos pasivos del delito de castración, y el de 1928 del mismo país, que hacía igual cosa. Ahora bien, agrega la sentencia, tanto la castración como la mutilación de miembro importante pueden constituir, por su naturaleza, además de los delitos específicos que llevan dichos nombres, el delito de lesiones graves del Art. 397 número 1º; y la mutilación del miembro menos importante, el delito de lesiones menos graves, del Art. 399. El encuadramiento en una u otra disposición dependerá de que haya existido solamente dolo genérico (herir) o dolo específico (herir y mutilar), pues el ‘maliciosamente’ del Art. 395 del C.P. equivale al ‘de propósito’, del Código español. No es posible tampoco, añade, admitir una castración con dolo eventual, es decir, ‘aquel en que el resultado es previsible y aceptado de antemano por el agente’, en lo que concuerdan la doctrina española y la francesa (se cita a QUINTANO RIPOLLES y a GARRAUD). Este último autor apunta que el criterio para juzgar si hay o no castración es la destrucción del sexo, no de la generación: si los órganos que restan (v.g., un testículo o un ovario) pueden cumplir las funciones naturales de estos órganos, no habrá castración. En la especie, concluye la sentencia, no se ha acreditado que la víctima haya quedado impotente o inepto para reproducir, ni tampoco que los culpables actuaran con la intención precisa y deliberada (dolo específico) de castrar, y por lo tanto debe estimarse que ha habido dolo genérico, y que el delito es el de lesiones graves del Art. 397 número 1º del C.P., como privación de un miembro importante, o más bien del uso del mismo, conservándose sin embargo el miembro mismo” (op. cit., Tomo Cuarto, p. 68 s.).

funcional. Caben aquí las lesiones que producen parálisis en las extremidades superiores o inferiores, **impotencia coeundi** (incapacidad para el coito en el hombre o mujer), pérdida de la visión en uno o ambos ojos, etc. Sostiene CORNEJO que la voz “órgano” debe tomarse en su sentido fisiológico, no en el anatómico, puesto que varios órganos pueden servir para el ejercicio de una sola función (408). Nos permitimos advertir que al calificar la ley como “importante” al órgano está reconociéndole, tácitamente, que su función debe tener carácter principal y no accesorio. Entre las lesiones que nos ocupan pueden considerarse, en consecuencia, las que producen impedimento funcional del hígado, bazo, páncreas y riñones.

178.— LESIONES QUE CAUSAN INCAPACIDAD PERMANENTE PARA EL TRABAJO

La ley se refiere aquí a la incapacidad parcial y permanente. Es **parcial**, cuando la víctima sólo sufre una disminución de su fuerza laboral desarrollada en la actividad a la que habitualmente se dedicaba hasta antes de la lesión. Es **permanente**, cuando la pérdida de la capacidad laboral tiene el carácter de irrecuperable.

El peritaje médico-legal determinará la magnitud de la incapacidad al tomar en cuenta la trascendencia de las secuelas orgánicas y neuropsíquicas.

179.— LESIONES QUE CAUSAN INVALIDEZ PERMANENTE PARA EL TRABAJO

En esta hipótesis legal, evidentemente más grave que la precedente, la incapacidad para el trabajo es total y permanente. Es **total**, en caso que el agraviado quede inutilizado para desempeñar cualquier actividad razonablemente posible, aun cuando pueda desenvolverse en un trabajo que requiera el cultivo de una habilidad excepcional (el chofer de taxi que, después de quedar paralítico por una lesión intencional, aprende a pintar ajustando el pincel con los dientes y labios). Es **permanente**, cuando la pérdida de la capacidad laboral es irreversible.

Como en el caso anterior, corresponde al informe médico-legal precisar cuáles son los alcances de la lesión producida en relación con el grado de afectación de la capacidad para el trabajo razonablemente calculado.

(408) CORNEJO: op. cit., Tomo I, p. 51.

180.— LESIONES QUE CAUSEN ENFERMEDAD MENTAL PERMANENTE

Los desequilibrios mentales post-traumáticos pueden presentarse con los caracteres de pasajeros o permanentes. Nuestra ley alude aquí a los trastornos mentales permanentes que son consecutivos a los traumatismos encéfalo-craneanos. Para el texto legal en comentario interesa que los jueces conozcan la evolución que ulteriormente tendrá la enfermedad mental de génesis traumática, para lo cual el agraviado tendrá que ser examinado por peritos psiquiatras (409).

El problema médico-legal constituye la cuestión de mayor interés en la patología mental de los traumatismos craneales. Dichos traumatismos deben ser apreciados en función del grado de deterioro o destrucción de los niveles de conciencia, así como también tomando en consideración los trastornos instintivo-afectivos producidos por la lesión. El papel del perito psiquiatra es hacer primero un diagnóstico positivo en cuanto a la evaluación del daño y su imputación al traumatismo, y hacer después, asimismo, un diagnóstico diferencial correcto en cuanto a la posibilidad de una etiología distinta a la traumática o simplemente complementaria.

Entre las secuencias psíquicas posteriores al traumatismo se cuenta a la **epilepsia post-traumática**. Es una complicación bastante frecuente que sobreviene, en la mayoría de los casos, en sujetos jóvenes que han sufrido una fractura del cráneo con lesiones del tejido nervioso (410).

La expresión “permanente”, con que la ley califica a la enfermedad mental, nos está indicando que debe ser incurable. Esta adjetivación no desaparece en caso que la dolencia psíquica pueda ser controlada con la administración de medicinas.

(409) El psiquiatra francés HENRY EY escribe: “Esquemáticamente, pueden dividirse los trastornos mentales post-traumáticos en tres grupos que corresponden a tres períodos: 1º.— **Los trastornos del período inmediatamente post-traumático** (o que sobrevienen después de un intervalo libre), sobre todo subsidiarios de vigilancia y de cuidados neuroquirúrgicos. 2º.— **Las confusiones agudas post-traumáticas** que necesitan, a menudo, una terapéutica psiquiátrica de urgencia. 3º.— **La evolución ulterior de la enfermedad traumática** (déficits o neurosis), que plantea de modo especial problemas de peritación psiquiátrica para la estimación del daño y problemas prácticos de readaptación social”. (*Tratado de Psiquiatría*, Barcelona, 1955, p. 707).

(410) EY: op. cit., p. 712.

181.— LESIONES QUE DESFIGURAN DE UNA MANERA GRAVE Y PERMANENTE

Constituye el más incierto de los efectos agravatorios previstos en el Art. 165, aunque las adjetivaciones de “grave y permanente” sirven parcialmente de correctivos a la mencionada incertidumbre. Como señalan POLITOFF y otros, la connotación estética perturba la claridad del alcance del concepto (411). Desde un punto de vista objetivo, estas clases de lesiones representan una encarnación de la fealdad. Consideradas desde una perspectiva fundamentalmente subjetiva, teniendo en cuenta tanto al individuo lesionado como al prójimo, la lesión debe generar una impresión de repugnancia, o por lo menos de incuestionable disgusto o desagrado.

Nuestro texto legal toma el concepto de “desfiguración” en un sentido general, es decir, comprende no sólo la desarmonía estética del rostro, sino, también cualquier alteración morfológica del cuerpo que se manifieste en estado de reposo o de movimiento. Claro está que el rostro es la expresión más característica de la figura humana, pero también en otras partes del cuerpo (sobre todo si pertenece a una mujer) pueden ocasionarse deformaciones graves y permanentes. Dice al respecto FONTAN BALESTRA, comentando el Art. 90 del C.P. argentino, texto que utiliza la restringida fórmula “deformación permanente del rostro”, que se explica la calificación agravada de este resultado, por ser el rostro la parte del organismo humano permanentemente ofrecida a la vista, a través del cual se exteriorizan sentimientos y estados de ánimo, además de constituir el medio más común para la identificación de las personas (412). Agregamos, por nuestra parte, que no es concebible sostener una conversación directa i personal sin dirigir constantemente la mirada al rostro del interlocutor. Preferimos nosotros la fórmula amplia del texto peruano, sin desconocer que la desfiguración de la cara “de manera grave y permanente” casi siempre habrá de representar un notable grado de fealdad. En la apreciación de la gravedad de la lesión aquí estudiada, hay dos criterios que conjuntamente sirven al respecto de orientación: la parte del cuerpo donde fue inferida la lesión y su importancia en la estética. Indican POLITOFF y sus colaboradores que no es necesario que la defor-

(411) POLITOFF y otros: op. cit., Parte Especial, Tomo I, p. 303.

(412) FONTAN BALESTRA: op. cit., Tomo IV, p. 274.

midad esté al alcance de ser vista por un público indeterminado, puesto que también lo será aquella que permanezca usualmente oculta por la vestimenta. Los mismos autores apuntan que la posibilidad de corrección por medio de la cirugía plástica y aún la efectiva rehabilitación, no son decisivas para excluir esta calificación, salvo en lo que afecte dicha última hipótesis al carácter más o menos permanente de la deformidad (413).

182.— LESIONES QUE CAUSEN CUALQUIER OTRO DAÑO GRAVE A LA INTEGRIDAD CORPORAL, O A LA SALUD FÍSICA O MENTAL

La norma legal no puede prever toda la gama de lesiones graves que son susceptibles de causarse, pero la técnica legislativa tiene recursos para abarcarlas empleando una fórmula que permita la interpretación analógica. No obstante ser bastante exhaustivo el Inc. 2º del artículo en comentario, se observa que su carácter no es taxativo, sino, enunciativo. El Inc. 3º hace posible que, por vía de interpretación analógica, se tengan tácitamente como previstos otros daños graves que guarden relación de semejanza con las consecuencias consignadas *expressis verbis* en las hipótesis precedentes. Advertimos que en este Inc. 3º el daño sólo está adjetivado con el vocablo “grave”, no seguido de la calificación “permanente”. En consecuencia, respetando el principio de **no hacer distinciones donde la ley no distingue**, tenemos que interpretar el texto comentado en el sentido que el aludido daño grave puede ser permanente o reversible, significando esto último que la afectación o alteración de la integridad corporal, o la salud física o mental, puede desaparecer, volviendo el organismo o la salud a su estado normal en un tiempo más o menos prolongado. .

183.— LESIONES GRAVES SEGUIDAS DE MUERTE

La última parte del Art. 165 del C.P. contiene la interesante figura delictiva consistente en las **lesiones graves seguidas de muerte**, hipótesis legal también conocida en la doctrina con el nombre de homicidio preterintencional. Representa uno de los casos, expresamente consignados por el texto punitivo nacional, en el que la responsabilidad del agente se establece en función de las consecuencias previsibles que ultrapasaron la intención originaria del actor.

(413) POLITOFF y otros: op. cit., Parte Especial, Tomo I, p. 304.

Podemos definir esta figura ilícita de la siguiente manera: es la **producción de la muerte previsible de una persona, pero no prevista como resultado óbito por el actor, derivada de una acción que estuvo dirigida a causar solamente una lesión grave.**

En cuanto a su ubicación dentro del C.P., opinamos que es correcta puesto que responde a la intención que tuvo el agente (**animus vulnerandi**) y no al resultado imprevisto (muerte). Nuestra sistemática legislativa parece que hace preferible la denominación de "lesiones graves seguidas de muerte". En algunos documentos punitivos, como en el caso del Art. 82 del C.P. argentino (según el texto sustitutorio introducido por la "Ley" No. 21338), en los que esta hipótesis legal se agrupa con otras bajo el rubro de "Delitos contra la vida", en atención a la consecuencia ultrainfencional (muerte) y no a lo que el agente quiso causar (lesiones), la denominación más adecuada sería la de homicidio preterintencional (414).

Desde una perspectiva doctrinaria, si atendemos más a los elementos constitutivos de esta figura ilícita, en vez de tomar en cuenta su ubicación dentro del C.P., no faltan argumentos en favor del **nomen iuris** "homicidio preterintencional". Esta frase permite indicar, por sí misma, que nos referimos a aquel hecho delictuoso en donde el resultado "muerte", producido por una conducta inicialmente dolosa, excede a la intención que tuvo en mira el agente al actuar. Asimismo, nada más que con el enunciado de la fórmula jurídica aludida se pone ya en evidencia que el sujeto activo ha obrado únicamente con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud de la víctima (grave, para este caso), pero que el dolo no ha alcanzado a cubrir la consecuencia mortal desde que no fue prevista.

En relación a la frase "lesiones graves seguidas de muerte", aun cuando es acorde con nuestra dogmática, debemos hacer la advertencia que podría sugerir la falsa impresión de que aquí nos encontramos frente a uno de esos casos en donde la responsabilidad se establece por el resultado y sin que importe que la consecuencia no querida sea de una entidad distinta a la procurada por el agente. La verdad, como luego veremos, es que aquí no se trata de la ejecución de un delito de lesiones al que hay que agregar ob-

(414) Véase: ODERIGO, MARIO; *Delitos preterintencionales*, Bs. As., 1957, p. 24.

jetivamente la circunstancia calificativa, que consistiría en la muerte de la víctima, para agravar desde ya el reproche. Nuestro texto legal, por el contrario, exige que el resultado “muerte” sea alcanzado por la culpabilidad a fin de que el actor responda también por la imprevisión de una consecuencia más grave a la realmente querida.

Conforme al criterio de la mayoría de los penalistas, estamos de acuerdo en reservar la denominación “preterintencional” para identificar aquellos hechos delictuosos en los que el resultado no querido por el sujeto activo es de la misma naturaleza jurídica correspondiente al que se procuró realizar. La lesión grave y la muerte subsecuente, en este sentido, se encuentran **en la misma línea**. No es difícil comprobar que los bienes jurídicos afectados, por estar estrechamente vinculados entre sí, sean de idéntica índole, como ocurre en el presente caso estudiado: el cuerpo o la salud (física o mental), y la vida.

En cuanto a los elementos constitutivos de esta figura ilícita, tenemos los siguientes:

a).— **Que el agente tenga el propósito de causar un daño grave al cuerpo o a la salud.** El sujeto activo debe proceder a ejecutar el agravio con **animus vulnerandi** calificado; es decir, con la intención de producir alguna de las lesiones previstas en cualquiera de los tres incisos del Art. 165. Esta condición positiva permite dar por descontada la tácita condición negativa referente a la ausencia de **animus necandi**. Enseña CARRARA que si falta el elemento del delito aquí estudiado, entonces entramos en la **homicidio culposo**. El individuo que al golpear a otro por pura imprudencia le ocasiona la muerte, nunca podrá ser considerado como responsable de homicidio preterintencional por faltar el propósito de lesionar a la víctima en su persona física. Por lo tanto, continúa el Sumo Maestro de Pisa, la **intención de lesionar** ha de ser preestablecida siempre que se trate de imputar, no **mera culpa**, sino **preterintencionalidad**. Tal **intención** o **ánimo** debe brotar espontáneamente de la naturaleza del acto, si éste, por su condición ordinaria, ya lleva en sí la intención de hacer daño; o deberá constituirse por medio de conjeturas cuando el acto aparezca equívoco en sí mismo (415). En la hipótesis legal examinada resulta evidente, por el resultado

(415) CARRARA: op. cit., § 1103.

letal imprevisto al que se alude, que el agente tiene que haber procedido a la agresión con propósito no menor que el correspondiente al **animus vulnerandi**.

b).— **Que el resultado sea la muerte.** La consecuencia “muerte” de la víctima representa el aspecto objetivo de esta figura delictiva. Comentando MAGGIORE la definición que da el Art. 43 del C.P. italiano del delito preterintencional, nos dice que la frase “resultado más grave”, empleada por dicho texto, significa que la diferencia entre la consecuencia querida y la ocasionada debe ser solamente cuantitativa, debe constituir, en caso de homicidio preterintencional, por ejemplo, una ofensa mayor a la persona, y no algo cualitativamente **distinto** (416). Escribe MANZINI, sobre el mismo interesante tema, que para la existencia de preterintencionalidad es indispensable que la lesión jurídica progrese en la misma línea, esto es, que se haga más grave en la misma especie o al menos en el mismo género de intereses jurídicos. Así, se tiene preterintencionalidad cuando, por ejemplo, a la lesión personal voluntaria sigue la muerte no querida por el culpable, desde que la progresión ocurre siempre en el mismo círculo de los bienes-intereses propios de la persona física (integridad personal y vida). Por el contrario, continúa el Maestro italiano, si el delincuente, por error en el uso de los medios de ejecución, ocasiona un evento no querido, en cuanto tal evento lesiona y expone a peligro intereses no pertenecientes a la misma categoría de aquellos tutelados mediante la incriminación del suceso deseado (por ejemplo, si queriendo romper una vitrina, hiere a la persona que pasa por la calle), el evento no querido es imputable a título de culpa (y no de preterintencionalidad), si es que la ley prevé el hecho como delito culposo, y el acontecimiento pretendido, que haya sido ocasionado (lo que no es indispensable), es atribuible a título de dolo, aplicándose para el caso las reglas del concurso material de delitos (417). Las opiniones de ambos penalistas, expuestas al examinar la dogmática italiana, resultan dignas de consideración en la tarea interpretativa de la ley peruana sobre la materia.

c).— **Que la muerte no se haya previsto.** La intención del actor no ha sido otra que la de lesionar, pero su conducta ha producido un resultado que merece mayor reprochabilidad (muerte) res-

(416) MAGGIORE: op. cit., Volumen I, p. 596.

(417) MANZINI: op. cit., Tomo 2, Volumen II, p. 184.

pecto al que fuera querido (lesiones graves). En consideración al principio jurídico “no hay delito sin culpabilidad”, la ley peruana ha estructurado una figura compuesta de dolo y culpa. En el delito de lesiones seguidas de muerte (u homicidio preterintencional) el agente procedió con **dolo** en la acción que tendía a lesionar gravemente, respondiendo a título de **culpa** por el resultado **muerte** no previsto. Claro está que la imprevisión de la consecuencia letal **no significa que la muerte sea imprevisible**, como luego veremos al examinar el subsiguiente elemento constitutivo.

El Maestro CARRARA advierte que no basta el ánimo de lesionar, es decir, que no es suficiente la falta de intención dirigida a dar muerte, sino, también es necesario establecer si el sujeto que se supone no ha querido precisamente dar muerte, **ha previsto** o **no ha previsto** que con ese hecho suyo podía ocasionar el efecto letal que se produjo. Considerando el tema con la certeza propia de su genialidad, nos dice CARRARA que como todo estado de alma humana, y mucho más el de previsión o imprevisión de un resultado, no puede justificarse por vía directa y positiva, sino que es preciso deducirlo de conjeturas externas; así, para determinar la preterintencionalidad una vez ocurrida la muerte, hay también que recurrir a ciertos criterios de presunción. Para afirmar que un homicidio fue **preterintencional**, es necesario poder concluir que no se previó la muerte. Para llamarlo **doloso**, con **dolo indeterminado**, hay que poder aseverar que esa muerte fue prevista y voluntaria. Siendo indudable que el Juez, en cada caso, no puede hacer estas tres afirmaciones mostrando con el dedo, en la mente del procesado, las respectivas contingencias, resulta que la práctica judicial, partiendo del principio lógico de que el estado oculto del ánimo debe presumirse mediante los dos elementos llamados **antecedentes** y **concomitantes**, ha establecido, como útiles para esta difícil investigación, los criterios siguientes, concretados por el Maestro de Pisa: 1º.— la índole del acusado; 2º.— sus anteriores manifestaciones de ánimo; 3º.— la causa o motivo que tuvo para cometer el delito; 4º.— la naturaleza de las armas empleadas; y, 5º.— el número y dirección de los golpes o tiros, cuando esa dirección fue dependiente de la voluntad (418).

d).— **Que la muerte sea previsible**. Por ausencia de cuidado, o sea por falta de diligencia, en la que era de esperar no se incurriese respecto al resultado más grave, el agente ha producido una

(418) CARRARA: op. cit., § 1103.

muerte no querida pero que era previsible y, por ende, **evitable**. Es aquí, en la **imprevisión de lo previsible**, donde radica la reprochabilidad del exclusivo resultado letal a título de culpa. La fórmula del dolo mezclado con la culpa que propugnara FEUERBACH, sostenida luego por CARRARA y PESSINA entre otros penalistas italianos, es la teoría que hemos estimado adecuada para comentar el último párrafo del Art. 165.

En lo relacionado con nuestra Jurisprudencia en materia de lesiones graves seguidas de muerte, observamos que se ha seguido un criterio bastante acertado. Sólo expresamos nuestra discrepancia con aquellas decisiones en las que se ha creído, con evidente error, que la figura delictiva en examen estaba prevista en el Art. 167 del C.P. (419).

(419) "El delito preterintencional requiere para su configuración, el dolo en su comienzo y la imprudencia en su continuación; destruyéndose la concepción de tal delito, cuando examinando objetivamente el medio, no aparece, razonablemente, como idóneo para lograr el fin realmente producido" (Ej. Sup. 10-1-45, en *Rev. de Jur. Per.*, 1945, p. 32). Otra: "Quien después de un altercado con el agraviado, coge a este sorpresivamente por la espalda, lo levanta en peso y lo estrella contra el suelo, causándole lesiones en el cráneo que determinaron su fallecimiento, perpetra el delito de lesiones que reprime la última parte del Art. 165 del C.P. y no el de homicidio, porque el propósito del agente no fue victimar al agraviado, sino causarle un daño grave, pudiendo sí prever el resultado que se produjo" (Ej. Sup. 2-5-46, en *Rev. de los Trib.*, 1947, p. 53). Otra: "Será reprimido con penitenciaría, el que intencionalmente mutilare el cuerpo de una persona, uno de sus miembros u órganos importantes; si la víctima hubiere muerto a consecuencia de la lesión y si el delincuente pudo prever el resultado. En el caso de autos, en aplicación de la última parte del Art. 165 del C.P. se condenó a diez años de penitenciaría a los acusados que por impulso de cólera colgaron de los testículos a la víctima, suspendiéndole de un árbol, del cual cayó al suelo por su propio peso con los testículos desgarrados, falleciendo a los dos días en la habitación donde lo dejaron, procediendo posteriormente a enterrar el cadáver" (Ej. Sup. 18-12-61, en *Rev. de Jur. Per.*, N° 221, p. 801). Otra: "Incurrir en delito de lesiones y no de homicidio, el acusado que en relativo estado de ebriedad, infirió con arma punzo-cortante una grave herida en el muslo izquierdo al agraviado, seccionándole la arteria femoral, lo que determinó su fallecimiento momento después" (Ej. Sup. 19-12-63, en *Rev. de Jur. Per.*, N° 242, p. 338). Otra: "No tiene intención de matar quien contando con el instrumento necesario y la ocasión propicia para dar muerte a su cónyuge, en una reacción inusitada, aunque sin dejar de prever el resultado fatal, le produce dos heridas punzo-cortantes en la espalda, una de las cuales le produce un derrame pleural izquierdo, el mismo que unido a un cuadro de tuberculosis, originó la muerte por insuficiencia cardíaca, después de veinte días de producida la agresión. En el caso de autos es de aplicación el Art. 165, último párrafo, del C.P." (Ej. Sup. 21-9-70, en *Rev. de Jur. Per.*, N° 321, p. 1241 ss.). Otra: "El delito de homicidio preterintencional presupone la muerte inmediata de la víctima. Si el agraviado fue lesionado gravemente, recibe tratamiento médico y fallece a consecuencia de los traumatismos sufridos, treinta días después del evento delictuoso, se trata del delito de lesiones seguidas de muerte que reprime la última parte del Art. 165 del C.P." (Ej. Sup. 4-4-74, en *Rev. de Jur. Per.*, 1974, p. 1029). Es evidente el error en que se in-

Observamos que en el Proyecto de C.P., que comenzó a publicarse en el Diario Oficial "El Peruano" (19 de Agosto de 1985), por iniciativa de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia, se incurre en el censurable casuismo de prever la concurrencia de una o más circunstancias agravantes, así como de una circunstancia atenuante (Art. 126), en relación a la figura que hemos estudiado. Ni las lesiones que llamaremos "menos graves" escapan a este detallismo prelegislativo. En realidad, la Comisión Revisora ha seguido sin espíritu crítico, en este aspecto, el Proyecto SOLER de 1979.

184.— PENALIDAD

Para los hechos delictuosos que se describen en los tres incisos del Art. 165, la penalidad es alternativa: penitenciaría no mayor de diez años, ni menor de un año; o prisión no mayor de cinco años ni menor de seis meses. En realidad, no resulta fácil de explicar cómo la ley permite aquí que el arbitrio judicial pueda imponer una sanción tan leve como la de "prisión no menor de seis meses", no obstante que se trata de hechos que revisten marcada gravedad.

En la figura de las lesiones graves seguidas de muerte, la pena es de penitenciaría no menor de diez años, ni menor de un año. La ley en este acápite no señala específicamente el **quantum** máximo de la sanción aludida, pero por vía de interpretación deducimos que dicho máximo resulta siendo el indicado en la primera parte del Art. 165 del C.P., limitándose la ley posteriormente a escoger entre las dos sanciones alternativas, decidiéndose aquí por la de penitenciaría.

curre en esta última ejecutoria al considerar que, según nuestra dogmática, resultarían distintos los tipos penales de homicidio preterintencional y el de lesiones seguidas de muerte. Nuestro desconcierto aumenta cuando, no obstante la aberración del raciocinio, se invoca correctamente el Art. 165, último párrafo del C.P., para subsumir el evento delictuoso. Por otro lado, existe confusión entre el delito de lesiones seguidas de muerte y el de lesiones con resultado fortuito, en la siguiente ejecutoria: "En aplicación de los Arts. 167, 85 y 90 del C.P. se redujo a un año la pena de cuatro años de penitenciaría impuesta por el Tribunal Correccional al autor del delito de lesiones seguidas de muerte. En el caso juzgado, el agraviado, por motivos no esclarecidos, persiguió al acusado por un largo recorrido hasta que le dio alcance, trabándose ambos en un forcejeo, produciéndose en ese momento el disparo que hirió al agraviado. El hecho se produjo en un lugar completamente desolado, el acusado tenía licencia para portar arma de fuego, se encontraba embriagado y carecía de antecedentes policiales, judiciales y penales" (Ej. Sup. 19-9-79, en *Rev. de Jur. Per.*, 1980, p. 78).

Al constituirse la responsabilidad del sujeto activo no sólo tomándose en cuenta la lesión grave que se quiso causar, sino, considerándose también la resultante muerte imprevista, aunque previsible, la penalidad determinada legalmente aparece como un término medio entre las que corresponden al homicidio simple y al homicidio culposo.

LESIONES MENOS GRAVES

Art. 166.— “EL QUE, INTENCIONALMENTE, INFIRIESE A OTRO UN DAÑO EN EL CUERPO O EN LA SALUD, SERA REPRIMIDO CON PRISION NO MAYOR DE DOS AÑOS.

LA PENA SERA NO MENOR DE UN MES NI MAYOR DE CINCO AÑOS, SI EL DELINCUENTE HUBIERE OCASIONADO UNA LESION GRAVE Y SI EL PUDO PREVER EL RESULTADO.

LA PENA SERA DE PENITENCIARIA NO MAYOR DE CINCO AÑOS, O PRISION NO MAYOR DE CINCO AÑOS NI MENOR DE UN AÑO, SI LA VICTIMA HUBIERE MUERTO A CONSECUENCIA DE LA LESION Y SI EL DELINCUENTE PUDO PREVER EL RESULTADO”.

COMENTARIO

185.— FUENTE

Está ubicada en el Art. 109 del Proyecto suizo de 1918. El precedente legislativo nacional está en los Arts. 250, Inc 1º; y, 251 del C.P. abrogado.

186.— FIGURAS DELICTIVAS

Las hipótesis delictuosas que contiene el texto comentado son las siguientes:

- a).— Lesiones menos graves en sentido estricto.
- b).— Lesiones preterintencionales.
- c).— Lesiones menos graves seguidas de muerte (u homicidio preterintencional).

187.— LESIONES MENOS GRAVES EN SENTIDO ESTRICTO

El C.P. no utiliza la frase "lesiones menos graves". Esta denominación, en su sentido estricto, la adoptamos atendiendo a la menor penalidad aquí contenida en relación con el dispositivo legal inmediatamente precedente. El sentido amplio de la indicada frase está destinado a servir como *nomen iuris* común a las tres figuras delictivas que se distinguen en el Art. 166.

Las lesiones menos graves *strictu sensu* podemos definir las, de acuerdo con nuestra dogmática, de la siguiente manera: son aquellas que producen cualquier otro daño en el cuerpo o en la salud de una persona, o sea no previsto en el Art. 165 del C.P., y que requieren asistencia facultativa u ocasionan impedimento para el trabajo por un tiempo no menor de once días, salvo que concurren circunstancias que le den alguna gravedad al hecho. En el supuesto que se presenten dichas circunstancias, el evento constituirá delito aun cuando el tiempo de la asistencia facultativa o del impedimento para el trabajo sea menor de once días.

El concepto de las lesiones menos graves en sentido estricto, como nosotros lo hemos presentado, resulta enmarcado o determinado por el lindero mínimo del delito de lesiones graves que prevé el Art. 165 del C.P. y por el lindero máximo de las faltas contra el cuerpo o la salud a las que se refiere el Art. 384 del C.P., modificado por el Art. 10º del Decreto Legislativo No. 121, expedido el 12 de Junio de 1981 (420). Advertimos que en el Proyecto de C.P., publicado en el transcurso del mes de Agosto de 1985 en el Diario Oficial "El Peruano", se prevé, como elemento constitutivo de este tipo de lesiones, que el daño debe ocasionar exclusivamen-

(420) Art. 384 del C.P.: "El que se entregare a vías de hecho contra otro, sin causarle daño corporal ni afectar su salud, será reprimido con multa de la renta de dos a treinta días. La pena será de multa de la renta de diez a sesenta días o prisión no mayor de seis meses, cuando el agente cause un daño en el cuerpo o en la salud que requiera asistencia facultativa o produzca impedimento de trabajo hasta por diez días, siempre que no concurren circunstancias que den gravedad al hecho". Hasta aquí la parte del texto relacionada con las lesiones intencionales constitutivas de faltas. El último párrafo del Art. 384 se refiere a las lesiones culposas conformantes también de faltas. Recuérdese que el Art. 9º del Decreto Legislativo N° 121 modificó el Inc. 1º del Art. 383 del C.P., quedando ahora suprimida de su texto la siguiente parte: "sin atender más que al hecho mismo, sin consideración a si hubo intención o negligencia". La modificación introducida significa que la reprochabilidad de las faltas se hace observándose el principio de culpabilidad, por lo que las contravenciones quedan ajustadas a las normas contenidas en los Arts. 81 y 82 del C.P.

te una incapacidad para el trabajo "no menor de quince ni mayor de treinta días". Nos preguntamos, de paso, si cuando la referida incapacidad fuere mayor de treinta días resultaría procedente tipificar el hecho como "lesiones graves".

El penalista PEÑA CABRERA, haciéndose eco de una crítica cuya paternidad atribuye la tradición oral al Prof. MANUEL G. ABASTOS, nos dice que, en su criterio, es indudable que este artículo del C.P. peruano demuestra una falta de técnica al no diferenciar claramente esta previsión de aquella contenida en el precepto anterior (421). En realidad, consideramos nosotros que la distinción sí se encuentra establecida por vía de exclusión: las lesiones que no sean las graves previstas en el Art. 165, serán las menos graves *strictu sensu* contempladas en el primer párrafo del Art. 166, salvo que se tipifiquen como faltas (Art. 384 del C.P.). No creemos que sea un criterio científico de diferenciación, entre las lesiones dolosas que son delictivas, recurrir a los días de asistencia facultativa o días de descanso que señalen los certificados médicos (422).

Entre sus elementos constitutivos contamos los siguientes:

a).— **Que el acto sea dañoso al cuerpo o a la salud.** El daño no debe ser grave. Tampoco debe ser leve. No obstante, aun cuando el daño fuere de escasa importancia, si el agente ha empleado un instrumento cortante (cuchillo, serrucho, etc.) o contundente (cachiporra, manopla, cadena, etc.), o si la lesión fuere producida valiéndose de alevosía, nocturnidad o despoblado, por ejemplo, el hecho se considerará como delito.

(421) PEÑA CABRERA: op. cit., Volumen II, Parte Especial, p. 179.

(422) Un C.P. tan meditado y moderno, aunque todavía sin vigor, como el texto brasileño de 1969, siguiendo el mismo criterio que el vigente C.P. de 1940, dice escuetamente en su Art. 132: "Dañar la integridad corporal o la salud de otro; Pena: detención de tres meses a un año". En igual sentido está redactado el Art. 89 del C.P. argentino cuyo texto, respetado por la "Ley" de Reforma Nº 21338, dice: "Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código". En cambio, el Anteproyecto de C.P. para Venezuela (1967), recurre constantemente al criterio de la incapacidad para el trabajo, explicable si se tiene en cuenta que dicho documento prelegislativo distingue los siguientes grados de lesiones intencionales: leves (Art. 165), menos leves (Art. 166), graves (Art. 167), gravísimas (Art. 168); y, por último, como faltas, las levísimas (Art. 535). El mencionado Anteproyecto fue preparado por JIMENEZ DE ASUA y JOSE AGUSTIN MENDEZ.

b).— **Que el resultado dañoso pueda adjetivarse como menos grave.** Es decir, la lesión no debe haber puesto en peligro la vida, ni ocasionar la mutilación de un órgano o miembro, ni hacerlos impropios para sus respectivas funciones, ni causar incapacidad parcial y permanente para el trabajo, ni producir invalidez o enfermedad mental permanentes, ni desfigurar grave y permanentemente, ni ocasionar cualquier otro daño grave a la salud.

c).— **Relación de causalidad entre el acto dañoso y el resultado menos grave.** Remitimos a cuanto hemos expuesto al tratar similar tema en el comentario del Art. 150 del C.P.

d).— **Dolo.** El agente debe haber actuado con la conciencia y voluntad de producir una lesión menos grave en relación con las consignadas expresamente, o deducibles por vía de interpretación analógica, en el Art. 165 del C.P.

188.— LESIONES PRETERINTENCIONALES

Las lesiones preterintencionales se presentan cuando el sujeto, queriendo causar una lesión menos grave, produce, por falta de previsión, una lesión más grave que la que se propuso inferir. La consecuencia suplementaria (lesión grave), susceptible de ser prevista por el actor, excede de su intención (la proyectada lesión menos grave). El resultado de mayor entidad dañosa, no previsto por el agente, le es atribuible a título de culpa o negligencia.

Como en todos los casos de preterintencionalidad prescriptos por nuestro C.P., la clave de su estructura se encuentra en la **previsibilidad** del resultado. Si la consecuencia más grave fuere imprevisible, entonces estaríamos frente a una hipótesis legal de lesiones con resultado fortuito (Art. 167 del C.P.).

Enseña CARRARA que del mismo modo que el homicidio es preterintencional cuando hubo voluntad de ofender a una persona, pero no existió voluntad ni previsión de darle muerte, así también las lesiones asumirán la forma de preterintencionales cuando existió voluntad de ofender a la persona, pero sin haber previsto en el momento de actuar que podía causársele tanto mal como el que de hecho se ocasionó, aunque al agente le fue posible preverlo. Agrega el Maestro de Pisa, con indudable razón, que no es factible configurar lesiones preterintencionales leves, porque la preterintención supone el deseo de ofender a una persona; y como las ofensas leves son el ínfimo grado de agravio, esta hipótesis no puede sepa-

rarse de la forma del verdadero dolo estableciendo diferencias entre la previsión del agente y el resultado. La preterintencionalidad, en consecuencia, es absolutamente imposible de concebirse en las lesiones leves (423). No es lógico, por tanto, hablar entre nosotros de preterintencionalidad con relación a las faltas.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta aquí sobre el tema, entonces habrá lesiones preterintencionales, según nuestra dogmática, en el siguiente ejemplo: un sujeto tira a la víctima una piedra relativamente pequeña con el propósito de causarle una lesión de las denominadas "menos graves" pero al impactar impensadamente en uno de los ojos del agraviado, hace que este órgano devenga impropio para la visión (424).

189.— LESIONES MENOS GRAVES SEGUIDAS DE MUERTE

Esta figura delictiva también es conocida con la denominación de **homicidio preterintencional**. Está contenida en el último párrafo del Art. 166. Su diferencia con la hipótesis legal prevista en el postrer párrafo del Art. 165 radica en la magnitud del daño que el agente intencionalmente proyectó causar con su agresión. Siendo idénticos los demás elementos constitutivos, vale para aquí cuanto hemos dicho al comentar el delito de lesiones graves seguidas de muerte (425).

(423) CARRARA: § 1412.

(424) El Anteproyecto de C.P. para Venezuela (1967) prevé sobre la preterintencionalidad una fórmula amplia que permite sancionar desde los resultados preterdolosos que tienen su punto de arranque en el propósito de causar una lesión levísima, hasta los que se originan en la intención de producir un daño grave (Revítese la Nota Nº 422). He aquí el texto de su Art. 170, al que se le adscribe la sumilla de "Lesiones preterintencionales": "Cuando en los casos previstos en los artículos anteriores el hecho exceda en sus consecuencias el fin que se propuso el agente, siempre que el resultado más grave pudiera haber sido previsto, se disminuirá de una tercera parte a la mitad la pena establecida en los respectivos textos". En un extremo opuesto se ubica el C.P. húngaro al no contener previsión legal alguna sobre preterintencionalidad en materia específica de lesiones. No obstante, cabe advertir que en su Art. 18, después de ocuparse del delito intencional (Art. 16) y del delito por imprudencia (Art. 17), textos ubicados en la Parte General, se prescribe lo siguiente: "Las sanciones más graves determinadas por la ley para un efecto que constituya una circunstancia agravante no se aplicarán más que en el caso de que dicho efecto sea debido a la acción intencionada o a la imprudencia del delincuente".

(425) "Tratándose de lesiones seguidas de muerte, cuando no concurren las circunstancias calificativas señaladas en el Art. 165 del C.P., la pena aplicable es la prevista en el último párrafo del Art. 166 del mismo C.P." (Ej. Sup. 13-6-70, en **Boletín del Colegio de Abogados de Lima**, Nº 3, 1970, p. 146). Es importante la siguiente ejecutoria, en cuanto pone de relieve la relación de causalidad: "Es restringida la responsabi-

190.— PENALIDAD

Para las lesiones menos graves *strictu sensu* la pena es de prisión no mayor de dos años ni menor de dos días, determinación legal que concuerda plenamente con el *quantum* del daño inherente a esta figura.

La sanción para las lesiones preterintencionales es de prisión no mayor de cinco años ni menor de un mes. Es explicable que aquí sea severa la pena con relación a la fijada para la primera parte del artículo comentado, si tenemos en cuenta que en las lesiones ultraintencionales el sujeto responde también por el imprevisto resultado más grave.

Por último, la pena es de penitenciaría no mayor de cinco años ni menor de un año, o prisión en los mismos extremos, para el delito de lesiones menos graves seguidas de muerte. La mayor severidad de la pena, con relación al segundo párrafo del Art. 166, explicable desde que el agente también responde por la imprevista consecuencia letal, está en fijar la sanción de penitenciaría como alternativa a la de prisión, así como en señalar el mínimo de un año para esta última clase de pena.

LESIONES CON RESULTADO FORTUITO

Art. 167.— “CUANDO EL DELINCUENTE HUBIERE CAUSADO UN RESULTADO GRAVE QUE NO QUISO CAUSAR NI PUDO PREVER, LA PENA PODRA SER DISMINUIDA PRUDENCIALMENTE HASTA LA QUE CORRESPONDA A LA LESION QUE QUISO INFERIR”.

dad del autor del delito de lesiones que causaron la muerte si ésta se produjo, no a consecuencia de la lesión inferida por el agente, sino del golpe sufrido por la víctima al caer al suelo” (Ej. Sup. 3-4-52, en *Rev. de Jur. Per.*, 1952, p. 2010). Es evidente el error en el que incurre, con respecto a la consideración del tema de la *previsibilidad*, la siguiente ejecutoria: “Si el acusado no pudo prever el resultado, ni tuvo intención de causar la muerte del agraviado, al que en estado de relativa ebriedad dio un golpe de puño en la boca que lo derribó al suelo sufriendo grave lesión que le produjo su fallecimiento, es de aplicación el Art. 166 del C.P.” (Ej. Sup. 10-11-53, en *Rev. de Jur. Per.*, 1954, p. 241). Otra: “Tratándose de lesiones seguidas de muerte, cuando no concurren las circunstancias calificativas del Art. 165 del C.P. es de aplicación la última parte del Art. 166 del mismo código. En el caso de autos, la acusada, autora del delito de lesiones que causaron la muerte, actuó en estado de relativa embriaguez e intervino cuando su esposo y coencausado cayó al suelo, quedando en situación desventajosa en el pugilato que su esposo sostenía con el agraviado” (Ej. Sup. 15-3-78, en *Rev. de Jur. Per.*, 1978, p. 320).

COMENTARIO

191.— FUENTE

La encontramos en el Art. 110 del Proyecto suizo de 1918. Al respecto, no conocemos precedente legislativo nacional alguno. En cambio, el Art. 144 del Proyecto peruano de 1916 contenía un texto muy bien concebido sobre la materia (426).

192.— EL PRESUPUESTO CULPABILISTA

Nuestro C.P. de 1924, al igual que el texto punitivo argentino, por ejemplo, no contempla **expressis verbis** el caso fortuito como una de las tantas eximentes de sanción (427). En realidad, creemos que no es aplicable a nuestra dogmática la observación formulada por PECO en el sentido de considerar indispensable la expresa previsión legal del caso fortuito para poder trazar el esquema de la culpabilidad. El citado autor argentino también afirma que el territorio de la culpabilidad quedaría trunco si no se fijaran, de esa manera, los límites entre la culpabilidad y el caso fortuito (428). Pensamos que la interpretación correcta de los Arts. 81, 82 y 83 del C.P. peruano, disposiciones legales que fijan los extremos máximo y mínimo de la culpabilidad, nos permite concluir, sin esfuerzo alguno, que el caso fortuito está exento de reproche en nuestra dogmática. Empero, si fuera estrictamente necesario subrayar la importancia legislativa de este elemento de la fase negativa del delito, en lugar de una fórmula especificada que dijera “no hay

(426) Art. 144.— “Cuando las lesiones producidas hubieren excedido de una manera evidente e inequívoca a los propósitos y a la previsión del culpable, la pena podrá ser disminuída prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que el delincuente quiso inferir”.

(427) El Proyecto SOLER de C.P. (1979) tampoco prevé expresamente el caso fortuito. Es al fijar el límite de la responsabilidad penal en su Art. 18 cuando alude, tácitamente, a su inculpabilidad en los siguientes términos: “De ninguna consecuencia de la acción será responsable el autor o el partícipe de un hecho, si con respecto a ella no hubiere obrado, a lo menos, culposamente”. En cambio, el C.P. colombiano de 1980, además de contener en su Art. 35 un texto de igual significación al del Proyecto argentino citado, prescribe la inculpabilidad de: “Quien realice la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor” (Art. 40, Inc. 1º).

(428) PECO: op. cit., p. 53 s. En el Art. 7 de su Proyecto de C.P. de 1941, bajo el rubro “La Culpabilidad”, propone la siguiente fórmula para el caso fortuito: “No existe delito, si en ocasión de ejecutar un acto, incluso típicamente antijurídico, el autor causa un daño por puro accidente”.

delito cuando el hecho resultare de caso fortuito”, seríamos más bien partidarios de un enunciado principista y genérico que, bajo el rubro de “Garantías de la Ley Penal”, dijera escuetamente: “No hay delito sin culpabilidad”. El Proyecto de C.P. peruano elaborado por la Comisión Revisora, creada por Ley N^o 23859, contiene en su Título Preliminar, Art. IV, el siguiente texto: “No hay hecho punible sin culpabilidad. La ley penal proscribire toda forma de responsabilidad objetiva” (428 bis).

El Art. 167 del C.P. tiene una estructura jurídica constituida por una mezcla de **dolo** en la **acción** y **caso fortuito** en el **resultado**. Es de todo punto de vista muy encomiable el claro sustento culpabilista del texto comentado. Se precisa de esta manera, por ejemplo, los alcances de la frase “el delito es punible, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar”, la misma que se encuentra contenida en el Art. 84 **ab initio** del C.P.

A esta altura del siglo XX podemos afirmar que el Derecho Penal, cualquiera que fuese la ideología política legiferante, es una **ciencia de la culpabilidad**, no así de resultado. Esto significa que existe consenso, casi unánime, en considerar que las acciones solamente son delictuosas y, por ende reprochables, en la medida que realmente haya dolo, culpa o preterintencionalidad. El impactante elemento objetivo representado por el resultado del evento delictuoso, a veces extremadamente grave, no tiene más trascendencia jurídico-penal que aquella que puede alcanzar en tanto y en cuanto se lo relacione con el elemento subjetivo identificado en la culpabilidad.

La formulación de un juicio de reproche por parte del juzgador, que ha de traducirse necesariamente en la imposición de una pena, se basa en que el agente de un delito actuó contrariamente a derecho, no obstante que **podía** y **debía** comportarse según las exigencias de la norma jurídica. La sociedad demandaba y **esperaba** que el sujeto adoptara una actitud conforme a sus intereses amparados y regulados jurídicamente; pero el ser humano, imper-

(428 bis) La Comisión Redactora de C.P. Tipo para Latinoamérica aprobó en su Reunión de Chile (1964), como uno de los principios fundamentales que deben inspirar y orientar la elaboración de las leyes penales de esta parte del Continente, el siguiente texto: VI.— “No hay delito sin culpabilidad. Las leyes penales deberán proscribir toda forma de responsabilidad objetiva”. No hay duda, en consecuencia, respecto a la fuente, de inspiración del Proyecto de C.P. peruano en este aspecto, si tenemos en cuenta que en su Título Preliminar, Art. IV, prevé lo siguiente: “No hay hecho punible sin culpabilidad. La ley penal proscribire toda forma de responsabilidad objetiva” (Véase la Nota N^o 353).

fecto al fin, que **pudo y debió** adecuar su acción a tal exigencia de esperado cumplimiento, la contraviene y en esta forma produce un resultado nefasto. Sin embargo, a pesar de este arranque ilícito, el sujeto activo no siempre es responsable de toda la magnitud de la consecuencia así objetivada, por muy grave que fuere. No basta, pues, la existencia de una relación de causalidad material para fundamentar la sanción. Sería absurdo que, en la hora actual del progreso de las ciencias del hombre, le reprocháramos las consecuencias normalmente imprevisibles de una determinada conducta, aun cuando la acción agresora fuese inicialmente ilícita. No tiene justificación científica o moral la reactualización el bárbaro aforismo del **versari in re illicita** (429).

Advertimos, por otro lado, el muy claro sustento culpabilista que presenta la fórmula que se propone en el Art. 128 del Proyecto de C.P. peruano dado a publicidad en el Diario Oficial "El Peruano", a partir del 19 de Agosto de 1985. He aquí su texto: "Cuando el autor del hecho causa sin dolo ni culpa, un resultado más grave del que se había propuesto, sólo se aplicará la pena correspondiente a este último".

193.— DELIMITACION DEL CONCEPTO DE "CASO FORTUITO"

La expresión latina **casus** significa "suceder", "ocurrir casualmente". Nos advierte JIMENEZ DE ASUA que la clásica definición del caso fortuito se funda en la imprevisibilidad e inevitabilidad. En tal sentido, **casus** será lo que **no puedo ser previsto** o que **habiéndolo sido era imposible de evitar**. En concepto del iuspenalista español, es evidente que el caso fortuito se debe caracterizar por la **imprevisibilidad del acontecimiento que se produce en relación causal con la actividad de un hombre o con su omisión** (430).

En opinión de MAGGIORE, el **casus** es un hecho imprevisible o incalculable, que sobreviene de sorpresa en el comporta-

(429) La frase completa de este aforismo latino es como sigue: **Versari in re illicita etiam casus imputatur**. Significa que todo aquel que incurre en un hecho ilícito responde también del resultado fortuito o imprevisto. Es la tesis de la responsabilidad objetiva que repugna al principio *nullum crimen nulla poena sine culpa*; es decir, no hay delito ni pena sin culpabilidad.

(430) JIMENEZ DE ASUA: **Tratado.**, op. cit., Tomo VI, p. 216 ss.

miento de un hombre, de manera que provoca un resultado que, con las precauciones ordinarias, no podía evitarse (431). El desaparecido Profesor de la Universidad de Palermo sigue el antiguo criterio de la imprevisión por parecerle el más seguro para definir el tema.

Según MANZINI, desde la perspectiva penal, caso es toda energía extraña a la voluntad del individuo en cuya esfera de actividad ha ocurrido el evento, la cual tiene que haber impedido al individuo mismo llevar a cabo aquella diligencia ordinaria que, de acuerdo con las relaciones de que se trata, le habría sido suficiente para ajustar su comportamiento a un precepto penal, o a otra norma de conducta, que al ser violados, pueden hacer surgir responsabilidad penal por las consecuencias no queridas (432). Como podrá observarse, para este autor italiano el *casus* parece fundamentarse más en la ignorancia de la causa del evento que en el criterio de la imprevisibilidad del resultado.

194.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Propósito de causar una lesión menos grave que la resultante.** La acción tiene que ser inicialmente de carácter doloso. La forma culposa está aquí excluida porque nuestra ley habla de “la lesión que quiso inferir”. El daño que el sujeto activo quiso causar no debe revestir gravedad en manera alguna, pues un agravio de tal magnitud lo exige la ley como resultado imprevisto, pero no como una consecuencia intencionalmente procurada. En este sentido, es indudable que nuestra dogmática exige que la conciencia y la voluntad del actor estén orientadas sólo a producir una de las lesiones a que se refiere el Art. 166, primer párrafo, del C.P.

b).— **Que el daño ocasionado sea grave.** Tal resultado no puede ser otro que la muerte de la víctima, o una de las lesiones descritas en el Art. 165 del C.P., cualquiera que fuere el inciso (se excluye, lógicamente, el último párrafo).

c).— **Que el resultado más grave no haya sido querido, ni haya sido previsto por el agente.** La manifestación de voluntad sólo viene a ser aquí la causa mediata de un resultado producido y explicable por la concurrencia de una **concausa**, preexistente o supervi-

(431) MAGGIORE: op. cit., Volumen I, p. 511.

(432) MANZINI: op. cit., Volumen II, p. 299.

niente, ignorada o no calculada por el agente. No es que el nexo de causalidad desaparezca en esta hipótesis delictiva, lo que sucede es que no toda la cadena causal ha sido deseada o previsible por el sujeto activo (433).

Escribe IRURETA GOYENA, al estudiar el homicidio concausal, que las circunstancias preexistentes pueden ser de tres clases: **normales**, **atípicas** y **patológicas**.

En la doctrina se consideran como circunstancias preexistentes **normales** aquellas que son debidas a una particularidad, a un estado pasajero de ciertos órganos, en virtud de una función ordinaria del cuerpo humano. Por ejemplo, un sujeto acaba de comer y estando con el estómago lleno, en tal condición, recibe un golpe en el abdomen. En parecidas circunstancias se han presentado muchos casos de muerte subsecuente, no como obra exclusiva del golpe descargado conscientemente, sino como el resultado concurrente de la lesión y del trastorno que se produjo en el organismo, debiéndose esta última mutación, por ejemplo, al debilitamiento del estómago con motivo de la digestión.

(433) "Las disposiciones de los Arts. 166 y 167 del C.P. no pueden ser aplicadas simultáneamente a un mismo hecho delictivo, en razón de ser distintas y excluyentes. En el supuesto del Art. 166 el agente responde por el resultado dañoso que pudo prever, mientras que en el caso del Art. 167 el resultado no es previsible por el infractor, siendo diferente el tratamiento punitivo. En el caso de autos, la lesión causada por el acusado fue intencional, con resultado letal, no querido ni previsto, pero sí previsible, por lo que se trata del delito de lesiones con muerte que reprime la última parte del Art. 166 del C.P." (Ej. Sup. 1º -2-77, en *Rev. de Jur. Per.*, p. 500). La discriminación de conceptos que hace la ejecutoria transcrita es correcta. Representa la buena doctrina. En cambio, es manifiesta la confusión en la siguiente: "El delito preterintencional a que se refiere el Art. 167 del C.P. requiere que exista un acto doloso. En el caso de autos, el acusado que se encontraba tranquilamente sentado en una banca fue agredido intempestivamente por el agraviado, quien al ser repelido cayó al suelo falleciendo después como consecuencia de los traumatismos interiores al hígado y al bazo que se encontraban hipertrofiados. En esas circunstancias, el hecho atribuido al acusado no puede considerarse como originario de los traumatismos que causaron la ruptura de aquellas vísceras, por lo que se le absolvió de la acusación" (Ej. Sup. 20-10-48, en *An. Jud.*, 1948, p. 271). En realidad, en la ejecutoria precedente sólo se cita al Art. 167 del C.P. para confundirlo, como si su texto se refiriera a la preterintencionalidad. Para resolver el caso hubiese sido suficiente con invocar la legítima defensa (Art. 85, Inc. 2º del C.P.), pues al existir la racionalidad del medio empleado para repeler la agresión no provocada, el imprevisible resultado más grave (muerte) no le es atribuible, por lo que ni siquiera responde por la lesión menos grave que quiso inferir con indudable ánimo de defensa. Mucho más clara es la siguiente ejecutoria: "Cuando el agente hubiere ocasionado lesiones graves, que no quiso causar ni pudo prever, debe imponérsele una pena prudencial" (Ej. Sup. 18-10-51, en *Rev. de Jur. Per.*, 1952, p. 1729).

Son **atípicas** aquellas circunstancias que se deben a una anomalía anatómica del organismo, la misma que, sin embargo, no influye directa o indirectamente en el estado de salud. A esta categoría pertenecen los casos de dextrocardia. Un sujeto recibe una puñalada en el costado derecho del plexo y cae instantáneamente muerto porque tiene el corazón a la derecha, en vez de tenerlo a la izquierda.

Circunstancias preexistentes **patológicas** son todas aquellas que tienen su origen en una enfermedad de la víctima. Por ejemplo, un sujeto tiene cavernas pulmonares cicatrizadas y recibe una lesión leve en el pulmón, pero a consecuencia de la agresión revive la vieja enfermedad llevándolo a la muerte. Otro caso es el del sujeto que padece un aneurisma en la aorta y recibe una puñalada en el pecho que le produce la muerte porque la punta del puñal ha llegado hasta la bolsa que forma el aneurisma, sin cuya circunstancia se habría tratado de una lesión curable en pocos días. Por último, tenemos el caso del individuo que presenta una extrema delgadez congénita en cierta parte del hueso frontal, motivo por el que al recibir un golpe de puño, precisamente en el espacio óseo anormal, fallece al resultar lesionado el cerebro con la fractura del hueso.

El Maestro uruguayo IRURETA GOYENA, conforme al pensamiento de ALIMENA, es de opinión que las circunstancias preexistentes no deben ser tomadas en cuenta aunque concurren en el hecho, si por la naturaleza de la lesión fuese de todos modos evidente que hubiera sobrevenido la muerte. Tal sería el caso de quien fallece a consecuencia de un impacto de bala en el hígado, glándula que se encontraba hipertrofiada con motivo del alcoholismo crónico de la víctima.

El resultado grave por circunstancias supervinientes se produce en diferentes casos, entre los cuales podemos citar la situación del sujeto que es víctima de una lesión y recibe oportuna atención médica, pero posteriormente no sigue las prescripciones del facultativo y, como producto de esta negligencia o rebeldía, le sobrevienen complicaciones que uniéndose a las lesiones le ocasionan la muerte. Otro caso, bastante citado por los penalistas, es el de aquel individuo que es víctima de una herida y por su propia cuenta se prescribe y aplica sustancias que le aparejan una infección mortal.

Para que se admita la concausa es necesario que ésta sea independiente del hecho mismo. Si la circunstancia superviniente es

inherente al evento mismo, si constituye un efecto invariable de la lesión, entonces jurídicamente forma parte del agravio. Para IRURETA GOYENA siempre que por la naturaleza de la lesión, o por el lugar en que se ejecutó el delito, o por las condiciones del sitio donde deba verificarse la asistencia, la concausa colabore ordinariamente con la lesión, procede jurídicamente el rechazo del llamado homicidio concausal. Así, por ejemplo, la peritonitis subsiguiente a una lesión en el vientre, o el tétano consecuente también a una lesión, son circunstancias que es estiman inherentes a la lesión misma. No existe en tales casos la exigible independencia entre la lesión y la concausa. Tampoco la hay (independencia) en el supuesto de un sujeto que recibe una herida en despoblado, en un lugar donde no es dable recibir una asistencia quirúrgica o médica inmediata, muriéndose ante la falta de atención facultativa (434). Nosotros coincidimos plenamente con el expuesto punto de vista de IRURETA GOYENA. Creemos que es importante investigar y determinar la influencia que sobre la vinculación causal pueda tener la circunstancia de socorro oportuno y eficaz tendiente a evitar el resultado fatal. No obstante, pensamos que tal investigación no debe hacerse en **abstracto**, sino, en forma **concreta**; es decir, teniendo en cuenta las reales posibilidades que habían para una adecuada o inmediata atención médica en las circunstancias de tiempo y lugar en las que se produjo la lesión. Para la dogmática peruana la falta de independencia entre la lesión y la concausa haría **previsible** el resultado más grave y, por ende, no podría hablarse ya de un resultado fortuito (435)

(434) IRURETA GOYENA: op. cit., p. 45 ss.

(435) "Cuando las heridas que acarrearón el fallecimiento del agraviado, por notorio descuido de su asistencia, no eran de gravedad mortal, no cabe imputar al reo delito de homicidio, sino el de meras lesiones" (Ej. Sup. 18-4-1893, véase en: GERMAN APARICIO Y GOMEZ SANCHEZ, Jurisprudencia del Código Penal de 1862, Lima, 1957, p. 71). ETCHEBERRY nos presenta el siguiente hecho resuelto por la justicia chilena: "En el caso seguido contra Miguel Cano Jurado se presentó en la práctica el socorrido ejemplo didáctico del rasguño hecho al hemofílico. El reo y la víctima (esta última en estado de ebriedad) se trenzaron a golpes a raíz de una discusión, reyerta en la cual la víctima recibió una bofetada en la boca, lo que le ocasionó una contusión en la región mentoniana, con ruptura de vasos sanguíneos y capilares. Esta lesión se transformó en grave y mortal al no coagular la sangre, debido a la hemofilia de que padecía el afectado, quien falleció al día siguiente, no obstante los auxilios médicos. La lesión, por cierto, no era necesariamente mortal, y en un sujeto normal habría sido leve. Sobre el particular la sentencia establece que físicamente el golpe recibido por la víctima tuvo el poder intrínseco de producir la muerte, y de por sí fue apto para producir tal resultado, ya que la acción del reo ocasionó la ruptura de los vasos sanguíneos que, por una condición morbosa de la sangre del afectado, originó el resultado mortal. La existencia de la hemofilia debe cali-

d).— **Que el resultado más grave no sea humanamente previsible en circunstancias normales.** He aquí un elemento esencial del **casus** que permite diferenciarlo claramente de la preterintencionalidad. En la jurisprudencia aparecen inexplicablemente confundidos ambos conceptos. La diferencia nos parece bastante clara: mientras que en la preterintencionalidad el sujeto **hizo mal en no prever lo previsible**, en el caso fortuito, por el contrario, **procedió en forma irreprochable al no prever lo normalmente imprevisible.**

El caso fortuito constituye, indudablemente, circunstancia de exclusión de la culpabilidad desde que es imposible exigirle al agente un comportamiento distinto al adoptado. La **imprevisibilidad** es su principal característica (436).

En la hipótesis legal que examinamos debemos tener muy presente que el **casus** no cubre el resultado de la acción agresiva en su **abstracta** integridad, sino, solamente en su **concreta** manifestación más grave. El sujeto activo debe responder por el resultado previsible menos grave que conforma la lesión que en verdad quiso inferir (437).

e).— **Relación de causalidad.** El resultado fortuito es el producto de una **causa mediata conocida** a la que se le une otra **causa inmediata ignorada.**

ficarse sólo 'como una condición **sine qua non** del resultado . . . aquella que se requiere necesariamente para que obre la causa del agente, favoreciendo la producción de la consecuencia directa de dicha causa'. En el orden objetivo y físico, la acción del reo originó la muerte de la víctima. Puede apreciarse que aunque la terminología empleada no es la más exacta dentro de la teoría de la equivalencia (distingue "condición" y "causa agente"), la solución del caso se inspira inequívocamente en ella" (op. cit., Tomo Primero, p. 179). Otra: "En el caso contra Juan Bautista Castro Orellana, el fallo tiene establecida la relación de causalidad, pese a lo especial de las circunstancias. El reo tuvo una discusión con su conviviente, que se encontraba ebria, durante el curso de la cual golpeó a esta con un cucharón, golpe que le provocó la contusión encefálica microscópica, que causó la muerte debido a la elevada alcoholemia de la víctima y a la fragilidad de los vasos sanguíneos, por lo que cualquier golpe le habría producido la muerte, la cual sin embargo, habría podido evitarse mediante oportuna atención médica. La sentencia toma en consideración estas circunstancias en el examen del elemento culpabilidad, pero afirma la relación causal entre el golpe y la muerte de la víctima" (Ibíd., p. 175 s.).

(436) Conforme: BETTIOL, GIUSEPPE; **Derecho Penal**, Parte General, Edit. Temis, Bogotá, 1965, p. 422 s.

(437) En las lesiones con resultado fortuito existe **dolo** en la acción inicial y exclusión de culpabilidad en el resultado.

En opinión de BETTIOL, no puede decirse que el caso fortuito equivalga a una ausencia de causa, ya que en el mundo fenoménico nada se debe al acaso: todo acontecimiento está necesariamente ligado a una serie de sucesos precedentes y éstos, a su vez, determinan otros consecuentes. En el caso fortuito es suficiente la imposibilidad en que se encuentra el agente para prever el resultado más grave, lo que significa también la imposibilidad de determinar su comportamiento sobre la base de dicha previsión. En tal sentido, la relación causal en lo fortuito debe considerarse existente, pues lo que en realidad falta es la posibilidad de una motivación distinta debido a la imprevisibilidad del evento lesivo (438).

En nuestro concepto, el caso fortuito no excluye la relación de causalidad material, sino, la culpabilidad. La causalidad material corresponde al **hecho**, al mundo fenoménico; en cambio la causalidad jurídica pertenece al mundo normativo. Puede no haber causalidad jurídica ahí donde siempre habrá un nexo de causalidad física. Confirman este aserto las hipótesis del caso fortuito (como causa de inculpabilidad) y la de lesiones con resultado fortuito (como limitativa de la culpabilidad).

Observamos, también, que no basta que la circunstancia preexistente o sobreviniente concorra realmente a la producción del resultado grave del que habla el Art. 167 del C.P. Es preciso, además, que dicha circunstancia concausal sea ignorada por el sujeto activo. Si el agente, por ejemplo, conocía la debilidad orgánica que afectaba a la víctima, quien tenía el hígado hipertrofiado a consecuencia de su irrefrenable afición por el alcohol, lo natural y lógico es concluir que el agente ha explotado el conocimiento de la aludida debilidad orgánica, valiéndose de su existencia para obtener el resultado letal que con seguridad buscaba (439).

f).— **Dolo**. La figura delictiva comentada requiere conciencia y voluntad de producir una de las lesiones que hemos denominado "menos graves". La muerte o la lesión grave subsecuentes a la agre-

(438) BETTIOL: op. cit., p. 422 ss.

(439) "Si el protocolo de autopsia establece como conclusión que no se han constatado indicios de lesión en el cuerpo del agraviado y que, no obstante que la víctima recibió una puñalada y un puntapié, la muerte puede haberse debido a una hemorragia cerebral derivada de causa patológica, procede declarar haber nulidad en el auto del Tribunal que dispone que se remitan los autos a otro Fiscal y, en consecuencia, archivarse definitivamente la instrucción" (Ej. Sup. 11-12-72, en *Rev. de Jur. Per.*, Febrero 1973, N° 349, p. 223 s.)

sión, por ser imprevisibles, están exentas de reproche. En este extremo es que opera el caso fortuito.

195.— PENALIDAD

La sanción no está señalada en el Art. 167. Su texto remite a la pena “que corresponde a la lesión que quiso inferir”. Tal penalidad, en nuestro concepto, no puede ser otra que la prescrita en el primer párrafo del Art. 166 del C.P.: prisión no mayor de dos años ni menor de dos días. Las sanciones fijadas en los párrafos subsiguientes, que describen las figuras de lesiones preterintencionales y lesiones menos graves seguidas de muerte, no son aplicables al caso en comentario. La razón está en que el agente también es castigado, en ambas figuras, por la lesión o muerte previsibles que **no quiso inferir** o causar, respectivamente.

Tampoco pueden aplicarse aquí las penas señaladas en el Art. 165 del C.P., en atención a que en tal dispositivo legal el resultado grave (que no es la muerte, para los tres incisos) tiene que ser querido y perfectamente previsible. En cambio, el Art. 167 se refiere al caso del sujeto que “hubiere causado un resultado grave que **no quiso causar ni pudo prever**”.

LESIONES POR NEGLIGENCIA

Art. 168.— “EL QUE POR NEGLIGENCIA CAUSARE UNA LESION CORPORAL QUE REQUIERA ASISTENCIA MEDICA HASTA POR MAS DE QUINCE DIAS O PRODUZCA IMPEDIMENTO DE TRABAJO POR IGUAL TIEMPO, SERA PROCESADO POR DENUNCIA DE PARTE Y REPRIMIDO CON PRISION NO MAYOR DE DOS AÑOS O MULTA DE LA RENTA DE TRES A NOVENTA DIAS. UNA VEZ INICIADA LA INSTRUCCION CONTINUARA DE OFICIO, SALVO QUE EL AGRAVIADO RENUNCIE EXPRESAMENTE A LA PROSECUSION DE LA ACCION.
CORRESPONDE EL JUZGAMIENTO DE OFICIO Y LA PENA DE PRISION NO MAYOR DE CINCO AÑOS, EN LOS CASOS EN QUE LA ASISTENCIA MEDICA O EL IMPEDIMENTO DE TRABAJO FUERA MAYOR DE TREINTA DIAS, O SI POR NEGLIGENCIA EL AUTOR DE LA LESION HUBIERE INFRINGIDO UN DEBER IMPUESTO POR

SU FUNCION, SU PROFESION O SU INDUSTRIA,
SIEMPRE QUE LA ASISTENCIA MEDICA O EL
IMPEDIMENTO DE TRABAJO EXCEDA DE VEINTE
DIAS.

EL JUEZ PODRA ACUMULAR LA MULTA CON
LA PRISION”.

COMENTARIO

196.— FUENTE

La encontramos en el Art. 111 del Proyecto suizo de 1918. El texto original fue modificado, en una primera oportunidad, por el Art. 2º de la Ley 13674. Posteriormente, el Art. 1º de la Ley 13984 estableció una segunda modificación sin presentar la correspondiente del texto codificado que se innovaba. Esta grave omisión nos obligó a que, en la primera edición de este Tomo I (1974), nos esforzáramos por exponer, como si fuera el texto legal, lo que en realidad era una refundición de disposiciones que traducían fielmente la voluntad de la ley modificatoria y respetaba la nomenclatura fundamental de la norma modificada. Por último, con fecha 2 de Agosto de 1977 se expidió el Decreto-Ley No. 21895. El Art. 3º del citado documento legislativo, emanado del postrer gobierno *de facto* (el último hasta ahora, se entiende), le ha dado al Art. 168 el contenido con el que se encabeza este comentario.

No existe, al respecto, precedente legislativo nacional. En cambio, el Art. 145 del Proyecto peruano de 1916 proponía una norma bien concebida sobre la materia.

196 bis.— APRECIACION CRITICA DE LA ULTIMA MODIFICACION

La innovación efectuada por la Ley 21895, Art. 3º, es errónea en su concepción. Lo mismo cabe decirse de la derogada Ley 13984. Como advierte certeramente PEÑA CABRERA, equiparar el plazo de asistencia médica con el de impedimento de trabajo es fundir dos nociones distintas con perjuicio de la correcta administración de justicia, pues, resulta indudable que la incapacidad para el trabajo siempre requiere más tiempo que el demandado por la atención facultativa (440). El anotado defecto ha sido superado en el Proyecto de C.P. publicado en “El Peruano”, a partir

del 19 de Agosto de 1985. En el Art. 129 de este documento pre-legislativo se hace referencia únicamente a la incapacidad para el trabajo.

Observamos, por nuestra parte, que el error de técnica legislativa también se evidencia cuando la norma sustantiva se vale del **quantum** de asistencia médica o de incapacidad para el trabajo con el fin de establecer las formas de ejercicio de la acción penal, y hasta de su extinción en un caso, situaciones que son más propias de preverse en un código procesal.

196 ter.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** puede ser cualquier persona desde que la ley no exige calidades especiales. Eventualmente, como en el caso de homicidio por negligencia, el actor puede ser, por ejemplo, un profesional que ha cometido el delito de lesiones culposas violando uno de sus deberes. Se trata, en la hipótesis anotada, de una circunstancia agravante específica que sólo opera concurriendo con otra respecto al tiempo de asistencia facultativa o impedimento de trabajo que exceda de veinte días.

b).— **Sujeto pasivo** puede serlo también cualquier persona.

197.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Que se cause un daño en el cuerpo o en la salud.** La lesión al organismo, o a la salud física o mental, puede ser grave o menos grave. Sólo están excluidas las lesiones leves (faltas); es decir, aquellas que requieran asistencia facultativa o produzcan impedimento de trabajo hasta por quince días (Art. 384 del C.P.).

Deberá entenderse, conforme al límite temporal mínimo que se precisa en el texto comentado, que toda lesión culposa que requiera dieciséis o más días de asistencia facultativa o produzca incapacidad laboral a partir del indicado extremo, constituye un hecho subsumible en el Art. 168 del C.P.

b).— **Que el agente no haya previsto el resultado lesivo, no obstante que pudo y debió advertirlo.** Nos permitimos remitir a cuanto hemos escrito al tratar similar elemento en el estudio del delito de homicidio culposo (Art. 156).

c).— **Culpa.** La reprochabilidad se sustenta en un juicio formulado a título de negligencia. Se trata de sancionar una imprevisión culpable.

198.— LA ACCION PENAL

El ejercicio de la acción penal tiene aquí carácter **público**. Ajustando el texto comentado a la terminología de la L.O. del Ministerio Público (Decreto Legislativo No. 52), tenemos las siguientes formas de ejercitarla:

a).— **A instancia de parte agraviada** (“denuncia de parte”). Ocurre en dos casos: 1º) cuando el tiempo de asistencia médica o de impedimento de trabajo es no menor de dieciséis días, ni mayor de treinta; y, 2º) cuando el sujeto ha infringido un deber de su función, de su profesión o de su industria y el tiempo de asistencia médica o de incapacidad para el trabajo es no menor de dieciséis días ni sobrepasa los veinte.

b).— **De oficio** (“juzgamiento de oficio”). También se presenta en dos situaciones: 1º) cuando el tiempo de asistencia facultativa o de incapacidad laboral es por más de treinta días; y, 2º) cuando el agente ha violado un deber de su función, de su profesión o de su industria y el tiempo de asistencia médica o de incapacidad para el trabajo excede de veinte días.

La extinción de la acción penal, por renuncia expresa, sólo es posible en los casos en que la acción penal se inicia a instancia de parte agraviada.

199.— PENALIDAD

Es la siguiente:

a).— Prisión no mayor de dos años ni menor de dos días, o multa de la renta de tres a noventa días en la hipótesis en que la acción penal se inicia a instancia de parte agraviada.

b).— Prisión no mayor de cinco años ni menor de dos días en los supuestos en que la acción penal es incoada de oficio.

La pena de multa puede imponerse, con el carácter de acumulativa, en cualquier caso.

TITULO IV

RIÑA

200.— UNA ACLARACION

Antes de precisar el concepto jurídico-penal de la riña, bastante difícil por la complejidad de presupuestos que demandan su tipicidad y culpabilidad, queremos contestar una observación crítica que está motivada por el membrete que utiliza este Título del C.P., la misma que, en nuestro criterio, no tiene mayor fundamento. El penalista PEÑA CABRERA, siguiendo en este punto, según parece, al Profesor sanmarquino ABASTOS, manifiesta que es evidente que el rubro “RIÑA” estaría indicando que la ley castiga el solo hecho de la participación, cuando la realidad es que el contenido de los textos de los Arts. 169 y 170 prevé la participación con consecuencias graves. Luego, cita unos apuntes de clase según los cuales ABASTOS habría dicho: “Nuestro legislador no advirtió, pues, que en el texto suizo la riña es punible por sí sola, independientemente de sus consecuencias, y que por tal razón el rubro escueto, “RIÑA”, etiqueta de una figura penal de contenido propio, resulta incongruente con el tenor de la regla de dicho artículo” (441).

Sin más propósito que el de hacer justicia al codificador peruano de 1924, quien es el que finalmente recibe los elogios o las censuras con los que se juzga la tarea técnica de la codificación, puesto que el legislador casi siempre juega un papel pasivo, diremos lo siguiente:

a).— Que nuestro codificador no tenía obligación alguna de seguir siempre **ad pédem literam** el Proyecto suizo de 1918, en este caso específico el Art. 117, texto extranjero que considera la riña como un delito de **peligro abstracto**.

b).— Que solamente con mucha imaginación puede deducirse de la exclusiva lectura del rubro “RIÑA”, que nuestra ley habría de castigar el solo hecho de la participación en forma pura; es decir, de manera incondicionada.

c).— Que es perfectamente congruente sancionar, bajo el membrete “RIÑA”, la participación delictiva condicionada al resultado. En realidad, el Art. 169 castiga por el solo hecho de la participación . . . cuando el resultado es grave y no consta que el agente haya practicado acciones de violencia sobre la víctima, salvo que éstas hubieran sido realizadas con **animus defendendi** propio o de un tercero, en cuyo caso la participación es impune.

d).— Que un rubro no tiene porque indicar de por sí, en su sola literatura, las variantes específicas que pudieran contener los artículos que membreta. Pensamos que es suficiente con que comprenda dichas variantes dentro de sus alcances. En este sentido, la expresión “riña” en nada queda enervada, ni pierde su autonomía, cuando la punición de una de sus figuras delictivas queda condicionada a un resultado dañoso concreto no atribuible al agente, o cuando devienen lesiones graves o muerte y es ignoto el autor o los autores, sabiéndose solamente quiénes fueron los que ejercitaron las acciones de violencia sobre la víctima.

No hay, como podemos apreciar por las puntualizaciones precedentes, inadvertencia del codificador patrio. No podemos imputarle haber incurrido aquí en lo que se podría llamar **error en la copia**. La prueba de que el codificador de 1924 procedió conscientemente en la redacción de las difíciles figuras que integran la riña, ilicitudes penales que se sabe cuándo están mal tipificadas, pero no siempre existe seguridad de cuándo están bien descritas, la encontramos en el hecho de haberse redactado, con los mismos elementos, la riña considerada como falta (Art. 385 y 393, Inc. 7º del C.P.). El Proyecto helvético de 1918, según advertimos, no propuso fórmula alguna para sancionar la riña como un hecho punible contravencional.

201.— DELIMITACION CONCEPTUAL

La definición de riña es, en la doctrina, una **vexata questio**; es decir, una cuestión muy debatida. Nos advierte MAGGIORE que las controversias recaen especialmente sobre el número de partícipes y las modalidades de la lucha. En su concepto, riña es sinónimo de reyerta, contienda, pelea, pelotera y puede definírsele, de

acuerdo con la dogmática italiana (Art. 588) de la siguiente manera: **es un encuentro violento con palabras y vías de hecho, incruento o no, en contacto o a distancia entre más de dos personas en estado de excitación de ánimo (441 bis)**. Tal definición resulta también concordante con la dogmática peruana.

Para CORNEJO, comentarista de nuestro C.P. desde apenas promulgado, la riña es una refriega o contienda recíproca, en la que una parte, cuando menos, debe estar representada por dos o varias personas (442).

Nosotros definimos la riña como una lucha súbita, tumultuaria y recíproca entre tres o más sujetos, de la que resulta muerte o lesiones graves (delito), o lesiones menos graves (falta contra el cuerpo o la salud), o ninguna lesión (falta contra el orden público).

Para el grado correspondiente al delito, que es la infracción penal que ahora nos interesa comentar, diremos que la peculiaridad de la riña radica no sólo en la dinámica de confusión y tumulto que sirve de marco a las agresiones que deben ser recíprocas, sino, principalmente, en que se desconoce la identidad del autor concreto del resultado letal o de las lesiones graves, sabiéndose, en cambio, quiénes fueron los autores de lesiones menos graves o de acciones de mera violencia (443).

La riña fue estudiada por CARRARA como una de las manifestaciones de los delitos de homicidio y lesiones personales. El homicidio en riña, por ejemplo, lo trató concretamente bajo el rubro "ímpetu de ira justa", estimando su comisión como una forma de homicidio provocado. QUINTANO RIPOLLES, por su parte, estudia la riña bajo el membrete de "Homicidio relativamente consentido". DEL ROSAL y sus colaboradores, por último, comentan el Art. 408 del C.P. español usando como título "El llamado homicidio en riña tumultuaria", dando a entender, así, que no se trata de un delito de homicidio, sino, como después explican, de dos delitos: lesiones graves (primer párrafo) y violencias (segundo párrafo) (444).

(441 bis) MAGGIORE: op. cit., Volumen IV, p. 368 s.

(442) CORNEJO: op. cit., Tomo I, p. 54.

(443) Conforme: QUINTANO RIPOLLES; *Tratado.*, op. cit., Tomo I, p. 309.

(444) DEL ROSAL y otros: op. cit., p. 223 ss.

Corresponde ahora que presentemos cada una de las notas que habrán de contribuir a precisar, en la medida de lo posible, dada la manifiesta dificultad de esta materia penal, el concepto que debemos tener del delito de riña:

a).— **Lucha.** Deben producirse hechos materiales, no sólo los meramente verbales (que pueden servir de precedente inmediato). Las agresiones verbales necesitan, en todo caso, estar acompañadas de **violencias físicas efectivas**. Pueden emplearse armas contundentes, de fuego, punzantes, cortantes, etc., o las simplemente naturales (extremidades superiores o inferiores, así como también la cabeza). CARRARA decía que cuando la riña se reduce a un puro cambio de palabras toma el nombre más exacto de **altercado** (445).

b).— **Súbita.** Manifiesta CARRARA que esta característica permite distinguir la riña tanto de la agresión como del duelo (Véa-

(445) Es muy importante para el desarrollo de este tema las reiteradas advertencias que hace el Maestro CARRARA sobre el significado del vocablo riña: "la palabra riña debe tomarse en un sentido cuando se trata de deducir una excusa del hecho de la riña, y en otro sentido cuando se averigua si, por haber incertidumbre sobre el autor de las lesiones, debe procederse a alguna pena inferior a la ordinaria. Con el primer fin y en el primer sentido está muy bien (como se dijo en otra parte) que para constituir riña se exija **reciprocidad** de ofensas; y estoy de acuerdo con NICCOLINI (*Questioni di diritto*, parte 1o, cap. XX, § 17, y parte 3o, cap. XXII) en que no hay riña cuando unos golpean y otros no hacen sino recibir los golpes. Mas para el segundo fin, es preciso tomar la palabra riña en un sentido impropio, y aplicarla también cuando unos golpean a otros, aunque éstos no reaccionen; la razón es que en este segundo fin la eficiencia jurídica de la riña no está en ser causa de excitación **excusable**, sino en ser causa de **incertidumbre** acerca del verdadero autor de esta o de aquella herida; y entonces esta incertidumbre no se deriva ya de la reacción de las personas golpeadas, sino de la pluralidad de los agresores y de la falta de verificación específica de cada uno de los hechos; de modo que cuando los diversos percusores obran a causa de un **acuerdo** que los hace solidariamente responsables de las acciones y resultados respectivos, bien puede decirse que no hay riña, sino, agresión, para negar así la excusa al negar la riña, y negar la eficacia de la incertidumbre del autor, a causa de haber existido acuerdo mutuo; mas este acuerdo no depende de que los agredidos reaccionen o no reaccionen, pues debe haber acuerdo aun cuando los agredidos resistan y luchen con todas sus fuerzas, como puede no haber acuerdo que constituya complicidad, en el hecho de varias personas que, movidas a un tiempo mismo por impulso repentino, se lanzan contra las víctimas de la agresión, aunque éstas no reaccionen. Como en esta hipótesis queda desconocido entre todos el nombre del autor de las lesiones inferidas a uno de los agredidos, y no se puede obtener la prueba de un acuerdo que constituya complicidad, resultaría que habría que absolverlos a todos, si uno se atuviera al significado estricto de la palabra riña; de ahí la necesidad de cambiar el sentido de esta palabra, para aplicar la ley *Item Mela* y decretar algún castigo" (op. cit., § 1471, Nota N° 1).

se, la llamada No. 445). Para nosotros esta nota distintiva significa que no debe existir preordenación, concierto previo de voluntades para acometer a una persona identificada. Preferimos la expresión “súbita” a la de “espontaneidad” que emplean otros autores. Hay pendencias provocadas (no espontáneas), súbitamente surgidas, que al degenerar en un acometimiento recíproco y tumultuario, con resultados graves, pueden perfectamente encuadrarse en el Art. 170 del C.P.

c).— **Tumultuaria.** Significa que deben participar varias personas que se mezclan en una lucha colectiva, lo que explica que al final se desconozca la identidad del autor de la muerte o de la lesión grave. Este requisito es tácito. Existe como supuesto, sin necesidad que lo mencione expresamente nuestra ley desde que se afirma que se desconoce al autor real de los hechos graves. Si se llegara a identificar, en medio de la confusión y del caótico tumulto, quién es el autor o quiénes son los autores del resultado grave, no podría ya seguir sosteniéndose que existe el delito de riña. Cuando no consta el autor de la muerte o de las lesiones graves, pero sí consta la participación del agente en el evento del que resulta un hecho grave, sin que se le impute haber ejercido acciones de violencia sobre la víctima, entonces se aplica el Art. 169 del C.P. Si se le atribuyera haber descargado violencias físicas sobre la víctima, en tal caso se aplicará la norma de remisión contenida en el primer párrafo del Art. 170 (cuando las violencias han sido **idóneas** para producir un resultado grave), o el segundo párrafo del mismo artículo (cuando las violencias pueden calificarse de **inidóneas** para generar tan grave consecuencia).

d).— **Recíproca.** Es decir, que la lucha debe estar integrada por acciones y reacciones de violencia. Las agresiones colectivas unilaterales, el acometimiento tumultuario a una o varias víctimas personalizadas (individualizadas), sin saberse quién causó el resultado grave, no constituye riña, sino, la figura que en doctrina se conoce como **agresión tumultuaria** y que, a falta de la misma en nuestro ordenamiento jurídico-penal, dichas conductas conformarían una especie de coparticipación en el delito resultante.

Interesa destacar que la persona que riñe no lucha defendiéndose, sino, lucha **atacando**. Hay una aceptación por parte de cada uno de los contrincantes, cuando menos tácita, a ser objeto de agresiones. Existe, pues, un pacto de mutua agresión, un **toma y daca de violencias**.

202.— SISTEMA PUNITIVO DE “VASOS COMUNICANTES”

La figura de la riña, tanto en la legislación comparada como en la nuestra, está cargada de anfibologías y defectos técnicos que suponen equívocas valoraciones, todo lo cual se traduce, en última instancia, en textos legales y decisiones judiciales evidentemente injustos. El tema legislativo de la riña, al menos en los textos punitivos codificados peruano y español, no es bifronte, sino, **multi-frente**, lo que hace difícil su explicación. Véase, para comprobar nuestra afirmación, las treinta páginas de contenido denso que DEL ROSAL y sus colaboradores dedican a la explicación del Art. 408 del C.P. español. Al parecer, el delito de riña carece de entelequia, en el sentido aristotélico de la expresión. Si en nuestra dogmática todas las figuras delictivas presentaran las mismas dificultades de entendimiento que las mostradas por el Art. 170 del C.P., los comentaristas y la administración de justicia tendrían muchos quebraderos de cabeza.

Todo en la figura ilícita de la riña, en nuestro concepto, es puro compromiso, pretendida dicotomía, término medio, ambivalencia, como si en esta vía media radicase la esperada certeza de su previsión legal. Así tenemos que, por lo menos en nuestra dogmática, la riña presenta las siguientes singularidades:

a).— Hay dos categorías de autores de riña: los que solamente participaron en la agresión tumultuaria sin haber sido identificados como los sujetos que ejercitaron acciones de violencia sobre la víctima (Art. 169); y los que participaron ejercitando efectivamente dichas acciones de violencia, pero sin que pueda afirmarse que las mismas produjeron el resultado grave (Art. 170, segundo párrafo). Si se llegara a identificar a los autores de las violencias idóneas para causar la muerte o las lesiones graves, en tal supuesto ya no existirá delito de riña, sino, delito de homicidio o de lesiones graves (Art. 170, primer párrafo).

b).— El agente no responde, a título de delito, o falta contra el cuerpo o la salud, por el solo hecho de la participación sin más. Tampoco por el resultado concreto exclusivamente, sino, por un especie de combinación, sin fórmula conocida, aunque supuesta, de ambas cosas (Art. 169).

c).— No es un delito estrictamente de peligro, pero tampoco es exclusivamente de daño. CORNEJO ha escrito que las disposiciones legales que penan la participación en la riña, tienen por ob-

jeto proteger indirectamente el bien jurídico de la vida o de la integridad corporal, y directamente el interés del orden público afectado por el peligro o daño que comportan las contiendas graves que pueden ser funestas para la vida o la integridad de las personas (446). Concordamos con el carácter bipolar del amparo, pero no con el orden de prelación señalado por el citado autor nacional.

d).— La relación de causalidad, que más parece una de **ocasionalidad**, se determina por una suerte de compromiso entre la acción individual y un concurso de acciones de violencia generadoras de un resultado grave. Sin poder afirmarse que el resultado grave sea realmente la consecuencia de una acción individual, tampoco se descarta que pudiera ser el producto de una contribución particular y decisivamente eficaz en el concurso de acciones de violencia.

e).— El sujeto activo no responde exclusivamente por el resultado, pero tampoco su responsabilidad queda determinada solamente por la culpabilidad. El partícipe de riña es reprochado por un resultado que es el producto de un concurso de acciones de violencia al cual no ha sido ajeno, pero no por una conducta con su resultado ciertamente propio. En este sentido, estamos de acuerdo con MAGGIORE cuando advierte que al parecer en este respecto se habla, sin suficiente ponderación, de resultados puestos a cargo del culpable a título de **responsabilidad objetiva**. Si así fuera, dice certeramente el Profesor de la Universidad de Palermo, el que riñe tendría que responder también por la muerte de alguno de los copartícipes de la riña, aunque fuera por puro **caso fortuito**, lo cual repugna a toda conciencia jurídica. Lo cierto es que, en todo caso, afirma MAGGIORE, queda a cargo de cada uno de los copartícipes una cuota de dolo, de preterintención o de culpa, aunque sea levisima. El que se lanza a una riña y acepta el riesgo, sabe que provoca una situación de peligro y debe prever que, más o menos, la contienda tendrá un epílogo sangriento (447).

f).— La pena no es tan severa como la correspondiente al homicidio o a las lesiones graves, pero tampoco es tan benigna como la prescrita para las lesiones menos graves (obsérvese el Art. 170, segundo parágrafo).

(446) CORNEJO: op. cit., Tomo I, p. 54.

(447) MAGGIORE: op. cit., Volumen IV, p. 372.

g).— El principio **in dubio pro reo** favorece al partícipe agresor ignoto con relación al resultado grave que pudiera haber producido, pero la presunción **iuris** de culpabilidad perjudica a todos los partícipes que individualmente pudieron no haber causado tal resultado, los mismos que son objeto de una pena más grave que la que correspondería a lo que realmente causaron (448).

h).— Notamos, por último, que la figura de la riña ha sido construída sobre la base de un reconocimiento **a priori** del fracaso de la investigación procesal en determinar quién es el autor cierto de un delito también cierto. No otra cosa significa la falta de identificación del autor del resultado grave. Verdad que en una agresión tumultuaria y súbitamente surgida es difícil tal identificación. Sin embargo, no debemos olvidar lo que alguna vez dijera el Maestro QUINTANO RIPOLLES: dificultad y justicia no son términos antitéticos.

Creemos, en verdad, que sólo un practicismo miope, ya superado en esta etapa de apogeo culpabilista del Derecho Penal, puede aconsejar el mantenimiento de una figura delictiva en donde se establece un grado de responsabilidad con sentido transaccional para los copartícipes: entre la que corresponde por lo que probablemente no se hizo ni se quiso causar individualmente (resultado grave) y la responsabilidad que le pertenece al agente por aquello que ciertamente hizo y quiso causar colectivamente (concurso de acciones de violencia). Con esta vía intermedia se busca que el verdadero autor no identificado, quien debería responder por el resultado grave, deje de beneficiarse tanto como si sólo tuviera que dar cuenta por la mera acción de violencia, así como también se trata de evitar que el partícipe identificado como autor de los actos de violencia se perjudique tanto como si tuviera que responder por

(448) SOLER piensa, acertadamente en nuestro concepto, que aquí no hay inocentes que condenar, sino un culpable cuya absolución consiente la ley, por lo menos absuelto de homicidio, agregamos nosotros (op. cit., Tomo III, p. 166). En contra: NUÑEZ (*Revista Jurídica Argentina La Ley*, XXXV, p. 1120) y QUINTANO RIPOLLES (*Tratado*, op. cit., Tomo I, p. 314). Dichos tratadistas le atribuyen a RICARDO NUÑEZ la comparación entre el proceder del legislador argentino, en materia de riña, y la actitud del tirano de *Gerusalemene Leberata* de Torcuato Tasso (c. II, oct. I; 12: **Pur che il reo non si salvi, il giusto péra**; es decir, con tal que el reo perezca, muera el justo), cuando azuzaba a sus mesnadas a la destrucción. El realidad, dicho elemento comparativo, aunque claro está no relacionado al codificador del texto argentino de 1921, se encuentra con el mismo ejemplo literario y las mismas palabras transcritas, en la monumental obra de CARRARA (véase § 1305).

homicidio o lesiones graves. Todo aquí nos recuerda la experiencia física de los **vasos comunicantes**, motivo por el cual hemos dado este nombre al sistema que informa la concreción penal del delito de riña.

Tal vez si lo más recomendable para superar los inconvenientes señalados sería, en el campo de **lege ferenda**, como propugna QUINTANO RIPOLLES, abandonar el sistema hoy vigente sobre riña, sustituyéndolo, bien por el sometimiento del asunto a las reglas generales de la participación y de la prueba, y en caso de no poderse precisar el verdadero autor, absolver a los partícipes o castigarlos por los actos cuya ejecución se probare; o bien configurando el tipo en la forma germano-italiana de penar la mera participación en reyertas, independientemente de las muertes o lesiones que resultaren y que se imputarían a los acreditados culpables de ellas (449).

Observamos que en el Proyecto de C.P. (publicado en "El Peruano", en Agosto de 1985), no se contiene previsión alguna respecto a la riña. En consecuencia, según este documento prelegislativo, el tema en cuestión se soluciona aplicándole las normas sustantivas de la participación, así como también las procesales probatorias.

203.— AUTONOMIA DEL DELITO DE RIÑA

Afirma MAGGIORE que puestos frente a la riña, más que ante una hipótesis típica de concurso criminoso, estamos ante una forma **autónoma** de delito, que se resuelve toda en el hecho de la participación. El pensamiento del ius-penalista italiano es aplicable a la dogmática peruana. En efecto: nuestro C.P. no prevé, como tampoco lo hace el Art. 588 del C.P. italiano, propiamente un delito de riña, sino, de **participación en riña**. Se eleva, así, una actividad accesoria (Art. 100 C.P. peruano), característica de toda forma de coparticipación criminal, a una manifestación de actividad principal constitutiva ahora de delito, en sí misma y por sí misma, sin total conexión subjetiva con el resultado. Opinar de otra manera, es decir, suponer en el delito tipo un caso de concurso de normas, sería como hablar de coparticipación en la coparticipación; un absurdo (450). Nada hace variar esta apreciación sobre la auto-

(449) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado*, op. cit., Tomo I, p. 314 s.

(450) MAGGIORE: op. cit., Volumen IV, p. 370.

nomía de la riña el hecho que nuestro C.P. exija un determinado resultado objetivo grave para su configuración.

204.— IMPROCEDENCIA DE LA LEGITIMA DEFENSA

No procede la legítima defensa para ninguno de los partícipes en la riña, ya que se trata de una delito que tiene una naturaleza y un arranque agresivos e ilícitos. La riña supone un intercambio de violencias inferidas con ánimo de agredir al contrincante, no de defensa. Es una contienda en la que cada uno de los que riñen están agitados por el doble propósito de ofender al adversario y defenderse de sus reacciones. No hay, pues, agresión ilegítima, requisito fundamental para que el atacado se ampare por la justificante aludida.

Sólo sería procedente la legítima defensa para el que se limita a rechazar un ataque o a separar a los combatientes, como expresa nuestro texto legal.

205.— MORFOLOGIA DEL TITULO

Es la siguiente:

- a).— Riña simple, (Art. 169).
- b).— Riña compleja, (Art. 170, segundo párrafo).

RIÑA SIMPLE

Art. 169.— “EL QUE HUBIERE PARTICIPADO EN UNA RIÑA DE LA QUE HAYAN RESULTADO MUERTE O LESIONES GRAVES, SERA POR EL SOLO HECHO DE LA PARTICIPACION, REPRIMIDO CON PRISION NO MAYOR DE DOS AÑOS, SALVO QUE SE HUBIERE LIMITADO A RECHAZAR UN ATAQUE O A SEPARAR A LOS COMBATIENTES”.

COMENTARIO

206.— FUENTE

El codificador peruano parece haberse inspirado en el Art. 122 del Anteproyecto suizo de 1916. Creemos que también le ha servido de fuente el Art. 149, último párrafo, del Proyecto pe-

ruano de 1916. El precedente legislativo nacional está en el Art. 252, segundo párrafo, del C.P. abrogado.

207.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** puede ser cualquiera de los que hayan tomado parte en la lucha tumultuaria y recíproca, salvo, como dice la ley, que el individuo se hubiese limitado a rechazar un ataque (legítima defensa propia), o a separar a los combatientes (legítima defensa de tercero).

La figura en estudio concreta la comisión de un delito colectivo que requiere la intervención de no menos de tres personas. La interpretación del texto del Art. 170 del C.P. (“concurso de acciones de violencia”) nos permite llegar a dicha conclusión. Nuestro documento codificado, a diferencia de otros cuerpos de leyes penales, no precisa el número mínimo de partícipes en el delito de riña (451).

(451) CARRARA, MANZINI y PANNAIN sostienen que basta con dos personas. ALTAVILLA y MAGGIORE opinan que es exigible por lo menos tres personas. Creemos, con MAGGIORE, que es una grave equivocación concebir una riña entre sólo dos individuos. La razón filológica que nos da este autor no nos convence, en cambio la jurídica sí. Dice el Profesor de la Universidad de Palermo, comentando el Art. 588 del C.P. italiano, que “por el aspecto lingüístico, ‘riña es una contienda de hecho, cuando se golpean uno contra otro, o alguno contra algunos, solamente por movimiento de ira o de mala voluntad, y se llama vulgarmente pendencia, reyerta o altercado’ (TOMASEO y BELLINI, *Diz. della lingua ital.*)”. En realidad, este argumento filológico abona más bien la posibilidad de que se dé la riña de dos personas. Luego continúa MAGGIORE: “Por el aspecto jurídico hay que observar que la ley no habría sentido la necesidad de crear un delito aparte, como la riña, para castigar una lucha entre sólo dos personas, cuyas responsabilidades pueden individualizarse, por eso mismo. Cuando dos personas contienden, o quieren injuriarse, amenazarse o herirse, y por lo tanto pueden responder eventualmente de sus recíprocas injurias, amenazas o lesiones (consumadas o tentadas), con la situación precisa de parte culpable o de parte lesionada, la una respecto a la otra, la ley no tiene necesidad de crear un delito especial para castigarlas. Si configura *ad hoc* el delito de participación en riña, es porque, en la incertidumbre de la responsabilidad de cada persona, indiscernible a causa de la contienda, le parece conforme con la justicia castigarlas por el solo hecho de haber tomado parte en la riña. El uso del indeterminado ‘alguno’ demuestra precisamente esa incertidumbre” (op. cit., Volumen IV, p. 368). Entre los Cs. Ps. latinoamericanos demandan la participación de **más de dos personas**, los siguientes textos: Argentina (Art. 95 y 96) y Ecuador (Art. 437). Exigen **más de tres personas**: México (Art. 308). **No indican número de personas**: Brasil (Art. 137 del C.P. de 1940; igualmente los Arts. 140 y 141 del C.P. de 1969, todavía sin vigor), Chile (Arts. 402 y 403), Paraguay (Art. 344) y Uruguay (Art. 323).

b).— **Sujeto pasivo** puede ser cualquiera que haya participado en la riña y que resulte agraviado físicamente. Si bien es cierto que a todos los intervinientes se les considera como agresores, también es verdad que no puede sostenerse la inexistencia de sujeto pasivo en el delito de riña. La presencia del aludido sujeto se determina tomando como punto de referencia el resultado. La riña, en nuestro ordenamiento jurídico, es un delito de **daño**, razón por la que se exige para su sanción una consecuencia lesiva concreta. Opina MAGGIORE, al comentar el Art. 588 del C.P. italiano, que la riña es un delito de peligro (452). Este criterio del Profesor de la Universidad de Palermo encuentra sustento suficiente en el hecho que el mencionado texto italiano castiga la mera circunstancia de la participación, sin condicionar la aplicación de pena a la producción de un resultado dañoso.

Pensamos que si la riña hubiese sido prevista en la legislación nacional como un delito de peligro, no por tal motivo dejaría de haber sujeto pasivo. En caso de no resultar agraviada una persona física concreta, siempre en la hipótesis negada que fuere en el C.P. de 1924 un delito de peligro, sujeto pasivo entonces sería el Estado, visto desde aquí como un ente público que siente frustrada su función de prevenir o evitar que la vida, la integridad física y la salud de las personas queden expuestas a correr riesgos. Por otro lado, advertimos que la riña, como ilicitud de menor rango (simple contravención), sí es un evento de peligro desde que el Art. 393, Inc. 7º, del C.P. la sanciona como una **falta** contra el orden público.

La calidad de sujeto pasivo, pues, se determina aquí a **posteriori** de la riña. En este sentido, tenemos que concluir que el sujeto lesionado gravemente en la riña no podrá ser considerado, además de sujeto pasivo, también sujeto activo en la misma figura comentada.

208.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Que la lucha haya sido tumultuaria y recíproca entre tres o más personas.** La agresión tiene que ser confusa y desordenada, con carácter de reciprocidad entre los partícipes. Este elemento del delito descarta la existencia de una agresión personali-

(452) MAGGIORE: op. cit., Volumen IV, p. 367.

zada, es decir, aquella que estuviere dirigida contra un individuo específicamente elegido. En caso contrario estaríamos frente a una hipótesis de homicidio intencional, o de lesiones intencionales, situaciones en las que serían aplicables las reglas de la participación (Art. 100 del C.P.).

Por otro lado, no importa si el desarrollo de la contienda tiene un escenario público o privado. En cuanto a la motivación de la riña, que puede ser ética o no, social o antisocial, por ejemplo, está claro que sólo sirve como circunstancia genérica para graduar la pena (Art. 51 del C.P.).

Escribe PUIG PEÑA, con relación al elemento del delito que nos ocupa, que el Tribunal Supremo de España ha declarado, en una sentencia de fecha 22 de Marzo de 1941, que la riña confusa y tumultuaria se produce cuando existe **un acometimiento mutuo entre dos bandos o grupos que, mezclándose entre sí, hace que se dificulte el poder distinguir y apreciar la conducta de cada uno de los partícipes**. Con arreglo a este criterio, el mencionado Tribunal ha entendido que no existe riña tumultuaria en los siguientes supuestos:

1).— Cuando no hay confusión, como sucede en caso que la lucha sea limitada i directa entre cuatro individuos, peleando entre sí dos de cada parte, de un modo conocido y distinto.

2).— Cuando hay concierto previo, pues el concierto expreso o tácito entre alguno o algunos de los contendientes, anterior o de momento, para agredir a otro u otras personas, impide que sea aplicada la sanción especial de la riña.

3).— Cuando solamente existe agresión de una parte. La riña, según MANZINI, no debe confundirse con la agresión. El agredido o agredidos que permanecen inactivos o que reaccionan por legítima defensa, no riñen. Con arreglo a este criterio, anota PUIG PEÑA, el Tribunal Supremo de España ha declarado que es inexistente la riña en caso que no haya acometimiento mutuo, lo cual ocurre cuando varias personas atacan todas juntas a otra (453).

b).— **Que resulte muerte o lesiones graves.** Se deduce del texto legal que si la consecuencia de la riña fuere una de las lesio-

(453) PUIG PEÑA, FEDERICO: **Derecho Penal**, Tomo III, Parte Especial, Volumen I, Ediciones Nauta S. A., 1959, p. 396.

nes denominada menos grave (llamada también lesión **simple**), en tal caso no habrá delito, sino una falta contra el cuerpo o la salud (Art. 385 del C.P.). En la hipótesis que no aconteciere resultado lesivo alguno, el hecho será impune como delito, pero sí se sancionará, según ya hemos advertido, como falta contra el orden público (Art. 393, Inc. 7º), desde que nuestro C.P. ha previsto como una infracción punible menor el solo hecho de haber participado en la riña (“aunque de ella no resultare lesión”, dice erróneamente la ley, por lo que la frase debemos interpretarla así: “**siempre** que de ella no resultare lesión”). Interesa, para poder castigar la participación en riña como delito, que se produzcan violencias de las cuales provengan muerte o lesiones graves. Por esta razón sostenemos que la participación en riña es un delito de resultado dañoso o lesivo.

c).— **Que no conste quien causó individualmente la muerte o las lesiones graves.** Es la característica más importante de la riña y que explica su naturaleza tumultuaria y recíproca. Si la identificación del agresor se produjera como si fuere el autor cierto de la muerte o de las lesiones graves, o de las violencias idóneas sobre la víctima para producir cualquiera de los dos resultados, entonces se aplicarán los tipos y las penalidades del homicidio y de las lesiones graves. Esta identificación hace desaparecer el delito de riña. En tal caso se castigarán, inclusive, las lesiones menos graves atribuibles concretamente a sus autores individualizados. En nuestra opinión, según lo que tenemos expuesto, la figura de la riña aparece como subsidiaria del homicidio y de las lesiones graves, desde que la primera sólo se aplica en defecto de las individualizaciones que permitan subsumir los hechos en estos dos últimos tipos.

d).— **Que se identifique a los que participaron en la riña.** Observemos con cuidado que no decimos que se identifique a los que ejercieron actos de violencia o agresión, sino, a los que “participaron” en la riña. Participar significa aquí tanto como tomar parte activa en el desenvolvimiento de la riña, compartiendo u operando, cuando menos, de algún modo en la lucha (454). En un sentido más amplio, explica MAGGIORE que participar quiere decir concurrir en la riña con cualquier aportación de energía física o moral, ya mezclándose materialmente en la contienda, ya instigando,

azuzando o ayudando, pero siempre de manera contextual con el hecho (455). Nuestra ley no especifica los modos y formas de participación, exigiendo sólo que se tome parte activa en la riña (455 bis).

e).— **Dolo.** Consiste aquí en la conciencia y voluntad de participar en la riña realizando actos de agresión física. La forma negligente es impune por no encontrarse expresamente prevista, opinión que es conforme a la sistemática ítalo-suiza que nuestro texto punitivo adoptó en materia de culpa.

209.— INTERVENCION EN RIÑA AJENA

El Art. 169 *in fine* se refiere a los que, siendo terceros en relación a la riña, intervienen para separar a los combatientes tumultuarios. Tales personas no tienen la calidad de partícipes en la riña y, por tanto, como ya vimos, pueden defender a otros y defenderse ellos mismos de una manera legítima. Si el tercero a la riña fuere agredido en la pelea recíproca, confundiéndosele con un co-reñidor, no cabe duda que su muerte o la lesión grave que se le cause también se tomará en cuenta como condicionante para la existencia de esta figura delictiva. La identificación del autor concreto del eventual agravio ocasionado al tercero a la riña remitirá el caso al tipo delictivo y penalidad que le correspondan. No olvidemos que, de conformidad con el Art. 84 del C.P., el delito es punible aun cuando "sea distinta la persona a quien se propuso ofender" el agente.

210.— ¿CONDICION OBJETIVA DE PUNIBILIDAD?

Creemos que el resultado grave no es una circunstancia objetiva o exterior que se encuentre desvinculada de la acción delictiva. En nuestro criterio, se trata más bien de un elemento normativo del tipo, desde el momento que su presencia exige una valoración jurídica, por parte del juzgador, para establecer si existe o no realmente tipicidad.

(455) MAGGIORE: op. cit., Volumen IV, p. 370.

(455 bis) "En el delito de riña no interesa que alguno o algunos de los co-reñidores no sean identificados, desde que se trata de un delito típicamente colectivo en el que concurren pluralidad de sujetos a cargo de los cuales, por el solo hecho de la participación, recae la responsabilidad penal por las consecuencias lesivas de la misma y precisamente por no haber individualizado al actor. Participar en un riña es concurrir a ella con cualquier aportación física o moral, pero de manera contextual, consciente y voluntaria" (Ej. Sup. 6-3-73, en *Rev. de Jur. Per.*, p. 874).

211.— PENALIDAD

La sanción es de prisión no mayor de dos años ni menor de dos días. Pudiera parecer desmesurada la pena si se tiene en cuenta que se castiga “por el solo hecho de la participación”, sin serle atribuible, en forma alguna al agente, cualquiera de los resultados graves consignados por la ley.

RIÑA COMPLEJA

Art. 170.— “CUANDO LA MUERTE O LAS LESIONES QUE RESULTAREN DE UNA RIÑA HUBIESEN SIDO PRODUCIDAS POR UN CONCURSO DE ACCIONES DE VIOLENCIA SOBRE LA VICTIMA, SERAN REPRIMIDOS CON LA PENA DEL DELITO TODOS LOS QUE PRACTICARON DICHAS ACCIONES DE VIOLENCIA SOBRE ESTA. CUANDO NO CONSTARE QUIENES PRACTICARON ESTAS ACCIONES O QUIEN CAUSO EN MEDIO DE LA RIÑA INDIVIDUALMENTE LA MUERTE O LA LESION, SE TENDRA POR AUTORES A TODOS LOS QUE EJERCIERON VIOLENCIA SOBRE LA VICTIMA Y SE APLICARA PENITENCIARIA O PRISION NO MAYOR DE SEIS AÑOS, EN CASO DE MUERTE, Y PENITENCIARIA NO MAYOR DE CUATRO AÑOS O PRISION NO MAYOR DE CUATRO AÑOS NI MENOR DE UN AÑO, EN CASO DE LESION”.

COMENTARIO

212.— FUENTE

El primer párrafo del Art. 170 procede del Art. 95 del C.P. argentino. El segundo párrafo tiene su origen en el Art. 237 del C.P. abrogado de 1863.

213.— DENOMINACION

Habiendo membretado nosotros “riña simple” a la figura contenida en el Art. 169 del C.P., creemos que no existe inconveniente alguno para designar con el nombre de “riña compleja” a la hipótesis legal contemplada en el segundo párrafo del Art. 170 del C.P. El penalista PEÑA CABRERA utiliza un dilatado rótulo:

“Concurso de acciones de violencia que ocasionan muerte o lesiones sobre la víctima” (456).

214.— SUPUESTOS PREVISTOS

La ley concreta dos situaciones que son distintas y excluyentes entre sí:

a).— **Cuando se identifican a los autores de violencias idóneas para producir un resultado grave.** Este supuesto se encuentra contemplado en el primer párrafo del Art. 170 del C.P. No es, definitivamente, una figura delictiva. En nuestro concepto, se trata de una norma de remisión. El Juez Instructor inició sus investigaciones partiendo de la ocurrencia de una lucha súbita y tumultuaria, contienda que terminó con muerte o lesiones graves de alguno o algunos de los partícipes; pero resulta que las pruebas actuadas le han permitido individualizar a los autores de las violencias idóneas para producir tan graves resultados. La aplicación de la norma de remisión, que regula tal supuesto, nos conduce a subsumir los hechos en tipos delictivos que descartan la posibilidad de encuadrarlos como si fueran delitos de riña. No otra cosa significa la frase . . . **“serán reprimidos con la pena del delito . . .”**. Siendo el caso que el primer párrafo del Art. 170 no señala pena alguna, en consecuencia no puede afirmarse que los sujetos identificados como autores de actos de violencia idóneos para producir un resultado grave sean realmente autores del delito de riña. Por otro lado, no creemos que la voluntad de nuestra ley comentada sea la de aplicar solamente “la pena del delito” (homicidio o lesiones graves), pero no así el tipo correspondiente. La identificación de los autores de las concurrentes acciones de violencia idóneas o aptas para generar una consecuencia grave (la misma que se ha realizado), tiene un efecto destipificante con respecto al delito de riña. **A fortiori**, tendrá lugar la aludida destipificación cuando constare “quien causó en medio de la riña **individualmente** la muerte o lesión”. No cabe duda que las dos frases iniciales del segundo párrafo del Art. 170 abonan en favor de nuestra interpretación y contribuyen a precisar mejor los contornos de esta **sui generis** situación prevista en el primer párrafo de la norma en comentario.

Esta primera parte del texto estudiado constituye, desde nuestra perspectiva, una interpretación auténtica contextual. Es

así como la ley quiere indicar cuándo no existe ya la figura de la **riña compleja**, allí mismo donde, antes de actuarse las pruebas esclarecedoras que permitieron las posteriores identificaciones, pareció que la había.

La destipificación en referencia, motivada por la individualización de los autores de las acciones de violencia idóneas para producir un resultado grave, técnicamente trae consigo que se excluya la aplicación del Art. 169 a los partícipes no agresores. Claro está que si **también** se identificara a los autores del delito de lesiones menos grave, en tal caso habrá que aplicarles el tipo y penalidad correspondientes a dicha infracción punible (456 bis).

b).— **Cuando se identifican nada más que a los autores de violencias inidóneas para generar una consecuencia grave.** Esta sí es una figura delictiva que nuestra ley prevé en el segundo párrafo de su Art. 170. Se presenta cuando la investigación judicial ha fracasado en su propósito de identificar a quién o quiénes ejercieron sobre la víctima acciones de violencia idóneas para producir un resultado grave, o en precisar quién causó en medio de la riña individualmente la muerte o la lesión. El proceso judicial, por tanto, sólo ha permitido individualizar a aquellos sujetos que descargaron violencias **no idóneas** para matar o lesionar gravemente.

La ley peruana tiene una redacción anfibológica en el texto comentado. Aparentemente existiría una contradicción cuando en el segundo párrafo se dice, por un lado, que “no constare quiénes practicaron estas acciones” (de violencia), y, por otro, que “se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la víctima”. Pensamos que la voluntad de la ley queda explicitada con cierta claridad si clasificamos a las violencias, en función del resultado, en **idóneas** e **inidóneas**. Sin esta distinción el texto legal se presenta ininteligible.

(456 bis) El Maestro BRAMONT ARIAS estima como un error conceptual la frase “todos los que ejercieron violencia sobre la víctima”, opinando que la misma debe entenderse como si dijera “todos los que participaron en la riña”, ya que no consta quiénes practicaron los actos de violencia (La Ley., op. cit., p. 79). En este aspecto nos permitimos discrepar de su interpretación. No cabe duda que la frase legal en cuestión es oscura; pero, de aceptar la sugerencia del Profesor sanmarquino, resultaría que “todos los que participaron en la riña” serían punibles dos veces: a) de acuerdo con el Art. 169; y, b) de conformidad con el Art. 170, segundo párrafo, sin que nada permita distinguir una participación de otra, puesto, que ambas estarían condicionadas a la producción de un resultado grave (muerte o lesiones). Nuestro punto de vista sobre el tema es que la frase de la discordia debe ser entendida como: “todos los que ejercieron violencias inidóneas sobre la víctima para producir un resultado grave”.

El segundo párrafo del Art. 170 ha sido estructurado sobre la base de que en el respectivo proceso judicial ha quedado ignoto el autor individual de la muerte o lesión grave, o no han sido identificados los autores de las lesiones idóneas para producir el resultado grave. La investigación judicial sólo ha permitido llegar a conocer a los sujetos que ejercieron unas acciones de violencia que, por vía de interpretación, ante la ausencia de una voluntad *expressis verbis* de la norma, concluimos que se trata de las violencias **inidóneas** para generar un resultado grave. Insistimos en decir que no hay otra forma de entender el sentido del dispositivo legal comentado, sin que su texto aparezca contradictorio.

215.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** es el co-partícipe en la riña que ha sido identificado como el autor de acciones de violencia sobre la víctima, agresiones que son calificadas como inidóneas para producir la consecuencia grave (muerte o lesiones).

b).— **Sujeto pasivo** puede ser cualquiera de los co-reñidores que hayan resultado muerto o con lesiones graves.

216.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Que la lucha haya sido tumultuaria y recíproca entre tres o más personas.** Nada tenemos que agregar aquí a lo ya expresado sobre el tema al comentar similar elemento en el estudio del Art. 169.

b).— **Que el resultado de la riña sea muerte o lesiones graves.** Igualmente, remitimos a lo que tenemos expresado en el análisis del texto legal precedente.

c).— **Que no conste quiénes participaron ejerciendo acciones de violencia idóneas para matar o lesionar gravemente.** Si la identificación se produjera, entonces el delito sería de homicidio o lesiones, de acuerdo con el primer párrafo del Art. 170.

d).— **Que sólo conste quiénes ejercieron sobre la víctima violencias inidóneas para producir una consecuencia grave.** Las acciones de violencia aludidas, con sus respectivos autores identificados, deben haber sido descargadas sobre la víctima que resultó muerta o gravemente lesionada, no sobre cualquier otro co-reñidor.

e).— Que el resultado sea atribuído objetivamente al autor co-reñidor que ejerció violencia sobre la víctima. Materialmente el resultado grave debe haber sido generado por alguno o algunos de los partícipes en la riña. Como afirma QUINTANO RIPOLLES, la riña es la **ocasión** y no la **causa jurídica** del resultado grave, habiendo sido realmente dicha causa el acto físico de un ignorado autor, no en perspectiva de progresión, sino en el de una sucesión vicariante (457).

Escribe al respecto PUIG PEÑA que desde antiguo se ha planteado al legislador el problema de castigar el homicidio en riña confusa, teniendo que luchar entre dos opuestos principios: el de que no debe quedar impune ningún homicidio de este tipo, i el principio de la relación de causalidad y personalidad de las penas, con arreglo al cual nadie debe ser penado sino por los hechos que haya cometido. Citando a BERNÁLDO DE QUIROS recuerda que los antiguos Prácticos idearon, para salvar esta situación, la teoría llamada de la **complicidad correlativa**, la misma que consiste en extender la responsabilidad de la persona incógnita a los autores conocidos de los actos concomitantes, agravándola en medida proporcional a la eficacia de los mismos en el evento (458)). Nuestro comentarista CORNEJO, no obstante negar la existencia de una responsabilidad penal derivada de la **complicidad correlativa**, seguramente por la apreciación equivocada que hace de ésta, sostiene que el fundamento de los Arts. 169 y 170 está en que, no conociéndose al autor, los partícipes en la riña son penados por la presunción de que sean responsables del homicidio o de las lesiones, disminuyéndose la penalidad (459).

Enseña JESCHECK que, con respecto al tema de la causalidad, la dogmática alemana más reciente ha acogido los puntos de vista que ofrecen la **teoría de la adecuación** (que persigue decidir a qué condiciones del resultado ha de limitarse en el caso concreto la responsabilidad jurídico-penal en base a un juicio de probabilidad), y la **teoría de la relevancia** (que busca determinar en cada caso, según el sentido del tipo en cuestión, cuál de las causas del resultado tiene mayor importancia en orden a la imputación), puntos de vista que han permitido el desarrollo de una nueva teoría

(457) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado.*, op. cit., Tomo I, p. 320.

(458) PUIG PEÑA: op. cit., Tomo III, Parte Especial, Volumen I, p. 397 s.

(459) CORNEJO: op. cit., Tomo I, p. 54 ss.

denominada de la **imputación objetiva**. El mismo JESCHECK explica que el fundamento de la teoría de la imputación objetiva es la observación, deducida de la esencia de la norma jurídico-penal, que se halla también en la base de la teoría de la adecuación: sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana (en el sentido de la teoría de la condición), cuando **dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico** (460). De acuerdo con esta nueva teoría se advierte que el engarce entre la acción y el resultado no tiene por que ser siempre de naturaleza **causal**, así como también se observa que la relación causal no **basta** siempre para afirmar la responsabilidad jurídico-penal del autor por el resultado producido, pues para el Derecho Penal lo esencial no es la relación de causa a efecto, sino únicamente la cuestión de si el resultado puede ser objetivamente **imputado** al sujeto desde el prisma de una justa punición. De esta manera quedaría distinguida la causalidad científico-naturalista respecto de la **imputación objetiva**. No obstante, JESCHECK indica que son excepcionales los supuestos en los que cabe fundar la imputación objetiva sin ayuda de la causalidad (461). Nosotros pensamos que las hipótesis legales de riña previstas en los Arts. 169 y 170 del C.P., son ejemplos de estos supuestos excepcionales. En los mencionados textos punitivos el resultado grave se atribuye pese a la ausencia de una relación de causalidad entre la conducta del co-reñidor y la muerte o la lesión grave. Tales consecuencias pueden ser objetivamente imputados si se tiene en cuenta que en ambas descripciones típicas (Art. 169 y 170, segundo párrafo del C.P.), no falta un riesgo jurídicamente desaprobado y que el resultado grave no está fuera del ámbito de protección de la norma.

f).— **Dolo**. Consiste en la voluntaria y consciente participación en la riña mediante la ejecución tumultuosa de actos de violencia y recíproca hostilidad.

217.— ¿COMPLICIDAD EN EL DELITO DE PARTICIPACION EN RIÑA?

Los apuntes de clase atribuidos al Prof. ABASTOS (que nunca los autorizó expresamente) dicen que es posible la complicidad en la riña. Nosotros sostenemos un punto de vista contrario. Así,

(460) JESCHECK: op. cit., Parte General, Volumen I, p. 389.

(461) *Ibidem*, p. 379.

por ejemplo, el que no practica acciones de violencia sobre la víctima pero, en cambio, proporciona un cuchillo a uno de los coreñidores (suponiendo que otros también estén armados con instrumentos cortantes, para evitar la identificación del agresor único con arma blanca), no es cómplice de la figura prevista en el Art. 170, segundo párrafo, sino, autor de la infracción punible contemplada en el Art. 169 del C.P. en razón de haber participado en la riña con resultado grave. Si nuestro texto legal ya ha elevado la forma accesoria de participación al rango o grado principal, inclusive condicionando su punición a un determinado resultado, no cabe hablar después de “complicidad”. Afirmar lo contrario sería como sostener la complicidad de la complicidad, lo cual nos parece sencillamente un absurdo.

218.— PENALIDAD

Según hemos examinado, nuestro C.P. en el Art. 170 se ha colocado en dos situaciones diferentes. La **primera**, es aquella en que la investigación judicial ha permitido conocer la identidad del coreñidor y la naturaleza de su participación: el sujeto ha descargado acciones de violencia sobre la víctima que son **idóneas** para producir el resultado grave que se ha derivado. En este caso desaparece el delito de riña (en sus formas simple y compleja), respondiendo el agresor como autor de homicidio o lesiones graves. La **segunda** situación, es aquella en la que no se ha podido llegar a establecer quién o quiénes son los autores de las violencias idóneas para generar un resultado grave, o no se ha identificado a su autor individual, pero sí están señalados los que practicaron sobre el sujeto pasivo actos hostiles **inidóneos** para generar un resultado grave. En este último supuesto la penalidad tiene un carácter promedio entre el **mínimum** del homicidio simple (Art. 150). y el **máximum** de las lesiones menos graves (Art. 166, primer párrafo). En efecto, la penalidad es: penitenciaría o prisión no mayor de seis años ni menos de un año (la ley aquí no señala el mínimo para la prisión), si la consecuencia ha sido la muerte de la víctima; en cambio, la sanción es penitenciaría o prisión no mayor de cuatro años ni menor de un año, en caso que la lesión haya sido **grave** (la ley no hace esta calificación). Ante la aludida ausencia de indicación del mínimo de la pena de prisión, lo hemos establecido en un año mediante un razonamiento lógico: si cuando la consecuencia no es la muerte, **expressis verbis** el mínimo legal es de un año, con mayor razón

operará este extremo de ocurrir el resultado letal. Por otro lado, nosotros hemos calificado las lesiones derivadas de la riña como "graves" teniendo en cuenta que, en caso de ser "menos graves" o simples, la infracción punible cometida sólo es una falta (Art. 385 del C.P.).

TITULO V

DUELO

219.— CONCEPTO

La palabra duelo deriva de la voz latina **duellum**, contracción de **quasi duorum bellum** (casi guerra entre dos).

Haciendo una interpretación a **contrario sensu** de los Arts. 173 y 174 del C.P., podemos presentar la siguiente definición del delito de duelo: es un combate singular entre dos personas con el objeto de dirimir una cuestión de honor, precediendo desafío o reto y contando con la asistencia de dos o más padrinos, mayores de edad por cada parte, quienes se encargarán de elegir las armas y arreglar las demás condiciones del combate (462).

Para SOLER el duelo es un combate singular y con armas, en condiciones de igualdad preestablecidas por terceros y determinado en su realización por un motivo de honor (463).

Suele distinguirse tres clases de duelo:

a).— el **decretorio**, que es el pactado a realizarse hasta que muera uno de los combatientes.

b).— el **propugnatorio**, cuando el propósito que anima a los combatientes reside en la defensa del honor, sin que exista intención de matar; y,

c).— el **satisfactorio**, que se presenta en caso que el ofendido no tenga otro objetivo que conseguir una reparación de la ofensa grave vertida contra su honor, de tal forma que el duelo se realiza

(462) Conformes: JIMENEZ DE ASUA, LUIS; y, ANTON ONECA, JOSE; **Derecho Penal**, Parte Especial, Tomo II, Madrid, 1929, p. 171.

(463) SOLER: op. cit., Tomo III, p. 178.

rá o no, según se niegue o se obtenga dicha satisfacción.

No obstante que la vida humana y la salud son bienes jurídicos de indisponibilidad personal, el Derecho Penal no deja pasar inadvertidos los casos en que, como ocurre con el duelo, el sujeto pasivo de la agresión prestó un relativo y tácito consentimiento a la posibilidad de un ataque tendiente a privarlo de dichos bienes o a ponerlos en peligro (464).

El duelo, actividad profusa hasta el siglo XIX, a pesar de la condena del cristianismo y de la severidad de las sanciones que por entonces tenía señaladas, ha devenido en una costumbre obsoleta. El C.P. colombiano de 1980, por ejemplo, no contiene referencia alguna a esta ilicitud penal subsistente entre nosotros. Advertimos que en el Proyecto de C.P. publicado en el Diario Oficial "El Peruana" (Agosto de 1985), no se prevé el delito de duelo.

Desde el siglo pasado el movimiento legislativo ha oscilado entre estimar al duelo como un delito privilegiado con tipicidad *sui generis*, o considerarlo, en cambio, como un delito común de homicidio o lesiones, según el resultado del combate dual. Constituye una excepción, en el panorama legislativo internacional sobre el delito de duelo, el caso del C.P. uruguayo. Dicho documento punitivo prescribe en su Art. 38 que está exento de pena el duelo que se realiza llenando los requisitos establecidos en la ley de 6 Agosto de 1920, ley ésta que norma un trámite especial para las cuestiones relacionadas con lances de honor.

La tendencia legislativa orientada hacia la tipicidad específica del duelo y su penalidad atenuada, que es la todavía imperante en Latinoamérica, se basa, de un lado, en suponer que este delito está inspirado en la idea noble de considerar al honor como un interés de rango superior a todos los demás bienes; y, de otro lado, en que los combatientes han aceptado tácitamente los actos de agresión, de muy probable realización, provenientes del rival.

La corriente doctrinaria por asimilar el duelo al homicidio o a las lesiones, casi siempre acompañada de impunidad con respecto a la mera participación sin consecuencias graves, se sustenta en un reforzamiento de la autoridad pública para decidir los conflictos de cualquier índole que puedan surgir entre los particulares, así

como también en el hecho improbable de que los duelistas puedan rivalizar en condiciones idénticas, es decir, sin ventaja para alguno de los dos.

Observamos que hoy, por ejemplo, ni la legislación penal francesa, ni la española, consideran al duelo como una figura ilícita especial y atenuada, encontrándose sujeto, por el contrario, a las normas comunes que regulan los delitos de homicidio y lesiones. Así, el Art. 243 del C.P. español sólo se refiere al duelo para decir que su provocación constituye amenaza grave cuando está dirigida a los agentes de la autoridad o a los funcionarios públicos. El Proyecto de Ley Orgánica del C.P. para España (1979) no hace mención alguna al duelo.

En la Argentina, el Proyecto PECO canceló la figura del duelo por considerar su comisión como “una contienda caballeresca sin trascendencia jurídica cuando no causa ni la muerte ni ocasiona lesiones graves” (465). Sostiene el autor del documento prelegislativo que cuando se ha ocasionado una muerte o lesiones graves, sobre todo, si obedecen a puntillas de honor, el hecho debe quedar sometido a las sanciones comunes (466). En cambio, el Proyecto SOLER del año 1979 contiene una detallada descripción de las distintas modalidades de la figura del duelo, sin alguna novedad con relación a las preexistentes en el C.P. de 1921.

La ubicación del duelo, dentro de la sistemática de nuestro C.P. de 1924, nos indica claramente que se trata de un delito contra la vida, el cuerpo y la salud. El texto del Art. 171 (duelo regular) fundamenta la apreciación en el sentido que, para la dogmática peruana, es una infracción punible de **peligro**. Es verdad que nuestro codificador no ha prescrito **expressis verbis**, al describir las figuras delictivas propias del duelo, que dichos preceptos se establecen en función del peligro corrido; pero del enunciado de los dispositivos, que luego estudiaremos, se desprende que la verdadera **ratio essendi** del castigo se encuentra en el riesgo que corrió el bien jurídico protegido, aunque claro está que la sanción es más severa cuando se producen determinados resultados que importan una actualización del peligro.

(465) PECO: op. cit., p. 215.

(466) *Ibíd.*, p. 215.

Siguiendo criterios distintos al que informa nuestra sistemática, otros textos legales consideran el duelo como: un delito contra el orden público (C.P. de Holanda, Arts. 152 al 156); o un ilícito contra la administración de justicia (C.P. de Italia, Arts. 394 al 401); o como una infracción punible perturbadora de la paz (C.P. de Grecia, Arts. 208 al 211).

220.— CARACTERÍSTICAS DEL DUELO

Son las siguientes, tratándose del duelo regular:

a).— **Singularidad.** El duelo es un combate realizado exclusivamente entre dos personas. Aquí radica una de las diferencias con el delito de participación en riña, caracterizándose esta última infracción punible, al contrario, por ser tumultuaria.

b).— **Regularidad.** El duelo está reglado como combate, a pesar de su reconocida ilicitud. El C.P. contiene normas relacionadas con los motivos determinantes, con las armas empleadas, con las condiciones pactadas para su desarrollo y también disposiciones referentes a los padrinos. Dichas circunstancias han sido tomadas en cuenta por el codificador para estructurar los tipos delictivos y graduar las responsabilidades a través de la determinación legal de la pena.

c).— **Desafío-aceptación.** No hay inmediatez en el desafío, tampoco en la aceptación, ni en su realización. Son los padrinos los que deben intervenir para concertar el duelo, ajustar las condiciones para llevarlo a práctica, fijar el tiempo y lugar del combate, luego de agotados los trámites que no pudieron impedir su desarrollo.

d).— **Móvil de honor.** Los motivos innobles no deben inspirar al desafiante, ni al provocador del desafío.

e).— **Uso de armas.** Las armas naturales están descartadas y las artificiales pueden o no ser mortíferas.

f).— **Igualdad de condiciones.** Sobre todo en la calidad de las armas. No debe haber objetivamente ninguna ventaja, a manifestarse en el combate, que haya sido acordada en detrimento del otro duelista.

221.— MORFOLOGIA DEL TITULO

Es la siguiente:

- a).— Duelo regular, (Art. 171).
- b).— Instigación a batirse, (Art. 172, primer párrafo **ab initio**).
- c).— Vilipendio para causa caballeresca, (Art. 172, primer párrafo **in fine**).
- d).— Duelo irregular, (Art. 173).
- e).— Duelo por móvil pecuniario o inmoral, (Art. 174, primer párrafo **ab initio**).
- f).— Deslealtad del duelista, (Art. 174, primer párrafo **in fine**).
- g).— Connivencia de padrinos, (Art. 174, último párrafo).
- h).— Padrinos punibles, (Art. 175).
- i).— Padrinos no punibles, (Art. 176).
- j).— Agravantes específicas, (Art. 177).
- k).— Atenuantes específicas, (Art. 178).

DUELO REGULAR

**Art. 171.— “LOS QUE SE BATIEREN EN DUELO, SERAN REPRIMIDOS CON PRISION NO MAYOR DE TRES MESES, SI NO RESULTARE MUERTE O LESIONES GRAVES.
EN CASO DE RESULTAR MUERTE O LESIONES GRAVES, LA PRISION SERA NO MAYOR DE CINCO AÑOS”.**

COMENTARIO

222.— FUENTE

La ubicamos en el Art. 257 del C.P. abrogado, texto que sólo se diferencia del dispositivo comentado en el **quantum** de penalidad.

223.— SUJETOS

Ambos duelistas tienen la calidad de agente. Cualquier persona puede ser sujeto activo: militar o civil, experto o no en el manejo de armas, con rango social o siendo un ciudadano común y corriente.

224.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Que el duelo sea regular.** Es decir, que reúna las condiciones o notas que ya hemos estudiado: singularidad, desafío-aceptación, móvil de honor, uso de armas artificiales e igualdad en su potencia agresiva y defensiva.

b).— **Que el resultado sea una lesión “menos grave”, o basta con el peligro corrido.** La ley, a efecto de la determinación de la pena, ha previsto expresamente dos resultados: que del duelo derive muerte o lesiones graves de uno de los partícipes; y, que no se produzca alguna de estas consecuencias. La ausencia de cualquiera de los dos mencionados resultados graves no excluye el delito. La ley sanciona aquí tanto el mero hecho de la participación de los duelistas en el combate, como también cuando de su realización se desprenda una de las lesiones denominadas “menos graves” o simples. Está claro, en consecuencia, que no se necesita resultado dañoso alguno desde que es suficiente el riesgo corrido por la vida, el cuerpo o la salud. Si el evento ha sido letal para uno de los duelistas, o su incolumidad física deviene gravemente lesionada, entonces se aplicará el **quantum** de la sanción prevista en el segundo párrafo del texto comentado. En caso contrario (lesiones simples, o peligro corrido), el hecho tendrá que subsumirse en el primer párrafo del Art. 171.

c).— **Dolo.** Está representado por la conciencia y voluntad de batirse, conociendo el duelista que está quebrantando un deber, aunque participando en su realización con el ánimo de respetar las condiciones pactadas por los padrinos.

225.— ¿TENTATIVA PUNIBLE?

El duelo es en nuestra dogmática una figura ilícita de peligro **abstracto**. Consideramos que los actos idóneos orientados, directa o indirectamente, a la realización del combate no constituyen tentativa punible. En caso contrario, estaríamos aceptando que se sancione el peligro (**remotísimo**) que pueda crearse una situación de peligro (**abstracto**).

226.— CONSUMACION

El delito se perfecciona con la iniciación del duelo, es decir, una vez que las partes haya entrado en acción de lucha usando sus

armas agresivamente eficaces contra el adversario, ya sea impidiendo o repeliendo el primer ataque (467). El penalista NUÑEZ, citando a MANZINI, corrobora la tesis de que el duelo es un delito permanente puesto que su consumación se prolonga mientras dura el combate, aun cuando con arreglo a las condiciones pactadas pudiera interrumpirse por períodos de descanso (468).

227.— PENALIDAD

Tratándose del mero hecho de la participación (puro peligro corrido) o de las lesiones “menos graves”, la sanción es prisión no mayor de tres meses ni menor de dos días. Si el resultado es muerte o lesiones graves, entonces la pena es prisión no menor de tres meses ni mayor de cinco años. Estas penalidades pueden ser aumentadas si concurren las específicas circunstancias agravantes señaladas en el Art. 177, o disminuídas si intervienen las específicas atenuantes que se contienen en el Art. 178 del C.P.

INSTIGACION AL DUELO

Art. 172.— “EL QUE INSTIGARE A OTRO A PROVOCAR O ACEPTAR UN DUELO, O EL QUE DESACREDITARE PUBLICAMENTE A OTRO POR NO DESAFIAR O POR HABER REHUSADO UN DUELO, SERA REPRIMIDO:

1º).— CON MULTA DE TREINTA A SESENTA DIAS DE RENTA, SI EL DUELO NO SE REALIZA, O SI, REALIZADO, NO SE HA PRODUCIDO MUERTE NI LESIONES GRAVES;

2º).— CON PRISION NO MAYOR DE CINCO AÑOS, SI RESULTARE MUERTE O LESIONES GRAVES”

COMENTARIO

228.— FUENTE

Este dispositivo emerge del Art. 99 del C.P. argentino de 1921. El texto nacional es idéntico al foráneo que se cita, salvo en

(467) Conformes: NUÑEZ; op. cit., Tomo III, p. 265. SOLER: op. cit., Tomo III, p. 183.

(468) NUÑEZ: op. cit., Tomo III, p. 266.

la penalidad. El precedente legislativo patrio está en el Art. 258 del C.P. abrogado.

229.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** puede ser cualquiera.

b).— **Sujeto pasivo** también puede ser cualquier persona, al no exigir la ley una calidad específica.

230.— FIGURAS DELICTIVAS

El texto en comentario contempla dos hipótesis ilícitas distintas:

a).— Instigación a batirse; y,

b).— Vilipendio por causa caballeresca.

231.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA “INSTIGACION A BATIRSE”

Son los siguientes:

a).— **Que haya instigación al duelo.** Para nuestro C.P. es instigador quien “intencionalmente decidiera a otro” a cometer un delito (Art. 100). El penalista alemán VON LISZT definió la instigación como “la determinación dolosa de otro a un acto punible, cometido dolosamente por el inducido, ya sea este acto un crimen, un delito o una contravención” (469). La esencia de la instigación reside en producir en otro —que debe reunir todas las características y condiciones para ser autor— la resolución efectiva de cometer un hecho ilícito que, al menos, debe ser tentado (470). No obstante, conforme observa FONTAN BALESTRA, al sancionarse aquí la acción de instigar, aunque el duelo no se realice, constituye una excepción a las normas generales por las cuales el instigador sólo es punible cuando el delito ha sido consumado o al menos tentado (471). Esto último, conforme a la regla general, es lo que ocurre en nuestra dogmática con las figuras delictivas correspondientes a la instigación y ayuda al suicidio.

(469) VON LISZT, FRANZ: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Edit. Reus, Madrid, 1929, p. 87.

(470) Conforme: FIERRO, GUILLERMO; *Teoría de la participación criminal*, Ediar, Bs. As., 1964, p. 246.

(471) FONTAN BALESTRA: op. cit., Tomo IV, p. 322.

Creemos que la instigación debe estar orientada a conseguir la realización del **duelo regular**, no así el irregular. Llegamos a esta diferenciación a pesar que el texto comentado no hace distinciones. Nuestro punto de vista se apoya en el hecho que el C.P. no denomina "duelo" al combate irregular, eludiendo tal designación al describir en su Art. 173 a la figura ilícita conocida como **duelo irregular**. Por otro lado, no cabe duda que el duelo irregular está sometido **expressis verbis** a las normas comunes referentes al homicidio y a las lesiones, según el resultado. No hay ninguna razón, pues, para pensar que el instigador de un hecho ilícito común (en el sentido de no estar singularizado en un tipo propio) permanezca al margen del principio general que gobierna la instigación y tenga, en su lugar, un tratamiento especial (472).

b).— **Que la instigación revista la forma de provocar, o la de aceptar un duelo.** El sujeto incitador debe tender con su comportamiento a conseguir determinar la voluntad de una persona para que haga un desafío o duelo, o para que no rechace el reto que se le ha planteado.

c).— **Que el duelo no se realice, o si realizado resulte muerte o lesiones graves, o ninguna de estas dos consecuencias.** El instigador es responsable aun en caso que el duelo no se lleve a cabo. A **fortiori** incurrirá en responsabilidad si efectuado el lance de honor muere uno de los combatientes, o resulte gravemente lesionado, o con lesiones simples, o sin lesión alguna (desde que se trata de un delito de peligro). En otras palabras: el incitador merece reproche tanto si la consecuencia es **única** (nada más que el peligro corrido), o si ha sido **doble** (la muerte o lesiones de uno de los duelistas, además del peligro corrido por el otro).

Indica FONTAN BALESTRA que otra de las consecuencias de encontrarse prevista independientemente esta forma de instigación, es que, en caso de derivarse del duelo resultado lesivo para las personas, la escala penal no es siempre la misma que correspon-

(472) En contra: FONTAN BALESTRA. Sostiene este autor que la disposición alcanza tanto al duelo regular como al irregular, al no hacer distinciones la ley argentina (igual que el texto peruano en comentario). Estima el citado tratadista que "confirma esta interpretación el antecedente legislativo inmediato, que es el Art. 110 del Código de 1886, el que para señalar la penalidad cuando resultan lesiones o muerte, se remite a las escalas fijadas para el duelo regular y el irregular, respectivamente, **según las condiciones en que se verifique**. El Proyecto de 1906 adoptó la fórmula de la ley vigente, por la que se equipara la penalidad para ambas modalidades del duelo" (op. cit., Tomo IV, p. 323).

de aplicarse al hecho cometido por el inducido (473). Así, por ejemplo, los duelistas son sancionados con prisión no mayor de tres meses, si no resultare muerte o lesiones graves (Art. 171, primer párrafo del C.P.); en cambio, al instigador le corresponde, en el mismo supuesto, pena de multa de treinta a sesenta días de renta (Art. 172, Inc. 1^o, en comentario).

d).— **Dolo.** Esta conformado por la conciencia y voluntad de instigar con la finalidad que una persona desafíe a duelo, o acepte el reto.

232.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL “VILIPENDIO POR CAUSA CABALLERESCA”

Son los siguientes:

a).— **Que se desacredite a una persona por no desafiar o negarse a batir.** El sujeto activo desprestigia a la víctima poniendo en tela de juicio su honorabilidad o virilidad por no haber desafiado a duelo, o por haber rehusado batirse. Consideremos que la ley no puede referirse aquí a otro tipo de duelo que no sea el **regular**. El delito será de difamación o injuria, según el caso, si se tratare de vilipendio por no combatir en el llamado **duelo irregular**.

b).— **Que el descrédito sea público.** Significa que, ya sea por el medio de difusión que emplea el agente o por las circunstancias en que se produce el desprestigio, otras personas tomen conocimiento de sus apreciaciones personales o de los comentarios críticos desfavorables que hace respecto al honor de la persona que no desafió o no aceptó el reto. El Profesor SOLER, citando a MANZINI, advierte que tal desprestigio no se da en la sola afirmación de que un sujeto se ha negado a batirse, según suele consignarse en las actas de los retos no aceptados; es necesario que se tome como base el no desafiar o el no batirse para luego **desacreditar**; pero advirtiéndose que fuera de este vínculo ocasional y causal, las manifestaciones o actitudes deben ser en sí mismas constitutivas de descrédito: no se ha batido porque es un cobarde, etc. (474). Se trata, pues, de una verdadera difamación por no desafiar o por no haber aceptado un duelo, con la diferencia que aquí nuestra ley le ha dado una tipificación distinta y especial.

(473) *Ibíd.*, p. 323.

(474) SOLER: *op. cit.*, Tomo III, p. 191.

c).— **Que el duelo no se realice, o si se ha realizado resulte muerte o lesiones graves o ninguna de estas consecuencias.** La hipótesis legal de menosprecio por causa caballeresca es punible aun en caso que el duelo no se realice. Si el combate se efectuara, la ley considera la derivación de un resultado grave como circunstancia calificante de la pena.

d).— **Dolo.** El delito requiere conciencia y voluntad de vilipendiar públicamente por no desafiar a duelo, o por no aceptar un reto. La conducta del agente también puede tener como objetivo final ejercer coacción moral sobre la persona a quien se desacredita para obligarla, de esta manera, a decidirse por el desafío o la aceptación aludidos, en caso que el tiempo transcurrido plantee todavía estas posibilidades.

232 bis.— PENALIDAD

Para cualquiera de las dos figuras estudiadas la sanción es: multa de la renta de tres a sesenta días en caso que el duelo no se realice, o si efectuado sólo resultan las lesiones denominadas “menos graves”; en cambio, la pena es prisión no menor de dos días ni mayor de cinco años, si se produjere muerte o lesiones graves.

DUELO IRREGULAR

Art. 173.— **“LOS QUE SE BATIEREN SIN ASISTENCIA DE DOS O MAS PADRINOS MAYORES DE EDAD Y SIN QUE ESTOS ELIJAN LAS ARMAS Y ARREGLÉN LAS DEMAS CONDICIONES’ SUFRIRAN LAS PENAS COMUNES DEL HOMICIDIO O DE LAS LESIONES GRAVES QUE RESULTAREN. SI NO RESULTAREN MUERTE NI LESIONES GRAVES, SERAN REPRIMIDOS CON PRISION NO MAYOR DE UN AÑO”.**

COMENTARIO

233.— FUENTE

La encontramos en el Art. 155 del Proyecto peruano de 1916. El precedente legislativo nacional está en el Art. 260 del C.P. abrogado.

234.— SUJETOS

a).— **Sujetos activos** son ambos duelistas, en los supuestos que se les sancione ya sea por el solo hecho de haber participado en el combate, o por haberse derivado de su realización exclusivamente lesiones simples (“menos graves”). Si el resultado fuere muerte o lesiones graves, entonces será **sujeto activo** el contendiente que haya causado cualquiera de estas consecuencias.

b).— **Sujeto pasivo** es el duelista muerto o herido gravemente en la lid.

235.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

a).— **Que el combate armado, entre un desafiante y un retado, tenga lugar por un motivo de honor.** La lucha armada entre dos personas, previo desafío y aceptación, para dilucidar una cuestión de honor, son características que no deben estar ausentes en el duelo irregular. El texto comentado, en nuestro concepto, descarta la posibilidad de tipificar como duelo irregular la lucha en que falte alguna de las notas aquí indicadas. Nuestra ley no admite otra ausencia u otras omisiones que las precisadas en el mismo texto comentado. Pensamos que el codificador peruano ha previsto la figura ilícita del duelo irregular asignándole una naturaleza jurídica intermedia entre el duelo regular y una vulgar pelea.

b).— **Que no intervengan padrinos mayores de edad que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del duelo.** La ley penal peruana caracteriza al duelo irregular ya sea por la **no asistencia** de padrinos, o porque cuando éstos efectivamente intervienen resultan menores de edad (menos de 18 años), o no han elegido las armas, o no han arreglado las condiciones de realización del duelo. Creemos, por tanto, que el duelo deviene irregular aunque las armas hayan sido elegidas de antemano y acordadas minuciosamente todas las condiciones en que se desarrollará el lance de honor, si es que estas funciones o tareas no han sido el producto de la gestión de padrinos mayores de edad. En este sentido, nuestra ley asimila a la realización de un duelo **sin padrinos** aquellos casos en que los asistentes sólo tienen la apariencia de tales, ya sea por no tener edad adulta (aun cuando elijan las armas y pacten las condiciones del duelo), o por haber omitido la elección de las armas, o por haberse abstenido de ajustar las condiciones de la lid. El vocablo “asistencia” no sólo debe interpretarse en el sentido de “presencia”, sino también en el de “ayuda” o “asesoramiento”. Los padri-

nos no cumplen, pues, en manera alguna, función decorativa. De una forma directa, o indirecta, la ley prescribe qué es lo que deben hacer y qué les está prohibido realizar para que su participación esté exenta de responsabilidad penal.

Sostiene NUÑEZ, interpretando el Art. 98 del C.P. argentino, similar a nuestro Art. 173, que la ley no ha guardado silencio sobre el **duelo irregular**, sino que lo ha tipificado y prescrito la penalidad respectiva, a pesar que, en su concepto, el mutismo era lo que correspondía para así dejar el hecho entregado a las reglas ordinarias de la delincuencia contra las personas, como la riña entre dos. Piensa el citado penalista que el hecho de batirse sin padrinos no está remitido al sistema legal de las lesiones y del homicidio, pues el envío es a la **pena señalada para el homicida** en el caso del que mata a otro, y a la **pena señalada para las lesiones** en la hipótesis que se causaren lesiones. Insiste en su apreciación sobre el tema cuando afirma concluyente que la remisión a las lesiones y homicidio no es **ad delictum**, sino **ad poenam** (475). Nosotros, en la primera edición de este Tomo I, discrepando abiertamente de la expuesta opinión de NUÑEZ, sostuvimos lo siguiente: "En nuestro concepto, la ausencia de padrinos, o su inidoneidad, o el incumplimiento de sus funciones, hacen que el llamado duelo irregular no sea duelo cuando de su realización se deriven lesiones graves. Producido el resultado grave el hecho queda destipificado como duelo para subsumirse en las figuras de homicidio o lesiones, según la consecuencia". Resultaba, así, en nuestro parecer de entonces, que la figura del duelo irregular quedaba circumscripita a los casos en que no ocurriera muerte o lesiones trascendentales (segundo párrafo del Art. 173). Hoy, manifestamos nuestra concordancia con el raciocinio del mencionado penalista argentino, el mismo que es aplicable a la dogmática peruana en comentario (476).

(475) NUÑEZ: op. cit., Tomo Tercero, p. 278 s.

(476) La opinión del Profesor SOLER sobre el tema, un tanto distinta a la de NUÑEZ, parecía apoyar lo que otrora sostuvimos. Decía el primero de los penalistas argentinos nombrados que "el caso típicamente irregular de duelo está previsto por el Art. 98, para los que se batieren, sin la intervención de padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío. El hecho queda así transformado en una pelea común, en la cual cada combatiente responde por los resultados que cause, y cada uno de los partícipes queda sometido a las reglas comunes. Así, el que matare a su adversario es punible con la pena señalada para el homicidio (C.P., 98, 1º) y el que causare lesiones, con la pena que corresponda a la gravedad de éstas (C.P., 98, 2º)". Más adelante SOLER agregaba: "Esta figura del duelo irregular, según se ve,

Con respecto a la no asistencia de padrinos decía VITERBO ARIAS, examinando el texto del Art. 260 del C.P. abrogado de 1863, que para el legislador peruano es mucho más grave batirse en duelo sin padrinos, que hacerlo con intervención de éstos, lo que parece más conforme con la razón, pues, si se tolera el duelo —que, por mucho que se niegue, tolerarlo es atenuar las penas de los delitos en él cometidos— es conveniente que haya quienes puedan, no sólo mantener lo que podría llamarse la regularidad del acto; sino probar que se procedió con lealtad, y que, en el caso de muerte, no fue este desenlace un vil asesinato (477).

c).— **Que el resultado se traduzca ya sea en un daño o en un peligro.** La consecuencia del duelo puede ser: muerte, o lesiones graves, o lesiones menos graves (simples), o lesiones leves, o un peligro corrido. Los duelistas irregulares son punibles, por consiguiente, también por el único hecho de haber participado en la lid, aunque no derive ningún tipo de lesión. Se advierte que la ley ha asimilado la penalidad que correspondería por un resultado de lesiones “menos graves” a la sanción establecida por el mero hecho de la participación, sin haber seguido el mismo criterio de remisión que instituyó para cuando el producto fuere muerte o lesiones graves. No deja de ser criticable esta solución.

d).— **Dolo.** Conciencia y voluntad de batirse sin seguir todas las formalidades exigidas para la regularidad del duelo.

236.— PENALIDAD

Es la siguiente:

a).— Para los casos de muerte o lesiones graves, se aplican las sanciones indicadas en los tipos de homicidio simple (Art. 150), asesinato (Art. 152, si existiere crueldad, por ejemplo), o lesiones graves (Art. 165), según corresponda.

b).— Cuando resultare lesiones “menos graves” (Art. 166), o se trate simplemente de un peligro presunto, la pena será prisión no mayor de un año ni menor de dos días.

está caracterizada por quitar al hecho todo privilegio, y reducirlo a la condición de homicidio y lesiones. En consecuencia, aquí no sólo se aplican los principios comunes de la participación, sino también los de **tentativa**, exactamente lo mismo que en los demás casos de homicidio y lesiones, si es que **estos** delitos tienen principio de ejecución” (op. cit., Tomo III, p. 187 s.).

INMORALIDAD Y DESLEALTAD EN EL DUELO

Art. 174.— “EL QUE PROVOCARE O DIERE CAUSA A UN DESAFIO, PROPONIENDOSE UN INTERES PECUNIARIO O UN OBJETO INMORAL Y EL COMBATIENTE QUE FALTARE EN DAÑO DE SU ADVERSARIO, A LAS CONDICIONES AJUSTADAS POR LOS PADRINOS, SERAN REPRIMIDOS:

- 1º.— CON PENITENCIARIA NO MENOR DE QUINCE AÑOS, SI SE CAUSARE LA MUERTE;
- 2º.— CON PENITENCIARIA NO MAYOR DE DOCE AÑOS, SI DE PRODUJERAN LESIONES GRAVES;
- 3º.— CON PENITENCIARIA NO MAYOR DE TRES AÑOS, SI NO RESULTARE MUERTE NI LESIONES GRAVES.
EN LAS MISMAS PENAS DE LOS PARRAFOS ANTERIORES INCURRIRAN LOS PADRINOS QUE USAREN CUALQUIER GENERO DE ALEVOSIA EN LA EJECUCION DEL DUELO O QUE LO CONCERTAREN CON CONOCIDA VENTAJA DE UNO DE LOS COMBATIENTES”.

COMENTARIO

237.— FUENTE

La fuente la encontramos en el Art. 156 del Proyecto peruano de 1916. El texto comentado es su transcripción exacta en tipicidad y penalidad. El precedente legislativo nacional está en el Art. 261 del C.P. abrogado.

238.— FIGURAS DELICTIVAS

Son las siguientes:

- a).— Duelo por móvil pecuniario o inmoral.
- b).— Deslealtad del duelista.
- c).— Connivencia de padrinos.

239.— DUELO POR MOVIL PECUNIARIO O INMORAL

Sus elementos constitutivos son los siguientes:

a).— **Provocar o dar motivo a un desafío.** Advertimos que no es suficiente el hecho único de provocar o dar motivo a un desafío para que se configure la hipótesis estudiada. De los tres incisos del texto en comentario se desprende que en el duelo debe “causarse” la muerte, o “producirse” lesiones graves, o “no resultar” muerte o lesiones graves, exigencias todas que dan clara idea que el duelo debe efectuarse. No tendría sentido, de lo contrario, que la ley hiciese exclusivamente referencia a los resultados. Si quedase alguna duda al respecto, pensamos que el **quantum** de la pena señalada y la naturaleza de la misma (penitenciaria) ayudarían a despejarla.

Observamos que el C.P. argentino no ofrece dificultad alguna de interpretación sobre el tema tratado, pues, en su Art. 100, Inc. 1º, que concreta idéntica modalidad delictiva a la examinada, dice que el duelo será reprimido: “Con prisión de uno a cuatro años, si el duelo **no se verificase** o si efectuándose, no resultare muerte ni lesiones”.

b).— **Que el resultado se evidencie en un daño o en un mero peligro.** Nuestra ley no requiere necesariamente un daño (muerte o lesiones) para la punición del hecho. Es suficiente el peligro presunto. El texto legal asimila el resultado de lesiones simples a la no producción de lesión alguna, para los efectos de la penalidad.

c).— **Que exista un interés pecuniario o cualquier otro inmoral.** Nuestro comentarista del C.P. de 1863, VITERBO ARIAS, escribía que la persona que se batía por paga o con el fin de lucrar con la inhabilitación física o la muerte de su adversario, o en interés de alejar o deshacerse de un rival favorecido, no puede acogerse a los motivos de honor que en el concepto público excusan el combate singular; lejos de ser impulsado por sentimientos nobles y capaces de ofuscar, obra con premeditación y por motivos indecorosos, que indudablemente hacen más repugnante su delito y producen mayor alarma social (478).

Por interpretación a **contrario sensu** del primer párrafo del Art. 174 se deduce que el duelo no debe tener otra motivación distinta al **honor**. Enseña SOLER que el duelo se hace irregular también por la conducta de los duelistas, siendo subjetivamente irregular cuando tiene un propósito de interés pecuniario u otro objeto inmoral (479).

(478) *Ibidem*, p. 126.

(479) SOLER: *op. cit.*, Tomo III, p. 188.

d).— **Dolo.** Está significado por la conciencia y voluntad de batirse para alcanzar una finalidad económica o cualquier otro objetivo inmoral que se haya propuesto el duelista; es decir, el agente provocador del desafío a duelo no debe actuar movido por el propósito de dilucidar una cuestión de honor.

240.— DESLEALTAD DEL DUELISTA

Sus elementos constitutivos son:

a).— **Que uno de los duelistas incumpla las condiciones acordadas por los padrinos.** El duelo regular es un combate cuyas condiciones de desarrollo deben ser preestablecidas por los padrinos. La infracción de alguna sola de las condiciones ajustadas transforma el combate en un duelo irregular **sui géneris**, afectando personalmente al duelista que incurra en élla. Es indudable que el luchador que falta a una de las pautas acordadas no sólo está procediendo con deslealtad en provecho de su seguridad personal y en detrimento de la vida o salud de su adversario, sino, que está desvirtuando la motivación honorable que pudiera haber tenido para batirse.

b).— **Que el incumplimiento aludido tenga como consecuencia un daño para el contrincante.** No es suficiente el faltamiento a las condiciones del combate para que se presente la hipótesis legal en estudio; es decir, no basta el peligro presunto creado con el incumplimiento. Es necesario que la transgresión se haya traducido en un daño para la vida, el cuerpo o la salud del adversario, cualquiera que fuere.

c).— **Dolo.** La ley demanda conciencia y voluntad en la infracción de alguna de las condiciones pactadas, con el propósito de causar daño al rival.

241.— CONNIVENCIA DE PADRINOS

Sus elementos constitutivos son:

a).— **Que los padrinos empleen alevosía en la concertación o ejecución del duelo.** Hay alevosía, en general, cuando el culpable intencionalmente busca la idefensión de la víctima y la aprovecha para asegurar el resultado perseguido (480). Para SOLER la alevosía

(480) Conforme: CAMARGO HERNANDEZ, CESAR; *La alevosía*, Bosch, Barcelona, 1953, p. 33.

sía, aplicada al duelo, consiste en cualquier ocultación de la disparidad de condiciones en cuanto a las armas, por obra de la cual uno de los duelistas o los dos se batan, en realidad, en condiciones distintas a las que se suponen, posibilitando así que un combatiente cause al adversario un daño mayor al que la víctima puede normalmente esperar (481). Sostiene VITERBO ARIAS, por su parte, que no es fácil indicar **a priori** los casos en que los padrinos usaron de alevosía en la ejecución o en el arreglo de las condiciones del duelo; pero se comprende que la habría si, por ejemplo, se pacta que una sola de las armas esté cargada y no se deja la asignación de ésta a la suerte, sino que se entrega a uno de los combatientes. También en el caso que los padrinos se reservasen el derecho de señalar el puesto en el campo de honor a los duelistas y le asignasen a uno de los lidiadores el lugar menos aparente para la seguridad de su vida (482).

No cabe duda que, estando a los términos de la ley comentada, de existir alevosía, la misma tendría que ser imputable a "los padrinos". No es dable, en consecuencia, hablar aquí de la alevosía de **un** padrino.

b).— **Que la alevosía sea en ventaja de un combatiente.** Del favorecimiento de un combatiente se desprende, por lógica, el perjuicio para el adversario. Para que se configure esta hipótesis legal no es necesario que la ventaja acordada se traduzca en un resultado dañoso. Ni siquiera se requiere una lesión leve como consecuencia desde que el último párrafo del texto comentado da a entender que basta el peligro presunto. Lo que sí constituye presupuesto indispensable es la realización del duelo, cualquiera que fuere su consecuencia (dañosa o peligrosa).

c).— **Dolo.** Conciencia y voluntad en cada uno de los padrinos de haberse puesto de acuerdo para colocar en desventaja a un determinado duelista, en perjuicio de su esperada seguridad personal, dadas las circunstancias del lance de honor.

(481) SOLER: op. cit., Tomo III, p. 189.

(482) VITERBO ARIAS: op. cit., Tomo 3º, p. 119.

242.— PENALIDAD

Para cualquiera de las tres figuras ilícitas, es la siguiente:

a).— Penitenciaría no menor de quince años ni mayor de veinte, si se causare muerte.

b).— Penitenciaría no mayor de doce años ni menor de uno, si se produjere lesiones graves.

c).— Penitenciaría no mayor de tres años ni menor de uno, si resultare lesiones “menos graves”, o lesiones leves, o simplemente peligro presunto.

La “connivencia de padrinos” se sanciona con las mismas penas indicadas para los duelistas, según las consecuencias del lance de honor.

PADRINOS PUNIBLES

Art. 175.— “LOS PADRINOS QUE CONCERTAREN UN DUELO A MUERTE, O EN CONDICIONES TALES QUE DE ELLAS DEBIERA RESULTAR LA MUERTE, SERAN REPRIMIDOS CON LAS MISMAS PENAS DE LOS DUELISTAS”.

COMENTARIO

243.— FUENTE

La encontramos en el Art. 157 del Proyecto peruano de 1916. El precedente legislativo nacional está en el Art. 259, Inc. 2º del C.P. abrogado.

244.— SUJETOS

a).— **Sujetos activos** son los padrinos de cada duelista.

b).— **Sujetos pasivos** son los dos combatientes.

245.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Que los padrinos acuerden un duelo a muerte, o en condiciones tales que de las mismas deba derivarse un resultado letal.** El ajuste de un duelo a muerte no lo convierte en irregular. Más

bien constituye una hipótesis legal según la cual la intervención de los padrinos deviene expresamente punible. Como dice FONTAN BALESTRA, se castiga a los padrinos por el hecho de haber concertado un duelo a muerte, careciendo este acuerdo de significación para calificar la conducta de los duelistas (483). Pensaba VITERBO ARIAS que concertar un duelo a muerte no es propiamente arreglar un lance de honor, sino, preparar un homicidio. En realidad esta opinión no traducía la interpretación de la ley, sino, su repudio a tal hecho. Luego agregaba, con indudable acierto, que si se escogía como arma de combate aquella cuyo manejo fuere familiar sólo a uno de los duelistas, se habría pactado la lid en condiciones especialmente ventajosas para uno de los combatientes y en perjuicio del otro (484).

b).— **Que el duelo se produzca, cualquiera que fuera su resultado.** Enseña SOLER que por “duelo a muerte” no debe entenderse el combate del cual **resulte** una muerte, sino el duelo expresamente **concertado** en esa condición, o acordado en condiciones tales que de ellas debiera resultar la muerte, ya sea por la calidad de las armas, la forma en que las mismas habrían de ser empleadas, por el tiempo durante el cual habría de prolongarse la lucha, etc. (484 bis). Por su parte NUÑEZ opina, acertadamente, que el **concerto** expreso o implícito del “duelo a muerte” ya es punible si es que el hecho se **realiza**, aunque no tenga resultados o no los tenga mortales. Si se verificare la muerte de uno de los combatientes, el hecho delictuoso se agrava (485). Para ser punibles los padrinos que concertaron un “duelo a muerte”, en consecuencia, se necesita que el duelo se efectúe. La realización del duelo opera aquí como una condición objetiva de punibilidad. En el caso hipotético que los dos duelistas mueran, su consecuencia no será la de duplicar el hecho para dar lugar, así, a un concurso real de delitos (486).

c).— **Dolo.** Conciencia y voluntad de ajustar un duelo hasta que se produzca la muerte de uno de los duelistas.

(483) FONTAN BALESTRA: op. cit., Tomo IV, p. 328.

(484) VITERBO ARIAS: op. cit., Tomo 3º, p. 120.

(484 bis) SOLER: op. cit., Tomo III, p. 192.

(485) NUÑEZ: op. cit., Tomo III, p. 274 s.

(486) Conformes: SOLER; op. cit., Tomo III, p. 193. FONTAN BALESTRA: op. cit., Tomo IV, p. 238.

246.— PENALIDAD

El dispositivo comentado establece que la pena de los padrinos será la misma que la correspondiente a los duelistas; es decir, la sanción no es otra que la señalada en el Art. 171 del C.P., que es prisión no-menor de tres meses ni mayor de cinco años.

PADRINOS NO PUNIBLES

Art. 176.— “FUERA DE LOS CASOS EXPRESADOS EN LOS ARTICULOS ANTERIORES, NO SERAN PUNIBLES LOS PADRINOS NI LOS MEDICOS QUE ASISTAN AL DUELO, A NO SER QUE HUBIESEN EXCITADO A LOS ADVERSARIOS A BATIRSE”.

COMENTARIO

247.— FUENTE

La ubicamos en el Art. 158 del Proyecto peruano de 1916. Al respecto no existe el precedente legislativo nacional. El C.P. abrogado de 1863 establecía la responsabilidad de los padrinos en cualquiera de las circunstancias que intervinieren, sancionándolos ya sea con la pena de los autores materiales, o con la correspondiente a los instigadores calificados, o con la de los cómplices, según los casos (Art. 259).

248.— IMPUNISMO DE LOS PADRINOS

Los padrinos son impunes cuando no emplean alevosía en perjuicio de alguno de los duelistas (Art. 174 *in fine*), o cuando no consientan el duelo a muerte de manera expresa o tácita (Art. 175), o cuando no han “excitado”, es decir, instigado a los duelistas a batirse (Art. 176).

La intervención de los padrinos mayores de edad es condición **sin qua non** para que el resultado grave del duelo se sancione con una penalidad atenuada impuesta a los combatientes. La ley, con mucha lógica, declara en principio impune a los padrinos, salvo los casos excepcionales que ya hemos estudiado. Sería contraproducente que nuestro texto legal prescribiese la responsabilidad penal de los padrinos por el solo hecho de su mediación, y al mismo tiempo demandase su intervención asistencial como una garantía de regularidad en la realización del duelo.

La impunidad también alcanza a los médicos que, atendiendo a un requerimiento, asistan al duelo con el fin de cumplir eventualmente con su deber profesional. La ley no exige la presencia de otros profesionales sanitarios en las circunstancias en que se desarrolla la lid caballeresca.

El fundamento de la impunidad de padrinos y médicos no es otro que la búsqueda de una garantía suficiente para la vida, integridad física y salud de los duelistas. Si este objetivo queda contradicho, como en el caso de haber instigado a los contrincantes a batirse, es explicable la punibilidad de sus comportamientos no asistenciales.

AGRAVANTES ESPECIFICAS

Art. 177.— “EL JUEZ PODRA A SU JUICIO AUMENTAR LA REPRESION DE LOS QUE SE BATIEREN EN DUELO, HASTA UN TERCIO SOBRE EL MAXIMO QUE CORRESPONDA AL DELITO, EN LOS CASOS SIGUIENTES:

- 1o.— AL QUE HUBIERE DESECHADO EXPLICACIONES SUFICIENTES O SATISFACCION DECOROSA DE SU ADVERSARIO O SE HUBIERE NEGADO A DARLAS;
- 2o.— AL QUE NOTORIAMENTE TUVIERE HABITO DE RETAR O DE BUSCAR OCASIONES DE REÑIR;
- 3o.— AL QUE HUBIERE INJURIADO O ULTRAJADO CON EL PROPOSITO EVIDENTE DE OCASIONAR EL DUELO”.

COMENTARIO

249.— FUENTE

La encontramos en el Art. 159 del Proyecto peruano de 1916. El precedente legislativo nacional está en el Art. 261 del C.P. de 1863.

250.— CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECIFICAS

El texto legal en comentario ha previsto, en sus tres incisos, circunstancias especiales que resultan muy atendibles para aumentar la penalidad de los duelistas. Sin embargo, observamos que es-

te dispositivo legal no tiene carácter imperativo, sino, **facultativo**. Depende del arbitrio judicial aplicarlo, o abstenerse de hacerlo así. La fórmula “El Juez podrá a su juicio . . .”, no deja duda sobre la naturaleza optativa de la prescripción.

El duelista que rechazó las explicaciones razonables suficientes de su adversario, o se hubiere negado a darlas cuando eran esperadas, o tuviere costumbre de retar, o fuere manifiestamente pendenciero, o hubiere buscado intencionalmente la ocasión de ser desafiado, es un sujeto que no sólo está poniendo en entredicho el móvil del honor que debe inspirar la lid caballeresca, sino, está evidenciando también peligrosidad. Para nuestra ley resulta incuestionable, por ejemplo, que el comportamiento del duelista proclive a los actos de agresión constituyó el factor determinante para la realización del duelo, combate que, de no haber mediado esta circunstancia detallada en la ley examinada, hubiese sido perfectamente evitable.

251.— PENALIDAD

Es realmente excepcional. Advertimos que se trata del único texto de nuestro ordenamiento jurídico-penal que permite al arbitrio judicial la elevación de la pena hasta un tercio sobre el **máximo** correspondiente al delito; es decir, para este caso, sobre el **cuantum** de la pena señalada en el Art. 171 del C.P.

ATENUANTES ESPECIFICAS

Art. 178.— “EL JUEZ PODRA A SU JUICIO DISMINUIR LA REPRESION DE LOS QUE SE BATIEREN EN DUELO, HASTA LIMITES INFERIORES AL MINIMUM LEGAL:

- 1º.— AL INJURIADO O ULTRAJADO QUE SE BATIENE POR NO HABER PODIDO OBTENER DE SU OFENSOR SATISFACCION DECOROSA;**
- 2º.— AL QUE SE BATIENE POR GRAVE OFENSA INFERIDA A SUS PADRES, HIJOS O ESPOSA;**
- 3º.— AL QUE SE BATIENE POR HABER DESECHADO SU ADVERSARIO LA SATISFACCION DECOROSA DEL AGRAVIO;**
- 4º.— A LOS COMBATIENTES QUE HUBIEREN PROCURADO PRECAUCIONES PARA EVITAR EL PELIGRO DE MUERTE”.**

COMENTARIO

252.— FUENTE

La ubicamos en el Art. 160 del Proyecto peruano de 1916. El precedente legislativo nacional está en el Art. 262 del C.P. de 1863.

253.— CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES ESPECIFICAS

Es de justicia que la ley faculte al juzgador a reducir excepcionalmente la penalidad cuando el duelista, contrariamente a su voluntad, se ha visto arrastrado a la lucha. La necesidad de obtener una reparación moral inmediata por medio de las armas, y no un ánimo pendenciero, puede obligar a batirse al duelista que no ha recibido del ofensor una explicación suficiente para poner a salvo su dignidad que sintió mellada (Inc. 1º). Igual minorante es aplicable a quien se bate por haber desestimado su contrincante las explicaciones suficientes que dio en reparación del presunto agravio, viéndose obligado a lidiar ante el temor de ser reprochado como un cobarde (Inc. 3º).

La ley no ha dejado de considerar el móvil defensivo del honor, perteneciente aquí a los próximos parientes, que inspira la conducta del que se ve compelido a batirse por una grave ofensa causada a cualquiera de sus padres, hijos, o esposa (Inc. 2º).

En realidad, no comprendemos cabalmente cómo los duelistas puedan procurar precauciones por iniciativa propia en el calor de un lance, a sable por ejemplo, que estén destinadas a evitar un peligro de muerte en beneficio de su adversario (Inc. 4º). En un duelo concertado a muerte con armas de fuego, por ejemplo, no es dable esperar que un combatiente tome precauciones en favor de la vida de su colidante y exponga, en cambio, a peligro la propia dejándola a merced de su contrincante. Si entre las condiciones ajustadas por los padrinos no aparece el duelo a muerte, el combatiente está obligado a respetar la vida de su colidante bajo pena de ser considerado autor del delito de “deslealtad en el duelo” (Art. 174, inc. 1º). Creemos que la minorante estudiada no es aplicable en ninguna de las dos hipótesis apuntadas. Pensamos que procedería, más bien, si el combatiente, por ejemplo, dio expresas indicaciones a su padrino para que la lucha en manera alguna fuera ajustada a muerte. Asimismo, sería de aplicación la atenuante en caso que el duelista demostrase una notoria e inesperada superioridad

en el manejo del arma con relación a su adversario, situación que le permitiría, sin mayores riesgos para su vida o integridad física, tener la tranquilidad para calcular no producirle una herida que pusiere en peligro la vida de su colidante.

253 bis.— PENALIDAD

Como en el caso del Art. 177, aquí también tiene un carácter excepcional. Su aplicación, asimismo, resulta siendo facultativa. El Juez, según su criterio, está autorizado a disminuir la sanción por debajo de la pena señalada en el Art. 171 del C.P.; es decir, a imponer una pena inferior al **mínimum** de tres meses de prisión en caso de resultar muerte o lesiones graves (segundo párrafo). Si no deviniere alguna de estas consecuencias (primer párrafo), la pena no puede ser inferior a dos días de prisión (Art. 88 del C.P.).

TÍTULO VI

EXPONER A PELIGRO O ABANDONAR PERSONAS EN PELIGRO

254.— AMBITO CONCEPTUAL DEL RUBRO

El epígrafe de este Título es bastante explícito. La exposición y el abandono se presentan así, **prima facie**, como dos infracciones punibles de peligro **concreto**. Esto significa que el abandono resulta, por sí mismo, insuficiente para la configuración delictiva. No se trata, en consecuencia, de dos figuras delictivas de peligro **abstracto** en donde la ley tiene como presupuesto el riesgo por el solo hecho del abandono, tal como sugiere, por ejemplo, el imperfecto membrete del Párrafo II del Título VII del C.P. chileno (“Abandono de niños y personas desvalidas”). Observamos, por otro lado, que la ubicación del Título en examen es correcta dentro de la sistemática de nuestro C.P. El Proyecto de C.P. publicado en “El Peruano”, a partir del 19 de Agosto de 1985, trae como novedad la previsión del caso consistente en omitir prestar socorro a una persona a la que el mismo agente ha incapacitado, poniendo así en peligro su vida o su salud (Art. 132).

El rubro del Título nos da expresa oportunidad para ocuparnos de los delitos de peligro. Advertimos que no es esta la primera vez que nuestro texto punitivo configura una ilicitud de tal naturaleza puesto que, con precedencia, había considerado tácitamente al duelo regular (Art. 171) como un delito también de peligro.

Toda acción requiere, para ser calificada como delictiva, que se traduzca en el mundo exterior como un resultado, ya sea en forma de daño o peligro. El resultado, conjuntamente con la manifestación de voluntad y el nexo causal entre ambos, integran los ele-

mentos del **acto**, primer carácter del delito, según la concepción de JIMENEZ DE ASUA (487).

Los delitos, en atención al resultado, se dividen:

a).— **Delitos de daño o lesión**, que son aquellos en que la ofensa a un determinado objeto jurídico pertenece al tipo.

b).— **Delitos de peligro**, denominándose como tales aquellos en que basta, para la realización típica, con que se haga correr un riesgo al objeto protegido en calidad de bien o interés jurídico (488).

En los específicos delitos de peligro, que en este Título nos interesa interpretar, es suficiente para la realización del tipo con que se haga correr un riesgo a la vida, integridad física o salud de una persona. La posibilidad de daño, no así la lesión misma del bien jurídicamente protegido, constituye un elemento fundamental del tipo.

Es indiscutible que el peligro en sí mismo representa un resultado; es decir, el riesgo significa una alteración relevante del mundo externo en cuanto afecta las condiciones de seguridad de un interés penalmente amparado. Según WELZEL, peligro es la situación en la cual es probable la producción de determinadas consecuencias no deseadas, probabilidad que se aprecia conforme a un juicio objetivo (de experto) (489). Para ARTURO ROCCO, peligro es la modificación del mundo externo (resultado) voluntariamente causada o no impedida (acción u omisión) conteniendo la potencialidad (idoneidad, capacidad) de producir la pérdida o la disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés (daño) (490).

Para nosotros, **peligro es un estado de hecho potencialmente condicionado para actualizarse en un resultado dañoso que agrave un bien jurídico.**

Según JIMENEZ DE ASUA, el daño potencial del que ya hablara CARRARA, nos ofrece la base de los llamados **delitos de**

(487) JIMENEZ DE ASUA: *Tratado.*, op. cit., Tomo III, p. 234.

(488) *Ibíd.*, p. 468.

(489) WELZEL: op. cit., p. 71.

(490) Citado por HUNGRIA: op. cit., Volumen V, p. 331.

peligro, pues el **peligro corrido**, por ser ya pasado cuando se juzga deviene sin importancia para la caracterización propia del riesgo, constituyendo más bien el daño potencial una realidad objetiva, un hecho concreto percibido por nuestros sentidos.

Para el C.P. peruano, el peligro debe ser una realidad concreta, no un **ens imaginationis**, no una hipótesis o abstracción, tampoco una impresión subjetiva. El peligro tiene que ser, para nuestra dogmática en estudio, un acontecimiento de la realidad suficientemente capaz de anticipar, por sí mismo, la probabilidad de un resultado lesivo o dañoso.

En los delitos de peligro, según nuestra opinión, la acción descrita en el tipo no está determinada legalmente en forma conclusa, necesitando de una complementación. El Juez tiene que acabar o cerrar el tipo en cada caso específico. Claro está que el aludido perfeccionamiento del tipo no puede quedar al libre arbitrio del Juez sin que se mancille el apotegma **nullum crimen sine lege**. En el juzgamiento de un hecho de esta naturaleza se requiere, por un lado, de un elemento **cognoscitivo** que implica un juicio de experiencia sobre el curso causal posible, sobre la potencia del peligro para producir un resultado dañoso; y de otro lado, un juicio **normativo**, de valuación, de reconocimiento acerca de la probabilidad de daño dimanante de una determinada situación objetiva.

Con respecto al grado que debe asumir el peligro para tener entrada en el Derecho Penal, sostiene JIMENEZ DE ASUA que no cabe duda que la simple posibilidad no puede servir de índice para calificar de peligrosa una conducta humana. Es atendible que, desde el punto de vista abstracto, deba hablarse de peligro en cualquier grado en que éste pueda presentarse. Pero el Derecho Penal, en opinión del citado Maestro español, sólo acota un sector de la realidad, aquel que ofrece el riesgo más alto, pues si fuese a preocuparse de las mínimas posibilidades de amenaza a un interés o bien jurídico, la libertad humana recibiría rudo golpe, como ya LOFFLER lo dijera, y como es hoy más evidente por la complejidad de la vida moderna. En suma: ha de exigirse la **posibilidad inmediata**, o sea la **probabilidad** (491).

(491) JIMENEZ DE ASUA: *Tratado.*, op cit., Tomo III, p. 472. Del mismo parecer es QUINTANO RIPOLLES. Sostiene este autor, siguiendo a su connacional citado en primer lugar, que "no es la mera posibilidad de peligro la que caracteriza la criminali-

255.— CLASIFICACION DE LOS DELITOS DE PELIGRO

En función a la clase de riesgo corrido por el bien jurídico se dividen los delitos, según MEZGER, en:

a).— **Delitos de peligro concreto.** Son los que exigen, para que pueda afirmarse que ha tenido lugar su realización típica, una demostración caso por caso de que efectivamente se ha producido el peligro.

b).— **Delitos de peligro abstracto.** Son aquellos en los que el delito, como tal, representa la específica puesta en peligro de bienes jurídicos, pero para el efecto de aplicar la penalidad resulta indiferente que se demuestre o no, en el caso juzgado, la existencia de una especial situación de riesgo.

Atendiendo al número de titulares del bien jurídico, las infracciones punibles estudiadas pueden dividirse en:

a).— **Delitos de peligro individual.** Son los que se tipifican con la finalidad de brindar protección a la vida, integridad física o salud de una sola persona, resguardándola así contra un probable riesgo que comprometa cualquiera de los mencionados intereses. Generalmente los delitos de peligro individual resultan siendo también de peligro concreto.

b).— **Delitos de peligro colectivo.** Son aquellos en que se ponen en riesgo tanto a las personas como a las cosas (públicas o privadas), en un número que resulta indeterminado. También se les denomina delitos de peligro común.

256.— ¿EL DOLO DE PELIGRO ES UNA ESPECIE DEL DOLO?

Se ha pretendido construir la doctrina del dolo de peligro como si fuese una sub-especie dolosa común, pero tal propósito ha quedado evidentemente frustrado a pesar de los esfuerzos desarrollados en este sentido. Creemos, siguiendo los pensamientos de ROBERT VON HIPPEL, MEZGER y JIMENEZ DE ASUA, que el dolo de peligro no existe como entidad autónoma. El dolo de peligro no es una categoría dolosa común a infracciones de variada índole. Así lo comprobamos, por ejemplo, en la definición que nos

dad del acto o conducta, sino su inminencia en el plano de probabilidad" ("Delitos de peligro"; véase el desarrollo de esta voz en :*Nueva Enciclopedia Jurídica*, op. cit., Tomo VI, p. 483).

presenta ARTURO ROCCO, para quien el dolo de peligro consiste en la voluntad consciente de exponer a riesgo un bien o un interés humano, distinguiéndose del dolo de daño (que se encuentra en los crímenes de lesión), precisamente porque en éste lo que se quiere es un daño y, en aquél, solamente un peligro (492).

El dolo en los delitos de peligro, en nuestro concepto, está integrado por la conciencia y voluntad de exponer un bien jurídico al riesgo que significa una situación con potencialidad lesiva.

257.— ¿TENTATIVA EN LOS DELITOS DE PELIGRO?

La tentativa en los delitos de peligro ofrece tremendas dificultades de configuración. En la doctrina existen opiniones contradictorias al respecto. La mayoría de autores considera, contándose entre los mismos a ARTURO ROCCO, que los delitos de peligro o amenaza, precisamente porque producen un peligro, y no un daño, no admiten tentativa (delito imperfecto): la posibilidad o probabilidad de un peligro no es de hecho suficiente para que tengamos la figura del delito en su forma imperfecta (493). Otros penalistas, como ANTOLISEI, opinan que la tentativa es admisible, aun cuando se presente rara vez, en los delitos de peligro. Sostiene el Profesor de la Universidad de Torino, que la circunstancia de que tales delitos no lesionan, sino solamente amenazan el bien protegido, no excluye que respecto a aquel acontecimiento exterior que requiere la ley para la consumación del delito, pueda verificarse la hipótesis contemplada en el Art. 56 del C.P. italiano, o sea, que exista una determinada acción dirigida inequívocamente a realizarlo sin que el acontecimiento mismo haya acaecido, y, cuando ello suceda, no hay motivo para que el hecho deba quedar impune (494).

(492) Citado por HUNGRIA en : op. cit., Volumen V, p. 340. Por su parte, el referido Profesor brasileño nos dice que "el dolo de peligro es la voluntad de crear tan sólo un evento de riesgo. Es cierto que el agente, queriendo el *eventus periculi*, necesariamente prevé el *eventus damni*; mas este trasciende a su volición. Su voluntad consciente, como dice HAFTER, mira a una situación de peligro y no a un ulterior resultado lesivo, pues, si el último es también previsto, lo que tendremos es, conforme al caso, un delito de daño consumado o tentado" (obra y lugar citados en esta misma Nota).

(493) Citado por HUNGRIA en: op. cit., Volumen V, p. 343. Referido también por JIMENEZ DE ASUA en: *Tratado.*, op. cit., Tomo III, p. 477.

(494) ANTOLISEI: op. cit., p. 365. C.P. italiano, Art. 56 (*Delito tentado*).— "El que realizare actos idóneos, dirigidos de manera inequívoca a cometer un delito, responderá de delito tentado, si la acción no se realiza o el resultado no se verifica. El culpable de delito tentado será castigado así: con reclusión de veinticuatro a treinta años, si la ley

Pensamos, por nuestra parte, que no es admisible la tentativa en los delitos de peligro. Aceptarla significaría que el Derecho Penal tiene interés en castigar el peligro que se produzca una situación de peligro, lo cual sería un exceso en el ejercicio del *ius puniendi*.

258.— MORFOLOGIA DEL TITULO

Es la siguiente:

- a).— Exposición a peligro de niños e incapaces, (Art. 179).
- b).— Abandono en peligro de menores e incapaces, (Art. 179).
- c).— Agravante con relación al resultado, (Art. 180).
- d).— Agravante con respecto al parentesco, (Art. 181).
- e).— Indolencia culpable, (Art. 182).
- f).— Omisión de socorro, (Art. 183).
- g).— Abuso de tutela, (Art. 184).
- h).— Exceso de fatiga, (Art. 185).

EXPOSICION Y ABANDONO PELIGROSOS

Art. 179.— “EL QUE EXPUSIERA A UN PELIGRO DE MUERTE O DE GRAVE E INMINENTE DAÑO A LA SALUD, O ABANDONARE O DEJARE EN DESAMPARO A UN NIÑO O A UNA PERSONA INCAPAZ DE VALERSE POR SI MISMA, QUE ESTE LEGALMENTE BAJO SU PROTECCION O QUE SE HALLE DE HECHO BAJO SU CUIDADO, SUFRIRA PENITENCIARIA NO MAYOR DE CINCO AÑOS O PRISION NO MAYOR DE DOS AÑOS NI MENOR DE UN MES”.

COMENTARIO

259.— FUENTE

La fuente legal **inmediata** la ubicamos en el Art. 162 del Proyecto peruano de 1916. Las fuentes **mediatas** son los Arts. 386 y

establece para este delito la pena de muerte; con reclusión por no menos de doce años, si la pena establecida es prisión de por vida; y en los demás casos, con la pena establecida para ese delito, disminuída de una a dos terceras partes. Si el culpable desistiere voluntariamente de la acción, será sometido únicamente a la pena establecida para los actos realizados, cuando éstos constituyan por sí mismos una infracción diversa. Si voluntariamente impidiere el resultado, será sometido a la pena establecida para el delito tentado, disminuída de una tercera parte a la mitad”.

387 del C.P. italiano abrogado de 1889; y, el Art. 349 del C.P. francés de 1810. Por otro lado, también se mencionan el Art. 112 del Proyecto suizo de 1918 y el Art. 106 del C.P. argentino de 1921. El precedente legislativo nacional está en el Art. 311 del C.P. de 1863.

260.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** es la persona que, ya sea legalmente o de hecho, haya tenido a la víctima bajo su protección o cuidado.

b).— **Sujeto pasivo** pueden serlo tanto un menor con edad inferior a los 14 años, como también cualquier persona en situación de adolescencia, adultez, o vejez que sea incapaz de valerse por sí misma. Observamos que nuestra ley penal no se refiere a “un menor”, sino, a “un niño”. Pensamos que todo niño es un menor de edad, pero no todo menor de edad es un niño. Teniendo en consideración la muy especial protección que el Código de Menores (Ley autoritativa No. 13968) brinda, en ciertos casos, a quien tiene una edad inferior a los 14 años, es que nos decidimos por hacer la precisión indicada (495).

261.— LAS FIGURAS DELICTIVAS

El dispositivo legal en comentario, apartándose de la mayoría de los textos punitivos que tratan la materia, distingue expresamente dos figuras delictivas:

a).— **La exposición a peligro**, que sólo se realiza mediante acción en sentido estricto (**comisión**). Consiste en trasladar al sujeto pasivo fuera de aquel ambiente de protección en que se encontra-

(495) Otros textos legales, inspirándose en el Art. 72 del Anteproyecto suizo de 1908, en el § 310 del Proyecto austríaco de 1912 y en el Art. 252 del C.P. danés de 1930, contienen una fórmula general de la exposición a peligro, sin perjuicio de hacer concreta referencia a los sujetos pasivos en otras fórmulas subsiguientes. El punto de partida para hacer tal incriminación genérica obedecía al propósito de proteger a los trabajadores contra la falta de adopción de medidas técnicas de precaución y seguridad, generalizándose su sentido hasta comprender la protección frente al peligro en que pudiera encontrarse cualquier persona, independientemente de las especiales relaciones jurídicas existentes entre el agente y la víctima. En este sentido, el Art. 132 del C.P. brasileño en vigencia, que ha sido reproducido por el Art. 135 del C.P. de 1969, todavía sin vigor, de la misma nacionalidad, dispone: “Exponer la vida o la salud de otro a un peligro directo e inminente: Pena - detención de tres meses a un año, si el hecho no constituye delito más grave”.

ba, para dejarlo en un lugar desprovisto de toda seguridad para su vida, salud o integridad física (496).

b).— El **abandono en peligro**, que tiene lugar a través de una **omisión**. Consiste en que el agente, para incumplir con sus deberes de asistencia, se aleja del ambiente de protección que su presencia le brindaba al sujeto pasivo, razón por la cual ahora deja indefensa a la víctima en el mismo lugar en donde antes se encontraba.

El Art. 591 del C.P. italiano vigente comprende las dos figuras delictivas previstas por nuestro Art. 179 en comentario, concretándolas con el uso del verbo “abandonar” como núcleo de la descripción típica. En la interpretación de MAGGIORE, que estimamos correcta para la dogmática italiana, “abandonar” significa dejar a una persona, definitiva o temporalmente, con tal que sea por un tiempo apreciable, de modo que se ponga en peligro su incolumidad. El citado autor advierte que se puede abandonar tanto con la realización de actos positivos (acciones), como también con actos negativos (omisiones), faltando con estas últimas conductas a las obligaciones de custodia, cuidado, etc. (497).

262.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Resultan comunes para ambas figuras delictivas. Como ya hemos podido apreciar, dichas hipótesis legales se distinguen fundamentalmente por las formas que reviste la acción. No existe, por tanto, inconveniente alguno para estudiarlas conjuntamente en lo que respecta a sus elementos constitutivos, según comprobaremos a continuación:

a).— **Que tenga lugar un acto de exposición o de abandono.** Es importante resaltar, para una mejor distinción, que en la **exposición** el hecho ilícito no consiste en privar al sujeto pasivo de la propia protección que se le venía prestando, sino, en trasladar a la víctima a un lugar donde queda sin amparo alguno, o mejor dicho, sin amparo de nadie. El agente conduce al agraviado a un lugar y lo deja allí sin haberse asegurado que fuera recogido, o sin tener la certidumbre que será recogido inmediatamente. En tal sentido, si una persona coloca a un niño en un sitio donde todo indica que tiene razón para presumir que será recogido por una persona cari-

(496) Conformes: SOLER; op. cit., Tomo III, p. 207. HUNGRÍA: op. cit., Volumen V, p. 384.

(497) MAGGIORE: op. cit., Volumen IV, p. 379.

tativa o por la asistencia pública, y, en vez de alejarse, permanece oculta, vigilando para ver si se confirma su esperanza, no habrá entonces expuesto a peligro al niño. Este ejemplo, que permite caracterizar la figura de la exposición a peligro, pertenece al notable jurista belga J.J. HAUS, habiendo sido tomado en cuenta por varios penalistas para las explicciones del caso (498).

En lo que respecta al **abandono** anotamos que lo trascendente, desde la perspectiva penal, no está en el alejamiento del agente, sino, en la existente situación de peligro en la que deja a la víctima. Tiene razón CAMAÑO ROSA cuando, sintetizando el pensamiento de otros penalistas, manifiesta que la tónica del abandono está dada por la existencia o inexistencia del peligro para la persona física, más que por el carácter absoluto o relativo, permanente o transitorio, del abandono mismo (499). En la concreta hipótesis legal, que ahora nos ocupa, el elemento material del abandono indica un desplazamiento especial del actor. Se descartan aquí, en consecuencia, el abandono en sentido alimenticio y el abandono en su concepción moral o espiritual.

Escribe MAGGIORE que, como en el abandono punible va implícito el peligro, no existe este delito cuando el agente, al deshacerse de un incapaz, toma las precauciones oportunas para evitar todo riesgo comprometedor de la incolumidad personal. Tampoco hay delito, afirma acertadamente quien fuera Profesor de la Universidad de Palermo, en caso que la persona sujeta o sometida a cuidado no resulta abandonada, sino que, por su propia voluntad, se sustrae a la custodia por medio de la fuga (500).

No creemos que con el vocablo “desamparo” la ley haya querido referirse a la existencia de otra hipótesis legal distinta a cualquiera de las dos ya presentadas. Coincidimos aquí con CORNEJO cuando sostiene que es difícil distinguir entre “abandonar” y

(498) Citado por POLITOFF y otros: op. cit., Tomo I, p. 368 s. Comprobamos, por nuestra parte, que están de acuerdo con el criterio así ejemplificado: MAGGIORE, op. cit., Volumen IV, p. 380; CORNEJO, op. cit., Tomo I, p. 68; y, CAMAÑO ROSA, op. cit., p. 189.

(499) CAMAÑO ROSA: op. cit., p. 188. Observamos que el Art. 329 del C.P. uruguayo sólo se refiere expresamente al abandono, no así a la exposición. Sin embargo, sus comentaristas están de acuerdo en que se puede abandonar en peligro tanto por actos positivos (**exposición**), como mediante actos negativos (**abandono**, propiamente dicho).

(500) MAGGIORE: op. cit., Volumen IV, p. 379 s.

“desamparar”, pues ocurre que léxicamente una palabra se define por la otra: “abandonar”, según el diccionario, es desamparar o otra persona o cosa; y, “desamparar” es abandonar, dejar sin protección a quien la pide o necesita. En este sentido, la frase “abandonare o dejare en desamparo”, la misma que utiliza nuestra ley, deberá entenderse como compuesta por dos verbos sinónimos empleados para indicar la misma situación legal; no así para presentar dos hipótesis alternativas (501).

b).— **Que la exposición o el abandono deban crear un peligro de muerte, o de grave e inminente daño a la salud.** El “peligro de muerte”, referido expresamente por la ley comentada, no es otro que el riesgo **concreto, grave y actual** para la vida de la víctima. En lo que respecta a la salud, pensamos que el peligro de daño debe ser **concreto, grave e inminente**; es decir, aquí está descartado el riesgo que no reúna dichas tres condiciones comprometedoras de la salud en sumo grado, como sucedería si el riesgo sólo fuera **leve**, o únicamente **remoto**. Otros textos legales no especifican las circunstancias o características del peligro, dejando su apreciación al criterio del Juez. En suma: resulta incompatible, con la acción u omisión punibles estudiadas, toda situación en la que el peligro para la vida o la salud carezca de las connotaciones apuntadas.

c).— **Que la exposición o el abandono impliquen el incumplimiento de un deber legal.** La ley requiere que también exista la violación de un deber de velar por la seguridad del sujeto pasivo, lo que presupone una relación de obligada asistencia en favor de la persona incapaz de valerse por sí misma. Tal relación puede derivar, conforme a las enseñanzas de HUNGRÍA, tanto de un **precepto legal**, como sucede en los casos de padres, tutores, curadores, etc., así como también de un **contrato** o **convenio**, según ocurre en el supuesto de una enfermera cuya asistencia sanitaria es abonada por el paciente o sus familiares. Por último, la obligación puede provenir de ciertas **situaciones de hecho**, lícitas o ilícitas, como acontece en los supuestos consistentes en haber recogido a una persona abandonada, o en el de tener a su cuidado a un niño que ha sido raptado (502). Pensamos que dejar al incapaz de valerse por sí mismo a que siga permaneciendo en el grave riesgo en que se le encontró constituye la figura delictiva de abandono de

(501) CORNEJO: op. cit., Tomo I, p. 68.

(502) HUNGRÍA: op. cit., Volumen V, p. 384 s.

personas en peligro. La circunstancia de asumirse, aunque fuere de manera subitánea y efímera, el cuidado del incapaz, o abstenerse de todo compromiso al respecto, no hace impune el subsecuente abandono si el peligro de daño personal pudo ser fácilmente previsto. La existencia de la prisión como pena alternativa y el **quantum** de sus extremos (no mayor de dos años, ni menor de un mes) son perfectamente compatibles con la sanción merecida por este hecho de menor gravedad.

d).— **Que la víctima esté incapacitada para defenderse del peligro.** El vocablo “incapaz” ha sido tomado por la ley para significar la imposibilidad en que se encuentra una persona mayor de 14 años, debido a determinadas circunstancias personales o materiales, para tomar por sí misma las medidas necesarias que le permitan solventar su propia seguridad. Tratándose de menores, con edad inferior a los 14 años, tal incapacidad se presume **juris et de jure**. En cambio, la incapacidad tiene que ser acreditada en los casos de adolescentes mayores de 14 años y menores de 18, así como también tratándose de personas adultas (si fueren inválidas o enfermos mentales, por ejemplo).

e).— **Dolo.** Está conformado por la voluntad y conciencia de que se expone a peligro, o se abandona en peligro, a un niño o a una persona que se sabe es incapaz de valerse por sí misma para resolver la situación de riesgo en que se encuentra. En manera alguna debe existir **animus necandi**, ya que si tal dirección subjetiva, impresa de verdad por el agente a su conducta, se evidencia mediante actos externos, entonces nos encontramos frente a un delito de homicidio simple, o parricidio, o infanticidio (503).

(503) POLITOFF y sus colaboradores han escrito lo siguiente, al abordar el tema relacionado con el deslinde entre la conducta de abandono de un niño y el comportamiento propiamente homicida: “el punto no puede resolverse con un criterio puramente subjetivo: el sujeto que se limita a dejar a un niño en un lugar solitario con el deseo de que perezca, no ha realizado una acción homicida, aunque el niño no sea hallado y perezca por abandono. Diverso es el caso de quien, además de abandonarlo, adopta las providencias necesarias para evitar el descubrimiento; aquí ya no se trata del simple deseo, sino de auténtico dolo de matar. Luego, sólo un criterio objetivo-subjetivo permitirá en cada caso concreto individualizar la acción de que se trata (o la comisión por omisión). En suma, pues, es inútil pretender diferenciar en abstracto las acciones de homicidio y abandono. En un caso concreto, la conducta será subsumida en el ámbito de uno u otro delito mediante el manejo de diversos criterios. Uno de ellos será el de la causalidad adecuada, que permitirá excluir el homicidio en todos los casos en que la muerte aparezca como un resultado reñido con la experiencia uniforme de tales acciones; otro, la índole de la acción misma en su exteriorización objetiva (búsqueda de un lugar inaccesible, disimulo del sitio, edad del menor, posibilidad de socorro, etc.); pero uno y otro criterios

263.— CONSUMACION

Ambas figuras delictivas examinadas se perfeccionan con los actos de abandonar en peligro o exponer a peligro, pero sus efectos se prolongan durante todo el tiempo que dura el abandono o la exposición. Apunta MAGGIORE que el abandono de personas menores o incapaces es un delito eventualmente **permanente**. En su concepto, emitido desde la perspectiva de lo que sucede tanto aquí como en otras hipótesis legales, no hay duda que la ejecución del delito permanece siempre que, pudiendo el culpable hacer que cese el estado antijurídico, permite, en cambio, que siga durando (504).

264.— CONCURSO IDEAL DE DELITOS

La hipótesis de exposición a peligro y la de abandono en peligro pueden concurrir, independientemente, con la figura de **supresión del estado civil** que prevé, entre otras figuras, el Art. 218 del C.P. En tal caso, cualquiera de los supuestos legales ahora estudiados tendría el carácter de **delito-medio**, siendo la supresión del estado de familia el **delito-fin**. De esta manera el agente, con una sola acción, estaría violando dos dispositivos del C.P., situación que obligaría a un doble encuadramiento legal (Arts. 179 y 218 del C.P.).

265.— PENALIDAD

La sanción es alternativa: penitenciaría no mayor de cinco años ni menor de un año, o prisión no mayor de dos años ni menor de un mes.

AGRAVANTE CON RELACION AL RESULTADO

Art. 180.— “SI A CONSECUENCIA DE LA EXPOSICION O DEL ABANDONO MURIESE EL NIÑO O LA PERSONA DESAMPARADA O SUFRIERE GRAVE DAÑO EN EL CUERPO O EN LA SALUD, SIN QUE EL CULPABLE HUBIESE TENIDO LA IN-

objetivos son inseparables del dolo homicida, de manera que aquí lo objetivo-subjetivo es inescindible. El dolo es revelado por la exteriorización del fin perseguido; a la vez, el fin se expresa en una dirección dada al proceso causal por el agente” (op. cit., Tomo I, p. 370).

(504) MAGGIORE: op. cit., Volumen IV, p. 380.

TENCION DE OCASIONAR LA MUERTE O EL DAÑO, LA PENA SERA DE PENITENCIARIA O PRISION NO MAYOR DE SEIS AÑOS”.

COMENTARIO

266.— FUENTE

La ubicamos en el Art. 163 del Proyecto peruano de 1916, idéntico al vigente tanto en su texto como en su penalidad. El precedente legislativo nacional lo encontramos en el Art. 312 del C.P. abrogado.

267.— ¿ES UN CASO CALIFICADO POR EL RESULTADO?

La muerte, o el daño grave en el cuerpo o en la salud, constituyen circunstancias agravantes de las figuras previstas en el Art. 179. El *nomen iuris* de cada una de las figuras delictivas permanece igual desde que no han variado las descripciones típicas, cambiando aquí solamente la penalidad.

Nuestra ley exige que el agente no haya tenido el propósito de ocasionar la muerte o el daño grave. Si hubiera existido *animus necandi* o *animus laedendi*, el hecho tendría que tipificarse como homicidio o lesiones graves, respectivamente.

Observamos que el dispositivo legal comentado nada dice con respecto a la **posibilidad que tuviera el agente para prever el resultado más grave**. Este silencio legislativo podría llevarnos equivocadamente a la conclusión que el sujeto activo responde aun en el caso que la consecuencia más grave fuese imprevisible; es decir, que nos encontraríamos frente a un delito calificado por el resultado. No obstante, de acuerdo con el principio culpabilista que informa nuestro C.P., podemos interpretar el texto del Art. 180 en el sentido de que el actor solamente es responsable por la secuela más grave cuando, siendo la misma **previsible**, el agente **no la haya previsto** por haberse comportado con **negligencia** respecto a la producción de dicha consecuencia más lamentable. En otras palabras: el actor responde a título de **dolo** por la exposición o el abandono; y, a título de **culpa** por la consecuencia más grave no prevista, pero previsible. Descartamos, pues, la posibilidad de que nos encontremos aquí frente a un caso de responsabilidad por el resultado en sí mismo considerado.

Advertimos que el resultado más grave no excluye la alternativa de las penas señaladas en el Art. 179, produciéndose la variación sólo en el máximo que sube a seis años, para cualquiera de las dos sanciones, quedando intacto el mínimo de un año de penitenciaría y el de un mes de prisión.

AGRAVANTE CON RELACION AL PARENTESCO

Art. 181.— “SI LA EXPOSICION O EL ABANDONO HUBIERE SIDO COMETIDO POR UN ASCENDIENTE, DESCENDIENTE O HERMANO DEL NIÑO O DEL INVALIDO O POR EL CONYUGE DE ESTE, LA PENA SERA DE PENITENCIARIA O PRISION NO MAYOR DE SEIS AÑOS EN EL CASO DEL ARTICULO 179 Y DE PENITENCIARIA O PRISION NO MAYOR DE OCHO AÑOS EN EL CASO DEL ARTICULO 180”.

COMENTARIO

268.— FUENTE

La encontramos en el Art. 164 del Proyecto peruano de 1916. No existe al respecto el precedente legislativo nacional.

269.— NATURALEZA DEL PARENTESCO

Nuestra ley no indica cuál es la índole de los parentescos consanguíneo directo i colateral aludidos, por lo que debe interpretarse, al no hacerse distinciones, que están comprendidos aquí tanto los que derivan del matrimonio como también los extramatrimoniales. El hermano puede serlo de padre y madre, o nada más que medio hermano. En cuanto al vocablo “cónyuge”, no cabe duda que se refiere al varón o a la mujer unidos por un vínculo que tiene su origen en la celebración de un matrimonio con efectos civiles.

Estamos de acuerdo con que los parientes de la víctima sean tratados con mayor severidad en los casos de exposición a peligro y abandono en peligro. No están violando con sus comportamientos (activo u omisivo) únicamente los deberes generales que impone la solidaridad para con el semejante, sino, también las obligaciones más específicas relacionadas con la seguridad personal del pariente incapacitado para solventar por sí solo todo lo concerniente a su seguridad personal. Así mismo, estamos ahora conformes con

la prescripción del concurso de circunstancias agravantes que indica la ley comentada cuando une, a la mayor responsabilidad por la calidad de pariente, la otra que proviene de la producción imprevista de un resultado dañoso calificado. Pensamos que el agente no sólo tiene una mayor culpabilidad **por no haber previsto** las consecuencias **previsibles** de su conducta (muerte u otro daño grave), sino, creemos que es correcto que tal culpabilidad alcance su máximo grado de reproche, traducido a través de la pena, cuando el actor ha violado, simultáneamente a su imprevisión, los especiales deberes de cuidado que nacen del vínculo parental para producir, así, de manera consciente y voluntaria, una situación de grave riesgo personal que derivó en un resultado dañoso verdaderamente lamentable.

270.— PENALIDAD

Es la siguiente:

a).— cuando el sujeto activo de las dos figuras previstas en el Art. 179 es el ascendiente, descendiente o hermano del niño o inválido, o el cónyuge de éste, sin que se haya producido un resultado grave, entonces la pena es penitenciaría no mayor de seis años ni menor de un año, o prisión no mayor de seis años ni menor de un mes.

b).— cuando concurrieren la agravante del parentesco y un resultado dañoso grave (muerte o lesiones), en tal caso la sanción es penitenciaría no mayor de ocho años ni menor de un año, o prisión no mayor de ocho años ni menor de un mes.

INDOLENCIA CULPABLE

Art. 182.— “EL QUE ENCONTRANDO ABANDONADO O EN DESAMPARO A UN NIÑO O A UNA PERSONA INCAPAZ DE VALERSE POR SI MISMA, OMITIERE DAR INMEDIATO AVISO A LA AUTORIDAD, SUFRIRA MULTA CORRESPONDIENTE A LA RENTA DE TRES A SESENTA DIAS”.

COMENTARIO

271.— FUENTE

La ubicamos en el Art. 165 del Proyecto peruano de 1916. El precedente legislativo nacional lo encontramos en el Art. 314 del C.P. abrogado.

272.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** puede ser cualquiera al no demandar la ley calidad especial alguna.

b).— **Sujeto pasivo** es tanto un menor con edad inferior a los 14 años, como también la persona adulta que sea incapaz de valerse por sí misma (enferma mental, inválida, etc.).

273.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Que un niño o una persona adulta incapaz de valerse por sí misma se hallen en estado de desamparo.** La finalidad de la ley es sancionar, aunque solo fuere de una manera bastante leve, a los individuos que observan con indiferencia o escuchan con indolencia a quienes están evidenciando incapacidad para salir por sus propios medios, sea por su edad, enfermedad u otro motivo de enervación, de las situaciones de peligro próximo en las que se hallan.

Al igual que opináramos al comentar el Art. 179 del C.P., consideramos que también aquí los vocablos “abandono” y “desamparo” deben interpretarse como sinónimos. Aunque la ley no lo dice de manera expresa, se supone que el peligro para la vida o la salud de la persona abandonada debe avizorarse como próximo a su estado de desamparo.

b).— **Que el agente encuentre al sujeto abandonado.** El verbo “encontrar” no significa únicamente, como parece indicar a primera vista, **dar con algo casualmente**, en el sentido de “hallar”. Su noción refiere también la situación de **estar en presencia**. Con el uso del verbo “encontrar” se comprende, en consecuencia, tanto a quien se mueve como al que, estando quieto, se percata con la vista o se da cuenta con el oído acerca de la presencia de un sujeto en estado de peligro inminente (505).

La ley no precisa textualmente la preexistencia de un peligro que no ha sido removido con el abandono. Tampoco menciona si el peligro debe ser grave. Estando al rubro del Título VI en estudio, creemos que el peligro es inherente a la situación de abandono. Así mismo, consideramos que el riesgo puede ser tanto el de sufrir un daño grave como también leve.

c).— **Que el agente omita dar aviso inmediato a la autoridad.** El actor incumple con el mínimo del comportamiento socialmente esperado y exigido por la ley con respecto al prójimo en peligro: dar aviso a la autoridad. La inmediatez de la comunicación demandada permite pensar en el carácter próximo o inminente del peligro en el que se halla la víctima.

En lo concerniente a la autoridad que recepcione el aviso, creemos que debe ser la más cercana e idónea para solventar la situación de riesgo: policial, asistencial, sanitaria, etc.

No indica el texto la forma como puede darse el aviso, por lo que se deduce que es susceptible de utilizarse cualquier medio con la condición que se proceda de inmediato a la constatación personal del estado de desamparo en que se encuentra el semejante.

d).— **Dolo.** Consiste en la conciencia y voluntad de substraer-se al cumplimiento de un deber legal de solidaridad.

274.— CONSUMACION

El delito se perfecciona cuando el actor se aleja del lugar donde encontró a la persona abandonada en peligro, habiendo asumido previamente la decisión de abstenerse de remover el riesgo constatado por su sentido visual o auditivo.

La tentativa no es configurable. A las dificultades propias que ofrecen los delitos de peligro a la comprobación de la existencia de esta etapa del *iter criminis*, se une ahora el carácter omisivo de la conducta punible.

275.— PENALIDAD

Es de carácter pecuniario: multa correspondiente a la renta de tres a treinta días.

OMISION DE SOCORRO

Art. 183.— “**EL QUE ENCONTRANDO A UN HERIDO O A CUALQUIER OTRA PERSONA EN ESTADO DE PELIGRO, OMITIERE PRESTAR AUXILIO INMEDIATO, AUNQUE NO LO EXPONGA A DAÑO O PELIGRO PERSONAL, U OMITIERE DAR AVISO A LA AUTORIDAD, SUFRIRA MULTA CORRESPONDIENTE A LA RENTA DE TRES A NOVENTA DIAS**”.

COMENTARIO

276.— FUENTE

La fuente inmediata la ubicamos en el Art. 166 del Proyecto peruano de 1916. La fuente mediata está en el Art. 389 del C.P. italiano de 1889.

277.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** puede ser cualquiera, exceptuándose a las personas aludidas en el Art. 179 del C.P.

b).— **Sujeto pasivo** puede ser cualquiera que esté herido o en otro estado de peligro, ya sea niño, adolescente, adulto o anciano.

278.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Que un herido u otra persona se halle en estado de peligro.** Está herido todo aquel que haya sufrido una pérdida en la continuidad de la piel u otro tejido del cuerpo (corte, desgarramiento, perforación, fractura, etc.). La inmediatez del auxilio exigido por el texto legal indica que el peligro debe ser próximo o inminente, aunque la ley no lo diga así de manera expresa.

Tratándose de una persona herida la norma estudiada presume **juris et de jure** la existencia de un estado de peligro, aun cuando la herida no sea grave, siendo suficiente que reduzca a la víctima a la condición de no poder valerse por sí misma. Fuera de la hipótesis aludida, el riesgo debe ser apreciado **in concretus**; es decir, tendrá que demostrarse en cada caso que la persona se encontraba realmente en un peligro inminente (506).

Observamos que, según el dispositivo legal comentado, una persona puede hallarse en situación de peligro sin estar precisamente herida. Tal sería el caso del anciano extraviado que deambula en un lugar desolado, o de la persona encontrada en alta mar ocupando una lancha a la deriva.

b).— **Que el agente encuentre a la persona herida o en estado de peligro.** El actor debe tomar conocimiento, de manera directa y objetiva, de la situación de peligro. No es necesario, por ejemplo,

que el agente vea al herido. Para el caso resulta suficiente con que escuche sus lamentos o las voces de auxilio. La objetividad de las circunstancias no debe ofrecer dudas respecto a la situación de riesgo.

Entendemos que cuando nuestra ley dice “encontrarse” se está refiriendo a que el actor debe ser ajeno a la creación del estado de peligro.

c).— **Que el actor omita el socorro, o se abstenga de dar aviso a la autoridad.** Existe un deber moral de solidaridad para con el prójimo en peligro cuya demanda de cumplimiento está jurídico-penalmente reforzada con el dispositivo legal en comentario. Toda persona está obligada por ley a solventar la situación de riesgo en la que pudiera hallarse el semejante, siempre que con tal motivo no se exponga a un daño o peligro personal. El C.P., por lo menos el nuestro (507), no obliga a nadie a que realice actos heroicos.

Es evidente que existe un error en la redacción del Art. 183 cuando su texto dice “**aunque** no lo exponga a daño o peligro personal”, pues lo que ha querido realmente decir es “**siempre que** no lo exponga a daño o peligro personal” (508). La errata anotada, de no hacerse la corrección del caso, le daría un sentido absurdo al dispositivo legal observado.

El delito se comete al omitirse prestar **directamente** el auxilio inmediato que la situación reclamaba, a pesar que el actor no corría riesgo personal alguno con su intervención. Cuando exista este riesgo, cuya inminencia eximiría de reproche por ser suficientemente explicativo de la conducta pasiva del presunto obligado a

(507) El codificador italiano del texto punitivo de 1930 abolió el apartado correspondiente al Art. 389 del código anterior, que decía lo siguiente: “cuando esto no lo exponga a daño o peligro personales”. En esta forma el dispositivo legal en vigencia da a entender claramente la obligación de prestar socorro a pesar del riesgo a que eventualmente se exponga el agente. La parte pertinente de la **Exposición de Motivos del Ministerio de Justicia** sostiene que no se ha conservado en el nuevo texto la exclusión del deber de asistencia para los que se expondrían a daño o peligro personal. El argumento al respecto es el siguiente: “Esta excepción, que en la práctica favorece pretextos inmorales y fáciles, no corresponde a la concepción más elevada de los deberes de solidaridad humana, que es propia de nuestra cultura. Y no hay que temer que de este modo se imponga el deber de prestar socorro aun con el sacrificio de la propia integridad personal, o que se pretenda en toda persona un comportamiento heroico, que, por fortuna, es excepción no rara”.

(508) Conforme: CORNEJO, op. cit., Tomo I, p. 70 s.

socorrer, entonces el delito puede realizarse, alternativamente, cuando el agente se abstiene de dar aviso a la autoridad. En este último caso la ley sanciona la omisión de proceder de esta manera **indirecta** y **mediata** de auxiliar al prójimo (509). Lo expuesto significa que la comunicación que se haga a la autoridad no exime de por sí de responsabilidad a quien pudiendo actuar, sin riesgo para su persona, no intervino para solventar favorablemente la situación de peligro. El aviso a la autoridad sólo torna impune la abstención precedente cuando la intervención en favor de la persona necesitada de socorro exponía al notificante a peligro o a un daño.

La omisión de aviso a que se refiere el Art. 182 del C.P. se diferencia de la otra omisión aquí estudiada, en lo siguiente: en la primera hay nada más que una abstención que resulta reprochable (la de no dar aviso a la autoridad), en cambio en la segunda hay dos abstenciones sucesivas, siendo justificada la precedente (por implicar un riesgo o daño personal), y objeto de reproche la subsecuente (la de no dar aviso a la autoridad).

d).— **Dolo.** Se requiere conciencia y voluntad de omitir cumplir con el deber de prestar directamente socorro a la persona herida o en peligro, a pesar que el agente conocía que no estaba expuesto a riesgo alguno si actuaba positivamente. Caso de existir el peligro anotado, el delito se realiza, alternativamente, cuando el actor se abstiene de comunicar a la autoridad la situación de riesgo en que se encuentra la víctima.

Creemos que existe dolo, por ejemplo, en la hipótesis en que el agente se inhibe de prestar socorro por el temor de verse involucrado en una investigación policial o judicial, como sería el caso del automovilista que se aleja después de haber observado en el costado de la carretera a una persona herida y con signos inequívocos de haber sido atropellada.

279.— CONSUMACION

El delito se perfecciona cuando el agente se abstiene de prestar el exigido socorro, no obstante que **debía** y **podía** hacerlo. En caso de presentar la situación un peligro personal que justifique la desatención, entonces el delito se consume con la omisión de aviso a la autoridad.

(509) Conforme: HUNGRÍA, op. cit., Volumen V, p. 398.

280.— PENALIDAD

Es de naturaleza pecuniaria: multa correspondiente a la renta de tres a noventa días.

ABUSO DE TUTELA

Art. 184.— “EL QUE TENIENDO A SU CARGO LA CRIANZA O EDUCACION O LA GUARDA DE UN MENOR DE 16 AÑOS, LO DESCUIDARE O LO MALTRATARE DE MANERA QUE PERJUDIQUE GRAVEMENTE SU SALUD O SU DESARROLLO INTELECTUAL, SUFRIRA PRISION NO MAYOR DE DOS AÑOS.

LA PENA SERA PENITENCIARIA NO MAYOR DE CINCO AÑOS O PRISION NO MENOR DE SEIS MESES, SI EL MALTRATO O LA NEGLIGENCIA HUBIEREN CAUSADO AL NIÑO UNA LESION CORPORAL GRAVE Y SI EL DELINCUENTE PUDO PREVER ESTE RESULTADO. LA PENA SERA PENITENCIARIA NO MAYOR DE DIEZ AÑOS, SI LA NEGLIGENCIA O EL MALTRATAMIENTO HUBIERE CAUSADO LA MUERTE DEL NIÑO Y SI EL DELINCUENTE PUDO PREVERLO.

EL JUEZ ADOPTARA LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA LA PROTECCION DEL NIÑO”.

COMENTARIO

281.— FUENTE

El dispositivo legal transcrito es una reproducción literal del Art. 118 del Proyecto suizo de 1918. El Proyecto peruano de 1916 había omitido consignar, en su Art. 167, los párrafos aquí identificados como segundo i último, los mismos que también aparecían en el Art. 80 del Proyecto suizo elaborado por la Comisión de Redacción de Marzo de 1913, siendo los restantes iguales al texto en vigencia.

Advertimos que el membrete “abuso de tutela” debe ser entendido en un sentido amplio que comprenda el mal uso del amparo o protección, derive o no esta obligación del ejercicio de la tutela.

282.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** puede ser: el padre, el tutor, o cualquier persona que tenga de hecho o de derecho la crianza, la educación o la guarda de un menor.

b).— **Sujeto pasivo** sólo puede serlo el menor con una edad inferior a los 16 años. Aunque pueda parecernos extraño, en los tiempos actuales, cuando el texto habla aquí de “niño” debemos interpretar que se refiere a quien tuviere menos de 16 años de edad.

283.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Que una persona tenga a su cargo la crianza, educación o guarda de un menor de 16 años.** La expresión “crianza” podemos interpretarla en un sentido jurídico amplio sin dificultad alguna, como sinónimo de alimentación. Con esta significación comprenderá aquí no solamente la obligación de proporcionar las sustancias que se ingieren para mantener la vitalidad del organismo, sino, también la vestimenta, asistencia médica y farmacológica del menor.

Cuando nuestra ley se refiere concretamente a la persona que tiene a su cargo la “educación” del menor, está significando que dicha persona está exenta de las obligaciones que imponen las otras manifestaciones de la prestación alimentaria. Dentro del concepto de “educación” se comprende toda actividad docente destinada a perfeccionar la capacidad individual en el aspecto moral, técnico o profesional (510). Tal sería, por ejemplo, el caso de la institutriz.

Con el vocablo “guarda” el texto penal alude a las obligaciones que establecía el Código Civil de 1852 con relación a la persona del menor. En efecto: el Código Civil abrogado prescribía en su Art. 347, Inc. 6º, que correspondía al guardador “cuidar de la conservación, educación y subsistencia del menor, destinándolo a la ciencia, industria o arte que sean análogos a su condición personal”. De conformidad con el texto codificado civil de 1984 (511),

(510) *Ibíd.*, p. 404.

(511) El Art. 502 del vigente C. Civil reproduce exactamente el mismo texto del Art. 474 del C. Civil abrogado de 1936: “Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes”.

similares funciones están encomendadas a quien recibe ahora la denominación de “tutor” (Art. 502 ss.).

b).— **Que el agente descuide o maltrate al menor.** Creemos que con la expresión “descuidare” no se alude aquí a la negligencia, es decir, no se refiere nuestra ley a una de las formas de culpabilidad como a primera vista podría pensarse, sino, a una de las formas de la **acción** delictiva. En concepto de CLERC, expuesto al comentar el Art. 134 del C.P. suizo, de idéntica redacción a la de nuestro Art. 184, dice que la omisión consistente en privar a un niño voluntariamente de alimentos o de cuidados, al extremo de comprometer su salud, es un descuido intencional constitutivo de un verdadero delito de comisión por omisión (512).

Consideramos, por nuestra parte, que la forma culposa se encuentra aquí descartada, a pesar de emplearse los vocablos “descuidare” y “negligencia”, por tres razones:

1º.—**Por la penalidad.** Sería absurdo, en el supuesto negado que el texto en comentario castigase la forma culpable de negligencia, que la sanción aquí fuese mucho mayor con respecto a la establecida para el homicidio culposo. En efecto: dice el Art. 184, en su penúltimo párrafo, que la pena será de penitenciaría no mayor de diez años cuando la “negligencia” hubiere causado la muerte del niño. En cambio, resulta que la pena señalada en el Art. 156 (**homicidio por negligencia**) únicamente es de prisión no mayor de dos años, extendiéndose hasta un máximo de cinco años exclusivamente en los casos que se infrinjan determinados deberes propios de una función, profesión o industria. Esta sola observación nos permitiría ya afirmar que la “negligencia”, de la que habla el texto, así como también el vocablo “descuidare”, deben interpretarse con el significado de **omisión intencional de cuidados**.

2º.—**Por la responsabilidad en el resultado previsible más grave.** El Art. 184 se refiere expresamente a la producción de un resultado previsible más lamentable (muerte o lesión corporal grave), el mismo que, al no ser previsto por el agente, le acarrea una mayor reprochabilidad traducida en el **quantum** más elevado de la pe-

(512) CLERC, FRANCOIS: *Cours Élémentaire sur le Code Pénal Suisse*, Partie Spéciale, Tomo I, Lausanne, 1943, p. 93; citado por PEÑA CABRERA: *Tratado.*, op. cit., Volumen II, Parte Especial, p. 247.

na. Estimamos que únicamente en el supuesto de un delito de arranque intencional, como es ciertamente el caso examinado, deviene posible pensar en un aumento de la responsabilidad por un resultado muy grave que acontece más allá de la intención del actor. Con las frases “si el delincuente pudo prever este resultado” o “pudo preverlo” nuestra ley concreta formas **preterintencionales** de culpabilidad, no así culposas o negligentes.

30.—**Por las escalas penales.** De haber sido la voluntad de nuestra ley sancionar tanto la forma dolosa del “abuso de tutela”, como también una pretendida forma culposa, hubiera establecido diferentes escalas de penalidad (más grave para la primera y menos severa para la segunda), continuando así un sistema invariablemente seguido en todo el texto codificado cuando, en verdad, se castigan tanto la figura dolosa como su correspondiente culposa.

En lo que se relaciona con la expresión “maltratar”, creemos que con la misma nuestra ley se refiere a los actos incuestionablemente intencionales de violencia física constitutivos de un abuso en los medios de corrección o disciplina. El maltrato, en consecuencia, es la otra forma intencional con que se ejecuta este delito.

c).— **Que se perjudique gravemente la salud o el desarrollo intelectual del menor, o se le cause lesión grave o la muerte.** El perjuicio puede consistir, por ejemplo, en una grave enfermedad adquirida como consecuencia de la falta de alimentación o de atención médica oportuna. El raquitismo y el embrutecimiento también pueden ser otros de los resultados comprendidos dentro de los alcances del texto legal analizado.

Nuestra ley estima, como **circunstancias agravantes específicas**, a la lesión corporal grave y a la muerte del menor, siempre que ambas fueren **previsibles**. Desde el punto de vista de la culpabilidad nos encontramos aquí frente a una responsabilidad prescrita a título de **preterintencionalidad**.

d).— **Dolo.** Consiste en la conciencia y voluntad de omitir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias o educacionales, sabiendo el daño grave que se le causa al menor. Las agravantes operan cuando la imprevisión de la muerte o lesión corporal grave tienen un arranque intencional; es decir, cuando existe dolo en la acción y culpa en el resultado (**preterintencionalidad**).

284.— PENALIDAD

Es la siguiente:

a).— prisión no mayor de dos años ni menor de dos días, cuando no concurre alguna de las circunstancias agravantes.

b).— penitenciaría no mayor de cinco años ni menor de un año, o prisión no mayor de cinco años ni menor de seis meses, si el agente pudo prever la lesión corporal grave que ha causado.

c).— penitenciaría no mayor de diez años ni menor de un año, si el actor pudo prever la muerte del menor.

EXCESO DE FATIGA

Art. 185.— “EL QUE POR ESPIRITU DE LUCRO O POR EGOISMO O POR INHUMANIDAD FATIGARE FISICAMENTE O INTELECTUALMENTE A UN MENOR DE EDAD QUE LE ESTUVIERE SUBORDINADO COMO EMPLEADO, OBRERO, APRENDIZ, DOMESTICO, ALUMNO O PENSIONISTA, DE MANERA QUE LA SALUD DEL FATIGADO SEA AFECTADA O GRAVEMENTE COMPROMETIDA, SERA REPRIMIDO CON PRISION NO MAYOR DE DOS AÑOS O CON MULTA DE LA RENTA DE TRES A TREINTA DIAS. LA PENA SERA DE PENITENCIARIA NO MAYOR DE CINCO AÑOS, O PRISION NO MENOR DE SEIS MESES, SI LA FATIGA HUBIERE CAUSADO UN DAÑO GRAVE Y PERMANENTE A LA SALUD DE LA VICTIMA Y SI EL DELINCUENTE PUDO PREVER ESTE RESULTADO. EN CASO DE MUERTE, SI EL DELINCUENTE PUDO PREVER ESTE RESULTADO, LA PENA SERA DE PENITENCIARIA NO MAYOR DE DIEZ AÑOS”.

COMENTARIO

285.— FUENTE

La encontramos en el Art. 119 del Proyecto suizo de 1918. El C.P. abrogado no previó esta figura delictiva.

286.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** puede ser el patrono o empleador, el empresario, el maestro de obra y el profesor, así como también cualquiera que tenga casa de pensión.

b).— **Sujeto pasivo** es el menor que tenga una edad inferior a los 18 años y que se encuentre subordinado respecto al actor.

287.— BIEN JURIDICO

El interés legalmente protegido es la salud física y mental de los menores de edad (menos de 18 años). Si bien es cierto que las leyes 2851 y 4339 permiten, por lo general, el trabajo de los menores que tengan una edad no inferior a los 14 años, y excepcionalmente hasta los 12 años, también es verdad que se prescriben ciertas normas reguladoras que garantizan su salud. Así, por ejemplo, sus labores no pueden exceder de 6 horas diarias, ni de 33 horas semanales. Por otro lado, están impedidos de realizar trabajos nocturnos, correspondiendo al D.S. de 25 de Junio de 1921 establecer cuáles son los trabajos que están prohibidos de efectuar.

288.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Que el menor se encuentre subordinado.** La dependencia debe provenir de una relación contractual, sea que conste de un documento o no. El menor debe estar obligado a la prestación normal de su energía laboral (casos del empleado, obrero, aprendiz y doméstico o servidor del hogar), o al desarrollo de un adecuado esfuerzo intelectual en provecho de sus estudios (casos del alumno y pensionista). Puede parecer extraño que nuestra ley se haya referido al "pensionista", expresión que alude más bien al beneficiario de una prestación alimentaria. Sin embargo, no es raro que en las provincias costeñas se encuentren casos en que los menores procedentes de la Sierra, alojados como pensionistas, queden sujetos a la única autoridad del dueño de la pensión, el mismo que los utiliza en labores domésticas y encargos menores, controlando el desarrollo de sus estudios con pleno consentimiento de los padres, con facultades inclusive hasta para actos de corrección de hecho.

La subordinación significa, por tanto, que el agente debe tener un cierto derecho a ejercer autoridad y control sobre el trabajo físico y el rendimiento intelectual del menor. No obstante, por

espíritu de lucro (provecho económico), o por inhumanidad (maldad), abusa de este derecho sometiendo al menor a un trabajo excesivo e inadecuado para sus fuerzas y demás condiciones propias de su minoría de edad (513).

b).— **Que la salud del menor se vea afectada o gravemente comprometida, o se le cause un daño grave y permanente, o la muerte.** Como consecuencia directa del exceso de trabajo la salud del menor debe quedar **afectada**; es decir, ser víctima de un daño efectivo. También puede quedar **gravemente comprometida**, lo que significa el peligro inminente de que el daño se materialice.

Aquí nuestra ley considera como **circunstancias agravantes** la lesión grave y permanente a la salud, así como también la muerte del menor, siempre que ambos resultados fueren **previsibles**. En estos últimos casos el actor responde a título de **preterintencionalidad** por no haber previsto el resultado mucho más lamentable, el mismo que normalmente es **previsible** para cualquier persona que actuara siquiera con un poco de prevención.

c).— **Dolo.** Consiste en la conciencia y voluntad de afectar la salud del menor con el exceso de fatiga. Las agravantes operan en los casos en que la imprevisión de la muerte o de la lesión grave y permanente a la salud tienen un arranque intencional; es decir, cuando hay dolo en la acción y culpa en el resultado (**preterintencionalidad**).

288 bis.— PENALIDAD

Es la siguiente:

a).— prisión no mayor de dos años ni menor de dos días, o alternativamente multa de la renta de tres a treinta días, cuando no se presentare alguna de las circunstancias agravantes.

(513) El D.S. de 25 de Junio de 1921, reglamentario de la Ley N^o 2851, dice en su Art. 17: "Además de los trabajos subterráneos de minas y canteras, se prohíbe a las mujeres y menores de 18 años, los siguientes: 1^o.— Limpieza de máquinas y motores en movimiento; 2^o.— Construcción, reparación, limpieza y pintura de edificios, si hay que emplear andamios y el trabajo se realiza a altura mayor de diez metros; 3^o.— Carga y descarga marítima o por grúas y cabrías, siempre que se trate de pesos excesivos; 4^o.— Fundición de metales; 5^o.— Empleo de sierras circulares; 6^o.— Fabricación, empleo o transporte de materiales inflamables y explosivos o tóxicos; 7^o.— Todo trabajo en locales o sitios donde se fabriquen, manipule o depositen sustancias explosivas, inflamables o cáusticas en cantidad peligrosa de accidente o donde se desprendan polvos o vapores tóxicos, irritantes y nocivos a la salud".

b).— penitenciaría no mayor de cinco años ni menor de un año, o prisión no mayor de cinco años ni menor de seis meses, en caso que la excesiva fatiga hubiere causado un previsible daño grave y permanente en la salud del menor.

c).— penitenciaría no mayor de diez años ni menor de un año, cuando el exceso de fatiga produjere la muerte previsible del menor.

SECCION SEGUNDA

DELITOS CONTRA EL HONOR

288 ter.— INDEPENDENCIA DEL RUBRO

En el texto codificado abrogado, así como también en el C.P. vigente, la protección del bien jurídico del honor ha merecido un tratamiento autónomo en cuanto se refiere a la descripción de las acciones delictivas que lo lesionan. El C.P. de 1863 denominaba su Sección Novena “De los delitos contra el honor”, ocupándose en un Título Único “De las injurias y calumnias”.

El **principium divisionis**, invariablemente seguido por el texto punitivo de 1924 en la clasificación de todos los hechos delictuosos, no es otro que el basado en la naturaleza del interés jurídico protegido. En este sentido, no compartimos la crítica formulada por PEÑA CABRERA cuando afirma que nuestro C.P. ha incurrido en un error de técnica al no haber agrupado, bajo una sola Sección, las distintas disposiciones que vulneran intereses jurídicos propios de la persona, entre los que se encuentran los delitos contra el honor, puesto que estas infracciones punibles menoscaban la integridad ético-social del individuo (513 bis). Creemos que el inexistente error de técnica mencionado se hubiera producido, en realidad, si nuestro codificador hubiese previsto una Sección con el nombre de “Delitos contra la persona”, olvidándose de tratar, en este caso, los delitos que agravan el honor. Pero resulta que esta hipótesis felizmente no ha ocurrido. Por el contrario, pensamos que la deficiencia técnica hubiese radicado en membretar precisamente una sola Sección tomando en cuenta al titular del bien jurídico lesionado (“persona”), para después olvidarse de este inadecuado criterio en la conformación de las Secciones subsiguientes.

(513 bis) PEÑA CABRERA: *Tratado.*, op. cit., Volumen II, Parte Especial, p. 255.

En relación al mismo tema tratado en el acápite precedente, nosotros compartimos la opinión de NUÑEZ cuando afirma que la independencia del rubro delictivo que nos ocupa, frente a la posibilidad de incluirlo bajo el membrete de los delitos que afectan a la persona, resulta constituyendo la buena tesis. Si bien es cierto que los atentados contra el honor lesionan íntima y directamente a la persona, como lo hacen los delitos de sangre, ocurre que su objeto de ataque se diferencia claramente de los últimos. La ofensa de los delitos de sangre recae en el mundo físico, en tanto que la de los delitos contra el honor corresponde al mundo de los sentimientos y opiniones: en los primeros, es decir, en las infracciones que afectan al honor, son sus atributos morales, jurídicos, sociales o profesionales los que en verdad se protegen (514).

289.— CONCEPTO DEL HONOR

El **ingrediente espiritual** básico de la personalidad humana está constituido por el honor. Su importancia, individual y socialmente apreciada, corre paralela con la que se le asigna a la vida misma y a la libertad, alcanzando preeminencia en algunas circunstancias propias de ciertas actividades profesionales. Por tales motivos la ley penal, en cumplimiento de las exigencias planteadas por el conglomerado social, necesita proteger al hombre frente a la agresión que significa la comisión de aquellos delitos que lo ofenden de manera directa e inmediata en su personalidad; es decir, que ofenden al hombre nada menos que en el meollo de las cualidades apreciadas como valiosas por la comunidad y que no se concretan en las que tienen exclusivamente una dimensión moral.

El honor es un bien tan valioso e inalienable en sí que el propio Derecho Penal, como observa QUINTANO RIPOLLES, ha prescindido de hacer de su privación un instrumento de penalidad. Por nuestra parte observamos que el sentido netamente jurídico que la sanción tiene en nuestro ordenamiento jurídico-penal (Art. 1º del C.P.), al entenderse la pena como una privación o restricción de derechos, no alcanza a comprender menoscabo alguno al honor de la persona condenada. Están, felizmente, superados los tiempos en que las sentencias condenatorias cubrían *ex lege* de infamia tanto a los que habían sido procesados como también a sus familiares.

(514) NUÑEZ: op. cit., Tomo IV, p. 20 s.

La importancia del honor, por paradoja, corre pareja con el obstáculo que existe en precisar su concepto. Afirma JIMENEZ ASENJO que la obtención de una noción lógica de los delitos contra el honor tropieza con una dificultad conceptual, hasta ahora prácticamente insuperada y acaso insuperable (515). La opinión expuesta por este jurista español no es en manera alguna aislada, puesto que la gran mayoría de los penalistas coinciden en advertir los grandes inconvenientes que existen para captar y delimitar el concepto del honor, señalando la disparidad de criterios que se emplean cuando se trata de precisar su noción exacta, dificultad que en nada merma su dimensión estimativa (516). Apunta ETCHEBERRY que resulta particularmente ardua la tarea de precisar el sentido y alcance de este bien jurídico en el mundo de habla hispana, ya que en español la voz "honor" tiene un matiz particular, diferente del significado que concierne a las voces equivalentes en otros idiomas. Agrega, enseguida, que la auténtica valoración de la persona aparece sobrecargada con dosis de orgullo y amor propio exagerado (517).

No obstante los inconvenientes aludidos, por nuestra parte observamos que sobre el tema existen tres posiciones concordantes que resultan relativamente claras y que son generalmente aceptadas por la doctrina:

1º.—La que sostiene que el honor es un **bien jurídico penalmente tutelado**, siendo ociosa la tarea de tratar de demostrar, por ser un hecho evidente, que el hombre tiene el **derecho** a que su honor sea respetado, así como también considera carente de sentido cuestionar si las ofensas dirigidas contra este nobilísimo ámbito de su patrimonio moral puedan y deban perseguirse, en los casos pertinentes, como infracciones delictivas (518).

(515) JIMENEZ ASENJO, ENRIQUE: "Delitos contra el honor"; véase en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo VI, Seix Editor, Barcelona, 1954, p. 630.

(516) Conformes: QUINTANO RIPOLLES: *Tratado*, op. cit., Tomo I, p. 990. MEZGER: op. cit., Parte Especial, p. 142. SOLER: op. cit., Tomo III, p. 224. NUÑEZ: op. cit., Tomo IV, p. 17.

(517) ETCHEBERRY, ALFREDO: *Derecho Penal*, Tomo Tercero, segunda edición, 1976, p. 109.

(518) CARRARA: op. cit., § 1703. Conforme: MEZGER, op. cit., Parte Especial, p. 142.

20.— La que afirma que es necesario **una cierta concreción de su sentido**, en razón a que el honor constituye el objeto material y el interés jurídico de algunos delitos que lo afectan (518 bis).

30.— La que propugna porque el concepto jurídico del honor **deba extraerse, por vía de inducción y síntesis, de las normas legales** que se interpreten (519).

Frente al panorama de ambigüedades que supone la noción del honor, considera QUINTANO RIPOLLES que el punto de partida más seguro, entre los varios que se ofrecen, puede ser el de apreciar el honor como un “valor”, advirtiéndonos que el honor, como ocurre con todo valor, tiene una dimensión subjetiva (“valor sentimental”) y otra valoración social (520). En esta duplicidad de perspectiva conceptual incide también SOLER cuando afirma que la noción del honor apunta hacia una genérica referencia a la **valoración integral de una persona en sus relaciones ético-sociales**, valoración que asume un aspecto subjetivo y otro objetivo, entre algunos posibles (521).

El Maestro CARRARA, por su parte, ya nos había dicho que a la idea del honor pueden vincularse tres conceptos secundarios distintos: a) **el sentimiento de la propia dignidad**; b) la estima o **buena opinión** que los demás tienen de nosotros; y, c) el poder que tiene una buena reputación para procurar ciertas **ventajas materiales** (522).

Una acertada definición comprensiva de los aspectos objetivo y subjetivo del honor nos la presenta NUÑEZ cuando dice que el honor, como bien jurídico protegido, **es la personalidad o suma de cualidades morales, jurídicas, sociales y profesionales valiosas para la comunidad, atribuibles a las personas** (523). Como podemos apreciar, esta definición comprende, por un lado, el **honor subjetivo** entendido como las cualidades que cada uno se pueda auto-atribuir; y, por otro, también el **honor objetivo** interpretado como las cualidades que los terceros nos puedan asignar.

(518 bis) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado.*, op. cit., Tomo I, p. 992.

(519) SOLER: op. cit., Tomo III, p. 223.

(520) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado.*, op. cit., Tomo I, p. 992.

(521) SOLER: op. cit., Tomo III, p. 224.

(522) CARRARA: op. cit., § 1703.

(523) NUÑEZ: op. cit., Tomo IV, p. 19 s.

290.— CONCEPTO SUBJETIVO DEL HONOR

Colocándonos en una perspectiva eminentemente **subjetiva**, el honor puede ser considerado como una **autovaloración**, es decir, como el aprecio de la propia dignidad, como el juicio que cada cual tiene de sí mismo en cuanto sujeto de relaciones ético-social (524). Siendo así, resulta incuestionable que la certeza y generalidad buscada por la ley penal no pueden quedar en manera alguna satisfechas con una concepción tan relativa y sujeta a la diversidad de las apreciaciones personales. Según esta elucubración subjetiva, hay que entender que el honor quedaría siempre afectado por todo aquello que humilla el sentimiento de la persona, lo cual no es precisamente un punto de referencia inequívoco que oriente la seguridad civil que siempre persigue el Derecho Penal. Razón, entonces, tiene MEZGER al afirmar que el derecho en vigor, en materia concerniente al honor, no puede interpretarse sólo subjetivamente (525).

No estaría demás aquí advertir que el concepto subjetivo del honor se presta para propugnar las más dispares interpretaciones éticas, filosóficas, religiosas y políticas (aparte de las jurídicas), todo lo cual contribuye grandemente para hacer del honor uno de los temas más complejos de toda la ciencia de los delitos y de las penas.

(524) SOLER: op. cit., Tomo III, p. 224.

(525) ETCHEBERRY hace esta interesante disquisición sobre el tema: "Desde el punto de vista **subjetivo**, la valoración ética de la persona puede referirse a tres aspectos: 1) Lo que la persona vale en realidad, metafísicamente considerada; 2) Lo que esa persona cree que vale (autovaloración), y 3) El sentimiento del honor, esto es, la voluntad de afirmar el propio valer o mérito ante los demás". A continuación hace el siguiente análisis discriminatorio: "Resulta claro que los dos primeros aspectos no pueden ser protegidos penalmente, ya que el valor moral intrínseco de la persona no puede ser lesionado por el acto de un tercero, sino por sus propias acciones, y del mismo modo, la opinión que una persona tenga de sí misma sólo puede alterarse por la reflexión que la misma persona haga acerca de su comportamiento en relación con las normas éticas que profese. Lo que sí puede ser herido por terceros es el sentimiento del honor; el deseo de que los demás reconozcan la propia valía. Este es un interés legítimo, que la ley ha juzgado digno de protección, y por lo tanto constituye un bien jurídico. Este bien jurídico puede ser lesionado por un tercero que manifiesta en cualquiera forma a su titular que no lo aprecia ni estima: restándole mérito o atribuyéndole demérito. La ofensa al honor **subjetivo** se perfecciona así con la sola manifestación de menosprecio al ofendido: la mortificación espiritual que a éste se causa es suficiente para constituir ofensa al honor en sentido subjetivo" (op. cit., Tomo Tercero, p. 109 s.).

A pesar de este desconcertante panorama que nos presenta la postura subjetivista analizada, resulta que un hombre de la sapiencia de CARRARA opina que la ofensa al sentimiento de la propia dignidad es suficiente para constituir un delito contra el honor. Sostiene el Maestro de Pisa que el aludido **sentimiento de nuestra propia dignidad** es el contenido primario de la idea de honor y que representa la aspiración de toda alma, por poco noble que sea, aspiración instintiva y que no depende de ninguna consideración de los bienes exteriores, sino, exclusivamente del amor a nosotros mismos y de aquel gozo inefable que produce en nosotros, sin necesidad de aplausos ajenos ni de miras ulteriores, la sola conciencia de nuestros méritos, de nuestras capacidades, de nuestras virtudes. Agrega CARRARA que lo opuesto a tal sentimiento es la vergüenza i la abyección que produce en nosotros el conocimiento de cualquier defecto nuestro, independientemente de las censuras ajenas (526).

Creemos que no existe, en realidad, una concepción **estrictamente** subjetiva del honor que merezca ser amparada por la legislación penal. Advertimos que el sentimiento de nuestra propia valía deja de representar el aspecto subjetivo del honor desde el momento mismo en que pretendemos sea reconocido por los demás semejantes.

291.— CONCEPTO OBJETIVO DEL HONOR

Desde el punto de vista **objetivo** el honor es la valoración que **otros** hacen de la personalidad ético-social de un sujeto. Para JIMENEZ ASENJO el honor objetivamente está representado por la apreciación o estimación que hacen los demás semejantes de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social. Es, por tanto, la buena reputación que gozamos entre nuestros conciudadanos (527). Dentro de esta apreciación objetiva, resulta que el honor quedaría siempre afectado por toda conducta que lograre quebrantar la estimación que disfruta una persona en su medio social.

No puede pasar desapercibida la peligrosa posibilidad, estando a la concepción objetiva del honor, que una persona con dignidad sea tenida como un sujeto deshonesto o viceversa. Los grandes medios de comunicación masiva de los que dispone ahora nuestra

(526) CARRARA: op. cit., § 1704.

(527) JIMENEZ ASENJO: op. cit., p. 632.

civilización contribuye, en no despreciable medida, a que la propaganda presente como héroes a individuos que en realidad tienen pies de barro y caricaturice como villanos precisamente a quienes en actitud digna se enfrentan a una **verdad oficial**. El profesional de la Abogacía, por ejemplo, no está exento del riesgo inminente de ser agraviado por cierto sector de la prensa, sobre todo si acepta el patrocinio de una causa en la que el procesado tiene la animadversión de la jerarquía política gobernante.

La buena reputación es, como sostiene CARRARA, la opinión que los demás tienen de nuestras buenas cualidades, tanto espirituales como corporales. El patrimonio del **buen nombre** no existe en **nosotros**, sino en la mente de los demás; no es una cosa que la poseemos como sucede con cualquier objeto de nuestra propiedad, sino que es algo que está en poder de otras personas, aun cuando nos beneficiemos por completo de ella (528).

En opinión de QUINTANO RIPOLLES sólo una valoración social, relativa también, sin duda, pero obedeciendo a consideraciones más objetivas y neutras de tiempo, lugar y ocasión de las que se hace intérprete el Juzgador en el juicio de reproche, puede determinar en cada caso, con ciertas probabilidades de éxito, lo que constituye o no un ataque al patrimonio de la honra, individual ciertamente en su encarnación personal, pero también social en sus proyecciones externas que son, al final de cuentas, las que al derecho importan (529).

292.— EL CRITERIO DE LA LEGISLACION PATRIA

Nuestra ley penal, la doctrina nacional y los Jueces han tomado en consideración los aspectos **subjetivo** y **objetivo** del honor para tipificar, interpretar y juzgar los hechos que pudieran afectar o lesionar dicho bien jurídico. Así, por ejemplo, tenemos que las incriminaciones trazadas por nuestro C.P. no solamente tutelan al honor en su forma preponderantemente objetiva (delito de **difamación**), o en su predominante faceta subjetiva (delito de **injuria**), sino también equilibrando sus aspectos subjetivo y objetivo (delito de **calumnia**).

(528) CARRARA: op. cit., § 1705.

(529) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado*, op. cit., Tomo I, p. 992.

Opinamos que en nuestra legislación penal no se han considerado en sus formas puras, es decir, con independencia, los aspectos subjetivo y objetivo del honor. En verdad, la protección ocurre de manera conjunta, existiendo ya sea equilibrio o un notorio predominio de un aspecto sobre el otro, conforme tuvimos oportunidad de observar anteriormente. Claro está que para sancionar el delito de injuria no es necesario que efectivamente se haya vulnerado, de manera significativa, la reputación o la fama desde que para su configuración perfecta, como afirma SOLER, basta **al menos** que constituya una ofensa a ese sentimiento subjetivo indestructible que está condicionado por la autovaloración de la personalidad. No obstante, existe la posibilidad que se presenten situaciones en las que, aun subsistiendo el dolor moral personal causado por una atribución reputada agravante, suceda que dicho sentimiento no merezca amparo judicial alguno en razón a que el prestigio que alega tener el afectado no corresponda, atendiendo a consideraciones que en su mayoría son de interés público, al aprecio que tiene de su propia dignidad. Puede ocurrir, así, en virtud del régimen que admite la prueba de la verdad respecto a la conducta o hecho deshonrosos atribuídos con una acción tipificada como difamación (Art. 190, Incs. 1º al 4º del C.P.).

El enervamiento del honor objetivo no siempre puede hacer desaparecer la protección penal de su aspecto subjetivo. En nuestra ley punitiva existen casos en los que el amparo del honor subjetivo pone obstáculos insalvables a la prueba de un cierto o supuesto debilitamiento del honor en su aspecto objetivo. Tenemos, así, que de conformidad con el Art. 190, primer párrafo, del C.P. no se permite al autor del delito de injuria probar la notoriedad de los hechos o de la cualidad o conducta que se atribuyeron a la persona ofendida. Igualmente, el Art. 191, Inc. 2º, del C.P. no admite en ningún caso la prueba de una imputación que se refiera, por ejemplo, a la vida conyugal del agraviado.

292 bis.— TITULARES DEL BIEN JURIDICO

No sólo las personas físicas, sino también las jurídicas, tienen un honor que reclama protección. Así mismo, la ley penal tutela tanto el honor de las personas vivas como la memoria de los muertos (530). Por último, nuestro texto codificado defiende el honor

(530) En realidad, aquí los agraviados resultarían siendo el cónyuge, los ascendientes, los descendientes y los hermanos.

no solamente de aquellas personas sin antecedentes penales, sino, además el que pudiera corresponder a quienes ya fueron objeto de una sentencia condenatoria en un proceso penal concluído.

La opinión prevaleciente en la doctrina, acogida por numerosos Cs. Ps., es que las personas físicas (vivas o las que ya dejaron de existir, imputables o inimputables, condenadas o absueltas) y las personas jurídicas (de derecho comercial, civil, administrativo o internacional), tienen siempre una personalidad moral susceptible de ser defendida en su honor o reputación. Estas consideraciones han encontrado acogida en nuestro texto punitivo codificado, conforme veremos al estudiar cada uno de los artículos que integran esta Sección.

293.— EL "ANIMUS INIURIANDI"

Llamado también **animus infamandi**, consiste en la intención que se expresa en forma perceptible o inteligible, o que se induce de las circunstancias, y que está dirigida a lesionar el honor ajeno. En nuestro ordenamiento jurídico-penal se alude a la existencia de este **animus** con las frases siguientes: "a sabiendas que la imputación es falsa" (Art. 186, delito de calumnia); "atribuyere a una persona natural o jurídica o corporación, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar el honor o la reputación" (Art. 187, delito de difamación); y, "ofendiere o ultrajare a una persona natural o jurídica o corporación" (Art. 188, delito de injuria).

El **animus iniuriandi** se refiere a un estado psicológico del agente. Por tanto, se relaciona con la culpabilidad sin ser, claro está, la culpabilidad misma (dolo, para el caso). El **animus iniuriandi**, vale decir la intención de ofender del agente, constituye la esencia de los delitos contra el honor. Según CARRARA nadie, a menos que quisiera mostrarse en extremo ignorante de los primeros rudimentos del Derecho Penal, se atrevería afirmar que para la existencia del delito de injuria basta la materialidad de una palabra ultrajante, sin que sea necesario también probar que quien la emitió tenía el **ánimo** de ofender. La índole ofensiva de la injuria no puede consistir, en manera alguna, ni en el vocablo ni en el ademán, pues tanto el primero como el segundo pueden ser ofensivos o no, según lo pretenda o no quien hable u obre. Los ademanes y las palabras —dice el Maestro de Pisa— no expresan otra cosa que lo que quiso hacerlos expresar su autor, pudiendo dársele a todas las palabras y a todos los gestos una doble significación, ora ultrajante, ora honorífica, o por lo menos indiferente. Resulta, así, que la ironía cam-

bia el sentido de una palabra o de un gesto, al igual que un respeto afectado puede ser un acto de burla, y una palabra de encomio puede ser dirigida a manera de insulto. Termina CARRARA afirmando que a todo esto se presta, además del modo de hablar o de obrar, la diversa significación que tienen las palabras en el lenguaje común (531).

No es extraño que el **animus iniuriandi** pueda coexistir o quedar desplazado, en un caso concreto de la vida real, con otros ánimos que concurren. Esto significa que existen otros ánimos que, según las circunstancias, pueden adquirir potencia suficientemente eficaz como para excluir la adecuación típica, justificar el hecho o eximir de culpabilidad. Sin embargo, es necesario tener muy presente que no basta la simple constatación de la concurrencia de otro ánimo, distinto al **iniuriandi**, para que entonces se tenga ya como inexistente el injusto o el dolo. Conforme enseña QUINTANO RIPOLLES es necesario, además de probar la coexistencia con el **animus iniuriandi** aparentemente objetivado, acreditar también la neta prevalencia del ánimo no antijurídico con vigor suficiente para anular el ánimo infamatorio (532).

Es evidente que el ánimo no antijurídico, para que adquiera relieve en el ámbito punitivo como potencia enervante del **animus iniuriandi**, debe necesariamente manifestarse o expresarse en alguna de las circunstancias del caso concreto que se examine.

Como realidad psicológica necesita el **animus iniuriandi** de un elemento material, es decir, de una acción en la cual se evidencie. El acto en referencia no requiere de ninguna condición, pues cualquiera que sea, y no importa la forma que asuma, siempre podrá tenerse por suficiente para suministrar el elemento material de la injuria, con tal que tenga el poder de manifestar a los sentidos ajenos la idea ultrajante que conlleva (533).

294.— OTRAS CLASES DE “ANIMUS”

En la doctrina se precisan y estudian los siguientes:

a).— **Animus corrigendi**. Es la voluntad de reprender, observar, dirigir amonestaciones y hasta de inferir, a veces, cierta clase

(531) CARRARA: op. cit., § § 1735 y 1752.

(532) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado*, op. cit., Tomo I, p. 1103.

(533) Conforme: QUINTANO RIPOLLES: *Tratado*, op. cit., Tomo I, p. 1104.

de castigos, voluntad que es puesta en evidencia por determinadas personas respecto a otras en base al parentesco, vínculo jerárquico, situación o estado que suponga alguna forma de dependencia. Su ejercicio puede provenir de la ley o de un reglamento institucional, pero generalmente nace de las relaciones sociales que mantienen entre sí los hombres en la administración pública, en las fuerzas armadas, en los establecimientos de educación y en la vida privada (534).

Este propósito de corregir puede a veces excederse hasta llegar a constituir un acto abusivo que lesiona la honorabilidad de las personas. Ocurre así, por ejemplo, cuando por el tono de voz que se utiliza, por la vulgaridad de las palabras empleadas y por las circunstancias de lugar o ambiente social en que se hace la llamada de atención, se causa humillación al sujeto a quien está dirigida la corrección.

El **animus corrigendi**, cuando es ejercido sin abuso y en provecho del corregido, hace desaparecer el carácter injurioso que aparentemente pudiera tener la palabra, el gesto o la vía de hecho. Para que pueda enervar el dolo al extremo de hacer justificable o inculpable el acto animado de una finalidad de corrección, se necesita que proceda de una persona que tenga autoridad o ascendencia suficiente para ejercer la facultad de corregir o para atribuirse la potestad de enseñar formas de conducta a los demás.

b).— **Animus consulendi**. Es la intención de dar consejos, ya sea a solicitud de parte o de manera espontánea. La persona actúa con el propósito de advertir a otra acerca de la existencia de un riesgo o peligro personal, económico o moral que puede representar o significar la conducta presente o pasada, sea la propia del consultante o la de un tercero. Hay, por ejemplo, determinadas organizaciones de comerciantes e industriales que llevan un control de las personas físicas o jurídicas a las que se les ha protestado letras de cambio u otros documentos de crédito. Cuando se les solicita información comercial a dichas entidades por algún socio o cliente interesado en realizar una operación de crédito con el moroso, necesariamente el representante de la organización aludida tiene que dar las malas referencias comerciales registradas. Aquí, pues, no existirá ánimo de perjudicar la honorabilidad del deudor moroso. CARRARA pone el ejemplo de un cliente que consulta

con su Abogado acerca de la probidad y solvencia de un sujeto con quien desea concluir un contrato. El Abogado no será responsable de injuria si, en cumplimiento de su deber profesional, advierte a su cliente respecto a la insolvencia o poca delicadeza de tal individuo.

Tratándose del consejo espontáneo que conlleve algún reproche para el aconsejado, resulta conveniente tomar en cuenta el grado de amistad o confianza existente entre éste y el consejero, así como también la importancia que pudiera tener la advertencia que se hace.

Queremos poner en relieve, como anota RAMOS, que el **animus consulendi** no exime de pena, sino resulta que su concurrencia hace inexistente el agravio al honor (535).

c).— **Animus criticandi**. Escribe CARRARA que uno de los más grandes beneficios de la sociedad humana es la censura moral que el hombre ejerce sobre sus semejantes, la misma que sirve de modo admirable para enmendar las tendencias depravadas y para impulsarnos por el camino de nuestro perfeccionamiento moral. Hay, entonces, un derecho natural a instruir a los demás y de advertirlos respecto a sus defectos. Quien ejercita este derecho, siempre que lo haga convenientemente y sin pasión hostil, no puede ser declarado culpable, si es que no se quiere que la ley moral entre en pugna con la suprema ley jurídica (536).

El control a la crítica o censura de las conductas ajenas es un asunto bastante delicado. Piensa QUINTANO RIPOLLES que un excesivo rigor en la materia sería susceptible de aniquilar la vida social, política, científica o artística. Se favorecería en cambio, por el ambiente de silencio y clandestinidad, todo género de conductas inmorales o torpes. No es menos cierto, sin embargo, que una exagerada laxitud en la admisión de la censura, conduciría a hacer ilusoria toda tutela jurídico-penal del honor, ya que el camino de la crítica —continúa el Profesor español— puede llevar a las metas de deshonor más eficaces y odiosas, precisamente por lo hipócrita y solapada (537).

(535) *Ibidem*, p. 202.

(536) CARRARA: *op. cit.*, § 1755.

(537) QUINTANO RIPOLLES: *Tratado*, *op. cit.*, Tomo I, p. 1115.

d).— **Animus defendendi**. Se presenta cuando las expresiones aparentemente contrarias al honor de una persona se pronuncian o escriben con el propósito de justificar o explicar conductas, propias o ajenas, frente a determinadas imputaciones que, de ser ciertas en toda su magnitud, pueden comprometer judicialmente en mayor o menor grado la libertad o el patrimonio. No se lesiona el honor, por ejemplo, si en un proceso por delito de seducción se sostiene que la joven carece de conducta intachable desde que el examen médico-legal acredita que presenta signos de coito contra natura. Enseña CARRARA que el argumento del **animus defendendi** sirve más especialmente a los **apoderados de las causas** para eximirlos de toda responsabilidad por injuria respecto a lo que puedan haber dicho contra el adversario, contra los testigos o también contra el mismo Juez, cuyas decisiones pide que sean reformadas en favor de sus clientes. A esta libertad la habían denominado los prácticos **libertad conviciandi**, lo que significa facultad de injuriar de palabra.

e).— **Animus iocandi**. Es el propósito de bromear inofensivamente, es decir, nada más que el deseo de jugar burlonamente sin voluntad maligna alguna. La admisión o no del **animus iocandi** como una intención que excluya o elimine la injuria, depende en gran parte de las circunstancias en las que se haya manifestado y que no pueden definirse **a priori**, así como también depende, más particularmente todavía, de las relaciones personales, puesto que se debe admitir su eficacia enervante del dolo con mayor facilidad en los casos en que ocurra entre amigos y en trato confidencial. Si sólo existió voluntad de burla, sin trascendencia alguna más allá del momento de esparcimiento vivido o compartido, el prudente criterio del Juez le aconsejará no dictar condena desde que resultaría insuficiente sustentar el fallo adverso al jocoso en el único hecho consistente en que el aparentemente ofendido no haya querido aceptar la broma y se haya mostrado resentido, por ejemplo, al verla o escucharla.

También se presenta esta especie de **animus** cuando se satiriza con una finalidad artística o estética. Son frecuentes las imitaciones de personajes de la política en las actuaciones teatrales y televisivas, así como también las caricaturas que se les hace en revistas y periódicos. Resulta natural suponer que la burla tiene un límite, problema que sólo es posible resolver tomando en cuenta la realidad de los hechos concretos en los que se pudiera cuestionar la existencia del **animus iocandi** con potencia destipificante.

La persona que, por uno u otro motivo, como puede ser el político, profesional, artístico o deportivo, ha llegado a tener popularidad, se encuentra expuesta a toda clase de bromas, inclusive a las denominadas de "mal gusto". Es un riesgo que este personaje tendrá que correr, procediendo siempre con la cautela necesaria para decidir cuándo verdaderamente deberá iniciar un proceso penal, por un agravio a su honorabilidad, que no concluya en una sentencia adversa que lo deje, ahora sí, en ridículo.

f).— **Animus narrandi.** En un sentido general consiste, según la opinión de RAMOS, en exponer un hecho o un acontecimiento, atribuyéndolo a una persona viva o muerta. La narración puede tener un carácter literario, histórico o periodístico.

En lo que respecta al periodismo, afirma el citado autor argentino que existe tal tipo de información en virtud de una necesidad innegable. Por múltiples razones, que están por encima de la obra del periodista mismo, ha llegado a ser el periodismo un poderoso medio de información, de educación y de contacto colectivo entre los hombres del mundo entero. Dentro de este contexto, nos advierte RAMOS que el deber jurídico que todos tenemos de abstenernos de lesionar el honor o la reputación ajenos, limita jurídicamente los derechos que la sociedad confiere al periodista con propósito de información o divulgación. Lo más evidente, entonces, que sólo no aceptan los aventureros del periodismo, consiste en afirmar que la narración que se hace en la crónica periodística no llega a constituir una ofensa al honor cuando está exenta de comentarios por medio de los cuales aparezca que el aludido medio de información hace suyos los hechos que refiere, concerniente a una o más personas, en los casos en que son señalados de tal forma que afectan al honor o reputación (538).

También se presenta el caso del **animus narrandi** cuando una persona, a requerimiento de la autoridad o de un superior jerárquico, se ve obligada a describir una conducta que puede comprometer el honor de un tercero. Para que el **animus narrandi** destipifique el hecho, u opere exculpatoriamente, es necesario que el relato sea lo más objetivo posible, es decir, que se excluyan del mismo las apreciaciones personales. Así, por ejemplo, el Fiscal en su acusación escrita puede referirse a la negligencia con la que habría ac-

(538) RAMOS: *Los delitos.*, op. cit., p. 209.

tuado el Juez Instructor en la investigación del delito, describiendo las circunstancias concretas en las que incurrió en omisiones o descuidos.

g).— **Animus retorquendi.** Ocurre cuando la persona actúa con la intención de devolver o retorcer el agravio. Las legislaciones penales reconocen expresamente, a quien fue agraviado con una injuria, el derecho a procurar su propia defensa o vindicación. El Art. 189 del C.P. faculta al Juez para declarar exentas de penas a ambas partes. Tratándose del caso de una injuria verbal, proferida luego de una provocación por ofensa personal, la ley declara esta reacción como impune.

El **animus retorquendi** no es otra cosa que un contra-ataque a una precedente agresión verbal o **violencia della lingua**, siendo esta última evidentemente injusta, actual y no provocada; es decir, se trata de un verdadero caso de legítima defensa. Cuando una persona, después de sentirse injuriada por otra, pasa a su vez, inmediatamente, a injuriar a su ofensor, surge lo que se ha llamado, con un sentido civilista, compensación.

Para que se admita la compensación se exige una cierta proporción entre las respectivas injurias. Observa CARRARA, en relación con el rigor del requisito señalado, que es preciso proceder con la debida cautela, cuidando de no confundir del todo la compensación con el **animus retorquendi**, pues la cuestión de la compensación es fundamental para el primer injuriante, pero no lo es igualmente para el que devuelve la injuria. Aun cuando aquélla sea negada, la retorsión debe perder su carácter criminoso, por la misma índole de la retorsión, cuando la injuria sufrida es igual o más grave, y sólo debe valer como minorante cuando la injuria devuelta es mucho más grave que la sufrida, ya que de otra manera se caería en el absurdo (539). La razón, pues, por la cual la injuria de quien retuerce no sería delictiva radica en que carece del elemento esencial consistente en el ánimo de injuriar.

295.— NATURALEZA JURIDICA

Todos los delitos contra el honor previstos en nuestra legislación penal son punibles sólo a título de **dolo**, no siendo concebible la forma culposa.

(539) CARRARA: op. cit., § 1759.

Desde el punto de vista de la acción (elemento del delito) la calumnia y la injuria son delitos **formales** o de **simple actividad**, considerándose que el tipo se agota con la entrega de la denuncia a la autoridad o con el movimiento corporal. Aparentemente no existe resultado, pero sabemos que lo acontecido, en realidad, es que la manifestación de voluntad y el resultado son coincidentes en el tiempo y se sueldan íntimamente. Al respecto no cabe duda que existe una evidente **unidad temporal**, pero también es innegable que hay una **dualidad lógica**, como observara MAYER. Los delitos aludidos no tienen **corpus criminis**, pero sí **corpus instrumentorum**; es decir, cuerpo delictivo indirecto.

En cuanto a la difamación, creemos que es un delito que puede ser formal en caso que el medio de su realización sea verbal. En cambio, consideramos que es un delito de **resultado** cuando la vía de comisión sea un impreso, diario, periódico, u otro medio escrito o de impresión.

Por otro lado, la calumnia y la injuria son de tracto único. En este sentido podemos darles la denominación de delitos **instantáneos**, puesto que el ataque, ofensa o infracción penal se produce en el momento en que se hace la acusación calumniosa o se emite la voz injuriante, no siendo, por tanto, racionalmente posible la tentativa ni la frustración.

Tratándose de la difamación, creemos que sí es posible la tentativa cuando se comete por un medio escrito o impreso. Con mucha claridad nos dice CARRARA que es absolutamente inconcebible la tentativa en la injuria verbal, porque es de suyo imposible imaginar en ella un comienzo de ejecución anterior a la consumación y subsistente sin ésta, requisito que es común a todos los delitos que se cometen por medio de la palabra; pero para los casos de injurias **reales**, es decir la expresada con otros signos distintos a la palabra y capaces de manifestar un concepto ultrajante, así como también en el libelo infamatorio y en todos los delitos contra el honor cometido mediante la escritura, muy bien puede darse el caso de tentativa punible (540). Tal sería el supuesto, por ejemplo, de aquel que ha dejado en la redacción de un periódico o de una revista una carta o un artículo difamatorio que no fue dado a la publicidad por alguna causa ajena a la maligna voluntad del agente.

(540) *Ibidem*, § 1830.

296.— MORFOLOGIA DE LA SECCION

Es la siguiente:

- a).— Calumnia, (Art. 186).
- b).— Difamación, (Art. 187).
- c).— Injurias, (Art. 188).
- d).— Injurias recíprocas, (Art. 189).
- e).— Improcedencia de la prueba y sus excepciones, (Art. 190).
- f).— Inadmisibilidad absoluta de la prueba, (Art. 191).
- g).— Injurias en juicio, (Art. 192).
- h).— Difamación e injuria encubiertas, (Art. 193).
- i).— Substitución de la pena, (Art. 194).
- j).— Acción privada, (Art. 195).

CALUMNIA

Art. 186.— “EL QUE ACUSARA O DENUNCIARE A OTRO ANTE UNA AUTORIDAD IMPUTANDOLE UN HECHO PUNIBLE DETERMINADO, A SABIENDAS DE QUE LA IMPUTACION ES FALSA O SIN QUE EXISTIERA MOTIVO QUE PERMITIESE CREER PRUDENTEMENTE EN ELLA, SERA REPRIMIDO POR CALUMNIA CON PRISION NO MAYOR DE DOS AÑOS”.

COMENTARIO

297.— FUENTE

La encontramos en el Proyecto peruano de 1916. El precedente legislativo nacional está en el Art. 287 del C.P. abrogado de 1863.

298.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** puede ser cualquier persona física que proceda a denunciar por su propio derecho o en representación legal de otra persona física o jurídica.

b).— **Sujeto pasivo** sólo puede serlo una persona física o natural. Siendo el caso que las personas jurídicas o morales no tienen capacidad para cometer infracciones punibles, según se desprende

de nuestro ordenamiento jurídico-penal, entonces no se les puede imputar ante una autoridad la comisión de un hecho delictivo. En cambio, los menores inimputables (edad inferior a los 18 años) sí pueden ser agraviados con el delito de calumnia. Es cierto que a estos menores no les alcanza responsabilidad penal alguna, pero también es verdad que sí pueden cometer, y por ende atribuirseles, los hechos que están tipificados en la ley como delitos. En este sentido, un adolescente de 16 años puede haber sido denunciado ante el Juez de Menores, atribuyéndosele calumniosamente la comisión de un hecho previsto o tipificado en la ley como un delito, aunque en el hipotético caso de que, si por un error judicial, se diera por acreditada su autoría, entonces en manera alguna podrá imponérsele pena.

Los enfermos mentales también pueden ser destinatarios de calumnia, pues su inimputabilidad no impide que alguien (conociéndola o no) los denuncie policialmente, por ejemplo, a sabiendas de la falsedad de la infracción punible atribuída.

En lo que respecta al muerto, creemos que no puede ser aquí sujeto pasivo en razón a que ya se extinguió su personalidad. Si en un proceso penal, por ejemplo, un testigo le atribuyere falsamente a un difunto haber sido el autor de un hecho punible cuya comisión se le imputa a un encausado, los verdaderamente afectados serían las personas a quienes la ley penal faculta para interponer la correspondiente acción procesal: cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano.

299.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Imputación falsa de un hecho punible determinado.** Es manifiestamente falsa una imputación cuando el agente sabe, de manera indubitable, que el denunciado no ha cometido el hecho punible que se le atribuye, o cuando el hecho en sí no es una realidad desde que nunca aconteció.

Al emplear nuestra ley la frase “hecho punible” parecería hacer referencia tanto al delito como a la falta. Sin embargo, creemos que es del caso hacer una interpretación restrictiva para comprender sólo a los delitos. La imputación falaz de la comisión de una falta lesionaría en tan mínima magnitud el honor de una persona que, en realidad, sería un despropósito sancionar tal atribución

como si constituyera un delito contra el honor. En cambio, no discutimos que la falsa denuncia de una falta puede ser castigada como un delito contra la administración de justicia (Art. 330 del C.P.).

Observamos que la ley exige que el hecho atribuido falsamente sea “determinado”. Creemos que con la expresión aludida quiere significarse que la denuncia debe referirse a un hecho concreto; es decir, a un evento circunstanciado en cuanto concierne al tiempo, lugar y forma de comisión. Hecho determinado será, en consecuencia, lo contrario a vago, impreciso, indeterminado o genérico.

b).— **Que la imputación tenga el carácter de una denuncia o de una acusación efectuada ante una autoridad.** El agente debe haber formulado un cargo, sea de manera verbal o por escrito. La imputación falsa tiene que haber sido presentada ante una “autoridad”. A falta de especificación de la ley comentada, entendemos que tal autoridad puede ser fiscal, judicial, policial, municipal, sanitaria, etc.

c).— **Dolo.** Consiste en la conciencia y voluntad de ofender el honor de una persona formulándole la imputación de un delito a sabiendas de su falsedad, o sin tener los suficientes elementos de juicio que hagan creer verosímelmente en su autoría o participación.

300.— DIFERENCIA CON LA FIGURA DEL ART. 330 DEL C.P.

El hecho previsto en el Art. 186 del C.P. encuadra perfectamente también, **prima facie**, en la figura de la **denuncia mendaz** contemplada en el Art. 330 del C.P. (delito contra la administración de justicia). Objetivamente no hay diferencia alguna entre ambas hipótesis delictivas. Sólo desde un punto de vista de carácter subjetivo podemos hacer una distinción, sustentándose la misma en el **animus** o intención del agente. Si hay **animus infamandi**, el delito será de calumnia. Si fuere el propósito del agente desviar el curso normal de la administración de justicia, entonces el hecho quedará tipificado en el Art. 330 del C.P.

En otras legislaciones la diferencia tiene una naturaleza objetiva y resulta, por ende, más clara e incuestionable. En tal sentido, si la imputación falsa se realiza ante cualquier persona, siempre que no sea autoridad, el delito será de calumnia; en cambio, si se hiciera ante una autoridad policial o judicial o fiscal, entonces se-

rá delito contra la administración de justicia (541). Este es el criterio que se sigue en el Proyecto de C.P. que comenzó a publicarse en "El Peruano", a partir del 19 de Agosto de 1985 (Art. 134).

301.— PENALIDAD

La sanción es alternativa: prisión no mayor de dos años ni menor de dos días, o multa de la renta de tres a treinta días.

DIFAMACION

Art. 187.— "EL QUE ANTE VARIAS PERSONAS REUNIDAS O SEPARADAS, PERO DE MANERA QUE PUEDA DIFUNDIRSE LA NOTICIA, O EN DOCUMENTO PUBLICO O POR MEDIO DE IMPRESOS O PUBLICACIONES O PRENSA, O CON ESCRITOS, CARICATURAS O DIBUJOS DE CUALQUIER GENERO, DIVULGADOS O EXPUESTOS AL PUBLICO, ATRIBUYERE A UNA PERSONA NATURAL O JURIDICA O CORPORACION, UN HECHO, UNA CUALIDAD O UNA CONDUCTA QUE PUEDA PERJUDICAR EL HONOR O LA REPUTACION DE ELLAS O DE LAS PERSONAS QUE LAS COMPONEN O REPRESENTAN, SERA CULPABLE DE DIFAMACION Y REPRIMIDO, A ARBITRIO DEL JUEZ, CON PRISION NO MENOR DE SEIS MESES Y/O MULTA DE UNO A CIEN SUELDOS MINIMOS VITALES PARA LIMA.

CONSTITUYE CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE EL QUE EL OFENDIDO SEA AUTORIDAD, ENTIDAD PUBLICA O INSTITUCION OFICIAL. EN ESTOS CASOS, LA PENA SERA NO MENOR DE UN AÑO DE PRISION Y/O MULTA DE 5 A 200 SUELDOS MINIMOS VITALES PARA LIMA".

(541) El C.P. brasileño de 1969, siguiendo al texto codificado de 1940 de la misma nacionalidad, todavía vigente, acoge también un criterio objetivo que se sustenta en comprobar si la atribución ha dado lugar o no a una intervención policial o judicial. He aquí las disposiciones: Art. 142 (**Calumniar**).— "Calumniar a alguien imputándole falsamente un hecho definido como crimen: Pena — detención, de seis meses a dos años, y pago de diez a cuarenta días de multa. § 1º En las mismas penas incurre, quien, sabiendo falsa la imputación, la propala o divulga". Art. 380 (**Denuncia calumniosa**).— "Dar motivo a la instauración de una investigación policial o de un proceso judicial contra alguien, imputándole un crimen sabiendo que es inocente: Pena — reclusión de dos a ocho años, y pago de cinco a quince días de multa. § 1º (**Agravación de pena**).— La pena se agrava si

COMENTARIO

302.— FUENTE

La encontramos en el Art. 169 del Proyecto peruano de 1916. Señala PEÑA CABRERA, también como fuente legal del dispositivo en comentario, al Art. 360 del C.P. uruguayo de 1889. El precedente legislativo nacional está en los Arts. 284 y 285 del C.P. abrogado, haciendo la advertencia que el texto punitivo de 1863 contemplaba esta figura delictiva bajo el *nomen iuris* de “injurias”, de manera conjunta a lo que hoy constituye la injuria propiamente dicha.

El texto que encabeza esta interpretación es conforme a la modificación efectuada por el Art. 1º del Decreto-Ley Nº 22633, de fecha 14 de Agosto de 1979. La redacción original del Art. 187 excluía a los “diarios y periódicos” como medios impresos de comisión del delito de difamación. Ahora, en cambio, con la modificación aludida están comprendidos tales impresos al haber utilizado la ley el vocablo “prensa”.

303.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** puede ser cualquiera desde que la ley no requiere calidad especial alguna. Así, por ejemplo, puede tratarse de un periodista o de una persona que no tenga esta profesión.

b).— **Sujeto pasivo** también puede ser cualquier persona, sea física o jurídica. Igualmente, una corporación. La persona natural puede ser afectada en su honorabilidad, tanto de una manera directa como también indirecta. El agravio ocurre indirectamente cuando el ofendido forma parte o representa a la persona jurídica objeto de la difamación. La agravante sólo opera en caso que el ofendido sea autoridad, o una entidad pública, o una institución oficial.

304.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Atribuir a una persona o corporación un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación.**

el agente se sirve de anonimato o de un nombre supuesto. § 2º (Falsa imputación de contravención).— Si la falsa imputación es la práctica de una contravención: Pena: detención, de tres meses a un año, y pago de tres a diez días de multa”.

El hecho o conducta atribuidos pueden significar la imputación de una infracción penal o de un suceso que no tenga tal carácter. La víctima de la difamación puede estar presente o ausente en el momento de ocurrir el agravio.

El agraviado, según indica expresamente la ley, es posible que sea una persona natural o jurídica (sociedad anónima, cooperativa, asociación u otra persona de derecho privado, así como de derecho público interno). Con el vocablo “corporación” parece aludir la ley a una entidad sin personería jurídica, pero que agrupa a las personas bajo una denominación y con algún motivo (religioso, gremial, deportivo, etc.). Si es que esta interpretación del término “corporación” no fuere la correcta nos encontraríamos, entonces, frente a un sinónimo de persona jurídica.

Con la expresión “cualidad” el texto legal se refiere a una condición personal que puede ser de carácter intelectual, moral o física, la misma que el agente supone existente como un defecto en la víctima, no conformándose con tener su propio juicio al respecto en secreto, sino, que lo propala sin necesidad o justificación alguna.

El Art. 187 dice “que **pueda** perjudicar el honor o la reputación”, frase que significa que para el perfeccionamiento de este delito no es necesario que se produzca un daño concreto, siendo suficiente la probabilidad de su materialización. Apunta MAGGIORE, con acierto, que la difamación es típicamente un delito de peligro, bastante para su consumación con el peligro corrido por el bien jurídico del honor, sin tener en cuenta la verificación de un daño efectivo (542).

Por otro lado, advertimos que el vocablo “reputación” es usado para indicar el aspecto objetivo del honor. Escribe MAGGIORE, al comentar el delito de difamación previsto en el Art. 595 del C.P. italiano, que “reputación” es la estimación que se goza en sociedad a causa del ingenio, o de la habilidad en un arte, profesión o disciplina; es algo más que la consideración, y menos que el renombre y la fama. Con relación al concepto del honor, analizado por el citado penalista al comentar el mencionado dispositivo legal, observamos que es explicado como la estimación debida a las cualidades éticas, esenciales del individuo, y se refiere más a la vir-

tud que a la inteligencia. Por tanto, agrega MAGGIORE que el honor es algo más que la reputación, y la comprende en sí mismo, pero no siempre, pues uno puede ser “hombre de honor” sin ser una persona “reputada” (543). No cabe duda que es con este último sentido restringido, que pone en evidencia el Profesor de la Universidad de Palermo, que la expresión “honor” ha sido tomada por nuestro Art. 187 en examen.

b).— **Que la atribución deshonrosa se difunda o pueda difundirse, o alcance publicidad.** El agente tiene que hacer del conocimiento de otras personas, distintas a la víctima, la atribución desdorosa. Los medios empleados con tal finalidad pueden ser: **verbales**, o **gráficos** (caricaturas, dibujos, etc.), o **tipográficos** (impresos, diarios, revistas, etc.).

La ley supone, especialmente en el caso de emplearse el medio verbal, que varias personas deben estar reunidas. Si se encontraran separadas, constituirá difamación sólo en la hipótesis que la noticia verbal pueda difundirse.

Pensamos que la frase “documento público” tiene el mismo significado que se le señala en el Art. 400 del C. de P.C.; es decir, un concepto que resulta contrapuesto al de documento privado. En este sentido, nuestra ley penal habría previsto hipotéticamente la comisión del delito de difamación a través de la escritura pública o por medio de documentos extendidos o autorizados por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus facultades.

De manera expresa el Art. 187 considera a la “caricatura” como un medio de comisión del delito estudiado. MAGGIORE, expresando su opinión respecto a la dogmática italiana, en un sentido que resulta contrario al de MANZINI, escribe que sería excesivo considerar la caricatura como un delito contra el honor, pues forma parte del arte figurativo que acentúa o exagera humorísticamente los defectos físicos o morales de una persona, sin fines ofensivos (544). Nuestro punto de vista es que la caricatura, en sí misma, no es un vehículo para la difamación, pero nada impide que pueda ser utilizada real y efectivamente con tal objeto. Todo depende, en consecuencia, de su poder concreto para expresar una ofensa a la dignidad de las personas.

(543) *Ibidem*, p. 402.

(544) *Ibidem*, p. 392.

c).— **Dolo.** Consiste en la conciencia y voluntad de lesionar el honor o la reputación de las personas mediante la propalación de la noticia o información desdolorosa. No es concebible la forma culpable.

305.— PENALIDAD

Es la siguiente:

a).— prisión no menor de seis meses y/o multa de uno a cien sueldos mínimos vitales fijados para la Provincia de Lima. Observamos que nuestra ley no señala el extremo máximo de la pena privativa de libertad. En cambio, sí lo hace respecto a la sanción pecuniaria. Es evidente, en este sentido, la violación del Art. 2º, Inc. 20, apartado d., del Código Político de 1979, así como del Art. 2º del C.P. Este proceder incierto en la determinación legal de la pena dificulta el acatamiento que el Juez debe hacer de la prescripción contenida en el Art. 50 del C.P., norma que, como se sabe, establece que el Juzgador aplicará las penas adoptando el máximo o el mínimo señalados en la ley para el delito de que se trate, o imponiendo entre los dos extremos la medida que creyere necesario. Aplicar el Art. 14 del C.P. para concluir que, ante el silencio de la ley penal, el máximo de la pena de prisión para el delito de difamación es de **veinte años**, constituye un exceso que repugna a los principios del Derecho Penal Liberal.

b).— prisión no menor de un año y/o multa de 5 a 200 sueldos mínimos vitales establecidos para la Provincia de Lima, en los casos que concurra alguna de las circunstancias agravantes fijadas en el último párrafo del texto comentado. Advertimos, con respecto a la pena privativa de libertad, que también existe aquí el mismo defecto anotado en el acápite precedente.

INJURIA

Art. 188.— “EL QUE, FUERA DE LOS CASOS DE DIFAMACION, OFENDIERE O ULTRAJARE A UNA PERSONA NATURAL O JURIDICA O CORPORACION DE CUALQUIER MANERA, CON PALABRAS O POR ESCRITO, O POR VIAS DE HECHO, SERA REPRIMIDO COMO CULPABLE DE INJURIA, A ARBITRIO DEL JUEZ, CON PRISION NO MENOR DE 6 MESES Y/O MULTA DE 5 A 100 SUELDOS MINIMOS VITALES, EN LIMA.

CONSTITUYE CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE EL QUE EL OFENDIDO SEA AUTORIDAD, ENTIDAD PUBLICA, O INSTITUCION OFICIAL. EN ESTOS CASOS, LA PENA SERA DE PRISION NO MENOR DE UN AÑO Y/O MULTA DE 10 A 100 SUELDOS MINIMOS VITALES, PARA LIMA”.

COMENTARIO

306.— FUENTE

La que es inmediata la ubicamos en el Art. 170 del Proyecto peruano de 1916. La fuente mediata está en el Art. 361 del C.P. uruguayo de 1889.

307.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** puede ser cualquiera.

b).— **Sujeto pasivo** también puede ser cualquier persona física o jurídica. Igualmente, una corporación. La agravante funciona cuando el ofendido fuere autoridad, o una entidad pública, o una institución oficial.

308.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes:

a).— **Ofender o ultrajar a una persona o corporación con palabras, gestos, vías de hecho o de cualquier otra manera, fuera de los casos de difamación.** Para nuestra dogmática resulta que todo lo que ofende el honor no siendo difamación (según exclusión expresa), ni calumnia (según exceptuación tácita), constituye delito de injuria. Pensamos que esta vía excluyente no es la mejor técnica legislativa para precisar el contenido de la figura delictiva en estudio.

“Ofender” y “ultrajar” son verbos sinónimos que indican la realización de acciones dirigidas a lesionar el honor de una persona (física o jurídica) o de una corporación. El honor aquí debe ser tomado en su aspecto preponderantemente **subjetivo**, es decir, como el derecho de la persona natural a que se le respete según las cualidades que ella misma se auto-asigna o le asigna al ente que pertenece. Sostiene NUÑEZ que la injuria, como deshonra o descrédito, es siempre una conducta significativa de desmedro para las calidades estructurantes de la personalidad. Debe estar constituida, por

consiguiente, por **imputaciones** de calidades, costumbres o conductas susceptibles de ser apreciadas como peyorativas para la personalidad del ofendido, por éste o por terceros (545).

La finalidad ultrajante puede canalizar a través de la **injuria verbal**, o sea por medio de la palabra dicha o escrita. Esto significa que se requiere una acción en sentido estricto, o sea la realización de un acto positivo. El **animus iniuriandi** no debe deducirse aquí teniendo en cuenta solamente el sentido de las palabras en su acepción gramatical, sino, también hay que tomar en consideración los antecedentes del suceso agravante, así como el grado de cultura, posición social y prestigio, tanto del sujeto activo como del pasivo.

La ofensa puede, así mismo, manifestarse por medio de la **injuria real**; gestos, vías de hecho, o cualquier otro signo representativo de un concepto o idea ultrajante.

El “gesto” es la expresión que se hace con el rostro. Más indicativo sería el vocablo “mueca”, con el que se estaría precisando, al mismo tiempo que el gesto del rostro, también la ridiculez que se busca con su realización.

Las “vías de hecho” son las conductas que se exteriorizan por movimientos corporales distintos a los del rostro. Así, por ejemplo, hacer una circunferencia con los dedos pulgar e índice para manifestar que el agraviado aludido es un homosexual; o poner los dedos índices a los costados de la frente, a manera de cuernos, para indicar que el sujeto ultrajado es una víctima de infidelidad conyugal. Una bofetada, un escupitajo dirigido a una persona constituyen también formas de injuriar.

Con la frase “de cualquier manera”, nuestra ley está permitiendo la interpretación analógica. Así, por ejemplo, fuera de la palabra, el gesto o la vía de hecho, la **injuria real** puede realizarse por medio de la caricatura, la pintura, la escultura, siempre que no sean divulgadas.

b).— **Que la persona ultrajada esté presente, o en comunicación inmediata con el ofensor.** Tratándose de la injuria verbal, aunque la ley no lo diga expresamente, se necesita la presencia física de la persona deshonrada; es decir, que se halle en el mismo am-

(545) NUÑEZ: op. cit., Tomo IV, p. 58.

biente físico del injuriante o a la vista del mismo. Para los casos de una ofensa realizada mediante comunicación telegráfica o telefónica, o a través de escritos o dibujos dirigidos al sujeto pasivo, la persona ofendida debe estar presente en el momento de explicitarse el contenido de la comunicación ofensiva.

c).— **Dolo.** Consiste en la conciencia y voluntad de lesionar el honor. El exigido **animus iniuriandi** está ínsito en las expresiones “ofendiere” o “ultrajare”, formas verbales utilizadas por la ley.

309.— PENALIDAD

Es la siguiente:

a).— prisión no menor de seis meses y/o multa de la renta de 5 a 100 sueldos mínimos vitales señalados para la Provincia de Lima.

b).— prisión no menor de un año y/o multa de 10 a 100 sueldos mínimos vitales fijados para la provincia de Lima, en los casos que concurra alguna de las circunstancias agravantes indicadas en el último párrafo del texto analizado.

INJURIAS RECÍPROCAS

Art. 189.— “EN EL CASO DE INJURIAS RECÍPROCAS PROFERIDAS EN EL CALOR DE UN ALTERCADO, EL JUEZ PODRÁ, SEGUN LAS CIRCUNSTANCIAS, DECLARAR EXENTAS DE PENA A AMBAS PARTES O A UNA DE ELLAS. NO ES PUNIBLE LA INJURIA VERBAL PROVOCADA POR OFENSAS PERSONALES”.

COMENTARIO

310.— FUENTE

La ubicamos en el Art. 171 del Proyecto peruano de 1916.

311.— SUJETOS

a).— **Sujeto activo** es el injuriante no declarado exento de pena.

b).— **Sujeto pasivo** es el co-injuriante a quien el Juez ha liberado de toda sanción al no encontrarlo culpable.

312.— ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Son los siguientes;

a).— **Que dos personas se injurien recíprocamente.** La ley limita los efectos de esta singular figura delictiva, claro está, sólo para el delito de injuria.

El enunciado legal no demanda expresamente que se trate del caso de dos personas, pero creemos que tal exigencia se desprende del significado de la palabra “reciprocidad”. Con este vocablo se indica, fundamentalmente, que la segunda injuria (**injuria-respuesta**) debe tener su génesis en la primera (**injuria-provocación**).

En lo que respecta a la naturaleza de las injurias recíprocas exigidas, según las opiniones de MANZINI y NUÑEZ, pueden ser de una misma índole o de diferentes especies. En este sentido, una injuria verbal podría ser contestada con otra injuria verbal o con un gesto.

Para que sea de aplicación el Art. 189 en comentario se requiere la existencia de una relación de causalidad entre la primera y la segunda injuria. No habrá tal relación de causa a efecto en el caso que una persona agravie a otra después de haber transcurrido un cierto tiempo de haber sido ofendido por la primera, o sea, después que han variado las circunstancias personales y físicas en las que tuvo lugar la **injuria-provocación**. Sostiene RAMOS, con indudable acierto, que en este último caso no existe reciprocidad en el sentido de retorsión, aunque sí la hay en el sentido gramatical. El concepto de reciprocidad, pues, lleva implícito un límite de tiempo y lugar (546).

También entre ambas injurias (precedente y subsecuente) debe haber una cierta proporción compensatoria de los agravios mutuos, la misma que debe ser tomada en cuenta por el Juzgador, atendiendo a las circunstancias, para el caso que decida declarar exenta de penas a ambas partes. Estamos de acuerdo con MAGGIORE cuando afirma que la reciprocidad de las injurias no supone proporción (547). Esta advertencia es válida para nuestra dogmática desde que el Juez, estando al texto del Art. 189 en análisis, puede declarar exenta de pena únicamente a una de las partes.

(546) RAMOS: *Los delitos.*, op. cit., pp. 424 y 426.

(547) MAGGIORE: op. cit., Volumen IV, p. 450.

b).— **Que las injurias sean proferidas en el calor de un altercado.** No solamente teniendo en cuenta el concepto de “reciprocidad” puede deducirse la exigencia de concomitancia o proximidad de las injurias, sino también, como anota CORNEJO, del hecho de requerir nuestra ley que las injurias sean proferidas “en el calor de un altercado”, lo cual supone que los agravios deben ser contemporáneos (548).

La posibilidad de que el Juzgador declare exentas de penas a ambas partes, o a una de las mismas, tiene una indudable fundamentación psicológica. Nuestra ley ha tomado en cuenta el estado de ánimo alterado que experimentan dos personas que discuten acaloradamente, circunstancia en la que se relajan los frenos inhibitorios y emerge descontrolada la **violencia della lingua**.

La frase “calor de un altercado” significa tanto como discusión fogosa, ardiente, y en medio de la cual las partes en conflicto, por el estado de ánimo perturbado o alterado en que se encuentra cada una, llegan rápidamente y con facilidad, a través del “dime que te diré”, primero a la mordacidad y luego a la injuria.

c).— **Dolo.** Es evidente que en el primer injuriante tiene que existir conciencia y voluntad de lesionar el honor de quien circunstancialmente aparece como su contrincante verbal. En cambio, el eventual agravio inferido por el otro partícipe puede llegar a quedar totalmente enervado en su potencialidad injuriante, hasta eximir de culpabilidad a su autor, debido al **animus retorquendi**. El Juez, teniendo en cuenta la magnitud del ultraje causado por la **injuria-provocación**, puede declarar exento de pena al autor de la **injuria-respuesta**, aun en el caso que esta sea más grave, si arribare a la conclusión que el propósito del respondiente no fue otro que el de **devolver** o **retorcer** el agravio previamente recibido.

313.— PENALIDAD

El dispositivo legal comentado no señala sanción alguna a imponerse respecto a la parte que no fue declarada exenta de pena. Sin embargo, la penalidad tiene que ser la prescrita en el Art. 188 del C.P.: prisión no mayor de tres meses ni menor de dos días, o multa correspondiente a la renta de tres a treinta días.

314.— CASO DE LEGITIMA DEFENSA

Todos los bienes jurídicos, inclusive el honor, son susceptibles, de legítima defensa. La ley considera justificada la reacción de quien haya sido impulsado a la injuria por las violencias materiales ejecutadas contra su persona. La frase “ofensas personales” no puede tener otra interpretación, dentro del contexto del artículo comentado, que la de actos de **violencia física**, distintos lógicamente a los verbales.

El sujeto lesionado en su organismo rechaza esta agresión con el grado mínimo de contra-ataque que era de esperarse en tales circunstancias, es decir, con una respuesta verbal injuriosa, perfectamente justificable para el caso.

Nuestra ley demanda aquí una relación de causa a efecto entre el agravio personal y la injuria verbal cuando usa el vocablo “provocado”, cumpliéndose así el requisito de la agresión ilegítima contenido en el Art. 85, Inc. 2º del C.P. En cuanto a la necesidad racional del medio empleado para repeler la ofensa ideológica, cumplida está desde que una violencia física sólo se responde aquí con una **violencia della lingua**. Por último, la exigencia de la falta de provocación suficiente también está dada si se tiene en cuenta que el contra-ataque verbal fue generado por una agresión física inmotivada.

IMPROCEDENCIA DE LA PRUEBA Y SUS EXCEPCIONES

Art. 190.— “LOS CULPABLES DE LOS DELITOS PREVISTOS EN LOS ARTICULOS 187 y 188, NO TENDRAN EL DERECHO DE PROBAR, EN SU DISCULPA, NI LA VERDAD, NI SIQUIERA LA NOTORIEDAD DE LOS HECHOS O DE LA CUALIDAD O CONDUCTA ATRIBUIDA A LA PERSONA OFENDIDA.

EXCEPTUASE, TRATANDOSE DE LA DIFAMACION, LOS CASOS SIGUIENTES:

1º.— CUANDO LA PERSONA OFENDIDA FUERE UN FUNCIONARIO PUBLICO, Y LOS HECHOS, CUALIDADES O CONDUCTA QUE SE LE HUBIERE ATRIBUIDO, SE REFIERAN AL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES;

- 2º.— CUANDO POR LOS HECHOS ATRIBUIDOS ESTUVIERE AUN ABIERTO O ACABADO DE INICIARSE UN PROCEDIMIENTO PENAL CONTRA LA PERSONA OFENDIDA;
- 3º.— CUANDO FUERE EVIDENTE QUE EL AUTOR DEL DELITO HA OBRADO EN INTERES DE LA CAUSA PUBLICA O EN DEFENSA PROPIA;
- 4º.— CUANDO EL QUERELLANTE PIDIERE FORMALMENTE QUE EL JUICIO SE SIGA HASTA ESTABLECER LA VERDAD O LA FALSEDAD DE LOS HECHOS O DE LA CUALIDAD O CONDUCTA QUE SE LE HUBIERE ATRIBUIDO.
SI LA VERDAD DE LOS HECHOS O DE LA CUALIDAD O CONDUCTA FUERE PROBADA EN ESTOS CASOS, EL AUTOR DE LA IMPUTACION ESTARA EXENTO DE PENA”.

COMENTARIO

315.— FUENTE

La fuente inmediata esta en el Art. 172 del Proyecto peruano de 1916. La fuente mediata la ubicamos en el Art. 362 del C.P. uruguayo de 1889, exactamente igual al Art. 336 del C.P. vigente ahora en la misma República. Anota CALLE que nuestro texto punitivo reproduce aquí el citado dispositivo legal extranjero tan solo con el agregado, en los lugares respectivos, de la palabra **conducta**; y, suprimiendo, en el caso de la excepción contenida en el Inc. 1º, la circunstancia referente a que los hechos o las cualidades atribuidas al funcionario sean tales que puedan dar lugar a un procedimiento penal o disciplinario contra él, salvo en los casos de atentado y desacato a la autoridad (549).

316.— LA REGLA

En cuanto al delito de difamación nuestra ley establece, en principio, la imprudencia de la prueba de la verdad (**exceptio veritatis**), respecto a las imputaciones o atribuciones hechas por el procesado, para admitir luego dicha prueba en los casos específi-

camente señalados. Tratándose de la injuria, resulta absolutamente improcedente la excepción fundada en la verdad.

Con sapiencia nos dice QUINTANO RIPOLLES que, dado el prestigio ético y teológico de la verdad, podría pensarse que dicho valor debiera ser prevalente en el sentido de cubrir con su importancia toda manifestación de la verdad, por mucho que en sí misma resultare lesiva para las ajenas reputaciones, tantas veces edificadas sobre mendacidades y artificios. Lo que sería justo, además de lógico —agrega el Maestro español— estaría en que el derecho no ampare otro honor que no sea el merecido y real, excluyendo al social aparente. Sin embargo, las supremas realidades de la vida obligan a limitar por razones de oportunismo y aun de justicia la eficacia de la verdad exteriorizada, la misma que, pese a su genuina naturaleza originaria de virtud, resulta susceptible de engendrar males que el Derecho debe tratar de evitar en beneficio de las exigencias de la vida comunitaria. No deberá ser suficiente, por otro lado, la sola verificación del hecho, cualidad o conducta deshonrosa atribuida para luego proceder a eximir de sanción al querrellado que se amparó en la **exceptio veritatis**. En este sentido, sería conveniente que los Cs. Ps. previesen la misma exigencia que se encuentra contenida en el Art. 154, último párrafo, del Proyecto SOLER 1979: “Probada la verdad de la imputación, el acusado quedaría exento de pena, siempre que no hubiera obrado por puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia”.

Por su parte advierte NUÑEZ que la comunidad no puede aspirar razonablemente a controlar la verdad de las imputaciones que afectan al honor de sus componentes más allá del ámbito de los objetivos que le interesen, no existiendo duda que sería peligroso que se atenga, en esta materia, a la rígida regla moral de la “verdad por la verdad”. Admitir, pues, la **exceptio veritatis** en todos los casos de injuria (**nomen iuris** éste que en el C.P. argentino comprende también a la difamación del texto peruano), sería llevar las investigaciones de la justicia, para satisfacer un simple deseo o pasión individual, a extremos en que la sociedad no sólo no tendría interés alguno, sino que invadiría los dominios de la moral y de la libertad de conducta del individuo en todo lo que no ofende ni pone en peligro el derecho ajeno; pero, al mismo tiempo —agrega NUÑEZ—, negar en absoluto la excepción fundada en la verdad, significaría, a veces, no atender los reclamos del interés público o no satisfacer un legítimo interés particular del ofendido, cuya

satisfacción no repugna al interés público (550).

Desde nuestra perspectiva resulta irreprochable que el texto punitivo nacional, fundamentándose en una bien estructurada doctrina penal, no acepte en ningún supuesto la prueba de la verdad como explicación justificativa del delito de injuria. No existiendo, en tal caso, algún interés superior que salvaguardar con el conocimiento del contenido de verdad o notoriedad de la injuria, es evidente que la ley debe inclinarse decididamente por el respaldo de la honorabilidad del agraviado, sin atenerse a los datos adversos que acerca de su personalidad real quisiera aportar su injuriante. Admitir, respecto a la injuria, la prueba de la verdad en juicio significaría tanto como aceptar la posibilidad que se ratifique oficialmente un agravio ya inferido en forma privada.

La posición de la ley peruana es terminante en cuanto a su negativa de admitir la prueba de la verdad en el delito de injuria: la **exceptio veritatis** es improcedente aun en caso de ser notoria la cualidad o conducta atribuida (defecto físico, intelectual o ético).

Tratándose de la difamación, en donde es posible que en el asunto entre en juego un **interés colectivo** superior al honor particular, la ley prudentemente admite la procedencia de la **exceptio veritatis**. Así ocurre en los casos que a continuación estudiaremos.

317.— LAS EXCEPCIONES

La inadmisibilidad absoluta de la **exceptio veritatis** prescrita para el caso de un juicio por injuria, experimenta importantes salvedades en el proceso por difamación, las mismas que se consignan taxativamente en los cuatro incisos del texto legal en comentario.

La prueba de la verdad se refiere concretamente al contenido del concepto lesivo, a la realidad de la conducta, cualidad o hecho atribuido por el agente a la persona difamada. Nuestra ley permite que el eventual difamador acredite en su "disculpa", es decir, en su defensa o descargo, ya sea la verdad o notoriedad de sus imputaciones tan solo en los casos que enumerativamente indica.

La **exceptio veritatis** puede ser definida como el sometimiento de la atribución agravante a un juicio de certeza que tiene como objetivo conseguir la exención de pena a través de la comprobación judicial de un desvalor en la personalidad de quien se reputa ofendido. Procede en las siguientes hipótesis:

Inc. 1º. – Caso del desempeño de funciones públicas. No cabe duda que el funcionario público debe ser intachable en el ejercicio de sus atribuciones, existiendo un interés general en depurar la administración estatal de sus elementos ineptos o corruptos. La procedencia de la prueba de la verdad exige aquí una relación inescindible entre la calidad de funcionario público y el hecho, cualidad o conducta que, para el caso, deben ser imputados **con motivo** del desempeño de una actividad estatal.

Difundir la noticia que el Juez es prevaricador, por ejemplo, otorgaría derecho al presunto difamador a probar, en el juicio que se le instaure, la verdad de su afirmación. En cambio, no podría alegarse en su favor el ejercicio de la misma facultad probatoria si es que se le imputare al Juez el mantenimiento de relaciones adulterinas con tercera persona no vinculada, en manera alguna, a la administración de justicia.

Inc. 2º. – Caso de preexistencia de un proceso penal. La admisibilidad de la prueba de la verdad se encuentra aquí condicionada a que, con relación al hechos o conducta atribuidos, preexista un juicio penal que se encuentre todavía abierto y sustanciándose contra la persona difamada, ya sea que figure como única encausada o conjuntamente con otros procesados (551). La preexistencia del proceso penal es un requisito **sine qua non**.

(551) Este caso ha sido suprimido del C.P. argentino (estaba consignado en el Art. 111, Inc. 2º) por la "Ley" de Reforma Nº 17,567. El fundamento de la supresión se expresa en la Exposición de Motivos en los siguientes términos: "En primer lugar, hemos suprimido el Inc. 2º, que tantas dificultades teóricas y prácticas ha generado, aparte de que con justicia podría ser calificado como protector de la maledicencia. Si no hay interés público actual ¿qué razón puede haber para que se proteja ilimitadamente la perpetua referencia a un hecho por la sola circunstancia de haber dado lugar no ya a una condena sino a un simple proceso?. En cierto sentido, el texto nuevo, siguiendo en ello una tendencia prevaleciente en la legislación comparada, se inclina más bien a no disculpar el espíritu de maledicencia o el puro deseo de ofender". La "Ley" de Reforma Nº 21,338, de fecha 25 de Junio de 1976, ha mantenido la supresión indicada. El Proyecto SOLER de 1979 ha previsto tácitamente, a nuestro entender, la hipótesis consistente en que la imputación vinculada a la defensa de un interés público hubiere dado motivo a la aper-

En opinión de NUÑEZ la excusa que absuelve eventualmente de pena al agente atiende a que la ley no puede admitir, sin contradicción, que por un lado el autor del delito preexistente sea perseguido; y, por otro, vedar a que, en un proceso distinto incoado esta vez por el propio presunto autor, al sentirse difamado con motivo de habersele atribuído ahora el mismo delito preexistente, pueda el querellado hacer valer la verdad del hecho en su beneficio (552).

Inc. 3º.— **Caso de un interés público o defensa propia.** Actuar en interés de causa pública significa obrar en provecho de la colectividad, es decir, en beneficio de la mayoría de personas. El motivo de la imputación considerada difamatoria debe ser aquí ajeno a toda inspiración de carácter individualista.

El interés público es un hecho notorio y, por tanto, no necesita ser probado. Corresponde al Juez apreciar su vigencia y precisar su verdadera dimensión colectiva para decidir si el caso en cuestión reclama o no la admisibilidad de la **exceptio veritatis**. Existiendo un interés colectivo superior, circunstancialmente contrapuesto al honor particular normalmente resguardado por la ley penal, la manifiesta primacía del primero hace procedente la **exceptio veritatis**.

La ley también se ha colocado en el supuesto que el difamador haya actuado en “defensa propia”, frase esta con la que ha excluído tácitamente la actuación en beneficio de un tercero, sea pariente o extraño. La procedencia de la **exceptio veritatis** tendría aquí por finalidad que el autor de la difamación pueda probar la racionalidad del medio empleado (la difamación) para repeler la agresión (Art. 85, Inc. 2º del C.P.).

Inc. 4º.— **Caso del querellante que renuncia al amparo legal.** La ley da facultad al ofendido que se considera ajeno a la imputación a convertir el proceso por difamación en un juicio de honor capaz de demostrar, alternativamente, la razón del querellado o

tura de un proceso que puede ser penal desde que, según se observa, no se hace distinción alguna sobre la naturaleza de la acción. A este respecto obedecería, fundamentalmente, el penúltimo párrafo de su Art. 154, el mismo que tiene el siguiente texto: “Si el hecho imputado es objeto de un proceso pendiente, el juicio quedará suspendido hasta que en aquél se dicte sentencia, la cual hará cosa juzgada acerca de la existencia o inexistencia del hecho”. Estimamos esclarecedora la inclusión de este párrafo en la norma argentina proyectada.

la incolumidad real del honor del querellante en el caso concreto (553).

El querellante, muy seguro de la falsedad de la imputación agravante a su honorabilidad, nada tiene que temer con la renuncia a su derecho a que se prohíba la investigación de la conducta, cualidad o hecho que se le atribuye. Esta renuncia le permite garantizar la obtención de una doble victoria en el mismo proceso penal: la sentencia que condena al difamador y la cimentación de su prestigio sobre una base muy sólida.

El Profesor SOLER sostiene que la prueba del hecho imputado, la misma que el ofendido puede solicitar se actúe en el proceso, tiene que ser referente a su propia persona. En este sentido, está claro que no se puede prestar consentimiento válido para producir pruebas que puedan repercutir desfavorablemente sobre el honor de terceros extraños al proceso (554).

Si el querellado consigue probar la verdad o notoriedad de la materia o hecho que integra el núcleo de la difamación, entonces quedará exento de pena. En tal circunstancia, no solamente se habrá acreditado la inexistencia del ánimo de difamar, sino, también que es imposible lesionar un bien jurídico cuando judicialmente se ha probado que, en realidad, no existe.

INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

Art. 191.— “NO SE ADMITE EN NINGUN CASO LA PRUEBA:

- 1º.— SOBRE LA IMPUTACION DE CUALQUIER HECHO PUNIBLE QUE HUBIERE SIDO MATERIA DE ABSOLUCION DEFINITIVA EN EL PERU O EN EL EXTRANJERO;
- 2º.— SOBRE CUALQUIER IMPUTACION QUE SE REFIERA A LA VIDA CONYUGAL, O A LA VIDA DE FAMILIA, O A UN DELITO CONTRA LAS BUENAS COSTUMBRES QUE NO PUEDA PERSEGUIRSE POR ACCION PUBLICA O CUYA PERSECUSION DEPENDA DE INSTANCIA PRIVADA”.

(553) *Ibíd.*, p. 111.

(554) SOLER: *op. cit.*, Tomo III, p. 285.

COMENTARIO

318.— FUENTE

La encontramos en el Art. 173 del Proyecto peruano de 1916. No existe al respecto el precedente legislativo nacional.

319.— LA “RATIO ESSENDI” DE LA NORMA

El ya comentado Art. 190 ha previsto los casos en los que es procedente la **exceptio veritatis**. En cambio, el dispositivo legal que ahora examinamos prescribe la terminante prohibición de admitir la prueba de la verdad, respecto a la atribución deshonrosa, en los supuestos que señala taxativamente. Esto significa que, ni aun en la hipótesis que el querellante pidiera expresa y formalmente que el juicio se sustancie hasta establecerse la verdad o falsedad de la imputación difamatoria, el Juez estará facultado para admitir su probanza.

En el Inc. 1º se prohíbe la admisión de la prueba de la verdad cuando el hecho imputado fuere un delito, siempre que el mismo ya hubiese sido objeto de un juzgamiento en el que haya recaído sentencia absolutoria, pronunciada por un Tribunal nacional o extranjero. El texto comentado no hace otra cosa que traducir el universal respeto a la **cosa juzgada** (Art. 127 del C.P.), la misma que en materia penal tiene un valor incuestionable cuando la sentencia ha sido absolutoria. Existiendo un veredicto de inocencia, ocurrido en un proceso debidamente reglado, que ha devenido en cosa juzgada, carece realmente de objeto reabrir judicialmente una discusión sobre materia tan definitivamente resuelta.

En el Inc. 2º la ley no adopta otra posición que no sea la de respetar la garantía de la privacidad en la vida doméstica. No pueden ser intervenidas la vida conyugal o la vida de familia, ni aun con el alegado pretexto del querellado en el sentido que la **exceptio veritatis** debe ser admitida por guardar relación el hecho imputado con un asunto de supuesto interés público. Así, por ejemplo, quien difama a un hombre propalando que es un impotente sexual y que mantiene insatisfecha a su esposa, no tendrá derecho a probar la veracidad de su afirmación, aun cuando el agraviado fuere profesor de Educación Sexual en un colegio estatal.

Observamos que el texto examinado tampoco admite la prueba de la verdad cuando el hecho atribuido se refiere a un delito contra las buenas costumbres perseguible por querrela o a instancia de la parte agraviada. Nuestra ley tácitamente se ha puesto en el caso que la parte sexualmente ultrajada no haya denunciado el hecho delictuoso contra las buenas costumbres perseguible de las maneras ya indicadas, siendo, por tanto, improcedente cualquier investigación judicial al respecto. Consideramos que, ni aun en la hipótesis que sobre el asunto existiera una investigación judicial, sería procedente la **exceptio veritatis**. La naturaleza del delito, el ejercicio de la acción penal y el escaso interés público en su persecución y esclarecimiento hacen inadmisibles la prueba de la verdad. Sólo en el supuesto que el delito contra las buenas costumbres sea perseguible de oficio (acción penal pública, en sentido estricto), resulta pertinente que su imputación sea materia de prueba en el proceso por agravio al honor. Así, por ejemplo, si se atribuyere a un profesor de escuela haber seducido a su alumna de 15 años de edad, interpuesta la querrela no tendrá derecho el difamador a probar la veracidad de su afirmación, ya que tal delito sexual sólo es perseguible a instancia de la parte agraviada.

INJURIAS EN JUICIO

Art. 192.— “LAS INJURIAS PROFERIDAS POR LOS LITIGANTES, APODERADOS O DEFENSORES, EN LOS ESCRITOS, DISCURSOS, INFORMES O ACTUACIONES PRODUCIDOS ANTE LOS TRIBUNALES, SERAN CORREGIDAS DISCIPLINARIAMENTE, DE ACUERDO CON LAS LEYES DE PROCEDIMIENTOS”.

COMENTARIO

320.— FUENTE

La ubicamos en el Art. 174 del Proyecto peruano de 1916. No existe al respecto el precedente legislativo nacional.

321.— NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA EXENCION DE PENA

La naturaleza de la exención de penalidad es materia de controversia. Para SOLER se trata de una causa de justificación, considerando que es uno de los casos más típicos del ejercicio de un de-

recho, no así una simple excusa derivada del acaloramiento de los ánimos (555). NUÑEZ, por su parte, critica dicha conclusión sosteniendo que cuando la injuria vertida en juicio representa el ejercicio del derecho de defensa, el hecho no solamente es impune frente al Código Penal, como sucede con la simple injuria en juicio, sino, también para el derecho disciplinario, ya que las causas de justificación operan con carácter unitario y general, sin concretarse a sólo ciertas ramas particulares del Derecho, salvo las limitaciones especialmente establecidas. En su opinión, nos encontramos frente a una **excusa absolutoria** que atiende al **resguardo del derecho de defensa en juicio**, amparo que no se supedita a la actuación legítima del autor de la frase o gesto desdoroso, sino al ámbito (“ante los Tribunales”) donde la injuria fue proferida (556). El criterio de NUÑEZ lo comparte FONTAN BALESTRA (557).

Al comentar el Art. 598 del C.P. italiano escribe MAGGIORE, siguiendo parcialmente a PESSINA y a MANZINI, que la exención de pena se basa aquí en la inmunidad, la misma que tiene carácter de derecho público. Para el Profesor de la Universidad de Palermo se trataría de un caso de justificación, ya que resulta conforme al ordenamiento jurídico que los defensores o las partes pueden atender en los juicios, con plena libertad y con espíritu de verdad, a su propia defensa o a los intereses que representan. En consecuencia, la defensa judicial es un derecho y un deber incluídos en la disposición del Art. 51 del C.P. italiano (558).

La materia estudiada, en nuestro concepto, representa un caso de ausencia de culpabilidad. Nuestra ley supone **juris et de**

(555) *Ibidem*, p. 287.

(556) NUÑEZ: *op. cit.*, Tomo IV, p. 176.

(557) FONTAN BALESTRA: *op. cit.*, Tomo IV, p. 472.

(558) MAGGIORE: *op. cit.*, Volumen IV, p. 446. El C.P. italiano dice así en su Art. 51 (**Ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber**). — “El ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber impuesto por la norma jurídica o por alguna orden legítima de la autoridad pública excluye la punibilidad. Si un hecho que constituye infracción fuere cometido por orden, siempre responderá de esa infracción el funcionario público que haya dado la orden. También responderá de la infracción el que haya ejecutado la orden, a menos que, por error de hecho, hubiera creído obedecer a una orden legítima. No será punible el que ejecuta una orden ilegítima, cuando la ley no le admite ningún control acerca de la legitimidad de esa orden”.

jure que el ánimo de defensa con que actúa el litigante, apoderado o defensor enerva totalmente la existencia de un posible *animus iniuriandi*. El agravio resultaría, así, inculpable por la ausencia de dolo.

321 bis.— REQUISITOS PARA LA EXENCION DE PENA

Son los siguientes:

1º).— **Que las injurias sean proferidas en los escritos, discursos, informes o actuaciones.** Una interpretación amplia del verbo “proferir” permite que incluyamos, además de la injuria verbal y la escrita, la producida mediante gesticulaciones que estén directamente relacionadas con el discurso. Consideramos que está excluída cualquier otra forma de injuria real, así, por ejemplo, la realizada por vía de hecho.

2º).— **Que las injurias sean expresadas por los litigantes, apoderados o defensores.** Actores de injuria en juicio pueden ser: el demandante o el demandado, el encausado o la Parte Civil, el querellante o el querellado, así como también los apoderados, abogados patrocinadores (proceso civil) y abogados defensores (proceso penal). Las injurias deben ser proferidas por una persona en agravio de su contendor en el juicio, no comprendiendo la exención de pena, en manera alguna, a la injuria que agravia al Magistrado, sea Juez o Representante del Ministerio Público. En este último supuesto el hecho constituye delito de **desacato** (Art. 328 del C.P.).

Es interesante dilucidar la cuestión relacionada a las injurias pronunciadas contra terceros, es decir, contra los que no son litigantes, apoderados o defensores. En opinión de RAMOS la hipótesis legal no comprende al perito, ni al testigo (559). Nosotros, siguiendo a FONTAN BALESTRA, creemos que nuestro texto en comentario, similar al Art. 115 del C.P. argentino, se refiere también a las injurias dirigidas contra terceros, exclusión hecha del Juez y del Representante del Ministerio Público. Indudablemente que debe haber una limitación, pues el honor de todos y de cualquier persona no puede quedar a disposición de quien pleitea judicialmente. El límite está dado por la necesidad de hacer manifestaciones relacionadas a hechos, circunstancias o personas que guardan vinculación con los intereses que son objeto de pleito, y

es dentro de estos límites impuestos por las exigencias del proceso y por la ley, que están comprendidas también las injurias a terceros; pero no cualquier injuria innecesaria para el ejercicio de la libertad forense puede quedar impune tan solo por el hecho de haber sido vertida en juicio (560).

3º).— **Que las injurias consten en los escritos, discursos, informes o actuaciones que se presenten o tengan lugar ante los Tribunales.** El proceso puede versar sobre materia civil, penal o administrativa. Por Tribunales, en la acertada opinión de NUÑEZ, no debe entenderse los lugares destinados a los Jueces para que administren justicia, sino, a los mismos Jueces unipersonales o colegiados que la administran, cualquiera sea la materia sobre la que lo hagan. En este último sentido, es de advertir que la limitación de índole jurisdiccional no existe en razón a que la idea de la ley es la de conceder un resguardo para el ejercicio del derecho de defensa en juicio ante toda autoridad investida de capacidad para conocer y resolver respecto a causas de cualquier naturaleza (561).

322.— LA SANCION DISCIPLINARIA

El Decreto-Ley 14605, que contiene la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece en su Art. 318, Inc. 2º, que es obligación de los Abogado: “Observar la debida moderación en sus intervenciones, escritos e informes, así como en los demás actos en que participan, sin agraviar a los interesados, ni a los jueces, funcionarios y abogados que intervienen en el acto”. En el Art. 327 del mismo cuerpo de leyes se dice, en la parte que nos interesa, que los jueces sancionarán disciplinariamente a los abogados que “no guarden la moderación debida”.

Las sanciones disciplinarias para los Abogados pueden ser: apercibimiento, multa de doscientos a dos mil soles oro, o suspensión en el ejercicio de la profesión hasta por seis meses. El objetivo de estas sanciones no es otro que el de garantizar el buen orden procesal al que deben contribuir, indudablemente, los profesionales del Derecho.

(560) Conforme: FONTAN BALESTRA; op. cit., Tomo IV, p. 475.

(561) NUÑEZ: op. cit., Tomo IV, p. 178 s.

DIFAMACION E INJURIA ENCUBIERTAS

Art. 193.— “EL ACUSADO DE DIFAMACION O INJURIA, ENCUBIERTA O EQUIVOCA, QUE REHUSASE DAR EN JUICIO EXPLICACIONES SATISFATORIAS, SERA CONSIDERADO COMO REO DE DIFAMACION O INJURIA MANIFIESTA”.

COMENTARIO

322 bis.— FUENTE

La encontramos en el Art. 175 del Proyecto peruano de 1916. El precedente legislativo nacional está en el Art. 289 del C.P. abrogado.

323.— DIFAMACION E INJURIA ENCUBIERTAS

Al examinar RAMOS el Art. 122 del C.P. argentino en vigencia, similar al texto que hemos transcrito encabezando este comentario, explica que resulta muy difícil establecer un concepto doctrinario claro de lo que es una calumnia o una injuria encubiertas. En opinión de este autor debe desaparecer tal dispositivo legal del ordenamiento jurídico argentino. Fundamenta su punto de vista en dos razones. En primer lugar, sostiene que no puede haber claridad en la definición de lo que comienza por decirse que es equívoco o encubierto, menos aún cuando es menester hacerla a fuerza de puros subterfugios verbales y de distinciones sutiles, “como las que aparecen en la fraseología de PACHECO, copiada por TEJEDOR”. Anotamos que la referencia de RAMOS no puede ser más despectiva. En segundo lugar, nos dice quien fuera Profesor de la Universidad de Buenos Aires, ocurre que tampoco hay justicia en la institución desde que obliga a dar explicaciones satisfactorias sobre un hecho en el que el Juez comienza por sentir vacilar su conciencia, porque no sabe si hay base o motivo para decir: “este hombre está imputando tal delito a este otro” (562). El mencionado criterio ha merecido acogida en el Proyecto SOLER de 1979, documento prelegislativo en el que no aparece esta figura delictiva.

Consideramos que las argumentaciones del Prof. RAMOS, si bien es cierto ponen de manifiesto las dificultades que encierra la

solución pacífica del problema, también es verdad que no resultan suficientes para justificar su postura abolicionista (563).

Veamos, ahora, en qué consisten la difamación y la injuria encubiertas. Se encuentra "encubierto" lo que, dando signos de existencia, todavía no se ha explicitado, revelado o manifestado. Aplicado el concepto a la hipótesis legal que nos ocupa resulta que ni el **animus iniuriandi**, ni el **animus difamandi**, se habrían exteriorizado en una dimensión clara y precisa, aunque hay que reconocer que el agente tiene que haber dejado entrever ciertos indicios de su existencia. Tales elementos indiciarios, unidos a determinadas circunstancias precedentes o concomitantes al hecho supuestamente ofensivo, permiten fundadamente creer en la posibilidad de que el actor haya querido agraviar el honor empleando expresiones que, aun cuando su texto no es directamente atributivo de un deshonor, sin embargo se puede llegar a tal conclusión por la vía de una deducción particular necesitada de confirmación judicial para recién constituir un hecho punible.

La **ofensa encubierta**, en concepto de NUÑEZ, debe distinguirse de la **equívoca**, pues, a diferencia de ésta, no se refiere a la conducta que puede entenderse en varios sentidos, sino, al comportamiento del agente que oculta dolosamente la ofensa mediante una expresión que no es imputativa directamente en su texto, pero que resulta como tal en razón de las circunstancias; o que la oculta mediante una expresión en sí inocente, pero que adquiere carácter ofensivo, por esa misma razón (564).

Por nuestra parte anotamos que la ofensa encubierta también puede realizarse utilizando palabras que no tengan realmente doble significado, siempre y cuando que en su estructura gramatical existan sílabas que, de encontrarse aisladas de las palabras que integran, no pueden ser dichas sin constituir o insinuar una ofensa. Tales casos se presentarían cuando se afirma, por ejemplo, que determinada persona tiene una madre **putativa**, o que a fulano le gusta el **culantro** que su mujer sabe repartir, o que mengano sabe

(563) El C.P. brasileño de 1969, todavía sin vigencia, mantiene esta figura delictiva precisada en los siguientes términos: Art. 151 (**Equivocidad de ofensa**).— "Si la ofensa es irrogada en forma imprecisa o equívoca, quien se juzgue aludido puede pedir explicaciones en juicio. Si el interpellado se rehusa a darlas, o a criterio del juez no las da satisfactoriamente, responde por la ofensa".

(564) NUÑEZ: op. cit., Tomo IV, p. 152.

mezclar bien **potasa** con **penicilina**, o que perencejo se ha casado con una **computadora**, etc., o cuando se alude a tal Ministro del Interior, de profesión Químico-Farmacéutico (a quien se le atribuye no haber combatido el narcotráfico convenientemente), llamándosele “fármaco-ministro”, etc.

La persona que se considera aludida en una difamación o injuria encubiertas debe recurrir al Poder Judicial a fin de obtener deslinde y precisión en los alcances que verdaderamente se propuso lograr el agente con sus expresiones. Si el presunto difamador o injuriante no ha tenido, en realidad, intención alguna de ofender al querellante, es lógico que tampoco tenga inconveniente en dar explicaciones satisfactorias al respecto, con mayor razón si le son demandadas por quien se siente apuntado. De proceder así el querellado, la cuestión quedaría esclarecida y el asunto judicial terminado. En caso contrario, la conducta del querellado estaría poniendo en evidencia que, en realidad, sí tuvo el propósito de agraviar la honorabilidad del querellante. La ley presume fundadamente que la negativa del agente a explicarse satisfactoriamente ante el Juzgado constituye una objetivación del **animus iniuriandi** o **animus difamandi**, según el caso. **Re-velada** en esta forma la existencia de una conducta delictiva, que antes únicamente se presumía ofensiva, el querellado es considerado como autor de difamación o injuria manifiestas.

Nuestra ley no indica, a diferencia de otros textos (Art. 151 del C.P. brasileño de 1969, todavía sin vigor) si las explicaciones deben ser dadas a satisfacción del Juez, o del presunto agraviado, o de ambos. Antes este silencio, opinamos que las explicaciones deben satisfacer exclusivamente al querellante, pues el Juez no puede impedir, por mucho que se sienta satisfecho, la sustanciación de la querrela si el actor las considera insuficientes para dejar a salvo su honorabilidad. En todo caso, el concepto favorable que el Juez se haya formado con respecto al querellado le servirá de fundamento para, en su oportunidad, dictar sentencia absolutoria, no así para extinguir una acción penal que debe ser sustanciada hasta el veredicto final si el querellante no complacido continúa impulsándola. Por otro lado, tratándose del ejercicio de una acción penal que sólo corresponde al agraviado (acción privada) poco importa si, satisfecho el querellante con las explicaciones, no lo estuviere en el mismo sentido el Juez (565).

(565) NUÑEZ sostiene que corresponde al Juez decidir cuándo está descartado el

El texto en examen tampoco precisa cuál es el proceso judicial en el que el agente rehusa dar las explicaciones satisfactorias. Nosotros consideramos que debe ser el de la misma querrela por difamación o injuria encubiertas, con exclusión de cualquier otro proceso. Lo expuesto significa que las explicaciones satisfactorias deben ser solicitadas en el acto del comparendo, dejándose constancia en esta misma diligencia del rehusamiento por parte del querrellado.

324.— DIFAMACION E INJURIA EQUIVOCAS

El concepto de “equivoco” es contrario al de “unívoco”. La difamación y la injuria equívocas, dadas sus características dudosas, se prestan a ser interpretadas, aun desde una perspectiva objetiva, tanto en un sentido agravante como también inofensivo. Se presentan cuando el agente usa palabras ambiguas, o de doble sentido; o cuando se emplean frases con las que, pretextando negarse una cualidad ofensiva, indirectamente se está atribuyendo dicha cualidad a la persona referida. Conocí el caso de un prestigioso Abogado que le dijo a su colega, en los prolegómenos de una diligencia judicial relacionada con un proceso penal en el que cada uno patrocinaba a cada una de las partes en conflicto: “Yo solamente defendiendo causas justas”. El profesional que escuchaba se sintió aludido y gravemente ofendido, pues al parecer su colega le imputaba que las causas que defendía eran injustas. Felizmente, con la mediación amigable del Juez Instructor, vinieron las explicaciones satisfactorias y la sangre no llegó al río.

En opinión de NUÑEZ la ofensa puede ser dudosa por presentarse **equivoca en su dirección** al no estar claramente dirigida a quien puede considerarse alcanzado por ella. Lo esencial en tal caso, anota el autor argentino, es que la imputación delictiva o injuriosa proporcione bases por sí misma, atendiendo a su texto o estructura, para que un tercero pueda presumir que en su destinatario.

El dispositivo legal en examen considera autor de difamación o injuria manifiestas al querrellado que rehusase dar explicaciones satisfactorias en una querrela por difamación o injuria equívocas.

equivoco, o ha quedado demostrado que no existe una ofensa tapada. No obstante, también anota que el ofendido, como titular de la acción penal, puede declararse satisfecho sin que su concepto pueda ser revisado por el Juez (op. cit., Tomo IV, p. 154).

Advertimos que el Art. 141 del Proyecto de C.P., publicado en "El Peruano" a partir del 19 de Agosto de 1985, contiene similar descripción típica a la del texto en comentario.

324 bis.— PENALIDAD

Las sanciones que podrán aplicarse son las señaladas en los Arts. 187 y 188 del C.P., según sea la hipótesis delictiva juzgada. Observamos que el C.P. de 1863 prescribía en su Art. 289 la aplicación de la pena señalada para la respectiva figura delictiva perpetrada de manera manifiesta, disminuía en un grado.

SUSTITUCION DE LA PENA

Art. 194.— "EN EL CASO DE CONDENA A PRISION, POR CALUMNIA, DIFAMACION O INJURIA, PODRA EL REO, DESPUES DE CUMPLIDA LA DECIMA PARTE DE LA CONDENA, SUSTITUIR LO RESTANTE DE ELLA POR EL PAGO DE UNA MULTA DE CINCO SOLES POR CADA DIA DE PRISION".

COMENTARIO

325.— FUENTE

La encontramos en la Ley N° 3054 (Art. 5°), promulgada el 9 de Enero de 1919.

326.— FUNDAMENTO DEL TEXTO

Creemos encontrarlo tanto en la escasa alarma social producida por los delitos contra el honor (cuando la ley excluía su comisión a través de los medios de comunicación social), así como también en la tímida protección que han prestado y prestan nuestras leyes penales a este importante bien jurídico. Para CORNEJO la conmutación de la pena de prisión por una de multa, después de cumplida la décima parte de la condena, está conforme con el principio de política penal según el cual debe evitarse, en cuanto fuere posible, las cortas prisiones, sustituyéndolas por una pena pecuniaria (566). En nuestro concepto el aludido principio

resulta, al revés, contradicho desde que el cumplimiento de la décima parte de la condena por la comisión de cualquiera de los delitos contra el honor es, en realidad, una pena “corta”.

La sustitución en referencia no era una facultad del Juez, sino, del condenado. Bastaba una solicitud en tal sentido, adjuntando la consignación del importe equivalente a los días de prisión que faltaban cumplirse, para que el Juez ordenase de inmediato la excarcelación.

327.— LA DEROGATORIA DEL DISPOSITIVO

Con fecha 24 de Diciembre de 1973 el llamado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (Primera Fase), expidió el Decreto-Ley N° 20490, el mismo que derogaba el texto del C.P. ahora comentado. En la parte considerativa se dice: “que es inadmisibles en un proceso revolucionario que la riqueza o la posición económica sirva de medio para lograr una relativa impunidad, o en su defecto, se constituya en instrumento para acrecentar las diferencias personales ante la ley, entre el que tiene dinero y el que no tiene, contrariando el principio jurídico de la igualdad de los hombres ante la ley penal”.

Pensamos que tal argumentación para la derogatoria hubiese sido impecable si nuestra moneda, ya para esa época, aunque sin llegar a los extremos de ahora, no se hubiese devaluado hasta el punto de hacer inconcebible la hipótesis de que existiese una persona, merecedora de un proceso por delito contra el honor, que careciera de los recursos económicos para solventar el modestísimo importe a que ascendía la sustitución de la pena.

ACCION PRIVADA

Art. 195.— “EN LOS DELITOS DE QUE TRATA ESTA SECCION, NO SE PROCEDERA SINO POR ACCION PRIVADA DEL OFENDIDO.

SI LA PARTE OFENDIDA FALLECIERE ANTES DE HABER FORMULADO LA QUERRELLA O DURANTE EL JUICIO, O SI LOS MENCIONADOS DELITOS HUBIEREN SIDO COMETIDOS CONTRA LA MEMORIA DE UN MUERTO, LA QUERRELLA PODRA SER DEDUCIDA O CONTINUADA POR EL CONYUGE, POR LOS DESCENDIENTES, LOS ASCENDIENTES O LOS HERMANOS”.

COMENTARIO

328.— FUENTE

Está en el Art. 291 del C.P. abrogado de 1863. El referido texto exigía, como condición para que los ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge del difunto agraviado pudieran ejercer la acción penal, que la ofensa fuese trascendente a ellos. La supresión de este requisito en el texto vigente la consideramos correcta. Era superfluo que a un pariente tan cercano, como cualquiera de los indicados en la norma comentada, se le exigiese que pruebe tener legítimo interés personal en obtener la reparación de un agravio inferido al extinto.

329.— ASPECTO PROCESAL

El ejercicio de la acción penal para perseguir cualquiera de los delitos contra honor, sea o no cometido por medio de la prensa hablada (incluyendo aquí la televisada) o escrita, es de naturaleza **privada**. Confirman este criterio tanto el Art. 302 del C. de P.P., como también el Decreto-Ley N° 22633 que dejó intacta la redacción del Art. 195 del C.P. ahora en comentario, no obstante que la mencionada norma emanada del último gobierno **de facto** modificó los Arts. 187 y 188 del C.P., además de los Arts. 314 y 317 del C. de P.P.

El trámite de la querrela, procedente cuando el delito **no** es cometido por medio de impresos, publicaciones, prensa, escritos vendidos o exhibidos, carteles expuestos al público, cinema, radio, televisión u otro medio análogo de publicidad, se sustancia de la siguiente manera:

a).— El agraviado puede iniciar personalmente la acción penal, o actuar por intermedio de un apoderado expresamente facultado para aceptar o rechazar la conciliación a la que obligatoriamente el Juez debe invitar a las partes (Art. 1º de la Ley N° 10794).

b).— En su escrito de denuncia el querellante deberá acompañar la prueba documental que acredite la comisión del delito, claro está, en caso de existir. Asimismo, deberá indicar los testigos que tendrán que ser examinados en la diligencia de comparendo, identificándolos con sus nombres, apellidos, domicilio, libreta electoral y libreta militar.

c).— Recibido el escrito de querrela, el Juez citará a las partes a **comparendo**, haciéndole saber al querrellado que tiene derecho a llevar hasta tres testigos para desvirtura los hechos imputados, o demostrar la parcialidad de los testigos ofrecidos por el querellante (Art. 303 del C. de P.P.).

d).— Reunidos el Juez Instructor, el querellante, el querrellado y los testigos, sin la presencia del Ministerio Público, que en esta forma de comisión de los delitos contra el honor (ajeno a los medios de comunicación social) no puede intervenir, el Juez invitará a las partes a conciliarse. Puede suceder que el querrellado se retracte de la ofensa inferida y pida ser disculpado por el ofendido, o que manifieste no haber tenido el propósito de agraviar el honor del querellante, dándole satisfacciones al respecto. En la hipótesis de existir concordancia de las partes, entonces se sentará el acta respectiva y la acción penal habrá terminado por conciliación. Esta conciliación es equivalente al desistimiento del querellante (Art. 306 del C. de P.P.).

e).— Si no hubiere conciliación, se procederá luego a examinar al querellante, querrellado y testigos que asistieran. De esta diligencia se sentará acta que firmarán todos los concurrentes (Art. 308 del C. de P.P.).

f).— Concluído el comparendo quedará expedito el caso para que el Juez Instructor dicte sentencia, conforme a la facultad concedida por el Art. 191, Inc. 5º, de la L.O. del P.J. Impugnando esta sentencia cualquiera de las partes puede interponer recurso de apelación. Contra lo resuelto por el Tribunal Correccional no procede Recurso de Nulidad.

Por otro lado, tratándose de los delitos contra el honor que sí han sido perpetrados por medio de impresos, publicaciones, prensa, escritos vendidos o exhibidos, carteles expuestos al público, cinema, radio, televisión u otro medio análogo de publicidad, el trámite es el siguiente:

a).— El Juez Instructor realiza una sumaria investigación en el término de ocho días. En este tiempo cita al denunciante para que se ratifique en los cargos presentados y al denunciado para que se pronuncie al respecto, recibe la prueba instrumental y actúa la testimonial (Art. 314 del C. de P.P., modificado por el Decreto-Ley Nº 22633).

b).— Dentro del término de cinco días, bajo responsabilidad, el Juez debe dictar sentencia. Contra esta resolución hay Recurso de Apelación. Igualmente, contra lo resuelto por el Tribunal Correccional, es procedente el Recurso de Nulidad (Art. 314 del C. de P.P., ya citado). Advertimos que el Fiscal Supremo en lo penal debe emitir dictamen en su respectiva instancia (Art. 83, Inc. 6, de la L.O. del Ministerio Público).

c).— Mientras se defina la situación jurídica del denunciado las partes no pueden hacer uso de los medios de comunicación social para referirse ya sea a sus respectivas personas o al dicho o hecho imputado, en cuanto guardan relación con el proceso. La trasgresión de esta norma por el denunciado o inculpado hace que se le considere reiterante. Si el trasgresor fuere el ofendido, se le tendrá como autor de delito contra el honor y será investigado en un proceso que se acumulará al anterior (Art. 317 del C. de P.P., modificado por el Decreto-Ley N° 22633).

330.— CASO DE FALLECIMIENTO DEL OFENDIDO

Producido el fallecimiento del agraviado, sea que haya incoado o no la acción penal, la querella podrá ser interpuesta o continuada por el cónyuge, los descendientes, los ascendientes o los hermanos. Nuestra ley no sugiere ninguna prelación que permita interpretar que el pariente más lejano únicamente debe intervenir, en defecto del más próximo, sustituyéndolo para el caso. En este sentido, cualquiera de los parientes indicados puede iniciar o continuar la querella.

Observamos que la Ley N° 10794 aparentemente habría ampliado los alcances del texto codificado en comentario respecto a los posibles actores judiciales, pues en su Art. 1° dice que la querella podrá entenderse “con el apoderado que nombre el ofendido o sus herederos”. Pensamos, ahora, que la expresión “herederos” debe ser interpretada en un sentido restringido. En consecuencia, los tales “herederos” no pueden ser otros que los indicados en el Art. 195 del C.P.

331.— OBSERVACION CRITICA

Técnicamente no es aconsejable que en un texto penal sustantivo se contengan normas sobre el ejercicio de la acción penal, las mismas que son propias de un código procesal penal. La tradición que existe al respecto, que no es exclusivamente de raigambre es-

pañola, ni propia de este siglo, parece conservar fuerzas como para seguir imponiéndose. Contienen disposiciones similares al texto en comentario, es decir, sobre la acción penal privada, los Cs. Ps. de Brasil (Art. 152, texto del año 1969), Colombia (Art. 322), Chile (Arts. 424 y 428), Paraguay (Art. 382) y Uruguay (Art. 338). Observamos que en el Anteproyecto de C.P. para Venezuela (1967), también se incide en la previsión de esta exigencia procesal (Art. 197). Los antecedentes parecen indicar que no le asistiría razón a nuestra crítica. No obstante, nos reafirmamos en sostener que toda indicación sobre la acción penal resulta extraña en un cuerpo de leyes destinado a describir delitos y estatuir sanciones. Felizmente el Proyecto de C.P. que comenzó a publicar "El Peruano", a partir del 19 de Agosto de 1985, no ha incurrido en el anotado exceso.

APENDICES

para Abogados y Estudiantes de Derecho

HOMENAJE A DOMINGO GARCIA RADA

Discurso pronunciado en el Salón de Letras de la U.N.M.S.M. (Convictorio de San Carlos), el día 17 de Noviembre de 1983.

D.- INTRODUCCION

Subsiste todavía, como una venturanza de la sociedad, cierta categoría de hombres excepcionales nacidos, educados e insertos en un ámbito espiritual de amor a la justicia, a la verdad i al bien común, para quienes la satisfacción producida por el deber superior cumplido constituye, sin más, la mejor recompensa. Se trata de muy contados ciudadanos que tienen el pensamiento i la voluntad imperativamente signados por el DEBER SER, que están con sus inteligencias alertas al acontecer social, pero que casi siempre permanecen ajenos a las preocupaciones i miserias que conlleva el afán de acrecentar la porción material del "mundo de lo mío". Son aquellas personas en las que el temprano despertar de una decidida vocación por las ciencias histórico-culturales les permitió ir conformando, cual si fuera un producto sublimado, el convencimiento que en la honestidad de sus vidas es donde se encuentra el más importante e inmarcesible legado familiar. Seguros como están de la necesidad de un Derecho Penal humanista que describa inequívocamente las conductas delictivas i precise el **quantum** de las sanciones, a manera de prevención general mediante el castigo al particular, en cambio se muestran reservados ante la posibilidad de un Derecho Premial que organice la justicia laudatoria, como propugnaba JEREMIAS BENTHAM, para recompensar servicios a la colectividad similares en notoriedad i duración a los que ellos

mismos han prestado. Si no fuera por que nuestra sociedad siente la urgencia de resaltar de vez en cuando, sobre todo al periclitarse sus propias fuerzas morales, tan ejemplares trayectorias de existencias cívicas gobernadas por el concepto teórico de la virtud, no habría forma de conseguir que estas personas acepten el homenaje público de admiración que debemos tributarles **intervivos**.

La Universidad de San Marcos, continuando con su inquebrantable línea de gratitud hacia sus calificados servidores, ha querido destinar el quehacer cultural y ético de esta su jornada vespertina para manifestar su reconocimiento a la probidad, perseverancia y laboriosidad científica del Doctor DOMINGO GARCIA RADA, uno de sus Maestros del Derecho más preclaro y respetado por la intelectualidad latinoamericana.

La generosidad del Señor Rector faculta que yo, otrora inadvertido alumno sanmarquino del Doctor GARCIA RADA en el curso de "Historia del Derecho Peruano", i hoy honrado como compañero suyo en la docencia universitaria, sea esta vez el portavoz del mensaje de agradecimiento y cariño que le profesan solidariamente los estamentos de nuestra vieja, pero siempre viva Casa de Estudios, nada menos que con motivo de su elección como Profesor Emérito.

Todos los conceptos enunciados hasta ahora, sin olvidar que son de más alto rango los que en realidad merece, han sido vertidos meditando en la vida y en la obra del Doctor GARCIA RADA. No obstante, siendo mi propósito, de un lado, superar el riesgo de recitar fórmulas convencionales que inocentemente pudieran semejar, como en su oportunidad señalara divertido ENRIQUE FERRI, el notable Maestro de la Escuela Penal Positivista italiana, una "necrología anticipada" que nadie imagina pronunciar; así como también, por otro lado, estando en mi deseo evitar poner en compromiso la proverbial circunspección i modestia del Doctor GARCIA RADA, he creído conveniente, en consecuencia, ocuparme en el DISCURSO DE ORDEN que hoy pronuncie en su honor, de un tema muy caro a nuestro celebrado Profesor y que lleva por rubro: "LA TUTELA JURIDICO-PENAL DE LA LIBERTAD". La vida del Doctor GARCIA RADA, que sin dejar de ser contemplativa es más la de un hombre de actividad en su trina vocación de Maestro, Investigador científico i Juez, tiene numerosas manifestaciones intelectuales y morales que no son desconocidas por la opinión pública. Para así probarlo están ahí sus nom-

bramientos para desempeñar importantes cargos docentes y administrativos en las Universidades de San Marcos y Católica; están ahí sus libros “Manual de Derecho Procesal Penal”, “Sociedad Anónima y Delito”, “Delito Tributario” y su obra autobiográfica “Memorias de un Juez” para mencionar tan solo los más difundidos; están ahí sus documentadas aportaciones en las distintas Comisiones Codificadoras nacionales que integró, así como las Ponencias presentadas a la Comisión Redactora de Código Penal Tipo para Latinoamérica; están ahí sus contribuciones científicas en publicaciones de homenaje a grandes figuras del Derecho en revistas jurídicas del Perú y del extranjero; están ahí entre un gran número de expedientes penales y civiles, Memorias, Circulares y disposiciones administrativas sus casi **cuarenta** años de servicios inmaculados que prestara al Poder Judicial y en donde llegara a ejercer con ejemplar dignidad el alto cargo de Presidente Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; están ahí sus ex-alumnos para dar testimonio de cómo el verbo de la cátedra se encarnaba en la justicia de sus resoluciones judiciales; está ahí, por último, su más reciente designación como Presidente del Jurado Nacional de Elecciones en donde la personalidad del Doctor GARCIA RADA es la más firme garantía de respeto a la voluntad popular. En tan prolífica existencia consagrada al saber y al cumplimiento del deber, no están todos los frutos cosechados todavía.

II).— LA LIBERTAD

En nuestra opinión, la libertad es una **idea** generadora de un **sentimiento** sostenido por la **voluntad**. No encontramos en la historia de la humanidad una concepción tan impugnada hasta la humillación como defendida hasta el sacrificio, ni otra vivencia tan innata y cierta como al mismo tiempo gestada i polémica; ni otro quehacer tan intransferiblemente individual como también indispensablemente colectivo.

La libertad es un tema que interesa tanto a la Filosofía, a la Moral i a la Religión, como a la Política y al Derecho. Los grandes pensadores han pretendido, al parecer en vano, definirla satisfactoriamente. No han podido ser indiferentes a esta inquietud los penalistas. FRANCISCO CARRARA escribía que la libertad es un derecho natural que la sociedad, sin agregar nada más, reconoce i protege, consistiendo en la facultad constante que tiene el hombre para ejercer sus actividades, tanto las éticas como las físicas, en servicio de sus propias necesidades y con el fin de alcanzar su des-

tino en este mundo terrenal. El Sumo Maestro de Pisa, así se le conoce al citado autor, aceptaba como una definición correcta de la libertad, por considerarla ajena a cualquier censura sofística que le atribuyere abarcar menos o más de lo definido, aquella que la hacía consistir en la facultad que le compete a todo hombre para ejercer en su provecho las propias actividades, en todo lo que no lesione el derecho ajeno. MAX ERNESTO MAYER, el gran ius-filósofo y penalista alemán, se abstiene de definirla para afirmar luego que la libertad es tan rica en valores sentimentales como pobre en contenido. Apunta este famoso autor, con mucho ingenio, que no obstante el crédito que tiene la libertad, nadie la había proclamado como un valor jurídico universalmente válido, siendo en su concepto comprensible esta reserva de la teoría si es que se recuerda que la libertad deja de ser deseable cuando se eleva al máximo. Más tarde este pensamiento sería desarrollado por LUIS JIMENEZ DE ASUA para negar que la libertad sea un valor en sí misma, sin que el tratadista español perdiera un adarme de su reconocida fe democrática. Decía el Maestro JIMENEZ DE ASUA, de tan grata recordación para el Doctor GARCIA RADA i para mí, que si la libertad fuera verdaderamente un valor entonces “permitiría su maximalización sin desmedro de su esencia, como los otros valores que lo son en sí realmente. La belleza i la bondad —agregaba— cuanto más se aumenten más bellas y más bondadosas son. Basta con el enunciado para comprender que la libertad no es un valor de esta índole. Si aumentáramos la libertad al máximo caeremos en el libertinaje”.

El penalista argentino EUSEBIO GOMEZ, quien antes nos advierte que no es su intención definir la libertad, anuncia a continuación que se trata de un sentimiento inseparable de la naturaleza humana en el que enraizan las normas legales tendientes a proteger los derechos que todo individuo puede ejercitar sin otro obstáculo que el de las limitaciones indispensables para mantener el orden social y evitar las ofensas al derecho del prójimo. En nuestro criterio, expuesto ahora al no poder limitarnos a una presentación de los pareceres ajenos, inspirándonos en el pensamiento del filósofo alemán NICOLAI HARTMANN, sostenemos que la libertad es la facultad que tenemos para ordenar nuestro comportamiento de acuerdo con una **previsión causal** de lo que tiene que suceder y conforme a una **estimación valorativa** de lo que se debe hacer u omitir.

III).— LA LIBERTAD Y EL DERECHO PENAL

La libertad ha alcanzado a tener tantas manifestaciones, sucesivamente ampliadas y legalmente reconocidas a lo largo de la historia, que podemos afirmar que nunca ha estado totalmente marginada del amparo jurídico. Claro está que esta observación no es óbice para que cada vez que sea necesario censuremos públicamente, como lo hiciéramos desde esta misma Casona en el año 1953, al precio de un juicio castrense con reo en cárcel por seis meses, los actos abusivos de la autoridad política i la arbitrariedad legiferante dirigidos a enervar la libertad, pues en ellos advertimos los pasos vilmente necesarios para disminuir la condición humana y hacer más viable el sojuzgamiento de los gobernados, sin que nos engañen publicitados pretextos de reivindicaciones sociales, que de reclamar vigencia, como en realidad reclaman, son dignos de mejores defensores.

Perseguida la libertad desde siempre; acosada i confinada en un recodo de cualquier isla antillana o filipina; arrinconada en téntricos lugares de uno u otro hemisferio de la Tierra, siempre la libertad ha sabido i sabrá sacar las fuerzas necesarias de su inextinguible vitalidad para reivindicarse, más temprano o más tarde, recuperando así combativamente el puesto que ya no tenía, pero que rescatará casi siempre mientras la iniquidad no prevalezca sobre el derecho del hombre a vivir en paz y a morir sin procurada desesperación.

Cuando el Doctor GARCIA RADA se preguntó, con motivo de haber examinado las nefastas consecuencias producidas por el golpe de Estado del 3 de Octubre de 1968 y la expedición del Decreto-Ley 18060, si existía alguna esperanza de que el poder jurisdiccional recuperara la independencia que había perdido, su respuesta fue afirmativa. En su hermoso libro titulado "Memorias de un Juez", publicado en 1978, escribe, cual si fuera una oración de fe cívica, lo siguiente: "Creo que sí. Debemos tener esperanza en el Perú y en los peruanos. Pasados los luctuosos años de la dictadura velasquista, regresarán las aguas a su nivel. El tiempo de oscurecimiento de las libertades públicas pasará i ya se vislumbra un amanecer".

Cabe recordar que el notable jurista alemán RUDOLF VON IHERING decía que cuando más estimamos un interés, tanto mayor es nuestro cuidado para conservarlo, procediendo a obrar de igual modo la sociedad cuando trata de proteger jurídicamente sus

condiciones de vida constituídas por los bienes sociales. “Si el bien es máspreciado —afirmaba VON IHERING— más grave será la pena. La tarifa de las penalidades será, entonces, la medida del valor de los bienes sociales”. Una pregunta y una respuesta, ambas pertenecientes al ingenio del autor teutón nos proporcionan la clave, que por ser tan evidente, ha pasado casi desapercibida, para establecer la jerarquía de los intereses sociales: “¿Qué valen la vida humana, el honor, la libertad, la propiedad, el matrimonio, la moralidad, la seguridad del Estado y la disciplina militar?. Abrid el Código Penal; él os contestará”.

Si nosotros, siguiendo la aludida recomendación, repasamos las páginas del C.P. de 1924, e inclusive ponemos también a la vista las leyes penales especiales posteriores, nos encontramos con la sorpresa de que las sanciones señaladas para los delitos previstos en la Sección Quinta de nuestro C.P., membretada “Delitos contra la libertad”, son significativamente benignas, salvo las prescritas para las formas agravadas del secuestro (Art. 223) y para el rapto de menor (Art. 229, modificado por el Decreto-Ley 17388). Nos preguntamos si esta comprobada liviandad de las penas significa que en el Perú la libertad es un interés de escasa estimación al que todavía no le hemos dado la importancia que reclamaría una más severa protección penal. Nuestra respuesta, con la ley en la mano, es lamentablemente afirmativa. No obstante, debemos advertir para que el juicio sobre la legislación patria sea más exacto, que los Cs. Ps. modernos, como todavía lo es el nuestro, han considerado, por un lado, a la libertad en sentido amplio a manera de un derecho principal y apartado cuya lesión conforma una clase especial de infracciones; y, por otro lado, la estiman como un interés protegido accesoriamente a través de tipificaciones que amparan bienes jurídicos distintos y en las que el ataque a la libertad es un medio para conseguir vulnerarlos. En consecuencia, bajo el rubro “Delitos contra la libertad” se agrupan, como señalara CARRARA para otros textos codificados, sólo aquellas infracciones que ofenden la libertad considerándola como un bien jurídico en sí; en cambio, los delitos que se sirven del ataque a la libertad como un medio para perjudicar en última instancia otros intereses jurídicos, están ubicados en otras Secciones del C.P. de 1924.

Es un hecho comprobado que en el ordenamiento jurídico-penal peruano existe una notoria falta de correspondencia entre el numeroso grupo de importantes derechos relativos a la libertad que están reconocidos en la Constitución Política de 1979 y las

pocas, además de lenitivas, normas penales que pretenden procurar protección. Creemos, que el amparo punitivo de la libertad en el Perú no tiene toda la amplitud y energía que reclama su indiscutible importancia. Sin embargo, cabe aquí recordar las palabras pronunciadas por el Doctor GARCIA RADA cuando dio lectura a su Memoria de Apertura del Año Judicial de 1968. En aquella oportunidad dijo, certeramente, que “El verdadero derecho de un país no está en sus leyes sino en los hombres que las aplican. Las leyes se dictan en un momento y cuando transcurre el tiempo, suelen quedar atrasadas. Es indispensable —agregaba— la función integradora de los Tribunales que en su labor diaria actualizan y complementan las leyes”.

En los regímenes denominados constitucionalistas la partida de nacimiento de la libertad se encuentra en la Carta Fundamental del Estado. No obstante, es necesario tener presente que la Constitución Política, como su nombre mismo lo indica, solo le da su *ius* a la libertad, y al reconocerla así, también se agota. Compete a las leyes ordinarias encauzar y reglamentar la libertad para prestarle las garantías de observancia que demandará su respeto en la vida práctica. Concretamente le corresponderá al Derecho Penal, como enseña JIMENEZ DE ASUA, garantizar su uso correcto mediante sanciones y proclamar al mismo tiempo que no existe libertad contra la libertad. Si no es un valor en sí misma, según ya advirtiéramos, la libertad sólo es legítima en la medida en que tiene como metas la persona, la humanidad y la cultura.

Es una paradoja que el Derecho Penal para tutelar la libertad tenga primero que aprender a recortarla perfectamente. No olvidemos que constituye una práctica dominante en todas las sociedades el hecho de tener que recurrir a la privación o restricción del derecho a la libertad como un medio de castigo, lo cual es un testimonio seguro del aprecio que las personas tienen por este bien jurídico.

El C.P. protege la libertad no sólo a través de la tipificación de las distintas conductas que la lesionan ya sea en forma principal o accesoria, según hemos visto, sino, que al cumplir con tan importantísima tarea incriminatoria está al mismo tiempo contribuyendo a precisar la **zona de libertad** que se ubica por fuera de la descripción típica. Nuestra Constitución de 1979 fija sus límites, estableciendo la libertad como regla y lo prohibido como excepción, cuando prescribe en su Art. 20, Inc. 20, apartado a), que

“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Este precepto es complementado por el apartado d) perteneciente al mismo artículo e inciso. Podemos decir, entonces, con razón, que el Derecho Penal describe el mundo del delito prescribiendo al unísono, mediante censura, lo que no debe hacerse o sí debe realizarse en la sociedad. El silencio de la ley penal demarca y reserva el ámbito de la libertad de los ciudadanos.

IV).— LA LIBERTAD Y EL DERECHO PROCESAL PENAL

La Constitución Política en vigencia indica en su Art. 233, Inc. 9, como una de las “Garantías de la Administración de Justicia”, la de no ser penado sin juicio previo. Mucho antes que el Código Político, nuestro texto punitivo de 1924 consignaba en su Art. 1º, como una de las “Garantías de la Ley Penal”, que “La privación o restricción de derechos a título de pena sólo podrán ser impuestas en virtud de una condenación”.

Las citadas normas, tanto la constitucional como la legal ordinaria, traducen el principio jurídico cuya enunciación latina es *NULLA POENA SINE IUDITIO*; es decir, no hay pena que pueda imponerse sin juicio. En consecuencia: hoy nadie puede ser condenado como delincuente si es que previamente no se le declara en un proceso penal, por quien tiene potestad para sentenciar, autor cierto de un delito también cierto. El mencionado principio legal-procesal encuentra acertado complemento en el Art. 2º, Inc. 20, apartado d) del Código Político, en la parte que enuncia que ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto a los previamente establecidos en la ley.

Afirmamos irrevocablemente que el C. de P.P. es el instrumento de realización del C.P.; es decir, es la herramienta que hace posible la pretensión punitiva del Estado. Con palabras de *VINCENZO MANZINI* sostenemos que el Derecho Penal sustantivo es la energía potencial y el Derecho Penal adjetivo es el medio con que esa energía se pone concretamente en acción. Cuando un individuo comete un delito entabla con el Estado una relación jurídico-penal concreta, ya que el ente público por excelencia tiene indelegablemente el ejercicio del *ius puniendi*, o sea la potestad de castigar al sujeto que ha violado la norma de cultura penalmente tutelada. Para llegar a establecer las consecuencias de la citada relación, como anota el nombrado tratadista italiano, no basta

la violación de una regla penal por parte de una determinada persona, puesto que el Derecho Penal no es un instrumento de coerción directa, sino, de coerción indirecta. El poder punitivo del Estado no puede actuarse inmediatamente aplicando una sanción, en razón a que se necesita de una comprobación judicial del delito cometido y de una declaración también judicial que permitan graduar las penas para aplicarse al hecho concreto de acuerdo con los Arts. 50 y 51 del C.P. La sentencia judicial, pues, no constituye el poder punitivo del Estado, sino, se limita a declararlo en el caso que se juzga.

La libertad ciudadana encuentra debido respaldo en el Derecho Procesal Penal, ciencia que ha sido calificada como Derecho de garantía de las garantías jurídico-penales. FERRI, con elegancia en el lenguaje y acierto en la idea, ha dicho que el C.P. es el cuerpo de leyes hecho para las personas sin probidad ni honor, mientras que el C. de P.P. ha sido estructurado para la salvaguarda de las gentes honradas que son llevadas ante la justicia y que no han sido todavía declaradas malvadas.

Es esta la oportunidad propicia para rememorar un célebre Voto Singular emitido en el año 1955 por el Doctor GARCIA RADA, cuando entonces presidiera el Segundo Tribunal Correccional de Lima. El ilustre patricio Don JOSE BUSTAMANTE Y RIVERO, por intermedio de apoderado, había presentado un Recurso de Hábeas Corpus en defensa de su derecho constitucional de entrar y salir libremente del territorio de la Nación. El espíritu de justicia del Doctor GARCIA RADA, superando increíbles presiones provenientes inclusive hasta del propio Presidente de la República de entonces, movió su pluma para que escribiera este penúltimo párrafo de su Voto que declaraba fundado el Recurso de Hábeas Corpus: "No estando comprendido el caso sub-júdice, dentro de los alcances precisos de la Ley Especial de Seguridad Interior de la República, debe entenderse que los preceptos constitucionales que garantizan el derecho al libre tránsito en el territorio de la República tienen pleno vigor".

V).- EPILOGO

Sr. Dr. DOMINGO GARCIA RADA:

En la víspera de la Navidad del año 1969, cuando Ud. fuera tan innoblemente desposeído de su sillón de Vocal de la Corte Suprema de Justicia, estuvo ahí, tal vez, el momento más crucial de

vuestra vida. Si hoy, en esta hora de la mayor felicidad para Ud., para su querida esposa Mercedes y sus hijos, cuando ya tendida está la toga de su cristiano perdón para cubrir así la vergüenza de sus ofensores, recuerdo yo tan ingrato episodio, es porque DOMINGO GARCIA RADA supo ser grande en la adversidad que casi siempre resta amigos y multiplica ingraticudes. Las páginas de su libro "Memorias de un Juez" relacionadas con el despojo que Ud. padeció, al decir de nuestro gran historiador JORGE BASADRE "están a la altura de la gravedad e injusticia entonces sufrida y pueden ser más tarde un manual para la educación cívica de las nuevas generaciones".

Bienvenido, pues, con el más alto honor que la Universidad le otorga, al infolio cuatricentenario de San Marcos en donde su nombre aparecerá inscrito, desde hoy, entre sus más ilustres Profesores Eméritos.

EL CASO DEL “INVESTIGADOR INVESTIGADO”

Planteamiento de una Defensa ante el Tribunal Correccional

Señor Presidente,

Señores Vocales:

Una mañana del año 1929, Samuel Leibowitz, por entonces el Abogado penalista Nº 1 de los Estados Unidos de Norteamérica, quien después abrazara brillantemente la carrera de la judicatura, recibió una nota escrita por un tal Harry Hoffman, quien había sido sentenciado a 20 años de presidio, consiguiendo posteriormente el recluso que se ordenara la revisión de su proceso por existir error en el procedimiento. Hoffman pedía a Leibowitz que le prestara ayuda profesional en esta nueva confrontación con la justicia y afirmaba ser inocente.

Harry Hoffman estaba acusado de asesinato en la persona de la joven Maude Bauer, cuyo cadáver había sido encontrado en un lugar denominado “Vereda de los Enamorados”. El homicidio fue cometido con dos disparos. Cerca del cadáver se encontraron dos cartuchos de balas.

Según la madre de la víctima i dos testigos, el autor del asesinato llevaba abrigo pardo i sombrero del mismo color; era de tez trigueña, de cabello espeso y castaño; usaba gafas de carey y manejaba un automóvil Ford Sedán. El examen de los cartuchos determinó que habían sido disparados con una pistola Colt, calibre 25.

Al mes de ocurrido el hecho la policía detuvo a Harry Hoffman, quien tenía abrigo pardo, sombrero del mismo color, tez trigueña, cabello espeso y castaño, usaba gafas de carey, poseía un automóvil Ford Sedán y . . . ¡era dueño de una pistola Colt, calibre 25!

Cuando declaró Hoffman manifestó que nunca había estado en el lugar del crimen . . ., pero un testigo llamado William Whittet manifestó que, días antes del asesinato, Hoffman le había preguntado “¿Conoces tú algún sitio solitario donde pueda llevar a una muchacha?” y que el testigo le había respondido: “Sí, la Vereda de los Enamorados”.

La adversidad de las circunstancias, para emplear una expresión, hizo que el Sargento Harry Butts, famoso experto en balística, afirmara que la Colt de Hoffman había sido utilizada en el asesinato. Pero esto no era todo: el Policía Mateo Mc Cormack, quien se hallaba a 12 kilómetros del lugar del crimen, afirmó que vio pasar el día de los hechos a un Ford Sedán y cuando se le preguntó quien manejaba respondió que . . . fue Harry Hoffman. Todas estas “pruebas de cargo” sirvieron para condenarle a la pena de 20 años.

En la revisión del proceso, Samuel Leibowitz consiguió la ABSOLUCION de su patrocinado. Examinó a los testigos que habían declarado en la primera versión del proceso y les enrostró sus contradicciones, quedando sus testimoniales desacreditadas al no poder dar explicaciones satisfactorias. La pericia balística de cargo quedó desvirtuada cuando Leibowitz llevó a la Sala un microscopio de comparación y puso en uno de los objetivos un cartucho de proyectil disparado con el arma de Hoffman y en el otro objetivo un cartucho encontrado cerca del cuerpo de la víctima. Los miembros del Jurado procedieron a examinar comparativamente las señales dejadas en uno y otro por el arma, resultando que no eran iguales y quedando así totalmente enervada la afirmación del perito en balística Sargento Harry Butts. Después de 5 años de privación injusta de libertad un hombre recobraba tanpreciado bien jurídico.

Quentin Reynolds, famoso periodista norteamericano, ha relatado el caso en su obra “Sala de Jurados”, llenando más de

30 páginas bajo el sugestivo título de "La mosca teje una tela de araña" (1).

El caso que ocupa a la defensa esta tarde no es exactamente igual al presentado en la tierra del Tío Sam, pero se advierten similitudes en materia de pruebas de cargo con el asunto relatado, sirviendo este último, sobre todo, para aleccionar y alertar el espíritu de quienes administran justicia en el área penal.

Se acusa en este proceso a mi defendido Marco Antonio Faustino Rebata, Auxiliar PIP, de haber dado muerte con su revólver Ruby Extra, calibre 32, al que fuera don Edilberto Chancafe Correa, en circunstancias en que tanto la víctima como el presunto autor y los testigos se encontraban embriagados. El hecho investigado ocurrió en la noche del día 10 de Marzo de 1969, teniendo por escenario una de las calles del populoso Distrito de La Victoria. La víctima murió 10 días después de haber sido impactada de gravedad. La acusación Fiscal estima a mi defendido como autor y culpable del delito de homicidio simple, previsto y penado en el Art. 150 C.P. y ha solicitado la pena de 6 años de penitenciaría.

La tesis que va a sostener esta tarde la defensa, Señores Vocales, demanda un veredicto de ABSOLUCION y vamos a desarrollarla siguiendo este itinerario:

I.— COMO OCURRIERON LOS HECHOS SEGUN LAS VERSIONES DE LA VICTIMA, LOS TESTIGOS Y EL ACUSADO

A).— **Declaración policial de la víctima** (fs. 7).— Edilberto Chancafe Correa, a pesar de estar gravemente herido, presta su declaración ante la Guardia Civil y dice:

— Que el día de los hechos se encontró con sus amigos Gerardo Klinge y Germán Bainarte, en horas de la noche, acordando ir a la picantería ubicada en la cuadra 26 de Prolongación Huánuco.

— Que después de beber licor observaron que en la mesa contigua se produjo una discusión entre tres personas, dando motivo a que el dueño del establecimiento les pidiera que se retiren.

— Que momentos después la víctima y sus amigos decidieron abandonar el local y se dirigieron por Prolongación Huánuco y

(1) REYNOLDS, QUENTIN: *Sala de Jurados*, Edit. Constancia S.A., México, 1969, p. 41 ss.

cuando llegaban a la intersección formada por la indicada arteria con la Avda. México, su amigo Klinge recordó que había dejado por olvido su cartapacio en la picantería y regresó al establecimiento, entrevistándose con el dueño y su señorita hija.

— Que presume que el retorno de Klinge a la picantería haya originado cierta ira en su agresor quien trató de seguirles y que al encontrarse los tres a la altura de la referida intersección, el agresor les amedrentó verbalmente diciéndoles que se detuvieran. Al no acatar esta exigencia, el agresor disparó al cuerpo, con dirección a donde se encontraban el declarante y sus dos amigos. En esta primera oportunidad —afirma la víctima— no hubo impacto en ninguno de ellos, pero cegado por la ira el agresor volvió a disparar hiéndole esta vez y perdiendo luego el conocimiento.

— Que no conoce al agresor por su nombre, pero ha conversado con Klinge y Bainarte, por lo que está en condiciones de identificarle.

La Defensa, Sr. Presidente i Sres. Vocales, después de presentar imparcialmente la versión que de los hechos ha dado la víctima, ruega se tenga presente que, según esta declaración, el autor del disparo iba SOLO i DETRAS de la víctima y sus amigos, es decir, siguiéndoles.

B).— Declaración policial del testigo del cargo Bainarte (fs. 8).— Sostuvo este testigo:

— Que es cierto que estuvieron en la indicada picantería.

— Que al salir observaron que delante de ellos iba mi defendido, a quien conocían de vista con el apodo de “Chino”.

— Que uno de los tres —no puede identificar cuál— le invitó al “Chino” a “seguir” bebiendo licor en el “Bar Camore”.

— Que al llegar a la altura de la intersección de la calle Prolongación Huánuco con la Avda. México, el acusado hizo movimientos raros y efectuó disparos en varias direcciones, desplomándose en ese momento su amigo Chancafe.

Según esta versión presentada sin alteraciones, Sr. Presidente y Sres. Vocales, el autor del disparo no iba detrás de los tres amigos, como afirmara la víctima, sino ADELANTE, coincidiendo con está sólo en manifestar que los disparos se produjeron poco antes de llegar a la Avda. México.

C).— **Declaración policial del testigo de cargo Klinge** (fs. 9).— Manifiesta este testigo:

— Que al llegar a la picantería saludó a la dueña, la misma que era la Joven Nancy Arriarán, a quien conocía por haber trabajado ambos en una firma comercial.

— Que los tres amigos abandonaron el local en estado de ebriedad, aproximadamente a las 10 de la noche.

— Que se dirigieron, caminando por Prolongación Huánuco, hacia la Avda. Méjico.

— Que volvió a la picantería porque se había olvidado de su maletín conteniendo documentos.

— Que al retirarse continuaron su camino y cuando se disponían a cruzar la Avda. México, vieron a los tres amigos que anteriormente habían encontrado en la picantería, ocupando entonces una mesa contigua, caminando esta vez adelante, a una distancia de 30 metros.

— Que por motivos que ignora vio que uno de los tres se colocó sobre el brazo izquierdo el saco que llevaba en la mano y, con la mano derecha, comenzó a disparar. Fue el tercer disparo el que alcanzó a su amigo Chancafe, quien cayó malherido al suelo.

Esta declaración, Sres. Magistrados, coincide con la de Bainarte en una parte, pero discrepa fundamentalmente en cuanto sostiene que el agresor no iba solo, sino, acompañado y formando parte de un grupo de tres personas.

D).— **Declaración del testigo Bainarte en la diligencia de Inspección Ocular** (fs. 201).- No es coincidente con su versión policial. Veámosla:

— Que al salir de la picantería caminaron con dirección a la Avda. México i a 20 pasos de distancia divisaron a mi defendido a quien Chancafe le dijo: "Chino, vamos a chupar tragos al Camore", y que mi defendido continuó caminando indiferente.

— Que Chancafe volvió a decir: "Chino, vamos al Camore", siendo en esta circunstancia que mi patrocinado hizo de inmediato dos disparos, sin consecuencias.

— Que siguieron caminando y llegaron a la esquina formada por Prolongación Huánuco y Avda. México, cuadra 13.

— Que atravesaron la pista de subida de dicha avenida y se pusieron en la berma de la pista de bajada.

— Que instantes después escucharon disparos y Chancafe caía herido.

E).— Declaración del testigo Klinge en la diligencia de Inspección Ocular antes citada.— Coincide con Bainarte, agregando algo que este testigo sostiene no haber escuchado. Dice Klinge que estando los tres en la berma de la pista de bajada de la Avda. México, después de producido el primer disparo, Chancafe volvió a decirle a mi defendido por tercera vez: “Chino, vamos al Camore”, efectuando acto seguido mi cliente el disparo que resultó fatal.

F).— Declaración del acusado.— Mi cliente, Sres. Magistrados, no tiene contradicciones en sus dichos. Ha sostenido enfáticamente:

— Que no es autor de los disparos.

— Que efectivamente estuvo en la misma picantería con dos amigos, pero éstos se retiraron previamente al momento que lo hiciera mi patrocinado.

— Que como había entregado su revólver y la cartuchera para que el dueño del establecimiento los guardara, antes de abandonar el local pidió su devolución.

— Que era las 10 de la noche cuando se retiró, caminando cerca de 50 metros para sacar su automóvil de la cochera y dirigirse a su casa ubicada en Ventanilla.

— Que en su trayecto no se encontró con la víctima, ni con los testigos a quienes no conocía; no habiendo escuchado en momento alguno que alguien le invitara a tomar licor.

— Que no ha tenido ningún motivo para usar su arma el día de los hechos en la forma y circunstancia que le imputan los testigos.

II.— VALORACION DE LAS TESTIMONIALES DE CARGO

Al se confrontado mi cliente con Bainarte (fs. 181), declara este testigo que en la picantería por ningún motivo se dirigieron la palabra ninguna de las personas que integraban los dos grupos. Cuando la defensa le pregunta para que diga si el día de los hechos

estuvo embriagado, y para que precise si también se encontraban en el mismo estado la víctima y Klinge, contesta que estuvieron ecuanímenes. Al enrostrarle la defensa que en su declaración policial aparecía declarando de que sí estuvieron ebrios, escamotea la contradicción manifestando que no dijo tal cosa a la Policía.

En la confrontación entre mi defendido y Klinge (fs. 193 v.), la defensa observa que, a pesar de ser en ese momento las 8 de la noche, el testigo usa anteojos oscuros, dando la impresión de que los lentes no eran medidos. Pregunté, entonces, para que diga si adolecía de algún defecto en la visión, procurando sacar ventaja cualquiera que fuese la respuesta, teniendo en cuenta que este testigo decía haber identificado a mi defendido como el agresor, en horas de la noche y a regular distancia. La respuesta, que consta en autos, retrata de cuerpo entero a este testigo de baja estatura física: declaró que no tenía defectos en la visión y que por tener el cargo de ejecutivo en una firma comercial en la ciudad de Trujillo usaba lentes ahumados para darse "mayor personalidad". Quedaba establecido, así, con una respuesta a una pregunta aparentemente sin importancia, que nos encontrábamos frente a una persona capaz de imaginar grandes circunstancias con pequeños hechos.

¿Cuál puede ser el valor, Señores Vocales, de las manifestaciones policiales i declaraciones testimoniales que contradictoriamente han sostenido en la formación del atestado i sustanciación del proceso: que el agresor iba adelante, que el agresor iba detrás; que el homicida iba solo, que el homicida caminaba con tres personas más; que el disparo mortal se produjo en la intersección de Prolongación Huánuco y la Avda. México, que el disparo se hizo cuando se encontraban en la berma de la pista de bajada de la Avda. México; que Chancafe dijo dos veces "Chino, vamos al Camore", que no fueron dos, sino, tres las veces que pronunció tales palabras, la última ocasión ocurrida después de los dos primeros disparos? El valor es nulo, aunque nada más fuere así por resultar increíble que después de los dos primeros disparos efectuados presuntamente por mi defendido, la persona que resultó ser la víctima continuara invitando a tomar tragos a un sujeto que no conocía y con quien ni siquiera había cruzado una sola palabra en la picantería.

III.— ANALISIS DE LA PERICIA BALISTICA (fs. 87)

Aníbal Heredia y Julio Socolich, Oficiales de la PIP, son autores de la pericia balística, la misma que a juicio de la defen-

sa no tiene ningún valor probatorio por adolecer de tres defectos insanables:

a).— La terminología empleada es imprecisa y opuesta a la usada por la técnica criminalística.

b).— La fotografía tomada por el microscopio de comparación y que figura en el Anexo, con la letra “E”, no corresponde al caso investigado.

c).— En el hipotético y negado caso de que dicha fotografía correspondiera a este proceso, su simple examen contradice las conclusiones de la pericia.

Examinemos, Sr. Presidente y Señores Vocales, cada una de estas deficiencias para corroborar la afirmación que al respecto hace esta tarde la defensa.

a).— **Terminología imprecisa y contraria a la ciencia.**

En el punto “G” de la pericia se sostiene que vistos y examinados simultáneamente en el microscopio de comparación el proyectil encontrado en el cuerpo de la víctima (remitido por la Guardia Civil) y los proyectiles obtenidos en los disparos experimentales realizados con el revólver Ruby Extra N° 638361, calibre 32, por yuxtaposición se establece que presenta “**ciertas coincidencias**” en líneas y campos helicoidales, lo que indica, según los peritos, que el proyectil remitido “haya podido ser disparado por dicha arma”.

La vaguedad del lenguaje empleado por los peritos continúa en las conclusiones, reputadas sin razón desfavorables para mi defendido, consignadas en el punto “H”. En esta parte se dice:

— Que el revólver remitido se encuentra en buen estado de conservación y funcionamiento, no presentando características para disparo reciente. Entre paréntesis se agrega textualmente “ha podido disparar y luego limpiarse el interior del cañón”.

— Que el proyectil remitido corresponde a cartucho para revólver calibre 32 y presenta “**similitud**” con los proyectiles obtenidos en los disparos experimentales realizados con el revólver de propiedad de mi defendido.

— Que el resultado del análisis químico en las muestras de parafina tomadas en las mangas del saco azul que usara mi patrocinado

do el día de los hechos, ha sido negativo para nitritos y nitratos, no presentando elementos de estudio de carácter balístico.

Permítaseme ahora, Sr. Presidente y Sres. Vocales, que dé lectura a una parte del capítulo "Identificación de Balas y Casquillos", integrante del libro de Jean Gayet (2), para demostrar cómo debe expresarse en sus conclusiones un perito en balística:

"En 1925 fue fabricado, bajo la dirección de Soderman, el primer microscopio de comparación, llamado hatoscopio, y antecesor de los aparatos modernos. Pero, si bien se han añadido algunos perfeccionamientos al aparato primitivo, el principio ha seguido siendo el mismo. Se trata esencialmente de dos tubos de microscopio ordinario, provisto cada uno de ellos de un objetivo de poco aumento, unidos ópticamente por un dispositivo especial, un puente, cuyo único ocular muestra, en posición contigua, el medio campo de cada objetivo.

Un sistema de contención permite manipular y orientar a voluntad una de las balas. Se coloca una de ellas bajo uno de los objetivos, en una posición tal que su rayado más característico por sus estrías aparezca en el medio campo que le esta reservado. Entonces se pone en posición la segunda bala y **se comprueba si las estrías de uno de sus rayados pueden colocarse en forma que sean prolongación de las de otra.** Después de hacer girar cada proyectil, para traer al campo el rayado siguiente; **en caso de identidad**, debe buscarse la concordancia de las estrías . . . y así sucesivamente para todos los rayados de los proyectiles.

Una cámara fotográfica se adapta al microscopio para registrar las **concordancias** puestas de manifiesto y justificar ante el Juez y ante el Jurado las conclusiones del experto".

Por último, Jean Gayet escribe: "Sea cual fuere el procedimiento del examen, **demuéstrase en todo caso la identidad de origen de las dos balas cuando las estrías**

(2) GAYET, JEAN: **Manual de la Policía Científica**, Traducción de J. Ferree Aleú, España, 1962, p. 108 ss.

de una de ellas pueden ser prolongación de las de la otra" (3).

También hemos traído esta tarde al Tribunal la obra de Harry Soderman y John J. O'Connell (4), quienes en el capítulo referente a "Problemas concernientes a delitos con armas de fuego", escriben el siguiente párrafo

"Cuando se coloca en el microscopio la bala o el casquillo del arma del delito, junto con una bala o casquillo de prueba disparado con la misma arma, se les podrá hacer girar independientemente o juntamente; y cualesquiera marcas dejadas en ellas por el rayado del arma que se haya usado, o cualesquiera marcas dejadas en el fulminante del casquillo por el cierre de la recámara o por el martillo o aguja que haya producido el impacto, **lo más probable es que correspondan exactamente en la imagen compuesta de las dos balas o de los dos casquillos, haciendo así posible la identificación.** Con esto no habrá ya de andar adivinando o forjando hipótesis" (5).

La pericia analizada correspondiente al proceso penal que nos ocupa, Sres. Magistrados, no ilustra, sino, confunde; no precisa, sino crea ambigüedades. Transpira incertidumbre, duda, siendo incapaz de formar convicción de responsabilidad, como se pretende por sus autores, en relación con la persona de mi patrocinado. Recuerdo que cuando la defensa interrogó en la Audiencia pasada sostuvieron los peritos que, por el número de disparos, debía haber quedado gránulos de pólvora en el cañón. Al ser advertidos por uno de los señores Vocales que esta afirmación dada en la Audiencia discrepaba de lo sostenido en el documento pericial en el sentido de que la ausencia de gránulos de pólvora podía deberse a limpieza, entonces se retractaron de lo que estaban afirmado en el Juicio Oral.

(3) El subrayado es nuestro.

(4) SODERMAN, HARRY y otro: **Métodos Modernos de Investigación Policiaca**, versión española de Carlos Fernández Ortiz, Edit. Limusa-Wiley S.A., México, p. 260.

(5) El Art. 194 del C. de P.P. establece: "Para la investigación del hecho que constituye el delito o para la identificación de los culpables, se emplearán todos los medios científicos y técnicos que fueren posibles, como exámenes de impresiones digitales, de sangre, de manchas, de trazas, de documentos, armas y proyectiles".

b).— La foto "E" no es de este caso.

¿De dónde habrán sacado los peritos la foto identificada en el expediente con la letra "E"? En el cuerpo de la pericia, Sr. Presidente y Señores Vocales, no aparece ninguna referencia a dicha fotografía en la cual los señores peritos pretenden fundamentar sus vagas afirmaciones. Sólo aparece en el Anexo.

Por otro lado, las fotos "D" (proyectil remitido) y la foto "E" (proyectiles de comparación) han sido resellados con un sello aparentemente de la PIP, conforme puede apreciarse a simple vista en el borde izquierdo de ambas fotos; pero este resellado no aparece en el papel blanco sobre el que están engrapadas, distinguiéndose tan sólo la mitad del último sello impreso. ¿Quién puede explicar esta irregularidad tan manifiesta?

Cuando los señores peritos concurrieron a ratificarse en el Juicio Oral fueron examinados en la forma de ley y reconocieron ser autores de la pericia, revisando los documentos expositivos e ilustrativos, sin dejar constancia de alteración alguna. El Ministerio Público se mostró conforme. Cuidado tuvo la defensa de no interrogarlos sobre las aludidas irregularidades que ahora recién expongo. Advertidos de las mismas, seguramente hubiesen alegado inocencia y demostrado sorpresa frente a las alteraciones y cambios cuyas investigaciones hubieran motivado la prolongación de este proceso en el que mi patrocinado permanece privado de su libertad. Una carta de triunfo de esta naturaleza, en un proceso por homicidio donde inclusive existe Parte Civil, no se suelta por la Defensa sino para decidir una batalla judicial con el necesario empuje final. He aquí mi clara posición en el tablero procesal-penal.

c).— **Hipotético caso en que la foto "E" pertenezca a este proceso.**

No es necesario tener extraordinaria buena vista para poder apreciar que no existe continuidad, ni en las rayas ni en las estrías, entre una y otra bala fotográficamente yuxtapuestas. Invito a los señores magistrados a examinar la fotografía. Fácilmente podrán Uds. llegar a la conclusión de que no han sido disparadas con la misma arma, como equivocadamente se quiere imputar a mi cliente.

IV.— EPILOGO

Si a todo lo manifestado tenemos que agregar que la Guardia Civil omitió efectuar la diligencia que permitiera al agraviado reconocer o no a su presunto agresor, pues si pudo declarar, más fácil le hubiera sido observar; si por alegadas razones administrativas el Teniente G.C. que tuvo a su cargo la investigación no puede venir a la Audiencia a contestar el pliego de preguntas presentado por la defensa para aclarar tan inexplicable omisión; si al producirse la detención de mi defendido por la G.C. no se dispuso que se le tomara la prueba de la parafina en las manos, la defensa no tiene, pues, más honrada alternativa que concluir su alegato pidiendo la ABSOLUCION de Marco Antonio Faustino Rebata.

RESULTADO

El Quinto Tribunal Correccional, entonces presidido por el Sr. Vocal Dr. Antonio Rivero Vélez, condenó a mi defendido a la pena de 4 años de penitenciaría, como autor del delito de homicidio simple (Art. 150 C.P.), perpetrado con la atenuante de embriaguez.

Interpuesto el Recurso de Nulidad, la Sala Penal de la Corte Suprema, presidida por el Sr. Vocal Dr. Octavio Torres Malpica, después de escuchar nuestro Informe Oral, consideró que las declaraciones testimoniales contradictorias y la pericia balística imprecisa habían creado muy serias dudas sobre la responsabilidad de mi patrocinado. Por tales motivos se declaró HABER NULIDAD en la sentencia de Vista y modificándola se ABSOLVIO a mi defendido. La Resolución Suprema apareció en la Revista de Jurisprudencia Peruana, Julio 1970, N° 318, p. 861 s. He aquí su texto:

“Exp. N° 360-70. Lima, diez de Julio de mil novecientos setenta. Vistos, y CONSIDERANDO: que la prueba testimonial actuada es contradictoria, no sólo en cuanto al número de disparos, distancia a que fueron hechos, y posición del agraviado al momento de recibirlos; contradicción que se aprecia aún más con lo manifestado por los testigos al deponer ante la Policía y el mismo Edilberto Chancafe a fojas siete; que a la consiguiente deficiencia de esta prueba, se añade la imprecisión de la pericia balística de fojas noventiséis; que no concuerda con la fotomicrografía de fojas cien, y la negativa sostenida desde el primer momento por el acusado; que ante la

vaguedad de la prueba considerada en conjunto, sólo emergen sospechas, pero de ninguna manera la prueba plena que es indispensable para una condena; que, de otro lado, no es suficiente lo manifestado por los peritos en el acto de la Audiencia, para estimar precisa y técnica la prueba balística, cuyo resultado debe ser siempre exacto y concluyente; que ante esta insuficiencia de pruebas debe estarse a lo más favorable al acusado: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas doscientos cuarentiuno, su fecha trece de Abril del año en curso, que condena a Marco Antonio Faustino Rebata como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud en agravio de Edilberto Chancafe Correa a la pena de cuatro años de penitenciaría, reformándola lo **ABSOLVIERON** de la acusación Fiscal formulada en su contra por el indicado delito; ordenaron la inmediata libertad de Marco Antonio Faustino Rebata, cursándose al efecto el oficio respectivo a la Corte Superior de Lima; y los devolvieron.— **TORRES MALPICA.**— **CUENTAS ORMACHEA.**— **GARCIA SALAZAR.**— **BALLON LANDA.**— **BUSTAMANTE UGARTE.**— Se publicó conforme a ley.— Ricardo La Hoz Lora.— Secretario General”.

EL METODO JURIDICO-PENAL

(Guía para la solución de “casos” prácticos)

I. METODOLOGIA DOCENTE

Con la claridad cautivadora que caracteriza la exposición de sus pensamientos, ORTEGA y GASSET nos ha dicho que la Universidad *strictu sensu* es la institución en la que se enseña al estudiante medio a ser un hombre culto y un buen profesional, ofreciendo las disciplinas de cultura y los estudios profesionales en forma pedagógicamente racionalizada y exigiendo al estudiante el aprendizaje del mínimun de conocimientos, en cantidad y calidad que auténticamente se le puede impartir (1). A su vez el Profesor JIMENEZ DE ASUA, uno de los más grandes penalistas de todos los tiempos, ha escrito que entre las funciones profesional, cultural, investigadora y formativa de equipos directores con las que debe cumplir la Universidad contemporánea, no cabe duda alguna que la capacitación profesional es su primera y más constante tarea. En consecuencia, la misión de una Facultad de Derecho debe ser, en directa referencia a los hombres de leyes, la de la Universidad en general (2).

Es conveniente recordar que en el “Manifiesto” de 21 de Junio de 1918 dirigido por la Juventud Argentina de Córdoba a los Hombres Libres de América, se acusaba a la Universidad de haber llegado a ser un fiel reflejo de las sociedades decadentes que se em-

(1) ORTEGA Y GASSET, JOSE: *Misión de la Universidad*, estudio contenido en “*El Libro de las Misiones*”, Edit. Espasa-Calpe Argentina S.A., 1950, p. 105 s.

(2) JIMENEZ DE ASUA, LUIS: *La Metodología Docente en el Derecho Penal y la Misión de la Universidad*, véase en “*El Criminalista*”, Tomo V, Edit. La Ley, Bs. As., 1945, p. 68. Asimismo, en su *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Edit. Losada S.A., Bs. As., 1950, p. 178.

peñan en ofrecer el triste espectáculo de una inmovilidad senil, razón por la cual el levantamiento de Córdoba no era solamente contra un régimen administrativo y contra un concepto de autoridad, sino también, contra un **método docente** cargado de defectos (3). Hoy, después de transcurridos varios años desde aquel célebre "Grito de Córdoba", la Reforma Universitaria no ha logrado el ajuste conveniente de los cuatro elementos que a nuestro juicio hay en toda educación: a) **el saber**; b) **la transmisión del saber**; c) **el que transmite el saber**; y, d) **el que aprende**. La Universidad Latinoamericana de esta hora debe tomar conciencia que en la tarea formativa de profesionales eficaces se está jugando su prestigio, su vitalidad y su razón de ser. En este momento crucial, sobre todo para la Universidad Peruana, se hace necesario concentrar esfuerzos, al margen de las ideologías políticas militantes, para demostrar que todavía puede seguir siendo la organización apropiada para realizar en ella las funciones de cultura y formación profesional que nuestra sociedad espera. Nadie discute que el centro de gravedad de la educación está en el **educando**, pero sería un error lamentable despreocuparse de la revisión de los criterios con arreglo a los cuales se quiere transmitir el saber (4).

Capacitar convenientemente para el ejercicio profesional exige, pues, una adecuada transmisión de conocimientos del Profesor al estudiante, planteándose así la necesidad de una metodología docente que se adapte al carácter cultural o natural de la ciencia que se pretende enseñar. En lo que respecta a la ciencia del Derecho Penal debemos decir que la llamada "clase magistral", con el debido enervamiento de sus defectos, cumple con la función de transmitir los conocimientos teóricos. No obstante, siendo el Derecho Penal esencialmente para operar en la vida social, se hace

(3) "Los métodos docentes estaban viciados de un estrecho dogmatismo, contribuyendo a mantener a la Universidad apartada de la ciencia y de las disciplinas modernas. Las lecciones, encerradas en la repetición interminable de viejos textos, amparaban el espíritu de rutina y de sumisión. Los cuerpos universitarios, celosos guardianes de los dogmas, trataban de mantener en clausura a la juventud, creyendo que la conspiración del silencio puede ser ejercitada en contra de la ciencia". Véase en: **La Reforma Universitaria (1918-1958)**, Bs. As., 1959, p. 26.

(4) Por su parte las Facultades Latinoamericanas de Derecho han organizado sus "Conferencias" buscando que coordinar planes de estudio que permitan, mediante una adecuada educación jurídica, el logro de una plena y cabal formación de Hombres de Derecho.

necesario profundizar el saber teórico y promover la comprensión respecto del alcance práctico de los principios jurídicos, instruyendo al estudiante en vista de su futura actividad profesional (5). Para conseguir tal objetivo se ha ingeniado el estudio aplicado de la ley penal mediante el sistema de "casos", procedimientos que encuentra su precursor en ANSELMO VON FEUERBACH.

II. EL SISTEMA DE "CASOS" Y SUS MODALIDADES

El Profesor sanmarquino ABASTOS sostuvo, en la Segunda Conferencia de Facultades Latinoamericanas de Derecho, que en la enseñanza de la ciencia jurídica el examen y resolución de "casos" o problemas jurídicos, con arreglo al derecho positivo vigente y para la interpretación dogmática de éste, permite al profesor acumular una rica experiencia docente y al alumno aprender el difícil arte de aplicar la ley con el **máximum** de acierto (6). La explicación dogmática del derecho, que hace el profesor mediante la "clase magistral", logra firme asidero en la inteligencia del educando cuando posteriormente se reelaboran las ideas en función de los "casos".

Entre las diversas modalidades que puede presentar el sistema de "casos", destacamos:

A).— "Casos hipotéticos". Son elaborados por el profesor imaginando circunstancias en las que se plantean una o más situaciones conflictivas o problemáticas con dimensiones jurídicas, las mismas que deben ser resueltas por los estudiantes. Nada impide que para la elaboración de los "casos hipotéticos" el profesor se base en efectivos acontecimientos de la vida real, haciendo adecuada abstracción de ciertas circunstancias de hecho intrascendentes para la finalidad buscada. Los grandes Maestros del Derecho Penal, entre los que destacamos a VON LISZT, BELING, JIMENEZ DE ASUA y MEZGER, han enseñado su saber haciendo uso de los

(5) KERN, EDUARDO: *Guía para el tratamiento de Casos de Derecho Penal*, Edic. Depalma, Bs. As., 1962, p. 3.

(6) ABASTOS, MANUEL G., *La enseñanza del Derecho y el método de "casos"*; ponencia presentada y aprobada en la Segunda Conferencia de Facultades Latinoamericanas de Derecho, y publicada en "*Revista de Derecho y Ciencias Políticas*", Año XXV, No. 1, primer cuatrimestre de 1961, Lima, p. 151.

“casos hipotéticos”, casi siempre estructurados por ellos mismos y dando las pautas que el educando debe seguir en los planteamientos y soluciones. Entre nosotros los Profesores sanmarquinos ABASTOS, BRAMONT ARIAS, PEÑA CABRERA, MARIO AMORETTI PACHAS y el que estas páginas escribe, hemos tenido la responsabilidad de la enseñanza práctica del Derecho Penal en los últimos cuarenta años, haciendo uso del sistema de los “casos hipotéticos”.

B).— “Case method” o “case System”. Fue ideado por CRISTOBAL LANGDELL a fines del siglo pasado en la Universidad de Harvard y luego difundido a todas las demás. No es propiamente un método docente destinado a transmitir conocimientos sobre normas que integran un ordenamiento jurídico, sino, principalmente, un sistema de enseñanza que sirve para mostrar las peculiaridades del “Common Law”. Permite al estudiante conocer casos reales ya sentenciados, así como analizar, razonar y emitir su opinión sobre los mismos. Como es bastante sabido, en el derecho angloamericano los precedentes judiciales constituyen su materia prima. Según JULIO CUETO RUA, el profesor se limita aquí a interrogar sobre las circunstancias del caso, sus elementos relevantes, el razonamiento judicial, el alcance de la sentencia, la justicia o injusticia de la decisión, su concordancia con otros procedimientos, etc. (7).

C).— “Causas célebres”. Consiste en la presentación de hechos delictuosos circunstanciados que, por los caracteres psicológicos que presentan sus protagonistas y por la magnitud del crimen, han conseguido concitar la atención pública.

De estas tres modalidades del sistema de “casos”, creemos que la primera es la que más se acomoda a la enseñanza del Derecho Penal en los países donde la ley es la única fuente de conocimiento de los delitos y penas (**nullum crimen, nulla poena sine lege**). Esta afirmación no significa que deban dejarse de lado las apreciaciones que de la ley han hecho los Magistrados al cumplir con su función de administrar justicia. Es bueno recordar, como apunta JIMENEZ DE ASUA, la feliz frase de JOSE ANTOLIN DEL CUETO: “La Ley reina y la Jurisprudencia gobierna”.

(7) El “Case Method”, en: “La Ley”, Tomo 71, p. 847.

III. EL ESTUDIANTE Y EL PROFESIONAL EN LA PRAXIS JURÍDICO-PENAL

Es necesario distinguir, como lo hace KERN, entre la actividad de un estudiante que se ejercita en el examen de un caso práctico y la actividad que desarrollan un Juez, un Fiscal, o un Abogado cuando trabajan enfrentándose a uno de los tantos problemas con dimensiones jurídico-penales que, a diario, nos presenta la multifacética realidad de la vida. En efecto:

A).— En el “caso hipotético” que examina el estudiante, la **situación de hecho**, es decir, la descripción de un acontecimiento real o supuesto, se presenta concluido. El problema para el alumno radica en obtener, teniendo a la vista la ley penal, aquel principio jurídico con arreglo al cual se establezca la existencia o no de dimensiones jus-punitivas en el “caso” propuesto. En cambio, el Juez Instructor, por ejemplo, procurará reunir durante la instrucción las pruebas de la realización del delito, las circunstancias en que se ha perpetrado, los móviles del agente; tratará de descubrir a los autores y cómplices del delito, etc. (Art. 72 del C. de P.P.). Por su parte el Abogado Defensor buscará que acreditar, con argumentos de hecho y de derecho, la inocencia o menor responsabilidad de su cliente, en razón de que el Art. 277 del C. de P.P. le obliga a concluir su defensa pidiendo la absolución, o la disminución de la pena solicitada por el Fiscal, sin confiarse demasiado en el no siempre respetado principio de que la inocencia se presume, en tanto que la responsabilidad debe ser probada por el Ministerio Público. Para decirlo en pocas palabras: mientras que en el “caso hipotético” el punto esencial por dilucidar reside en la **cuestión de derecho**, en el suceso real y humano el centro de gravedad se encuentra en la **cuestión de hecho** (8).

B).— Por otro lado, el estudiante en el “caso hipotético” sólo requiere precisar la **determinación legal** de la pena, indicando su naturaleza y señalando sólo la graduación máxima y mínima. Mientras tanto el Fiscal, por ejemplo, está preocupado en la **determinación judicial** de la sanción, aportando o destacando los hechos y demás datos que sirvan a tal fin (Art. 92 de la L.O. del Ministerio Público). Como podrá deducirse, esta segunda distinción no es sino

(8) KERN: op. cit., p. 6.

una consecuencia de la primera: la falta de referencia en el "caso hipotético" a la mayoría de las circunstancias consignadas en el Art. 51 del C.P. no permite proceder a la fijación concreta de una pena, operación que sólo es posible realizarla con las conductas circunstanciadas.

IV. EL METODO JURIDICO-PENAL

Ha escrito GOLDSCHMIDT que una metodología jurídico-penal arraiga en la naturaleza misma del Derecho Penal, que se funda en la máxima **nullum crimen, nulla poena sine lege**. A juicio del citado autor, puesto que la interpretación jurídica casi siempre estudia sólo la interpretación del tipo legal, el requisito de la legalidad del tipo es suficiente para legitimar la aplicación del método jurídico-penal (9). No existiría, entonces, la posibilidad de aplicar este método en los lugares donde la institución de la analogía funcione. Por su parte MEZGER, siguiendo a EBERHARD SCHMIDT, advierte que la concepción científica del delito es decisiva en lo tocante al método para el tratamiento de los "casos prácticos" y también en lo referente a la disposición y realización de ese trabajo: quien parta de un concepto distinto del delito y siga otra sistemática en Derecho Penal, logrará distintas reglas metódicas para el tratamiento jurídico-penal de los "casos prácticos" (10).

El método jurídico-penal tiene por objeto la correcta aplicación de la ley penal a un "caso hipotético". Siempre que el estudiante de Derecho se encuentre frente a uno de estos problemas jurídicos deberá tener bien presente que de lo que se trata es de adecuar un estado de **hecho**, dado o supuesto como tal, es decir, un hecho concreto de la vida humana, a **preceptos jurídicos abstractos**, adecuación que supone plantear claramente y por separado lo puramente objetivo (el hecho) y lo jurídico-abstracto (la prescripción legal) para decidir luego por vía de subsunción si existe o no

(9) GOLDSCHMIDT, JAMES: *Metodología Jurídico-Penal*, Edit. Reus S.A., Madrid, 1935, pp. 8 y 11.

(10) MEZGER, EDMUNDO: *Guía para el tratamiento jurídico-penal de casos prácticos*, véase en la obra del mismo autor titulada "*Derecho Penal*", Parte General, Libro de Estudio, Edit. Bibliográfica Argentina, 1958, p. 421.

efectivo encuadramiento (11). De acuerdo con GOLDSCHMIDT, el Profesor ABASTOS es del parecer que el método jurídico-penal debe estudiar este mismo hecho, caso o problema de Derecho Penal, a la luz de la dogmática jurídica, sin concretarse solamente al examen de la teoría jurídica del delito y régimen de la pena. En este sentido deberá también abarcar el estudio de la aplicación de la ley penal en relación a otros aspectos no menos importantes (12).

El éxito de la aplicación del método jurídico-penal radica, a nuestro juicio, en la tarea especialmente delicada de elaborar correctamente los "casos". Los hechos que dan lugar a conflictivas situaciones legales deben ser estratégicamente presentados en el "caso", cuidando de no recargarlo con demasiados problemas. Para quien estructure "casos hipotéticos", así como para quienes los desarrollen, nos permitimos aconsejarles no perder de vista que el método jurídico-penal busca un mejor conocimiento de la ley en función de los hechos humanos, no así un mejor conocimiento de los hechos humanos en función de la ley.

V. ESQUEMA DE LAS FASES Y ETAPAS DEL METODO JURIDICO-PENAL

Las fases son tres, subdivididas cada una de ellas en la forma como a continuación indicamos.

A).— La Ley Penal:

- 1).— Determinación de la ley aplicable en orden al **espacio**.
- 2).— Determinación de la ley aplicable en orden al **tiempo**.
- 3).— Comprobación de la posible existencia de un **curso aparente de leyes**. Obsérvese que en esta etapa, al igual que en las dos subsiguientes sólo se hace referencia a la "posibilidad" que el caso demande examinar el respectivo tema aludido.

(11) BELING, ERNESTO: *Directivas para el estudio de casos de Derecho Penal*, véase en la obra del mismo autor titulada "Esquema de Derecho Penal", Edit. Depalma, Bs. As., 1944, p. 201.

(12) ABASTOS, MANUEL G.: *Reglas para la aplicación del Método Jurídico-penal*, publicación mimeográfica, s/f.

- 4).— Comprobación de la posible existencia de un **concurso real de delitos**.
- 5).— Comprobación de la posible existencia de un **concurso ideal de delitos**.
- 6).— Determinación del **grado de participación de los agentes**.
- 7).— Comprobación de la etapa a que llegó el delito de su **proceso ejecutivo**.

B).— La Teoría jurídica del Delito:

- 1).— Reordenación del material objetivo.
- 2).— Acción.
- 3).— Tipicidad.
- 4).— Antijuricidad.
- 5).— Imputabilidad.
- 6).— Culpabilidad.
- 7).— Condiciones objetivas de punibilidad.

C).— La determinación Legal de la Pena:

- 1).— **Máximum y mínimum legal**.
- 2).— Comprobación de la eventual presencia de una **específica circunstancia atenuante o agravante**.

VI. APLICACION DEL METODO JURIDICO-PENAL AL ESTUDIO DEL "CASO"

A).— La Ley Penal

1).— **Determinación de la ley aplicable en orden al espacio.**— Es la primera indagación que debe hacerse. Su objeto es establecer con arreglo a cuál de los principios que juegan en la delimitación del ámbito espacial de validez de la ley penal deben aplicarse las disposiciones que son leyes para el Perú. La ley penal peruana excluye la aplicación de toda ley extranjera en el país, en acatamiento al principio de la soberanía del Estado. No se debe confundir, como apunta BRAMONT ARIAS, la **aplicabilidad** con el simple **reconocimiento** de la ley penal extranjera. No faltan casos en los que la ley penal extranjera debe ser tomada en consideración por la jurisdicción peruana. Así, por ejemplo, los casos previstos en los Incs. 2º y 3º del Art. 5º, e Incs. 1º y 3º del Art. 6º del C.P.; Art.

14 del Tratado de Montevideo; Arts. 312 y 313 del Código Bustamante (13).

Los principios que deben tenerse en cuenta para la aplicación de esta parte del método jurídico-penal son:

- **territorial**, (Art. 4º C.P.).
- **real o de defensa**, (Art. 5º, Incs. 1º, 3º y 4º C.P.).
- **personal**, (Art. 5º, Inc. 2º C.P.).
- **universal**, (sin configuración genérica expresa).

2).— **Determinación de la ley aplicable en orden al tiempo.**— Tiene por finalidad establecer con arreglo a cuál de los principios que juegan en la delimitación del ámbito temporal de validez de la ley penal deben aplicarse las disposiciones que son leyes para el Perú. Tales principios son:

- **irretroactividad penal**, (Art. 187 de la Constitución, Arts. 2º y 3º del C.P.).
- **retroactividad benigna**, (Arts. 7º, 8º y 9º del C.P.).
- **ultractividad**, (que se deduce interpretando a **contrario sensu** el Art. 7º del C.P.).

3).— **Comprobación de la posible existencia de un concurso aparente de leyes.**— En este punto el estudiante se limitará a precisar si sobre un mismo hecho delictuoso, sobre una misma acción criminosa inciden o no dos o más preceptos que reclaman aplicación simultánea, determinando si dichos preceptos se excluyen o no entre sí. El concurso que nos ocupa se resolverá con arreglo a los siguientes principios:

- **alternatividad**, (Art. 105 del C.P.).
- **especialidad**, (Art. 106 del C.P.).
- **subsidiaridad**, (Art. 105 del C.P.).
- **consunción**, (Art. 105 del C.P.).

4).— **Comprobación de la posible existencia de un concurso real de delitos.**— Aquí el alumno debe sujetarse a la simple constatación de si existen o no en el "caso hipotético" dos o más hechos delictuosos cometidos por un mismo agente sin que haya sido condenado por ninguno de ellos. La invocación del Art. 108 del C.P., en realidad, sólo tendrá lugar, si fuera el caso, en el momento que el alumno determine legalmente la pena.

5).— **Comprobación de la posible existencia de un concurso ideal de delitos.**— En esta etapa se examinará si con una acción unitaria se han violado o no varias leyes penales y si ese mismo hecho puede ser real y efectivamente encuadrado simultáneamente en dos o más dispositivos tipificantes de hechos delictuosos.

6).— **Determinación del grado de participación de los agentes.**— El estudiante verificará si los personajes que se presentan en el “caso” tienen la calidad de autores, o co-autores, sean materiales o intelectuales, o si son o no cómplices (Art. 100 y 101 del C.P.).

7).— **Comprobación de la etapa a que llegó el delito en su proceso ejecutivo.**— En este punto se comprobará si la conducta del agente es, por ejemplo, un acto preparatorio, una tentativa, una consumación, o un delito imposible (Arts. 95 y 99 del C.P.).

B).— La Teoría Jurídica del Delito

1).— **Reordenación del material objetivo.**— Se procederá luego a reordenar los datos objetivos que se contienen en el “caso” propuesto a fin de que con facilidad se establezca la relación entre cada sujeto y su correspondiente acción, especificándose para cada uno de ellos los datos temporales, la forma de proceder, las consecuencias, etc., así como la calidad de autor o cómplice. Esta reordenación tiene por objeto sintetizar con claridad las comprobaciones anteriores.

2).— **Acción.**— En este punto el estudiante seleccionará de la actuación externa del agente aquello que deba tomarse en cuenta desde el punto de vista jurídico-penal, separando lo que no tiene interés desde esa perspectiva.

Es importante al respecto aclarar si se trata de un **hecho de comisión** (Art. 3º del C.P.), o de un **hecho de omisión** (Arts. 3º y 101 del C.P.). Ello es trascendental, como observa MEZGER, por cuanto mientras en el hecho de comisión es suficiente determinar que el autor ha “**hecho**” algo para realizar el tipo, en el hecho de omisión debe determinarse si el autor no ha satisfecho un deber jurídico de actuar, vale decir, si ha “**omitido algo**” (que no debía omitir). En los delitos de omisión impropia (omisión que causa el resultado) se debe examinar cuidadosamente la causalidad de la abstención respecto del resultado. Asimismo, creemos por nuestra parte que el examen debe comprender si se da o no el caso de causalidad (Art. 167 del C.P., por ejemplo).

Por último, el estudiante deberá indagar si se presenta o no cualquier causa capaz de determinar la **ausencia de acción**, tal como la fuerza física irresistible (Art. 85, Inc. 3º C.P., *ab initio*), por ejemplo.

3).— **Tipicidad.**— El esfuerzo de adecuación del hecho humano al tipo legal supone el examen de los elementos del tipo, tal como lo describe la ley. Si la adecuación o encuadramiento no se produce de ningún modo, es claro que la acción no es típica y, por tanto, es indiferente desde el punto de vista jurídico-penal (Arts. 2º, Inc. 20, apartado d., de la Constitución y 3º del C.P.). Se trataría, pues, de un caso de ausencia de tipo.

Con respecto a este punto, BELING nos dice que hablando correctamente no existe una tipicidad de las formas accesorias de la delictuosidad. No hay, por ejemplo, una tipicidad de la tentativa, de la instigación, o de la complicidad. Lo que más bien sucede es que esas formas accesorias guardan una vinculación con el delito-tipo (14). No obstante lo expuesto, el mismo autor citado no desconoce la existencia de tipos delictivos autónomos que contienen prescripciones penales fundamentales y tipos delictivos dependientes que presentan **figuras delictivas subordinadas** que sólo logran significado jurídico-penal por la unión con un tipo delictivo autónomo (15).

4).— **Antijuricidad.**— Por regla general este examen se reduce prácticamente a comprobar si en el caso se presenta o no una de las llamadas **causas de justificación**, ya sea en su forma perfecta (cuando concurren todos los requisitos para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad) o, en su forma **imperfecta** (cuando no concurren sino algunos requisitos). Así, por ejemplo, si funciona la legítima defensa perfecta (Art. 85, Inc. 2º) estará justificada plenamente la conducta del contra-atacante. Si la defensa no es perfecta, bastará con establecer tal constatación, ya que el Art. 90 del C.P. sólo debe tenerse en cuenta para el efecto de la pena.

5).— **Imputabilidad.**— Aquí también el estudiante debe limitarse a comprobar si existe o no alguna causa de **inimputabilidad**, ya sea en su forma **plena** (Art. 85, Inc. 1º, por ejemplo), o en su forma **semiplena** (Art. 90 C.P., texto que debe tenerse en cuenta para el efecto de la pena).

(14) BELING: op. cit., p. 39.

(15) *Ibíd.*, p. 38 s.

6).— **Culpabilidad.**— Se estudiará aquí si el agente ha actuado con dolo (Art. 81 del C.P.), indicando su clase, o si ha procedido con culpa (Art. 82 del C.P.), o con preterintencionalidad (caso de aplicación de la última parte del Art. 165, por ejemplo).

Si se niega la existencia de una acción dolosa no puede dejarse de considerar la posibilidad de que haya **culpa**. También debe tenerse presente que si el comportamiento que se examina es sólo una conducta **tentada**, la forma culposa de la misma es intrascendente para el Derecho Penal. En este último caso basta con que se compruebe que el resultado del delito de que se trata no se ha producido.

Asimismo, deberá examinarse si es que concurre o no en el “caso” una **causa de inculpabilidad**, tal como sería la obediencia jerárquica, por ejemplo (Art. 85, Inc. 5^o del C.P.),.

7).— **Condiciones objetivas de punibilidad.**— El estudio aquí se reducirá a comprobar si el “caso” da asidero para la búsqueda de ciertos **presupuestos procesales** a cuyo cumplimiento queda subordinada la persecución y punibilidad de ciertas figuras de delitos. Así, por ejemplo, para incoar la acción penal y castigar el delito de adulterio (Art. 212 del C.P.), nuestro texto legal exige que previamente se haya pedido el divorcio por razón de adulterio.

C).— **Determinación Legal de la Pena**

1).— **Máximum y mínimum legal.**— El alumno debe abstenerse de realizar una graduación específica de la sanción. Ya hemos anotado que las circunstancias de hecho que se contienen en el caso son por lo general insuficientes para determinar la sanción a manera como lo hacen los jueces. Para comprender mejor esta afirmación basta dar lectura al Art. 51 del C.P. No obstante, el alumno deberá en este momento hacer referencia a los dispositivos de la Parte General del C.P. que tienen influencia en la determinación de la calidad y cantidad de la pena, siempre con el carácter genérico que ya hemos anotado. Tales son los casos, por ejemplo, de los Arts. 97 y 148 del C.P.

2).— **Comprobación de la eventual presencia de una específica circunstancia atenuante o agravante.**— Por regla general, nos dice MEZGER, no habrá forma alguna de decidir si existen “circunstancias atenuantes”, bastando con señalar que las mismas son posibles. Por nuestra parte creemos que también debe hacerse

específica referencia a las circunstancias agravantes que inclinan el criterio del Juez hacia el **máximo** de la sanción legalmente determinada, para la figura calificada, siempre y cuando que tal circunstancia agravante deba deducirse por interpretación analógica (tal es el caso del Art. 238 del C.P.).

Por último, deberá examinarse si es de aplicación alguna **ex-cusa absolutoria**, o una causa de extinción de la acción penal.

VII. REGLAS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL TRATAMIENTO DE LOS "CASOS"

Primera.— Comenzar el examen del "caso" con la perfecta comprensión de los hechos presentados. Ningún dato del tema debe pasar inadvertido y dejar de ser considerado en su relevancia jurídico-penal.

Segunda.— Evitar supresiones arbitrarias de la situación de hecho descritas en el tema.

Tercera.— Abstenerse de llenar arbitrariamente alguna laguna que con respecto a los hechos se encuentre en el "caso". Sólo cuando los datos objetivos que constituyen el tema presente el problema de complementar las cuestiones de hecho, deben hacerse suposiciones.

Cuarta.— Observar un orden rígido en cada una de las etapas, sobre todo cuando se estudian los elementos del delito. Así, por ejemplo, no se examinará la imputabilidad si antes no se ha explicado la antijuridicidad, la tipicidad y la acción. En cambio, es correcto hablar de la acción, la tipicidad y la antijuridicidad, aunque en el "caso" luego resulte que el agente no era imputable.

Quinta.— Abstenerse de examinar los demás caracteres del delito cuando falte alguno de los elementos de la fase positiva en el hecho delictuoso que se estudia.

Sexta.— Abstenerse, asimismo, de examinar las etapas metodológicamente subsiguientes, en el estudio del delito, cuando funcione alguno de los elementos del aspecto negativo del delito decidiendo el "caso".

Séptima.— Pasar revista a todos los caracteres del delito (con las limitaciones consignadas en las dos reglas anteriores), incluso a

aquellos que no están en entredicho en el "caso" propuesto. Creemos con JIMENEZ DE ASUA (16) que es más pedagógico analizar todos los caracteres, sin excluir los que no ofrecen discusión en el tema sometido a examen. En los trabajos prácticos que los alumnos presentan a sus profesores en las Universidades germánicas, sólo se estudia el punto controvertido. Por eso se explica que en la opinión de KERN, Profesor de la Universidad de Tübingen, sea completamente erróneo repasar en cada "caso" todo el esquema (17).

Octava.— No plantear tumultuosamente, como al acaso, las reflexiones que deben conducir a la solución del tema, tan pronto en una etapa como en la otra, sino, que desde el principio debe ordenarse el planteamiento y desarrollarse metodológicamente. El peor enemigo es el trastrueque, dice BELING.

Novena.— Identificar el problema que se plantea con respecto a cada etapa y ponerlo en el centro de la discusión sólo cuando sea necesario. No hay que atribuir una importancia demasiado grande a cuestiones accesorias.

Décima.— Averiguar el hecho del autor antes que el correspondiente al cómplice.

Undécima.— Ventilar solamente las cuestiones que el planteamiento justifica. Por ejemplo, no es oportuno detenerse a elucidar qué hubiese ocurrido si el autor hubiere sido un demente, un ebrio, o un menor de edad.

Duodécima.— Precisar la solución que se da a cada etapa, sin ser ni demasiado breve ni demasiado extenso en el desarrollo del punto que contiene el problema jurídico básico. El estudiante no debe limitarse a afirmar opiniones, sino también, debe fundamentarlas, aunque en forma breve. Asimismo, no basta con que diga que se adhiere a tal o cual opinión dominante, sino que, debe consignar las razones por las cuales lo hace (18).

(16) JIMENEZ DE ASUA: *El Criminalista*, op. cit., p. 110.

(17) KERN: op. cit., p. 31.

(18) Estas reglas han sido extractadas por el autor, en su mayoría, de las obras a las que aquí hacemos referencia. Nuestro mérito, si alguno existiese, estaría solamente en haberlas concretado.

VIII. EXPERIENCIA DOCENTE

En el Programa Académico de Derecho de la U.N.M.S.M. hemos venido explicando, desde el año 1961 hasta la actualidad, la práctica correspondiente al I y II Cursos de Derecho Penal, haciendo uso del método jurídico-penal que en este trabajo hemos expuesto.

Las especiales circunstancias materiales y económicas en las que se desenvuelve la enseñanza en nuestra Facultad de Derecho, así como también la idiosincrasia del estudiante peruano, nos ha obligado a ingeniar la forma más conveniente de hacer efectiva la práctica. El excesivo número de alumnos con los que el Profesor debe trabajar (300 en promedio) y la carencia de Ayudantes de Cátedra en número adecuado, tal vez contribuya a justificar el siguiente “*modus operandi*” que nosotros hemos seguido en las clases prácticas con resultados al parecer alentadores:

1).— El Profesor, con la debida anticipación, presenta a todos los alumnos un “caso” redactado por él o tomado de alguna de las colecciones existentes (19), para que sea desarrollado en casa.

2).— Procede luego a la designación de un grupo integrado por 5 alumnos quienes deberán estudiar especialmente el “caso”, exponerlo y sostener oralmente sus puntos de vista. La fecha es fijada con una anticipación no menor de una semana.

3).— En la fecha señalada el Profesor designa, entre los integrantes del grupo antes referido, al estudiante que debe comenzar la exposición y a los que deben proseguirla. La solución dada por el alumno ponente al explicar cada una de las etapas del método jurídico-penal será consultada a los restantes miembros del grupo, y si es conveniente a alguno o algunos de los otros asistentes. Posteriormente el Profesor manifestará su parecer y los fundamentos de derecho que lo amparan, ya sea coincidiendo o discrepando con el ponente.

(19) Además de las obras **Casos de Derecho Penal**, de JIMENEZ DE ASUA; y, **Casos de Derecho Penal**, Parte General y Parte Especial, de KERN, tenemos también el interesante libro **Casos Penales y Soluciones**, escrito por JURGEN BAUMANN. En relación con los autores nacionales, cabe destacar que recientemente JUAN MARCONE MORELLO ha publicado su libro **Casos Penales y sus soluciones**, Lima, 1985. La contribución sobre el tema, por parte de quien escribe estas páginas, tuvo lugar en el año 1975 cuando se editó, a manera de Apéndice de nuestro “**Derecho Penal Peruano**” (Tomo II), **XIII Casos para Práctica de Derecho Penal**.

4.— Todos los alumnos, ponentes o no, deben presentar por escrito el caso desarrollado, en el mismo día en que comienza la exposición.

5).— Asimismo, todos los estudiantes están obligados, en principio, a participar en el debate que, con toda seguridad, se habrá de promover. Para tal efecto deberán hacer uso de la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

6).— Al término del examen del “caso” el Profesor calificará la sagacidad y el acierto que el estudiante hubiese demostrado en la sustentación oral de su punto de vista.

7).— El calificativo final se obtiene promediando las notas que el alumno hubiere recibido en:

- a).— La sustentación oral del desarrollo del “caso”,
- b).— Los trabajos escritos (que a su vez integran un promedio); y,
- c).— El trabajo de fin de ciclo.

8).— El trabajo de final de curso puede consistir en la elaboración de “casos” por parte del alumno cuya solución debe darse en la etapa que el Profesor indique. Nada impide que el trabajo de fin de ciclo pueda consistir en el desarrollo de un “caso” en las aulas. Para tal efecto el estudiante habrá de concurrir llevando solamente las leyes penales y colecciones de jurisprudencia.

IX. EJEMPLO

Basándonos en el “caso hipotético” que a continuación se consigna, expondremos la forma de aplicación del método jurídico-penal que nosotros enseñamos en la U.N.M.S.M:

“Julia Ramírez, de veinticinco años de edad, que presta sus servicios como trabajadora del hogar desde hace pocos días en la casa de los señores Del Solar, ha tenido ocasión de observar, no obstante su corta permanencia en la casa, que la señora guarda sus valiosas joyas en un cajón del armario de su alcoba, reservando otro de los cajones para guardar las alhajas de sus hijas.

El 9 de abril de 1982, creyendo Julia que la señora ha salido a la calle, penetra en la alcoba y, encontrando abierto el armario, sustrae del primer cajón, que se

hallaba sin llave, una magnífica pulsera valorizada en S/. 20'000,000. Al pretender abrir el segundo cajón se percata de que está con llave, razón por la cual se retira sigilosamente en busca de una palanqueta.

Contra las suposiciones de la doméstica, la señora no había salido y se encontraba vistiéndose detrás del biombo que existe en la misma habitación, desde cuyo lugar presencia, sin ser vista, las maniobras de la infiel criada. Al abandonar ésta la alcoba, la Sra. Del Solar la sigue a prudencia distancia, viendo cómo la sirvienta se dirige a su cuarto en el cual oculta la joya sustraída. La Sra. Del Solar acude prestamente al teléfono y avisa a la Policía. Acto seguido cuenta el hecho a su cocinera, encargándole que vigile a Julia y que, con cualquier pretexto no le permita salir de la casa.

Julia, que no se sabe vigilada, vuelve al cuarto para sustraer el resto de las joyas, cuyo valor total sobrepasa los S/. 60'000,000. Esta vez lleva consigo una palanqueta que con previsión había adquirido días antes, instrumento con el que forzando el cajón logra abrirlo y extraer las restantes joyas. Casi de inmediato se dirige a su cuarto para alistar la fuga.

La Policía llega en aquel instante y procede a la detención de Julia, recuperándose las joyas que ni siquiera pudieron ser extraídas a la calle”.

SOLUCION

A).— La Ley Penal

1).— **Determinación de la ley aplicable en orden al espacio.**
Art. 4º C.P. (principio de territorialidad).

2).— **Determinación de la ley aplicable en orden al tiempo.**
Este hecho sucedió el 9 de Abril de 1982, estando vigente el C.P. de 1924.

3).— **Comprobación de la posible existencia de un concurso aparente de leyes.** No hay.

4).— **Comprobación de la posible existencia de un concurso real de delitos.** Si bien es cierto que en el caso se relatan dos actos

que tienen dimensiones jurídico-penales, también es verdad que ambos comportamientos son ejecutivos de **una misma resolución criminal** y han lesionado un bien jurídico tutelado por **una misma ley penal**. Se trata, pues, en nuestro criterio, de un delito continuado, siendo de aplicación el Art. 107 C.P. La expresión “varias violaciones de la misma ley penal”, que emplea nuestro C.P. en el Art. 107, a nuestro juicio equivalente a la expresión “**stessa disposizione di legge**”, que utiliza el C.P. italiano en su Art. 81, debe entenderse como que se refiere a hechos de la misma especie, aunque no siempre comprendidos en el mismo artículo de la ley, pudiendo ser aun de diversa gravedad. La unidad de ley violada, pues, no significa que se trate de un mismo inciso o artículo. No variando la incriminación principal, debe admitirse la continuidad.

En el caso examinado, Julia realiza su primer acto de sustracción sin utilizar fuerza sobre las cosas, mas en el segundo acto de sustracción usa una palanqueta para forzar el cajón. La resolución criminal es la misma. Las violaciones de la misma ley se examinarán al estudiar la tipicidad.

5).— **Comprobación de la posible existencia de un concurso ideal de delitos.** No existe.

6).— **Determinación del grado de participación del agente.** Julia tiene la calidad de autora, de conformidad con el Art. 100 C.P.

7).— **Comprobación de la etapa a que llegó el delito en su proceso ejecutivo.** Julia ha realizado todo lo que tenía que hacer para que la ejecución fuera completa. Sin embargo, la consumación no se ha producido por causas que son ajenas a su voluntad. En el “caso” que se estudia, Julia no ha consumado su delito objetivamente, porque no ha existido real y efectivo “apoderamiento”. Se trata, simplemente, de un delito **frustrado**. El “apoderamiento”, que exige nuestro C.P. para ciertos delitos contra el patrimonio, no sólo consiste en la **remoción** de la cosa mueble (las joyas) del lugar que ocupaban (los cajones del armario) acompañada del **animus rem sibi habendi** (explicitado en el ocultamiento de la pulsera y la preparación de la fuga), sino que, además es necesario que el agente (Julia) haya sacado las cosas muebles (las joyas) de la esfera de vigilancia de quien tiene un derecho sobre las mismas (la Sra. Del Solar observa las maniobras de Julia) o de quien, por una u otra razón, se cree en el deber de custodiarla (la cocinera que recibió el encargo de vigilarla), haciendo imposible de esta manera la realización de actos de disposición (Julia en ningún momento tuvo **abierta la posibilidad** de vender las joyas, por ejemplo).

La circunstancia de que en momento alguno Julia haya dejado de estar vigilada, de que gracias a esta vigilancia se descubrió su comportamiento avisándose a la Policía, procediéndose luego a su detención, sin que Julia haya tenido la posibilidad u oportunidad de disponer de las alhajas, nos permite afirmar que se trata de una frustración, de acuerdo con la interpretación que damos al término “apoderamiento”, siguiendo más o menos la teoría de la *ablatio* de la cual PESSINA fue sostenedor.

No ocupándose específicamente nuestro C.P. de la frustración, deberá asimilarse esta etapa del “*iter criminis*” a la tentativa (Art. 95 C.P.).

B).— Teoría Jurídica del Delito

1).— **Reordenamiento del material objetivo.**— El día 9 de Abril de 1982, Julia penetra en la alcoba de la Sra. Del Solar y encontrando abierto el armario y sin llave el primer cajón del mismo, sustrae una pulsera valorizada en S/. 20'000,000. Al encontrar cerrado el otro cajón Julia regresa, logrando forzar el cajón y sustraer las demás alhajas por valor de S/. 60'000,000. Julia en todo momento ha estado vigilada, siendo detenida por la Policía cuando se preparaba para huir.

2).— **Acción.** El delito ha sido cometido mediante **acción** en sentido estricto. Julia ha realizado dos actos que, como ya dijimos, integran una sola acción por ser ejecutiva de una misma resolución criminal.

3).— **Tipicidad.** El comportamiento de Julia queda subsumido por el Art. 238 del C.P. Aunque el referido dispositivo no se ocupa expresamente de la sustracción de una cosa mueble mediante el empleo de fuerza sobre las cosas, cierto es que implícitamente la comprende desde que, por interpretación analógica, puede deducirse que tal modalidad de sustracción demuestra la existencia de una circunstancia que acredita la condición de especialmente peligrosa de Julia.

4).— **Antijuricidad.** No hay causas de justificación.

5).— **Imputabilidad.** No hay causas de inimputabilidad.

6).— **Culpabilidad.** Julia ha actuado con dolo directo, evidentemente (Art. 81 C.P.).

7).— **Condiciones objetivas de punibilidad.** El “caso” no da asidero para hacer este análisis.

C).— Determinación Legal de la Pena

1).— **Máximum y Mínimum legal.** Según el Art. 238 C.P. la pena aplicable es alternativa: penitenciaría no mayor de 10 años, ni menor de 1 año; o, prisión no menor de 6 meses ni mayor de 10 años. El mínimo de la primera pena y el máximo de la segunda no se indican en el Art. 238 C.P., pero se deducen por interpretación de los Arts. 12 y 14 C.P. en concordancia con el Art. 50 del mismo cuerpo de leyes.

2).— **Comprobación de la eventual presencia de una específica circunstancia atenuante o agravante.** Hay la posibilidad de circunstancias atenuantes en cuyo caso del Juez puede reducir la pena de un tercio a la mitad, según lo permite el Art. 97, segundo párrafo.

Además, por interpretación analógica, se ha considerado como circunstancia agravante específica el empleo de la palanqueta para hacer fuerza sobre el cajón del armario (20).

(20) El "caso hipotético" que hemos planteado para ejemplificar la aplicación del Método Jurídico-penal pertenece a lo que SAX despectivamente ha llamado "delincuencia de manual" o "delincuencia de laboratorio", aludiendo así a la conducta humana imaginada que solamente ocurre en el papel, pero no en la realidad. El catedrático de Derecho Penal, Sociología y Teoría del Derecho de la Universidad de Frankfurt, Prof. WINFRIED HASSEMER, deja constancia que en la actualidad se ha generalizado la crítica contra esta forma de enseñanza que a veces recurre a casos extremadamente artificiosos. En sustitución se abre camino, según observa, el denominado "caso expediente". Se trata de la reproducción documentada de todo el contenido de un proceso penal, desde la denuncia o querrela hasta la sentencia firme. Entre los objetivos buscados están la integración de la praxis penal con las ciencias sociales y la puesta en evidencia de la correlación existente entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (**Fundamentos del Derecho Penal**, Casa Edit. Bosch, Barcelona, 1984. p. 20 ss. Traducción y notas de FRANCISCO MUÑOZ CONDE y LUIS ARROYO ZAPATERO).

INDICE ONOMASTICO

A

- Abastos : 40 , 325 , 343 , 363 , 501 , 502 , 505.
Aguirre Obarrio : 213.
Alarco Larrabure, Francisco : 99 (nota 88).
Alimena : 60 , 88 , 107 , 145 , 196 , 334.
Altavilla : 63 (nota 41) , 227 , 230 , 353 (nota 451).
Alzamora Valdez, Mario : 11.
Amoretti Pachas, Mario : 502.
Angiolini : 231.
Antolisei : 43 (nota 16) , 229 (nota 301) , 254 , 397.
Antón Oneca : 252 (nota 335) , 367 (nota 462).
Aparicio y Gómez Sánchez : 116 (nota 114) , 335 (nota 435).
Arroyo Zapatero, Luis : 518 (nota 20).

B

- Ballón Landa : 101 (nota 90) , 497.
Barnard : 72 (nota 53 bis).
Basadre : 484.
Baumann : 513 (nota 19).
Beccaria : 197.
Beling : 34 , 41 , 501 , 505 (nota 11) , 509 , 512.
Bellini : 353 (nota 451).
Bentham : 475.
Bernaldo de Quirós : 362.
Bettioli : 93 , 107 , 229 (nota 301) , 336 (nota 436) , 337.
Binding : 34 , 105 , 146.

- Blei, Gunter : 254.
 Bokelmann : 37.
 Bonnet : 216.
 Bramont Arias : 5 , 8 , 9 , 11 , 39 , 41 (nota 15) , 87 , 91 (nota 84) , 125 , 198 , 204 , 251 , 258 , 262 , 265 , 269 , 278 , 279 , 291 , 360 , 502 , 506.
 Bromberg : 63 (nota 41).
 Bruck : 225.
 Bruno, Aníbal : 80 (nota 64).
 Bustamante y Rivero : 483.
 Bustamante Ugarte : 101 (nota 90) , 497.
 Bustos, Juan : 27 , 32 (nota 7) , 35 , 40 (nota 13 bis) , 43 , 46 , 55 (nota 31) , 75 (nota 54) , 226 (nota 294). Véase también : Politoff.

C

- Calle : 116 (nota 114) , 451.
 Camaño Rosa : 228 (nota 299) , 252 , 257 , 288 , 302 , 401.
 Camargo Hernández : 157 , 387 (nota 480).
 Capote, Truman : 152 (nota 175).
 Carmignani : 33 , 60 , 136.
 Carnelutti : 41 , 105.
 Carrara : 31 , 33 , 46 , 55 (nota 31) , 60 , 61 , 76 (nota 56) , 88 , 103 , 105 , 117 , 118 , 125 , 134 , 143 , 153 , 154 , 183 , 184 (nota 225) , 197 , 204 (nota 253) , 207 , 210 (nota 264) , 221 , 222 , 227 , 251 , 256 , 259 , 318 , 320 , 321 , 326 , 345 , 346 , 350 (nota 448) , 353 (nota 451) , 394 , 433 , 435 , 436 , 477 , 480.
 Castañeda, Jorge Eugenio : 11.
 Cicerón : 104.
 Clarus, Julius : 59 , 60.
 Clerc : 415.
 Cobo : 32 , 34 . Véase también : Del Rosal.
 Coll : 229 (nota 301).
 Cooper, H.H. : 285 (nota 371 bis).
 Cornejo, Angel Gustavo : 39 , 55 , 62 (nota 40) , 169 , 258 , 264 , 313 , 345 , 348 , 356 (nota 454) , 362 , 401 , 411 (nota 508) , 449 , 466 (nota 566).

Cuello Calón : 252.
Cuentas Ormachea, Enrique : 101 (nota 90), 497.
Cueto Rua, Julio : 502.

CH

Charriere : 153 (nota 177).
Chaveau : 88 (nota 76).
Chocano, José Santos : 191 (nota 235).

D

Dante : 110 (nota 101).
De la Lama : 236.
Del Cueto, José Antolín : 502.
Del Rosal, Juan : 32, 34, 108, 111, 115 (nota 114), 119 (nota 121), 122, 345, 348.
Del Valle Randich : 230 (nota 302).
Díaz Palos : 263.
Di Tullio : 63 (nota 41), 137.
Dostoyevski : 147 (nota 172).
Ducpetiaux : 118 (nota 118).

E

Elmore, Edwin : 191 (nota 235).
Engisch : 29 (nota 3 ter).
Enzensberger : 63 (nota 41).
Espino Pérez : 99 (nota 88), 129 (nota 136), 177 (nota 210 bis).
Etcheberry : 46, 94 (nota 86 bis), 216, 311, 335 (nota 435).
Exner : 227.

F

Fernández Arce, César : 127 (nota 133).
Fernández Dávila : 286.
Ferrero Rebagliati, Raúl : 11.
Ferri : 27 (nota 3), 34, 120 (nota 122 bis), 136, 234, 239, 476, 483.
Feuerbach : 33, 197, 321, 501.
Fierro, Guillermo : 374 (nota 470).

Fontán Balestra : 213 , 291 , 301 , 302 , 315 , 374 , 375 (nota 472) , 386 , 459 , 460 , 461 (nota 560).

Fragoso : 52 (nota 24) , 80 (nota 64).

Fuerneaux : 63 (nota 41).

G

Gabuzzi, Stefano : 172 , 176.

García Calderón, Manuel : 101 (nota 90).

García Rada : 11 , 39 , 256 , 475 ss.

García Salazar : 101 (nota 90) , 497.

Garraud : 105 , 312 (nota 407).

Gautier, Alfred : J40 (nota 156) , 170 , 171 , 173.

Gayet, Jean : 493.

Gimbernat Ordeig, Enrique : 28 , 29 (nota 3 ter).

Goldschmidt, James : 504 , 505.

Gómez, Eusebio : 88 , 229 , 291 , 292 , 307 (nota 402) , 478.

Gonzales, Teodosio : 137 , 141 , 187.

Graven, Jean : 209 (nota 261).

Grisolía, Francisco : 32 (nota 7) , 35 , 43 , 46 , 55 (nota 31) , 75 (nota 54) . Véase también : Politoff.

Groizard : 108 , 141 , 259.

Guarneri : 104 , 106.

Guzmán Vial : 78 (nota 58).

H

Haftner, Ernst : 170 , 171 , 172 , 397 (nota 492).

Hartmann : 86 (nota 72 bis) , 478.

Hassemer, Winfried : 518 (nota 20).

Haus, J.J. : 401.

Hélie : 88 (nota 76).

Hentig : 25 (nota 1) , 63 (nota 41).

Hernández Blanco : 118 (nota 117).

Hesnard : 63 (nota 41).

Hippel : 396.

Hopkins, María : 212 (nota 265).

Hungría, Nelson : 43 (nota 17) , 51 , 52 (nota 24) , 60 , 80 (nota 62) , 84 (nota 71) , 88 , 205 , 207 , 208 , 215 , 237 , 265 , 307 (nota 402) , 397 (notas 492 y 493) , 400 (nota 496) , 402 , 410 (nota 506) , 412 (nota 509).

Hurtado Pozo, José : 39 , 40 , 65 , 72 (nota 53) , 74 (nota 54) , 79 , 86 (nota 73) , 91 (nota 84) , 113 (nota 107 bis) , 120 (nota 122) , 121 , 128 (nota 135) , 129 (nota 137) , 130 (nota 138 bis) , 133 (nota 141) , 135 (nota 148) , 140 (nota 156) , 145 , 149 (nota 173) , 156 , 158 , 164 (nota 194) , 169 , 176 , 184 , 189 , 202 (nota 250) , 203 , 209 (notas 260 y 261) , 219 (nota 277) , 224 (nota 290) , 231 , 237 , 242 , 244 , 257 (nota 343) , 258 , 260 (nota 345) , 264 , 269 , 280 , 291.

I

Ihering : 479 , 480.

Ipallomeni : 60 , 88 (nota 76).

Irureta Goyena : 59 , 71 (nota 53) , 76 (nota 56) , 110 , 136 , 145 , 160 , 187 , 302 , 333 , 334 , 335.

J

Jescheck : 27 (nota 2) , 30 , 34 , 221 (nota 282) , 222 (nota 284) , 362 , 363.

Jiménez de Asúa : 25 (nota 1) , 28 (nota 3 bis) , 33 , 34 (nota 10) , 39 , 40 (nota 14) , 52 , 53 , 54 , 63 (nota 40) , 66 (nota 46) , 75 (nota 54) , 83 , 105 , 113 (nota 107) , 146 , 167 (nota 195) , 175 (nota 209) , 177 (nota 212) , 189 , 200 , 218 , 222 , 223 , 226 (nota 293) , 227 , 229 , 231 , 235 , 243 , 245 , 251 , 255 , 278 , 325 (nota 422) , 331 , 367 (nota 462) , 394 , 395 , 396 , 397 (nota 493) , 478 , 481 , 499 , 501 , 502 , 512 , 513 (nota 19).

Jiménez Huerta : 75 (nota 54) , 89.

Jiménez, Plácido : 62 (nota 40).

K

- Kant : 177.
 Kern, Eduardo : 501 (nota 5), 503, 512, 513 (nota 19).
 Koremblit, Eugenio : 211 (nota 265).

L

- Lachenal, Adrien : 172.
 Laje Anaya : 138 (nota 153).
 Lang, Otto : 169, 170, 172, 173.
 Langdell, Cristóbal : 502.
 Leibowitz, Samuel S. : 245 (nota 327), 485, 486.
 León Barandiaran, José : 11, 210.
 Levene, Ricardo : 71 (nota 53), 134 (nota 144), 184, 214, 216
 Löffler : 395.
 Logoz : 185, 188.
 Lombroso : 240 (nota 317).
 López Albújar : 143 (nota 162), 153 (nota 177).

LL

- Llopis : 63 (nota 41).

M

- Maggiore : 46, 60, 69, 88, 106, 136, 145, 210 (nota 264),
 229 (nota 301), 319, 331, 344, 349, 351, 353
 (nota 451), 354, 356, 400, 401, 404, 408 (nota
 505), 442, 443, 448, 459, 478.
 Mallo, Mario M. : 307 (nota 402).
 Manzini : 27 (nota 2), 41 (nota 14), 46, 48 (nota 20 bis),
 106, 107, 111 (nota 105), 319, 332, 353, 355,
 373, 376, 443, 448, 459, 482.
 Marcone Morello, Juan : 513 (nota 19).
 Maurach : 34, 106, 149 (nota 173), 202 (nota 250), 254.
 Maúrtua, Víctor M. : 197.
 Mayer : 34, 107, 436.
 Melgar López, Carlos Enrique : 99 (nota 88), 100 (nota 90),
 229 (nota 301).

Mendelsohn : 25 (nota 1).

Méndez, José Agustín : 66 (nota 46) , 167 (nota 195) , 200 ,
325 (nota 422).

Méndez Jurado , Pedro : 230 (nota 302).

Merkel : 33.

Mezger : 34 , 46 , 106 , 254 , 288 , 301 (nota 393) , 309 , 396 ,
501 , 504 , 508 , 510.

Mimbela, Eduardo : 100 (nota 90) , 230 (nota 302).

Mittermaier : 33.

Moraes, Benjamín : 80 (nota 64).

Mourullo : 32 , 34 . Véase también : Del Rosal.

Muñoz Conde, Francisco : 518 (nota 20).

N

Napodano : 88 (nota 76).

Nedelmann, Carl : 28.

Niccolini : 346 (nota 445).

Novoa Monreal : 72 (nota 53) , 91.

Nugent, Ricardo : 101 (nota 90).

Numa : 103.

Núñez Barbero : 72 (nota 53).

Núñez, Ricardo : 146 (nota 169) , 178 , 179 , 185 , 194 , 274 ,
291 , 293 , 307 (nota 402) , 350 (nota 448) ,
373 , 379 , 386 , 445 , 448 , 452 , 455 , 459 ,
461 , 463 , 464 (nota 565) , 465.

O

O'Connell, John F. : 494.

Oderigo : 291 , 317 (nota 414).

Olesa Muñido : 239.

Orestes : 110 (nota 101).

Ortega y Gasset : 282 , 499.

P

Pacheco : 462.

Pannain : 353 (nota 451).

Paredes Lengua : 138 (nota 152) , 155 (nota 181).

Paulo VI : 290.

Peco : 101 , 198 , 200 , 241 (nota 321) , 291 , 329 , 369.

Peña Cabrera : 39 , 44 (nota 19) , 49 (nota 21) , 74 (nota 54) ,
79 , 120 (nota 122) , 121 , 129 (nota 137) , 142
(nota 158) , 144 (nota 164) , 146 (nota 170) , 148
(nota 172) , 189 (nota 233) , 209 (nota 261) , 224
(nota 290) , 235 , 258 , 291 , 302 (nota 396) ,
325 , 339 , 343 , 358 , 415 (nota 512) , 441 , 502.

Peña Guzmán : 173 , 174 , 186.

Pereda : 292.

Pessina : 321 , 459 , 517.

Platón : 110 (nota 101).

Politoff : 32 (nota 7) , 35 , 43 , 46 , 55 (nota 31) , 70 (nota 51) ,
75 (nota 54) , 79 (nota 59) , 82 (nota 66) , 83 , 199
(nota 248) , 209 (nota 260) , 241 , 249 , 254 , 275 (no-
ta 360 bis) , 283 , 284 , 285 , 315 , 401 (nota 498) ,
403 .

Puig Peña : 355 , 362.

Puzo, Mario : 144 (nota 162).

Q

Quintano Ripollés : 34 (nota 10) , 39 , 46 , 55 (nota 31) , 61 ,
67 , 107 , 113 , 119 (nota 119) , 120 , 130
(nota 138) , 140 , 141 (nota 157) , 159 ,
167 , 205 , 218 , 220 , 223 , 224 , 225 , 226 ,
(nota 293) , 227 , 229 , 231 , 244 , 249 (nota
329) , 251 , 256 , 286 , 291 , 294 , 295 ,
296 , 299 , 306 , 311 , 312 (nota 407) , 345 ,
350 , 351 , 362 , 368 (nota 464) , 395 (nota
491) , 452.

R

Radbruch : 37.

Ramos, Juan P. : 169 , 171 (nota 200) , 173 , 174 (nota 206) ,
177 , 180 (nota 217) , 181 , 182 , 185 , 291 ,
434 , 448 , 460 , 462.

Recaséns Siches : 55 (nota 31).

Reik : 63 (nota 41).

Rengel, Jorge Hugo : 200.
Resten : 63 (nota 41).
Reyes Echandía : 5 , 94 (nota 86) , 95.
Reynolds, Quentin : 245 (nota 327) , 486.
Rivarola : 291.
Rivero Vélez, Antonio : 496.
Rocco : 69 , 91 (nota 84) , 111 (nota 105) , 220 , 394 , 397.
Rodríguez Devesa : 36 , 46 , 70 (nota 51) , 111 ,
Romagnosi : 33.
Romashkin : 54 (nota 28),
Rómulo : 103 , 110 (nota 101).
Rossi : 33.

S

Sal y Rosas : 99 (nota 88).
Santos Chichizola : 99 (nota 88).
Scarano : 90 (nota 82).
Schmidt, Eberhard : 504.
Schmid, Richard : 28.
Schöne : 51 (nota 22 bis).
Schutze : 225.
Shaw, Lemuel : 77 (nota 56).
Simonin : 56 , 57 , 206 (nota 256) , 257 , 267 ,
Sluchevski : 302 (nota 397).
Smirnov : 175 (nota 208) , 178 (nota 214) , 207.
Sobrevilla, Tomás Aquino : 99 (nota 88).
Soderman, Harry : 493 , 494.
Soler : 39 , 41 (nota 15) , 63 (nota 40) , 88 , 89 , 119 (nota
120) , 124 (nota 130) , 133 (nota 142) , 135 , 146 (nota
170) , 159 , 179 , 180 , 182 , 183 , 200 , 201 , 204 ,
213 , 243 , 291 , 293 , 294 , 300 , 302 (nota 396) , 307
(nota 402) , 309 , 322 , 329 (nota 427) , 350 (nota
448) , 367 , 369 , 373 (nota 467) , 376 , 379 (nota
476) , 382 , 383 , 386 , 400 (nota 496) , 452 , 454 (nota
551) , 456 , 458 , 462.

Solón : 110 (nota 101).
Stevenson, Oscar : 80 (nota 64).
Stoos : 54.

T

- Taramona, José R. : 99 (nota 88) , 101 (nota 90).
Tardieu : 251 , 258 (nota 344).
Tejeda, José Simeón : 30 (nota 4) , 276.
Tejedor : 462.
Thormann, Philipp : 171 , 172 , 173.
Tomaseo : 353 (nota 451).
Torres Malpica, Octavio : 101 (nota 90) , 496 , 497.

V

- Vasconcellos, José : 191 (nota 235).
Viterbo Arias : 30 (nota 4) , 39 , 168 , 219 , 236 , 380 , 382 ,
384 , 386.
Von Buri : 71 (nota 53).
Von Liszt : 51 , 55 (nota 31) , 83 , 170 , 252 (nota 335) , 374 ,
501.

W

- Welzel : 34 , 38 (nota 12 **quater**) , 40 , 80 , 81 , 82 , 93 , 135
(nota 146) , 221 (nota 282) , 231 , 254 , 394.
Wolf : 34.
Wurtemberger : 34.

Y

- Yáñez, Sergio : 40 (nota 13 **bis**).

Z

- Zavala Loáiza : 30 (nota 4).
Zdravomislov : 53 (nota 26) , 54 (nota 28) , 83 (nota 67).
Zúñiga Guardia : 68 , 142.
Zürcher, Emil : 113 (nota 107 **bis**) , 135 (nota 148) , 172.